

A. I. N° - 233081.0006/14-8
AUTUADO - COOPERATIVA AGRÁRIA DOS CAFEICULTORES DE SÃO GABRIEL - COOAB
AUTUANTE - AFONSO HILÁRIO LEITE DE OLIVA
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 23.03.2016

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0041-05/16

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS BENEFICIADAS COM ISENÇÃO. As provas existentes nos autos indicam que não houve aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto e utilização posterior de crédito fiscal pelo estabelecimento autuado. Infração não caracterizada. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SERVIÇO DE TRANSPORTE. CONTRATAÇÃO DE TRANSPORTADOR AUTÔNOMO. Tratando-se de imposto devido por substituição tributária, vinculado às prestações de serviço de frete contratadas pela autuada junto a autônomos e transportadoras não inscritas na Bahia, deveria a apuração do imposto ter sido efetuada na forma estabelecida na legislação, seguindo o rito previsto no art. 381, do RICMS/97 e art. 436 do RICMS/12, com a adoção dos procedimentos de apuração e recolhimento do ICMS-ST em separado e apropriação do crédito fiscal relativo ao imposto recolhido, se cabível. Infração caracterizada. 3. DIFERIMENTO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO PELO RESPONSÁVEL. O ICMS diferido, relativo aos fatos geradores ocorridos nas operações anteriores será lançado e recolhido pelo responsável sempre que se verificar qualquer fato que impossibilite a efetivação da operação ou evento futuro previsto como termo final do diferimento, tais como a ocorrência de furto, roubo, perecimento, **sinistro** ou desaparecimento da mercadoria objeto do benefício. Infração mantida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir ICMS, no valor principal de R\$ 436.924,66, contendo as seguintes imputações:

Infração 01 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto. Valor exigido: R\$ 22.933,67. Multa de 60%, prevista no art. 42, inc. VII, letra “a”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 02 – Deixou de recolher ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações de serviço de transporte intermunicipais e interestaduais, efetuadas por autônomo ou empresa transportadora não inscrita neste Estado. Multa de 150%, prevista no art. 42, inc. V, letra “a”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 03 – Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do ICMS diferido. Valor exigido: R\$ 17.311,79. Multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “f”, da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte foi notificado em 02/10/14 e ingressou com defesa administrativa em 03/11/2014.

No tocante à infração 01 declarou exercer atividade de cooperativa de produtores de café, atendendo seus cooperados, sem exercer atividade comercial voltada ao público externo (consumidores). Disse ainda que em todo o período de apuração a autuada jamais se utilizou dos créditos estornados para abatimento na conta corrente fiscal do imposto. Acrescentou que a exigência fiscal considerou que a autuada não se enquadra com estabelecimento agropecuário, sendo excluída da aplicação dos dispositivos que asseguram a manutenção dos créditos: art. 104, inc. VI, do RICMS/97 e art. 264, inc. XVIII, letras “c” e “d” do RICMS/12. Reiterou, por fim, que os registros efetuados nos livros não significa que os créditos foram utilizados, cabendo tão somente o estorno, se a interpretação for pelo não direito à apropriação. Entende ser incabível a imposição de multa.

Na infração 2, a defesa sustenta, em razões preliminares e no mérito, que a autuada foi orientada em procedimento fiscal anterior, ocorrido em 2010, que deveria, na emissão de notas fiscais para acobertar saídas de mercadorias e fretes prestados por não inscritos na SEFAZ-Ba, a destacar o valor do serviço de transporte no corpo do documento fiscal com a menção de “frete incluído no preço da mercadoria”., por se tratar de prestação CIF, conforme previsto no art. 646, do RICMS/97. Frisou que o valor do frete estando incluso no preço da mercadoria, o recolhimento do ICMS é feito sobre o montante total de mercadorias, em uma única guia de recolhimento. Disse não ter incorrido em prática de sonegação, ao adotar procedimento de recolher de forma englobada o ICMS da operação e da prestação. Ressaltou ainda que se tivesse que recolher, em separado, duas guias de pagamento, a parcela do imposto do frete teria que ser abatido do recolhimento relacionado à operação de saída de mercadorias, em razão do transporte compor o preço da venda: frete incluído no preço da mercadoria – conforme art. 646 do RICMS–BA.

Argumentou também que a multa imposta nesta infração é abusiva (excessiva), tendo incidido sobre imposto já recolhido aos cofres públicos.

