

**PROCESSO** - A. I. Nº 279462.0001/09-0  
**RECORRENTE** - CIMENTO SERGIPE S/A. - CIMESA  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0357-03/09  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**INTERNET** - 10/06/2011

### 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJF Nº 0132-11/11

**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. Rejeitada a preliminar de nulidade. Indeferido o pedido de perícia. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Versam os autos sobre Recurso Voluntário interposto em face do acórdão em referência que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 11/03/2009, para exigir R\$218.041,14 de ICMS, acrescido da multa de 60%, pela retenção do imposto efetuada a menos e o consequente recolhimento a menos, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, 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.

A 3ª JJF decidiu a lide administrativa sob estes fundamentos, *verbis* :

*“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 subsequentes 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 subsequentes, 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 subsequentes.

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 subsequentes, 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 subsequentes.

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 deficiente 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 deficiente 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 deficiente 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."

Irresignado, o contribuinte interpôs súplica recursal que reitera os argumentos declinados em sua impugnação, consistindo a defesa no seguinte, em síntese:

Inicialmente, arguiu a nulidade do PAF por não lhe ter sido deferida a realização de prova pericial, conforme quesitação que apresentou para esse fim.

No mérito, aduziu que os fretes decorreram de operação FOB, ou seja, o transporte foi realizado pelo comprador, a tornar impossível a determinação do seu valor e sua inclusão na MVA, inclusive podendo ocorrer a frota própria pelo comprador, a exemplo do que ocorreu com as notas fiscais de números 215537 e 218255, sendo improcedente a exigência fiscal, pugnando, ao final, pelo provimento do Recurso Voluntário.

Remetidos os autos à PGE/PROFIS para análise e Parecer, este foi proferido pelo improviso do apelo do recorrente, tendo preambularmente rechaçado a alegação de nulidade processual por não vislumbrar qualquer cerceamento ao direito de defesa, e que o indeferimento deu-se com base em Decisão fundamentada, sem ter o recorrente justificado a necessidade de produzir essa prova. No mérito, disse que, conforme mencionou o fisco, o valor do frete era de conhecimento do substituto tributário, pois consta do campo "observações" nas notas fiscais, logo, tais valores deveriam ter composto a base de cálculo do ICMS-ST. E, nestes termos, opinou pelo Improviso do Recurso Voluntário.

## VOTO

De início, rejeito a preliminar de nulidade processual, pois ao reverso do afirmado pelo recorrente, seu direito de defesa foi preservado, existindo nos autos elementos suficientes ao convencimento do julgador e prolação da Decisão, além do que, como pontuado pela Procuradoria, apesar de ter requerido a perícia, o recorrente, entretanto, não a justificou, sem evidenciar a sua necessidade para compor o conjunto de provas. Nada, pois, a alterar na Decisão recorrida, neste particular.

Idem quanto ao mérito, pois, como ressaltado pelo auditor autuante em sua informação fiscal de fls. 277 a 279, o valor do frete era de conhecimento do contribuinte no momento da emissão das notas fiscais, já 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 próprio recorrente à SEFAZ-BA, a teor do que impõe o Convênio ICMS 57/95.

E, assim, como visto, constato que, apesar do valor do frete ter sido sabido pelo contribuinte, este deixou de incluí-lo na base de cálculo do ICMS ST, tendo, consequentemente, retido a menos o imposto devido à Bahia, o que foi comprovado mediante as cópias das notas fiscais residentes no PAF 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.

Sendo assim, e sendo certo que a inclusão das despesas de frete na base de cálculo do ICMS ST encontra definição na LC 87/96, independentemente de ser CIF ou FOB, a par do que 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 – o que não é a hipótese dos autos -, procedente revela-se, por conseguinte, a cobrança do tributo através do lançamento em exame.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário mantendo na integralidade a Decisão recorrida.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 279462.0001/09-0, lavrado contra **CIMENTO SERGIPE S/A. - CIMESA**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$218.041,14**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de maio de 2011.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS