

A. I. N.º - 146551.0001/10-1
AUTUADO - ENGEPACK EMBALAGENS S.A.
AUTUANTES - ANTÔNIO FERREIRA DE FREITAS e WALDEMAR SANTOS FILHO
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 20.06.2011

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N.º 0170-04/11

EMENTA: ICMS. 1. 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. 2. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. SAÍDAS REGULARMENTE ESCRITURADAS. Infração reconhecida e paga. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 19/11/2010, lança crédito tributário no total de R\$203.851,34, relativo à ICMS, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01- 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\$39.842,56, acrescido de multa de 60%, no período de janeiro a março de 2006;

Infração 02 - 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\$164.008,78, acrescido da multa de 60%, no período de janeiro a março de 2006; foi acrescentado que utilizou como base de cálculo nas operações de transferências interestaduais de mercadorias, valor inferior ao custo da mercadoria.

O autuado apresenta defesa, às fls. 15 a 22. Transcreve os termos das infrações e reconhece a procedência da infração 02, pelo que pediu quitação com certificado de crédito. Argui que o crédito tributário relativo à infração 01 é improcedente, 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, como evidenciado nas notas fiscais de saídas e nos conhecimentos de transporte mencionados no “demonstrativo de crédito indevido de serviços de transporte nas transferências interestaduais – 2006”, 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 de Geraldo Ataliba, citado por Heron Arzua, bem como os arts. 13, III, § 1º, II, “b”, 19 e 20 da Lei Complementar 87/96 e os art. 93, 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 considerado insubsistente.

Os autuantes prestam informação fiscal, às fls. 128 a 130, reproduzem 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 compõe 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 02, 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.

VOTO

O Auto de Infração em lide foi lavrado para lançar crédito tributário relativo ao cometimento de duas irregularidades consoante relatado. O contribuinte expressamente reconheceu como devidos os valores lançados relativos à infração 02. Portanto, não tendo reparo a fazer quanto ao procedimento fiscal, a considero subsistente. Infração mantida.

A infração 01 se refere a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS relativo a frete de mercadorias em saídas por transferências a preço FOB na condição de remetente de mercadoria, cuja prestação de serviço de transporte foi efetuada por transportadora.

O sujeito passivo impugnou a infração arguindo se tratar de crédito fiscal de ICMS sobre frete na modalidade CIF, relativo a mercadorias saídas por transferência.

Examinando os autos, verifica-se que o contribuinte transferiu mercadorias 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, o valor do frete teria de ser agregado ao preço das mercadorias transferidas a 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 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 CTCs, visto que já teria assumido o ônus do ICMS destacado na nota fiscal de transferência, uma vez 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 evidenciando 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 CTCRs 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.

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 nos CTCRs atinentes 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 como crédito fiscal o ICMS relativo ao frete.

Repito, os CTCRs acostados aos autos por si só não comprovam em absoluto, 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 a defesa não apresentou provas incontroversas com elemento que, se fosse o caso, necessariamente dispunha, firma-se a veracidade da acusação fiscal, constituindo-se a alegação defensiva em mera negativa de cometimento da infração, o que à 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 o sujeito passivo utilizou indevidamente, na condição de remetente, crédito fiscal de ICMS, relativo a frete de mercadorias em saídas por transferências interestaduais, cuja prestação de serviço de transporte foi efetuada por transportadora, 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 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **146551.0001/10-1**, lavrado contra **ENGEPACK EMBALAGENS S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$203.851,34**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, incisos II, alínea “a”, e VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de junho de 2011.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

JORGE INÁCIO DE AQUINO – RELATOR

PAULO DANILO REIS LOPES – JULGADOR