Por fim, no que se refere à infração 3, a defesa frisou que a autuação se refere a notas fiscais listadas pelo autuante, fls. 70/74, que acobertaram saídas de mercadorias que sofreram sinistro no transporte, quando a carga “tombou” do caminhão e foi saqueada por populares. Foram emitidas notas fiscais para atestar a perda das mercadorias e proceder à baixa do estoque. Afirmar que sequer houve a operação de saída interestadual e o decorrente aproveitamento de crédito pelo comprador da mercadoria. Que a autuada, nessa operação, incorreu em prejuízo considerável, não devendo ser onerada com a exigência de recolhimento de ICMS diferido, pedindo, ainda, que a operação seja considerada sob o amparo do diferimento aplicável às operações de movimentação de café dentro do Estado.

Finalizou a peça defensiva pedindo que o Auto de Infração seja declarado nulo, inclusive por cerceamento ao direito de defesa.

Foi prestada informação fiscal, apensada, às fls. 115 a 121. O autuante ressaltou, de início, que a defendente não apresentou nenhum documento que comprovasse a orientação recebida por preposto fiscal, no que se refere ao recolhimento do ICMS por substituição tributária nas prestações de serviço de transporte. Que o contribuinte, nos procedimentos formais, agiu em conformidade com as prescrições do art. 646 do RICMS, deixando, contudo de recolher o ICMS retido na qualidade de substituto tributário, em relação ao serviço de transporte interestadual prestado por autônomo ou não inscrito, irregularidade lançada na infração 02.

Ao se debruçar sobre a infração 01, disse que a autuada é constituída como Cooperativa, com atividade principal de comércio atacadista de café em grãos (código 4621400 – extraído do INC – Informações do Contribuinte da SEFAZ-BA). Que essa atividade não se confunde com a exercida por produtores ou estabelecimentos agropecuários, entendimento este corroborado por diversos Pareceres da DITRI anexados às fls. 124 a 128. Esclareceu que a exigência fiscal trata da utilização

e manutenção de créditos fiscais referentes à aquisição de insumos agropecuários, objeto de isenção nas operações internas, vedado para contribuintes que não se enquadram como estabelecimentos agropecuários ou indústrias, conforme disposto no art. 104, VI, do RICMS/97 e art. 264, inc. XVIII, letras “c” e “d”, do RICMS/12.

Frisou também que não houve comprovação pela defesa de que os créditos lançados na escrita não foram objeto de compensação na conta corrente fiscal do imposto, e que essa conduta, por si só, seria passível de aplicação da multa prevista no art. 42, inc. VII, letra “b”, da Lei nº 7.014/96. Ressaltou ainda que após a ação fiscal, em 14/07/2015, o contribuinte em processo específico (PAF nº 129959/2015-9) requereu a utilização de créditos fiscais acumulados em sua escrita.

Ao reexaminar a infração 02, declarou que a autuada atendeu às formalidades do inc. III, do art. 646 do RICMS/97 e inc. II, do art. 439, do RICMS/12 (venda a preço CIF), na emissão dos documentos fiscais para fins de trânsito/circulação das mercadorias, deixando, porém, de recolher o ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativamente aos serviços de transporte tributados, prestados por autônomos e não inscritos. Que eventuais recolhimentos efetuados pelo contribuinte dizem respeito ao ICMS próprio, da operação de venda a preço CIF e que a cobrança lançada se refere ao ICMS - ST, decorrente da prestação de serviço de transporte executada por terceiros: transportadores autônomos ou não inscrito neste Estado. Que não há que se falar em possibilidade recolhimento em duplicidade ou a mais neste específico caso. Enfatizou também que a multa aplicada, considerada abusiva pela autuada, é a que se encontra prevista na lei. Sustenta, portanto, a manutenção da exigência fiscal contida no item 02 do A.I.

Relativamente à infração 03 registrou o autuante que a declaração da autuada confirmando que as mercadorias foram saqueadas durante o transporte em operação interestadual retifica ou confirma o termo final do diferimento, incidindo a regra contida no art. 347, inc. III, letra “b”, do RICMS/97. Pede também a manutenção integral desse item da exigência fiscal.

VOTO

O presente Auto de Infração é composto de 3 (três) acusações, conforme foi detalhadamente descrito no Relatório, parte integrante deste Acórdão.

Na infração 1 é imputada ao contribuinte a infração de uso indevido de crédito fiscal de ICMS pela aquisição de mercadorias em operações beneficiadas com isenção do imposto. Sustenta o autuante que a autuada é constituída como Cooperativa, exercendo atividade de comércio atacadista de café em grãos e que essa atividade não se confunde com a exercida por produtores agropecuários e indústrias, que nos termos da legislação posta têm direito ao uso e manutenção de créditos, de acordo com o disposto no art. 104, VI, do RICMS/97 e art. 264, inc. XVIII, letras “c” e “d”, do RICMS/12.

Primeiramente, no caso concreto, não restou demonstrado no Auto de Infração e nos demonstrativos que lhe dão suporte que a autuada tenha compensado os créditos fiscais lançados no livro de Entradas de Mercadorias com débitos do imposto apurados na sua conta corrente mensal e escriturados no livro Registro de Apuração do ICMS.

No que tange ao Demonstrativo de crédito indevido, anexado às fls. 09/11 do PAF, está evidenciado tratar-se de operações de aquisições de fertilizantes pela Cooperativa, acobertadas por notas fiscais com destaque de ICMS. As referidas mercadorias foram possivelmente destinadas à atividade de produção empreendida pelos produtores de café, integrantes da cooperativa na condição de cooperados.

As provas existentes nos autos indicam, portanto, que não houve aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, com utilização posterior de crédito fiscal pelo estabelecimento autuado. A acusação estampada no A.I. se revela em descompasso com os fatos apurados.

Julgo o item 1 improcedente.

Na infração 2 a exigência fiscal está concentrada na cobrança de ICMS por substituição tributária em relação aos serviços de transporte de cargas, nas prestações interestaduais contratadas junto a autônomos e empresas de transporte não inscritos neste Estado.

A autuada afirmou que ao emitir a Nota Fiscal lança conjuntamente as operações saídas de mercadorias e as prestações de serviço de transporte por ela contratadas junto aos transportadores autônomos e empresas não inscritas neste Estado, procedendo ao destaque do ICMS retido do frete. Que o serviço de transporte integra o preço da mercadoria (frete contratado na modalidade CIF), razão pela qual recolhe o tributo em uma única guia de pagamento, englobando o imposto devido pela operação de saída e pela prestação de serviço. Pontuou que a exigência fiscal em lide não deve prevalecer, pois implicaria em recolhimento a mais de tributo, em contrariedade à orientação recebida em fiscalização anterior. Citou os arts. 380, 126, II, e 646 do RICMS/97 e art. 332, inc. III, letra “g”, item 2 do RICMS/12 (Dec. nº 13.780/12).

Tratando-se de imposto devido por substituição tributária vinculado às prestações de serviço de frete contratadas pela autuada junto a autônomos e transportadoras não inscritas na Bahia, deveria a apuração do imposto ter sido efetuada na forma estabelecida na legislação, seguindo o rito previsto no art. 381, do RICMS/97 e art. 436 do RICMS/12, com a adoção dos procedimentos de apuração e recolhimento do ICMS-ST em separado e apropriação do crédito fiscal relativo ao imposto recolhido, se cabível.

O imposto devido por substituição tributária não poderia integrar a mesma apuração do ICMS normal, visto que as obrigações tributárias são distintas seguindo critérios de cálculo também distintos.

No tocante à multa lançada na infração 2, há o reclamo do contribuinte quanto à sua “abusividade”. Nos termos do art. 167 do RPAF/99, não se encontra na esfera de competência dos órgãos administrativos deixar de aplicar norma vigente no ordenamento jurídico.

Por fim, não restou provado nos autos que o contribuinte tenha recebido de qualquer agente da administração tributária orientação distinta daquela prevista na legislação de regência do imposto.

Mantenho integralmente a exigência fiscal contida no item 2 do Auto de Infração.

Na infração 3 o lançamento imputa ao contribuinte a falta de recolhimento do imposto diferido. Trata-se de operações de saídas de mercadorias (café em grãos) que foram objeto de sinistro no transporte da carga, fato comprovado pelo próprio contribuinte através da nota fiscal juntada à fl. 70 deste PAF, emitida em 04/08/2011.

Prescreve o art. 347, inc. III, letra “a”, do RICMS/97, que o ICMS diferido, relativo aos fatos geradores ocorridos nas operações anteriores, será lançado e recolhido pelo responsável sempre que se verificar qualquer fato que impossibilite a efetivação da operação ou evento futuro previsto como termo final do diferimento, tais como a ocorrência de furto, roubo, perecimento, **sinistro** ou desaparecimento da mercadoria objeto do benefício.

Frente ao que prescreve a legislação de regência do ICMS mantenho a infração 3.

Voto, portanto, pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração. Fica excluída da autuação tão somente o item 1 do lançamento de ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 233081.0006/14-8, lavrado contra **COOPERATIVA AGRÁRIA DOS CAFEICULTORES DE SÃO GABRIEL - COOAB**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 413.990,99**, acrescido

das multas de 150% sobre R\$ 396.679,20 e de 60% sobre R\$ 17.311,79, previstas, respectivamente, no art. 42, inc. V, alínea “a”, e inc. II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 1º de março de 2016.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE

TOLSTOI SEARA NOLASCO – RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - JULGADOR