

**A. I. N.º** - 142554.0001/09-7  
**AUTUADO** - ENGEPACK EMBALAGENS SÃO PAULO S.A  
**AUTUANTE** - ANTONIO FERREIRA DE FREITAS e WALDEMAR SANTOS FILHO  
**ORIGEM** - IFEP INDÚSTRIA  
**INTERNET** - 22.04.2010

## 2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF N° 0080-02/10

**EMENTA:** ICMS. 1. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. SAÍDAS REGULARMENTE ESCRITURADAS. Infração reconhecida e paga. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE. SAÍDAS POR TRANSFERÊNCIAS A PREÇO FOB. Não ficou comprovado de que o crédito fiscal de ICMS é relativo ao frete de mercadorias em saídas por transferência CIF, cuja prestação de serviço de transporte foi efetuada por transportadora. Infração não elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 29/09/2009, lança crédito tributário no total de R\$1.093.632,89, relativo à ICMS, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01- recolheu a menos o ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, no valor de R\$992.068,61, acrescido da multa de 60%, no período de abril de 2006 a dezembro de 2008; foi acrescentado que utilizou como base de cálculo nas operações de transferências interestaduais de mercadorias adquiridas de terceiros, valor inferior ao custo de aquisição, contrariando o que determina o art. 17, § 8º, I da Lei nº7.014/97;

Infração 02 - utilizou indevidamente, na condição de remetente de mercadoria, 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, no valor de R\$101.564,28, acrescido de multa de 60%, no período de maio de 2006 a dezembro de 2008; sendo acrescentado que tal prestação está vinculada a transferências interestaduais de mercadorias adquiridas de terceiros, em cuja base de cálculo não foi incluído o valor do frete.

O autuado apresenta defesa, às fls. 88 à 96, transcreve os termos das infrações, aduz que reconhece a procedência da Infração 01, pelo que pediu quitação com certificado de crédito, argui que o crédito tributário relativo à Infração 02 é insubsistente, por entender que o autuante lançou crédito de ICMS escriturado relativo a frete de mercadorias por, supostamente, se tratar de transferências a preço FOB. Transcreve o art.94, I, “c” do RICMS/BA, para dizer que diferentemente do apontado pela fiscalização, as despesas com frete foram assumidas pelo autuado remetente das mercadorias, evidenciado nas notas fiscais de saídaS e nos conhecimentos de transporte mencionados no “demonstrativo de crédito indevido de serviços de transporte nas transferências interestaduais, por se tratar de crédito fiscal de ICMS relativo ao frete de mercadorias em saídas por transferência CIF, cuja prestação de serviço de transporte foi efetuada por transportadora, e que o direito ao crédito está garantido pela Constituição, nos termos do que dispõe o artigo 155 § 2º, inciso I, que transcreve. Reproduz também trechos das lições d  
Heron Arzua, bem como os art. 13, III, § 1º, II, “b”, 19 e 20 da Lei C

III, “a”, “b” e “c” e 95 “c” do RICMS/97, para dizer que tem direito ao crédito nas prestações de serviços de transporte interestadual, alegando que assumiu o valor do frete, por se tratar de saída por transferência a preço CIF.

Conclui pedindo que o Auto de Infração em relação à Infração 02 seja considerada insubsistente.

Os autuantes prestam informação fiscal, às fls. 250 a 252, reproduzem os as infrações e os termos da defesa, esclarecem que apesar de o autuado afirmar que assumiu as despesas com frete e, segundo o mesmo, tratar-se de uma saída por transferência a preço CIF, tendo como consequência o direito ao crédito fiscal dessas operações, dizem que a condição necessária e suficiente para a configuração de uma operação a preço CIF é que essas despesas de frete sejam incluídas na base de cálculo da operação relativa a circulação da mercadoria. Afirmam que efetivamente este fato não ocorreu.

Aduzem que o crédito do serviço de transporte é direito do remetente, não porque seja ele o tomador do serviço, mas, fundamentalmente, para evitar o *bis in idem*, na hipótese de ter ele, o remetente, incluído o valor do frete na base de cálculo da respectiva operação e que este é o entendimento do inciso IV do art. 646 do RICMS/97, que determina que se informe no campo de observações da nota fiscal, no caso de venda com cláusula CIF, que o valor do frete compôs a base de cálculo da operação.

Dizem que no presente caso o autuado não demonstrou que cumpriu os requisitos da norma regulamentar, de modo a fazer jus ao creditamento dos valores relativos ao serviço de transporte. Afirmam que os valores constantes dessa infração guardam relação direta com a infração 01, já que são relativos a frete na transferência interestadual, cuja base de cálculo se revelou inferior ao valor de aquisição, fato incontroverso, tendo em vista o reconhecimento explícito do autuado na sua peça defensiva, entendendo que por dedução lógica, o valor do frete não poderia jamais estar contido na base de cálculo da transferência, e como tal, o ICMS destacado no conhecimento de transporte não poderia ser objeto de creditamento.

Conclui pedindo que o Auto de Infração seja julgado procedente

Consta às folhas 255 e 256, extrato do Sistema SIGAT, indicando o pagamento no valor de R\$992.068,61, referente à Infração 01.

#### **VOTO**

O Auto de Infração em lide foi lavrado para lançar crédito tributário relativo ao cometimento de duas irregularidades consoante relatado. O contribuinte reconheceu expressamente, inclusive realizou o pagamento dos valores lançados relativos à Infração 01 (Relatório SIGAT fls. 255 e 256), portanto a considero desde já subsistente, tendo se insurgido apenas quanto à segunda infração, que passo a examiná-la.

Em relação à Infração 02 a acusação foi de utilização indevidamente, na condição de remetente de 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 sujeito passivo por sua vez negou o cometimento de tal infração, arguindo que se trata de crédito fiscal de ICMS relativo ao frete de mercadorias saídas por transferência CIF, com prestação de serviço de transporte efetuada por transportadora.

Examinando os autos, verifica-se que o contribuinte transferiu mercadorias adquiridas de terceiros para estabelecimento da mesma empresa situado em outro Estado. Como se trata de transferência interestadual, para que possa atender a legislação do ICMS, se o valor da mercadoria transferida foi a preço CIF, como alegou o contribuinte, obrigatoriamente esse valor deve ser agregado ao preço do custo das mercadorias adquiridas (

estabelecimentos da mesma empresa com o seu total num montante maior. Se só se admite a transferência tendo o seu valor mínimo o preço de custo de aquisição de terceiros e se sobre este preço se agregou valor de frete, é natural que o valor da transferência para se considerar CIF terá de conter o preço de custo mais o frete, só assim o contribuinte poderia utilizar o crédito do ICMS destacado nos CTCRC, visto que já teria assumido o ônus do ICMS destacado na nota fiscal de transferência, visto que, entende-se por preço CIF aquele em que estejam incluídas no preço da mercadoria as despesas de frete e seguro (Parágrafo Único, do art. 646 do RICMS/97).

Não obstante a alegação do sujeito passivo, de que as despesas com frete foram por ele assumidas na condição de remetente das mercadorias evidenciado tais fretes nos conhecimentos de transporte e nas notas fiscais de saídas por transferências interestaduais, examinando referidos documentos fiscais, não fiquei convencido de que efetivamente ocorrera o fato afirmado, visto que os CTCRC colacionados aos autos não trazem essa indicação e aqueles que indicam frete pago, não demonstram vinculação com notas fiscais de operações de vendas a preço CIF. Nas notas fiscais apresentadas não estão constando expressamente que o frete está incluído no preço da mercadoria ou que a venda fora realizada a preço CIF, condição imposta pelo art. 646, inciso IV, alínea “a”, item 2 do RICMS/97.

Ressalto que o contribuinte não demonstrou cabalmente tanto na constância da fiscalização quanto na peça defensiva de que cumpriu a legislação do ICMS, quanto à demonstração e comprovação de transferência das mercadorias a preço CIF, para ter direito ao crédito do imposto destacado no CTCRC atinente ao frete.

Além do mais, ainda que o remetente fosse o pagador do serviço, conforme alegou na defesa, não poderia incluir na base de cálculo da mercadoria transferida o valor do frete, consoante preconiza o art. 13, §4º, inciso II da Lei complementar 87/96. Sendo assim, não poderia utilizar o crédito fiscal.

As notas fiscais e os CTCRC acostados aos autos por si só não comprovam cabalmente que nas transferências foram incluídas nos preços das mercadorias as despesas de fretes correspondentes. O sujeito passivo não trouxe aos autos quaisquer outros elementos que provassem ter feito o pagamento do serviço de transporte e consequentemente o seu direito ao crédito fiscal destacado nos Conhecimentos de Transporte Rodoviário de Cargas.

Ressalto que conforme disposto no art. 123 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF/BA - Dec. 7.629/99) é assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento, na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações. Como nada foi apresentado para comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha, importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária, constituindo mera negativa de cometimento da infração, o que a luz dos artigos 142 e 143 do mencionado diploma legal, não desonera o autuado da responsabilidade pelo pagamento do imposto. Infração subsistente.

Portanto fica mantida a autuação, posto que restou demonstrado que o sujeito passivo utilizou indevidamente, na condição de remetente, crédito fiscal de ICMS, relativo a frete de mercadorias em saídas por transferências, cuja prestação de serviço de transporte foi efetuada por transportadora vinculada a transferências interestaduais de mercadorias adquiridas de terceiros, em cuja base de cálculo não ficou comprovada a inclusão de valor de frete.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologado os valores pagos.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **142554.0001/09-7**, lavrado contra **ENGEPACK EMBALAGENS SÃO PAULO S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$1.093.632,89**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, incisos II, alíneas “a”, e VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais; devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de abril de 2010

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA - RELATOR

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO – JULGADOR