

A. I. Nº - 206854.0012/06-8
AUTUADO - POLIBRASIL COMPOSTOS S/A
AUTUANTES - LUIZ CARLOS PRATES SANTOS e ANTONIO TORRES DA BRROS
ORIGEM - IFEP – INDÚSTRIA
INTERNET - 11. 04. 2007

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0061-04/07

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. SERVIÇO DE TRANSPORTE DE MERCADORIA DE FABRICAÇÃO PRÓPRIA, TRANSFERIDA PARA FILIAL EM OUTRO ESTADO. De acordo com os elementos constantes nos autos, as transferências interestaduais somente poderiam ser realizadas com a cláusula FOB. O autuado não tem direito ao crédito do ICMS incidente sobre o frete, nos termos dos arts. 95 e 646 do RICMS. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRATAÇÃO DE TRANSPORTADOR AUTÔNOMO. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Infração reconhecida. Rejeitado os pedidos de perícia fiscal e de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 15/12/2006, exige ICMS de R\$129.328,62 acrescido da multa de 60% referente a:

01. Utilização indevida, na condição de remetente da mercadoria, de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$118.939,24, relativo a frete de mercadorias em saídas por transferência a preço FOB, cuja prestação de serviço de transporte foi efetuado por transportadora, de produto de sua fabricação, destinada para filial em São Paulo, a preço FOB com a base de cálculo inferior ou igual ao custo primário, composto de matéria-prima, material secundário, acondicionamento e mão de obra, razão pela qual não pode se creditar visto que o preço não é CIF, ou seja, o frete não está incluso na base de cálculo.

02. Deixou de proceder à retenção do ICMS, no valor de R\$10.389,38, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações de serviços de transporte interestaduais e intermunicipais, efetuadas por autônomo ou empresa transportadora não inscrita neste Estado, referente ao serviço de transporte de produtos, saindo do estabelecimento em Camarçari-Ba, para filial de Mauá-SP.

O autuado, fls. 101 a 110, impugnou o lançamento tributário, mediante advogado legalmente habilitado nos autos, inicialmente informando que reconhece a procedência da infração 02, estando providenciando quitação através de requerimento para utilização de créditos fiscais acumulados.

No tocante a infração 01, assevera, ao contrário do que afirma a acusação de que as operações foram com preço FOB, as mesmas foram realizadas com preço CIF, uma vez que o ônus do serviço de transporte foi arcado, na sua totalidade, pelo estabelecimento autuado, não integrando o valor da operação para fins de resarcimento pelos destinatários, informando que acosta, a título de amostragem, algumas notas fiscais e CTRC's, onde se constata que a empresa especificou nas referidas notas fiscais que tais operações estavam ocorrendo a preço CIF, estando

expresso que o frete ocorreu por conta do emitente dos documentos, não havendo o destaque do ICMS referente ao serviço de transporte.

Salienta que a exigência feita pelo RICMS, da nota fiscal conter a expressão “venda a preço CIF” ou mesmo “frete incluído no preço da mercadoria”, é apenas uma obrigação acessória e como tal sua falta ensejaria a aplicação de multa, mas nunca a glosa de um crédito cujo direito à utilização nasce no momento em que a empresa arca com todas as despesas referentes ao frete e ao seguro, incluindo-os no preço da mercadorias e não repassando ao destinatário, até mesmo porque, consta das notas fiscais a informações de que o frete corre por conta do emitente, sanando uma possível irregularidade.

Reitera que, as notas fiscais que acobertavam as operações comprovam que estas ocorriam a preço CIF e não FOB, como afirmado pelos autuantes, o que poderá ser confirmado através de uma revisão fiscal.

Argumenta que com a glosa deste crédito estará ocorrendo uma duplidade no pagamento do imposto, haja vista a empresa destinatária não utilizou os referidos créditos, o que poderá ser comprovado através de uma verificação na contabilidade das destinatárias. Además, quem arcou com o ônus dos serviços de transporte foi a própria autuada.

Portando, entende que efetuar a glosa de um crédito cuja empresa tem direito é ferir a principal característica do ICMS, a não cumulatividade prevista no Constituição Federal, art. 155, § 2º, inciso I, o qual transcreveu, bem como os artigos 19 e 20 da Lei Complementar nº 87/96. Aduz que o próprio RICMS em seu artigo 95, reconhece o direito à utilização do crédito relativo aos serviços de transporte nas operações a preço CIF, para o estabelecimento remetente ou vendedor quando este for contribuinte do ICMS, e, expressamente veda a utilização por parte do destinatário.

Prosseguindo, teceu comentário sobre o princípio da verdade material.

Solicita a conversão da cobrança do imposto na aplicação de penalidade formal pelo descumprimento de obrigação acessória, com base no art. 42, inciso XXII da Lei nº 7.014/96.

Ao finalizar, requer:

- 1- A improcedência da infração 02;
- 2- Não aplicação da taxa SELIC, juros e multa.
- 3- A produção de todas as provas em direito admitidas;
- 4- Realização de prova pericial.

Na informação fiscal, folhas 234-A/237, os autuantes não acatam as alegações defensivas, destacando que nas transferências, a base de cálculo deve ser o custo primário composto de Matéria Prima, Material Secundário, Acondicionamento e Mão de Obra.

Ressalta que o contribuinte ora autuado, foi anteriormente autuado, folha 44, no exercício de 2001, quando ocorreram os fatos gerados objetos do presente lançamento, por ter efetuado transferências abaixo do custo. Assim, fica patente que em tais transferências não ocorreram preço CIF, como alega o defendente, pois para ser “CIF” o valor do frete teria que estar agregado ao preço da mercadoria. Acrescenta que o nosso legislador ao regulamentar teve o cuidado de definir, justamente para que não pairasse dúvidas, esta expressão “preço CIF”, art. 646 do RICMS/97: “Entende-se por preço CIF aquele em que esteja incluída no preço da mercadoria, as despesas de frete e seguro.”

Lembram que, quando o legislador definiu a base de cálculo para fins de transferência interestadual (art. 56, inciso V, alínea “b”) o mesmo estava querendo afastar duas possíveis irregularidades:

- 1- Se a base de cálculo na transferência for abaixo do custo primário, haveria uma infração pelo remetente que repercutiria num menor recolhimento de imposto para o estado de origem;
- 2- Se a base de cálculo da transferência for acima do custo primário, haveria uma infração pelo destinatário que estaria se apropriando de um crédito indevido a maior.

Ressaltam que tiveram o cuidado de submeter a matéria, objeto deste auto, a apreciação da DITRI que pronunciou-se como sendo indevido o crédito por parte do remetente (o autuado) consoante Parecer que transcreveu.

Na conclusão do citado Parecer, a DITRI, salienta que a admissibilidade do crédito nas operações a preço CIF tem uma explicação plausível, ou seja, o frete compõe a base de cálculo do ICMS, sendo, consequentemente, tributado integralmente no valor da operação, constando na nota fiscal. Como o mesmo frete é tributado pelo prestador de serviço, constando do Conhecimento de Transporte, se não houvesse a possibilidade de creditamento por parte do remetente, haveria uma duplicidade de tributação – a mesma prestação de serviço teria o imposto exigido na nota fiscal e no conhecimento. Para afastar a exigência em duplicidade é que o legislador permitiu o crédito ao remetente. Quanto ao caso apresentado, entende que o crédito não é admissível, pois, não existe a duplicidade apontada acima. Pelo que entendeu a nota fiscal é emitida considerando o custo da produção – sem o frete – e o conhecimento é que contém o destaque do imposto. Concluindo, entende que na presente situação não há previsão legal para creditamento pelo contribuinte.

Salientam que outras empresas já autuadas por esta infração, algumas reconheceram e efetuaram o pagamento do imposto, e outras que defenderam, o julgamento do CONSEF foi pela Procedência, como por exemplo, no Acórdão 0283-03/06 item 4C da Ementa, fls. 49 a 50 e no Acórdão CJF nº 0011-11/06.

Ao final, opinam pela manutenção do Auto de infração.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que os autuantes lavraram o Auto de Infração em tela, para exigir imposto decorrente de 02 (duas) infrações.

Em relação à arguição de constitucionalidade, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma.

Quanto ao pedido de perícia formulado pelo autuado ao final de sua defesa, entendo desnecessária a sua realização, com fulcro no art. 147, II, “b”, do RPAF/99, por entender este relator que as provas acostadas aos autos pelos autuantes são suficientes para decidir acerca da presente lide.

No mérito, em sua peça defensiva, o autuado reconheceu a procedência da infração 02. Portanto, não existe lide em relação à referida imputação, estando devidamente caracterizada.

Assim, a lide no caso presente encontra-se restrita à acusação 01, a qual passo a analisar.

A infração 01 imputa ao autuado à utilização indevida, na condição de remetente da mercadoria, de crédito fiscal de ICMS, relativo a frete de mercadorias em saídas por transferência a preço FOB, cuja prestação de serviço de transporte foi efetuado por transportadora, de produto de sua fabricação, destinada para filial em São Paulo, a preço FOB com a base de cálculo inferior ou igual ao custo primário, composto de matéria-prima, material secundário, acondicionamento e mão de obra, razão pela qual não pode se creditar visto que o preço não é CIF, ou seja, o frete não está incluso na base de cálculo.

O autuado nega o cometimento da infração e assevera que as mercadorias foram transferidas para outro Estado a preço CIF.

Concordam os autuantes e contribuinte que sendo a operação a preço FOB não gera direito ao crédito ao estabelecimento remetente (contribuinte autuado). Por outro lado, caso seja a preço CIF, também concordam que gera direito ao crédito pelo estabelecimento remetente.

Assim, o cerne da questão é saber se a operação foi realizada a preço FOB como alegam os autuantes, não gerando direito ao crédito, ou foram realizadas a preço CIF como defende o contribuinte.

Analizando os documentos acostados aos autos, observo, sem sombra de dúvida, que as operações objeto da autuação em lide são as transferências de mercadorias de produção do autuado (fabricação própria) para outro estabelecimento da empresa, localizado em outra unidade da Federação.

Definida a materialidade das operações, qual sejam, operações de transferências de mercadorias para estabelecimento situado em outra unidade da Federação pertencente ao mesmo titular, passo a analisar a questão a luz da legislação do ICMS.

A Lei nº 7014/96, no inciso II do § 8º do artigo 17, define com será apurada a base de cálculo:

“Art. 17. A base de cálculo do imposto é:

§ 8º Na saída de mercadoria para estabelecimento pertencente ao mesmo titular localizado em outra unidade da Federação a base de cálculo do imposto é:

I - ...

II - o custo da mercadoria produzida, assim entendida a soma do custo da matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento;”

No mesmo sentido, o RICMS/97 ao regulamentar a questão, determina que:

“Art. 56.

V - na saída de mercadoria em transferência para estabelecimento situado em outra unidade da Federação, pertencente ao mesmo titular:

a) ...

b) o custo da mercadoria produzida, assim entendido a soma do custo da matéria-prima, material secundário, acondicionamento e mão-de-obra;”

Logo, a Lei do ICMS e o Regulamento do ICMS, nos dispositivos acima transcritos, estabelecem que a base de cálculo do ICMS, nas operações de transferências de mercadorias para estabelecimento situado em outra unidade da Federação pertencente ao mesmo titular, é o valor correspondente ao custo da mercadoria produzida, compreendendo o custo da matéria prima, material secundário e mão de obra.

O legislador ao especificar as parcelas que devem compor a base de cálculo, o fez de maneira taxativa, não se tratando de uma relação exemplificativa. Assim, cabe ao contribuinte, ao apurar a base de cálculo, observar as parcelas ali indicadas, não podendo excluir ou incluir qualquer outro valor, sob pena de infração a legislação específica.

O legislador não incluiu o custo com o frete. O legislador determinou que o contribuinte somente observasse as parcelas relativas ao custo da matéria prima, material secundário, mão de obra e acondicionamento.

Nesta forma, por força de determinação legal, a operação somente poderia ter sido realizada a preço FOB, uma vez que o valor do frete não participa da composição da base de cálculo das referidas operações, não sendo possível ao autuado utilizar os créditos dos conhecimentos de transportes, mesmo estando consignado que o frete teria sido pago pelo remetente.

Ressalto que, tratando de operações realizadas entre estabelecimento da mesma empresa, sendo a mesma conchedora da legislação do ICMS, em especial das normas relativas a apuração da base de cálculo, o consequente recolhimento do ICMS devido e a utilização ou não do crédito, cabe a empresa realizar essas operações de contratação do frete pelo estabelecimento destinatário, o qual poderá creditar-se do referido imposto.

Saliento que este entendimento foi manifestado nas decisões proferidas neste CONSEF, a exemplo dos Acórdãos JJF nº 0283-03/06 item 4C da Ementa, no Acórdão CJF nº 0011-11/06 e no Acórdão desta própria JJF de nº 0057-04/07.

Desta forma, o procedimento dos autuantes foi correto, estando caracterizada a infração, não podendo ser acolhido o pedido do autuado em converter o imposto exigido em penalidade formal por falta de previsão legal.

No que diz respeito à taxa SELIC, a mesma está prevista em lei (art. 102, I e II do COTEB), e repetida no art. 138-B, I e II, do RICMS/97, após a Alteração nº 29 (Decreto nº 8087, de 27/12/2001).

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE**, o Auto de Infração nº **206854.0012/06-8**, lavrado contra a **POLIBRASIL COMPOSTOS S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$129.328,62**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "e" e VII "a" da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de março de 2007.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA

MARCO AURÉLIO ANDRADE SOUZA - JULGADOR