

**A. I. N°** - 206854.0001/07-4  
**AUTUADO** - POLIBRASIL COMPOSTOS S/A  
**AUTUANTES** - LUIZ CARLOS PRATES SANTOS e ANTÔNIO TORRES DE BARROS  
**ORIGEM** - IFEP INDÚSTRIA  
**INTERNET** - 04.07.07

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

##### ACÓRDÃO JJF N° 0180-04/07

**EMENTA:** ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. SERVIÇO DE TRANSPORTE. TRANSFERÊNCIAS A PREÇO FOB. 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. Negado o pedido de diligência. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 28/02/2007, exige ICMS no valor histórico de R\$ 110.758,41, e multa de 60%, em razão da utilização indevida, na condição de remetente da mercadoria, de crédito fiscal de ICMS relativo a frete de mercadorias em saídas por transferências a preço FOB, cuja prestação de serviço de transporte foi efetuada por transportadora.

O autuado, através de advogado, ingressa com defesa, fls. 74 a 87, apresentando as seguintes alegações:

Primeiramente, afirma a inexistência da utilização indevida de crédito fiscal conforme alega o autuante, porquanto os creditamentos foram realizados em consonância com os ditames legais, destacando que as operações de transferência para as filiais da empresa situadas, em São Paulo foram efetuadas, em verdade, com preço CIF, vez que o ônus do serviço de transporte foi integralmente arcado pela empresa autuada, conforme podem comprovar documentos fiscais e CTC's que ora se compromete a anexar a título de amostragem, além de argüir o não-preenchimento dos requisitos previstos no parágrafo único do artigo 645 do RICMS.

Salienta, com espeque no que estabelece o RICMS, que o descumprimento da obrigação acessória de fazer constar nas notas fiscais a expressão “venda a preço CIF” ou “frete incluído no preço da mercadoria” dá ensejo tão-somente à incidência de multa e não à perda de crédito, assim como que consta das notas fiscais a informação de que o frete corria por conta do emitente.

Aduz que a alegação acima pode ser comprovada mediante a realização de revisão fiscal, haja vista que a empresa, absolutamente, não foi ressarcida pelos destinatários com relação às despesas de serviço de transporte, com a ressalva de que as mesmas não estavam em destaque no documento fiscal, fato que impossibilita sua utilização pelo destinatário.

Ademais, assevera que, com a eventual glosa do crédito, ora em exigência, configurar-se-ia a duplicidade no pagamento do imposto, além da perda do crédito, que não será utilizado por nenhum dos pólos da transação, porquanto a empresa destinatária não utilizou e nem poderá utilizar os aludidos créditos.

Argumenta que, a teor do que dispõe o artigo 95 do RICMS/BA, a empresa é titular do direito de utilização de crédito, relativo aos serviços de transporte, nas operações a preço CIF, para o estabelecimento remetente ou vendedor, quando este for contribuinte do ICMS, vedando,

expressamente, a utilização por parte do destinatário e que, na hipótese do fisco obstaculizar o referido creditamento, restaria caracterizada transgressão ao princípio constitucional da não-cumulatividade do tributo, bem como ao princípio da verdade material prescrito pelo artigo 2º do RPAF/99.

Assevera também, na hipótese de julgamento pela procedência do Auto, e com base em transcrições de ensinamentos doutrinários, a caracterização de enriquecimento ilícito do erário estadual, além de refutar os cálculos elaborados pelos autuantes com fundamento em jurisprudência do STJ, tendo em vista que a Taxa Selic não pode ser aplicada cumulativamente com outros índices de reajustamento.

Ante o exposto, propugna pela improcedência do Auto de Infração em epígrafe.

Os autuantes prestam informação fiscal, fls. 97 a 100, nos seguintes termos:

Em resposta aos argumentos articulados pela defesa, asseveram que, nas transferências realizadas pela empresa, a base de cálculo é correspondente ao custo primário composto de matéria-prima, material secundário, acondicionamento e mão-de-obra, o que fora confirmado pelo próprio analista de custos da empresa conforme documento de fls. 57, evidenciando que tais transferências não ocorreram a preço CIF, haja vista que o valor do frete não se encontra agregado ao preço da mercadoria consoante prevê o artigo 646 do RICMS/BA.

Informam ter submetido a matéria objeto da presente autuação a juízo da DITRI, tendo obtido como resposta, conforme transcrição da consulta feita, que, na hipótese, “não há previsão legal para creditamento pelo contribuinte”, trazendo à baila também a transcrição de dois julgados do CONSEF acerca de Autos de Infração anteriores, referentes à mesma matéria, ambos tendo sido julgados procedentes.

Por derradeiro, assevera que a única exceção quanto à possibilidade de creditamento vinculada a uma saída de mercadoria ocorre em casos de “venda tributada CIF”, sendo que, em se tratando do autuado, aconteceu uma transferência pelo custo.

Conforme se comprometera a fazer quando da apresentação de sua peça impugnatória, o autuado peticiona a juntada de notas fiscais e CTRE's, com a finalidade de atestar que a empresa especificou que tais operações foram realizadas a preço CIF, conforme petição e documentos de fls. 102 a 222.

Em virtude dos fatos e novos documentos trazidos pelo defendente, com vistas à preservação dos princípios da ampla defesa e do contraditório, a 4ª JJF deliberou que o presente PAF fosse remetido aos autuantes, para que prestassem nova informação fiscal, o que foi cumprido às fls. 227 a 230, onde mantiveram a autuação na íntegra, sob o pressuposto de que as alegações da defesa não correspondem à verdade, e os documentos anexados não conseguem elidir a infração.

## **VOTO**

Verifico da análise dos elementos constantes nos autos que, em momento algum, o sujeito passivo ficou impedido de exercer a ampla defesa e o contraditório, pois na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no artigo 39, do RPAF/99, com a entrega de todos os papéis de trabalho que originaram o lançamento tributário da infração imputada.

Quanto ao questionamento relativo à multa aplicada, não há do que se falar em confisco, já que a mesma têm previsão legal na Lei nº 7.014/96).

No que diz respeito à taxa SELIC, a mesma também 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).

Ademais, os acréscimos moratórios estão previstos no art. 51, II e parágrafo único da Lei nº 7.014/96, que prevê que serão calculados sobre o valor do tributo atualizado monetariamente na data do recolhimento.

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 esta relatora que as provas acostadas aos autos, pelos autuantes, são suficientes para decidir acerca da presente lide.

No mérito, a infração em análise decorreu da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, relativo a frete de mercadorias em saídas por transferência a preço FOB, cuja prestação de serviço de transporte foi efetuada por transportadora.

Na acusação consta o relato de que o autuado remeteu produtos de sua fabricação, em transferências tributadas, para suas filiais em São Paulo e Rio de Janeiro, 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. A controvérsia foi estabelecida quando a empresa, reiteradamente, afirma que efetivamente ocorreram transferências interestaduais a preço CIF, tendo arcado com o ônus do transporte.

Os demonstrativos, de fls. 18 a 26, discriminam, individualmente, os dados constantes dos CTRCs (conhecimentos de transporte) e das notas fiscais referentes a esta infração, sendo que fotocópias dos CTRCs estão anexas às folhas subseqüentes, de números 27 a 56 do PAF.

Isto posto, passo a analisar a questão, sob os pontos de vista fático e legal:

Pelo princípio da não cumulatividade, e como regra geral, o ICMS gera crédito ao destinatário. Tratando-se de frete a preço FOB, aquele em que o pagamento fica a cargo do destinatário, nas saídas interestaduais, o remetente debita-se no RAICMS sobre o valor da mercadoria, o transportador debita-se sobre o frete, sendo que o direito ao crédito fiscal de ambas as operações, cabe ao destinatário.

No caso de frete a preço CIF, o remetente da mercadoria cobra o frete, que está destacado na nota fiscal, e debita no RAICMS o valor do ICMS referente à mercadoria e ao frete. Neste caso, o transportador debita no RAICMS sobre a prestação de serviço o valor do ICMS sobre o frete. Haverá portanto dois lançamentos a débito, para a mesma prestação de serviços de transporte interestadual. O destinatário utilizará o crédito sobre o valor do ICMS constante na nota fiscal (mercadoria + frete), e o remetente utilizará o crédito sobre o valor do frete, que ele pagou, com vistas a anular o lançamento a débito. Tudo isso previsto na chamada “restituição”, para impedir a tributação em duplicidade. Esta a sistemática, que o autuado alega que, legitimamente, utilizou-se.

Vale ressaltar que no caso da empresa autuada, foram efetuadas transferências interestaduais, com base de cálculo pelo custo primário, composta de matéria prima, material secundário, acondicionamento e mão de obra conforme previsto no art. 56, inciso V, “b” do RICMS/97, declarada pelo analista de custos da empresa, à fl. 57 que: “os gastos com frete de saída de uma unidade para outra não integram a base de cálculo do ICMS, das operações de transferências inter-estabelecimento”, como ressalvado pelos autuantes.

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;”*

Assim, 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, parcelas que compõem o custo primário do contribuinte, como ele mesmo declarou, não estando o frete incluído nas suas transferências.

A empresa alega que as transferências foram com frete “CIF”, ou seja, pagos pelo remetente, e neste caso, no valor da base de cálculo necessariamente estariam incluídos o custo de produção, o frete e o seguro, discriminados também nas notas fiscais, mas não há comprovação de que tal fato teria ocorrido.

Cabe ressaltar que a DITRI, Diretoria de Tributação desta Secretaria de Fazenda, manifestou seu entendimento sobre a matéria, ao atender orientação formulada pelos autuantes, no sentido abaixo relatado:

“Assunto – Orientação acerca ICMS sobre frete nas transferências interestaduais X direito ao crédito.

.....

Gostaríamos do entendimento da DITRI sobre a questão relatada abaixo:

- 1- nas transferências interestaduais efetuadas por estabelecimentos industriais, a base de cálculo é o custo primário de produção consoante regra prevista no art. 56, V, b do RICMS-BA.
- 2- Nas vendas CIF o fundamento do crédito – pelo contribuinte que promove a venda sobre o frete é o fato de que essa mesma parcela já foi tributada pois integra a base de cálculo da operação na saída da mercadoria.

Considerando a assertiva do item 2 acima e que na situação descrita no item 1, o valor da prestação do serviço de transporte não é oferecida à tributação, pois a BC da operação é o custo, indagamos:

**É cabível o creditamento do ICMS incidente sobre o frete, pelo estabelecimento industrial remetente tomador do serviço?**

#### **RESPOSTA DA DITRI DO QUESTIONAMENTO DA FISCALIZAÇÃO.**

“No que concerne à utilização de crédito fiscal relativo aos serviços de transporte nas operações a preço CIF assim dispõe o artigo 95, inciso I, alínea “c” do RICMS, *in verbis*:

*Art. 95 . Nas operações efetuadas a preço CIF (art. 646), a utilização do crédito fiscal pelo estabelecimento comercial ou industrial, relativamente ao imposto cobrado sobre o serviço de transporte, será feita com observância das seguintes regras:*

.....

*I – tratando-se de operação tributada, sendo o transporte efetuado:*

.....

.....

*c) por empresa transportadora, o ICMS destacado no Conhecimento de Transporte constitui crédito fiscal do estabelecimento vendedor ou remetente, se for o contribuinte do imposto, vedada a sua utilização, como crédito fiscal, por parte do destinatário:”*

*A admissibilidade do crédito na situação acima transcrita tem uma explicação plausível, ou seja, nas operações a preço CIF o frete compõe a base de cálculo do ICMS, sendo, conseqüentemente, tributado integralmente no valor da operação, constando na Nota Fiscal.*

*Como o mesmo frete tributado pelo prestador de serviço, constando no 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 que você apresenta, entendo que o crédito não é admissível, pois, não existe a duplicidade apontada acima. Pelo que entendi a nota fiscal é emitida considerando o custo da produção - sem o frete – e o conhecimento é que contém o destaque do imposto. Concluindo, entendo que na situação apresentada **não há previsão legal para creditamento pelo contribuinte**”.*

Face ao exposto, mantenho na íntegra o valor do ICMS exigido, não ficando comprovado, pelo autuado, que o valor do frete integrou a base de cálculo das transferências. Ademais, os documentos juntados às fls. 104 a 221, não possuem o condão de elidir o cometimento da infração, não podendo ser acolhido o pedido do autuado, em converter o imposto exigido em penalidade formal, por falta de previsão legal.

Neste sentido já foram proferidas outras decisões deste Conselho de Fazenda, a exemplo dos Acórdãos CJF nº 00367-12/02, CJF nº 447-12/02, CJF nº 0008-12/03, JJF nº 0057-04/07 e JJF 0061-04/07.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206854.0001/07-4**, lavrado contra **POLIBRASIL COMPOSTOS S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 110.758,41**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de junho de 2007.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR