

A. I. N° - 279462.0001/09-0
AUTUADO - CIMENTO SERGIPE S/A CIMESA
AUTUANTE - KLEBERSON POLITO BARRETO e NILDA BARRETO DE SANTANA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 24/11/2009

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0357-03/09

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRIBUINTE SUBSTITUTO ESTABELECIDO EM OUTRO ESTADO. VENDA DE MERCADORIAS (CIMENTO) A CONTRIBUINTE DESTE ESTADO, SEM INCLUIR O VALOR DO FRETE NA BASE DE CÁLCULO. RETENÇÃO A MENOS DO ICMS. A legislação prevê que ao montante formado pelo preço praticado pelo remetente nas operações com o comércio varejista, devem ser incluídos o valor do Imposto sobre Produtos Industrializados, o frete ou carreto até o estabelecimento varejista e demais despesas debitadas ao destinatário. Infração caracterizada. Indeferido o pedido de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 11/03/2009, refere-se à exigência de R\$218.041,14 de ICMS, acrescido da multa de 60%, pela retenção do imposto efetuada a menos e o conseqüente recolhimento a menos, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Consta, na descrição dos fatos, que foi exigido o imposto em virtude de o autuado ter deixado de incluir na composição da base de cálculo do ICMS devido por substituição tributária, o valor correspondente ao frete, em desacordo com a norma contida na cláusula quarta do protocolo 11/85. Mesmo tendo consignado na nota fiscal – campo informações complementares – o valor correspondente ao Serviço de Transporte, deixou de agregar esta parcela de custo na composição da base de cálculo do ICMS retido por substituição tributária, nos meses de janeiro de 2005 a agosto de 2006.

O autuado, por meio de advogado com procuração às fls. 262/263, apresentou impugnação (fls. 259 a 261), alegando que os fretes que deram origem à operação foram todos de natureza FOB, ou seja, o transporte foi realizado pelo comprador, sendo impossível a determinação do seu preço pelo remetente, inclusive podendo ocorrer a frota própria pelo comprador, a exemplo do que ocorreu com as notas fiscais de números 215537 e 218255. Portanto, em virtude de serem FOB todos os fretes relativos às operações autuadas, o defendente assegura que foi impossível determinar o seu valor e sua inclusão na MVA, sendo improcedente a exigência fiscal. Pede que seja efetuada perícia técnica, apresentando a quesitação, e designando como assistente técnica a Sra. Leila Maia dos Santos. O autuado assegura que não infringiu os dispositivos legais apontados pelo autuante e requer a improcedência do Auto de Infração.

O autuante, em sua informação fiscal às fls. 277 a 279 dos autos, rebate as alegações defensivas, argumentando que ao contrário do que alega o autuado, o valor do frete era de conhecimento do contribuinte no momento da emissão das notas fiscais, tendo em vista que no campo informações complementares da nota fiscal constavam o valor do frete e o valor do ICMS devido sobre a operação própria, valor este também informado nos arquivos magnéticos enviados pelo defendente à SEFAZ/BA, conforme determina o Convênio 57/95. Salienta que o valor do frete, embora fosse de conhecimento do autuado, não foi incluído na base de cálculo do ICMS ST, gerando uma retenção a menos do imposto devido à Bahia, e este fato se pode comprovar através

das cópias das notas fiscais juntadas ao presente PAF, por amostragem (fls. 112 a 255) e dos arquivos magnéticos, onde a empresa informou a parcela do ICMS incidente sobre a operação do frete, conforme a coluna 10 das planilhas acostadas ao presente processo (fls. 13 a 108 e 173 a 197). Quanto às notas fiscais de números 215537 e 218255, o autuante assegura que esses documentos fiscais não constam nos demonstrativos que serviram de base para a lavratura do presente Auto de Infração. Diz que todas as notas fiscais lançadas se referem à contratação de transportador autônomo, conforme consignado nestes documentos fiscais pelo autuado, além de constar o valor da prestação do serviço de transporte e o ICMS devido ao Estado de Sergipe sobre a primeira operação. Em seguida, o autuante transcreve o art. 8º da Lei Complementar 87/96, a cláusula quarta do Protocolo 11/85 e o parágrafo único do art. 645 do RICMS/BA. Comenta sobre os serviços de transporte efetuados sob as cláusulas CIF e FOB, salientando que mesmo que o frete tenha sido FOB, nada impede que o remetente contrate os serviços e seja reembolsado pelo destinatário, prática comum no mercado. Diz que a obrigatoriedade de inclusão das despesas de frete na base de cálculo do ICMS ST foi definida na LC 87/96, independente de ser a mesma CIF ou FOB, e para dirimir qualquer dúvida o RICMS/BA somente atribui ao destinatário a obrigação de recolher o imposto sobre a parcela do frete quando o mencionado valor for desconhecido pelo remetente. Reproduz o art. 357 e seu parágrafo único do RICMS/BA, e finaliza reafirmando que está correta a exigência do imposto no presente Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de perícia, fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso II, do RPAF/99, tendo em vista que a prova pretendida não depende do conhecimento especial de técnicos, sendo desnecessária em vista de outras provas produzidas nos autos, a exemplo de demonstrativos elaborados pelo autuante e cópias de notas fiscais.

No mérito, o presente Auto de Infração refere-se à exigência de ICMS, pela retenção do imposto efetuada a menos nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, em virtude de o autuado ter deixado de incluir na composição da base de cálculo do ICMS devido por substituição tributária, o valor correspondente ao frete.

Trata-se de operação interestadual com cimento, mercadoria sujeita à substituição tributária, conforme Protocolo 11/85, que estabelece na cláusula primeira: “nas operações interestaduais com cimento de qualquer espécie, entre contribuintes do ICMS situados nas unidades federadas signatárias deste protocolo, fica atribuída ao estabelecimento industrial ou importador, na qualidade de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devido nas subseqüentes saídas ou na entrada para o uso ou consumo do destinatário”. Portanto, o autuado quando efetua a venda de cimento a outro contribuinte deste Estado tem a responsabilidade de reter o imposto que incidirá nas operações posteriores a serem realizadas pelo adquirente. Neste caso, a base de cálculo deve refletir as operações futuras, devendo incluir as parcelas referentes aos valores de seguro, frete, impostos, taxas e demais encargos cobrados ou transferíveis ao adquirente.

A exigência fiscal foi efetuada, porque o autuado não incluiu na base de cálculo da substituição tributária o valor dos encargos relativos ao frete pago pelo destinatário da mercadoria, e de acordo com o previsto no art. 8º, inciso II, da Lei Complementar nº 87/96, em relação às operações ou prestações subseqüentes, a base de cálculo para fins de substituição tributária será obtida pelo somatório das seguintes parcelas:

- a) o valor da operação ou prestação própria realizada pelo substituto tributário ou pelo substituído intermediário;
- b) o montante dos valores de seguro, de frete e de outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço;

c) a margem de valor agregado, inclusive lucro, relativa às operações ou prestações subseqüentes.

A legislação ordinária do Estado da Bahia, Lei nº 7.014/96, repete a regra acima reproduzida no art. 23, inciso II:

Art. 23. Para fins de substituição tributária, inclusive a título de antecipação, a base de cálculo é:

II - em relação às operações ou prestações subseqüentes, a obtida pelo somatório das parcelas seguintes:

a) o valor da operação ou prestação própria realizada pelo substituto tributário ou pelo substituído intermediário;

b) o montante dos valores de seguro, frete, IPI e outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço;

c) a margem de valor adicionado, inclusive lucro, relativa às operações ou prestações subseqüentes.

O Protocolo 11/85, na cláusula quarta, inciso I, prevê que ao montante formado pelo preço praticado pelo remetente nas operações com o comércio varejista, devem ser incluídos o valor do Imposto sobre Produtos Industrializados, o frete ou carreto até o estabelecimento varejista e demais despesas debitadas ao destinatário.

Em sua impugnação, o autuado alega que os fretes que deram origem à operação foram todos de natureza FOB, ou seja, o transporte foi realizado pelo comprador, sendo impossível a determinação do seu preço pelo remetente, inclusive podendo ocorrer a frota própria pelo comprador. Entretanto, o autuante esclarece na informação fiscal, que o valor do frete era de conhecimento do autuado no momento da emissão das notas fiscais, tendo em vista que no campo informações complementares da nota fiscal constavam o valor do frete e o valor do ICMS devido sobre a operação própria, valor este também informado nos arquivos magnéticos enviados pelo defendente à SEFAZ/BA.

Observo que o RICMS/BA prevê a responsabilidade atribuída ao destinatário, de recolher a parcela do imposto não retida pelo remetente, relativamente à inclusão dos valores do frete ou seguro à base de cálculo da substituição tributária. Assim, quando esses valores não forem conhecidos pelo sujeito passivo por substituição no momento da emissão do documento fiscal, o recolhimento do imposto sobre as referidas parcelas será efetuado pelo destinatário, nas aquisições a preço FOB, conforme parágrafo único do art. 357, c/c art. 125, II, "i", item 2 do mencionado Regulamento:

Art. 357

Parágrafo único. Nos casos em que a retenção do imposto tiver sido feita sem a inclusão, na base de cálculo prevista no art. 61, dos valores referentes a frete ou seguro, por não serem esses valores conhecidos pelo sujeito passivo por substituição no momento da emissão do documento fiscal, o recolhimento do imposto sobre as referidas parcelas será efetuado pelo destinatário, nas aquisições a preço FOB, com inclusão do percentual da margem de valor adicionado (MVA) aplicável, vedada a utilização do crédito fiscal relativamente ao valor por ele pago (art. 125, II, "i", item 2).

Art. 125. O imposto será recolhido por antecipação, pelo próprio contribuinte ou pelo responsável solidário:

II - na entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação ou do exterior, observado o disposto nos §§ 7º e 8º:

i) tratando-se de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação prevista em convênio ou protocolo com a unidade federada de origem, quando:

2 - os valores referentes ao frete ou seguro não forem conhecidos pelo sujeito passivo por substituição tributária;

Em relação às notas fiscais que apresentam a indicação de que o frete é FOB, foram indicados no campo informações complementares os valores relativos à prestação do serviço, base de cálculo e valor do ICMS. Assim, considerando que está comprovado por meio das notas fiscais acostadas aos autos que o defendente tinha conhecimento dos valores do frete, conforme observações constantes nas informações complementares das notas fiscais, entendo que é subsistente a exigência fiscal, haja vista que ficou caracterizada a irregularidade apurada.

Quanto às notas fiscais de números 215537 e 218255, alegadas pelo defendente e as demais notas fiscais acostadas aos autos que se referem ao transporte de mercadorias pelo comprador com frota própria, o autuante esclareceu e está comprovado pelo levantamento fiscal, que esses documentos fiscais não constam nos demonstrativos que serviram de base para a lavratura do presente Auto de Infração.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279462.0001/09-0**, lavrado contra **CIMENTO SERGIPE S/A CIMESA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$218.041,14**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de novembro de 2009

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA