

PROCESSO - A. I. Nº 207103.0001/12-9
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e CONTINENTAL DO BRASIL PRODUTOS AUTOMOTIVOS LTDA.
RECORRIDOS - CONTINENTAL DO BRASIL PRODUTOS AUTOMOTIVOS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0013-04/14
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 17.12.2014

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 0374-12/14

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FRETE DE MERCADORIAS EM SAÍDAS POR TRANSFERÊNCIAS A PREÇO FOB. Nas transferências interestaduais entre estabelecimentos de uma mesma empresa, quando o valor do frete não integrar a base de cálculo da transferência, o remetente não faz jus ao crédito fiscal referente ao frete tomado. Infração subsistente. 2. PROGRAMA DESENVOLVE. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. USO INDEVIDO DE INCENTIVO FISCAL. Restou comprovado que as operações que tinham ocasionado o recolhimento a menos foram, tempestivamente, retificadas pelo sujeito passivo. Infração elidida. Não acolhidas a solicitação de diligência e as preliminares de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Tratam-se de Recursos Voluntário e de Ofício em relação à Decisão proferida pela 4ª JJF – Junta de Julgamento Fiscal em 23/01/2014 que julgou, por unanimidade, Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 12/06/2012, com o objetivo de exigir da ora recorrente crédito tributário, no valor histórico de R\$ 442.736,92 (um milhão seiscentos e sessenta e três mil novecentos e oitenta e sete reais e vinte e cinco centavos) em decorrência do cometimento de 02 (duas) infrações.

Infração 01. RV – Utilizou indevidamente, na condição de remetente da 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 período de janeiro de 2008 a dezembro de 2009. Foi lançado imposto no valor de R\$323.720,35, mais multa de 60%. Consta que o contribuinte se creditou indevidamente de ICMS relativo a prestações de serviços de transportes vinculados a transferências de mercadorias, quando a base de cálculo é composta apenas por matéria-prima, mão de obra, material secundário e embalagem, conforme o art. 56, V, “b”, do RICMS-BA/97;

Infração 02. RO – Recolhimento do ICMS efetuado a menos em decorrência de uso indevido de incentivo fiscal – dilação de prazo para pagamento de ICMS – relativo às operações próprias, em desacordo com a legislação do DESENVOLVE, modificando as características essenciais da obrigação tributária principal, de modo a reduzir o montante do imposto devido, nos meses de abril a outubro de 2009. Foi lançado imposto no valor de R\$ 119.016,57, mais multa de 100%. Trata-se de apuração e recolhimento a menos de ICMS referente a parcelas não sujeitas à dilação em decorrência da não inclusão, no DNVP (débito não vinculado ao projeto incentivado), das operações de vendas de mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros em operações sujeitas ao regime de substituição tributária, na condição de contribuinte substituto, CFOP 6.403 - Instrução Normativa 27/09, subitem 2.1.18. Também foi consignado que o contribuinte não incluiu no DNVP operação de venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiro, CFOP 6.102 - Instrução Normativa 27/09, subitem 2.1.1.

O autuado apresentou impugnação ao Auto de Infração (fls.114/132), suscitando preliminarmente

a nulidade do auto por cerceamento de defesa, por ser baseado em presunções genéricas e por carecer de fundamento e certeza. Estabelece também sua defesa quanto ao mérito dos lançamentos.

A autuante apresentou sua informação fiscal (fls.934/939), em que manteve o inteiro teor do 1º lançamento, modificando, no entanto, a 2ª infração. Explicou que o desfazimento das operações que saíram com CFOP's 6.403 e 6.201, não representou evasão fiscal, pois as saídas posteriores no mesmo mês estavam beneficiadas pelo programa DESENVOLVE.

Desta feita, o fiscal autuante no que se refere à Infração 02 assim se manifestou:

Constatamos às fls 145 a 225 do PAF que realmente o autuado, emitiu nfs de devoluções das operações de vendas de mercadorias, cujos CFOPs foram 6403 e 6201, e posteriormente nfs de faturamento das mercadorias, objetos da ação fiscal, e reclamação dos créditos dos ICMS.

Sob a análise da Instrução Normativa nº 27/09, o desfazimento das operações neste caso, não apresentou evasão fiscal, pois o autuado mesmo não relacionando as operações de saídas com CFOPs 6403 e 6201 aos DNVP – Débitos Não Vinculados ao Projeto, também não o fez em relação às respectivas devoluções, operações de entradas, com CFOPs 2410 aos CNVP – Créditos Não Vinculados ao Projeto. E posteriormente nas operações de vendas das mercadorias, objetos da ação fiscal, CFOPs 6401, dentro do mesmo mês, estas estavam beneficiadas pelo Programa Desenvolve, conforme item 2.1.18 da IN 27/09.

Pelo exposto acima acatamos os argumentos apresentados, reforçados pelos documentos acostados ao PAF, pelo autuado, quanto a esta infração.

O contribuinte se manifesta novamente (fls.942/946), mantendo suas alegações anteriores, requerendo preliminarmente a nulidade do auto, e no mérito o cancelamento da autuação. Subsidiariamente requer a redução ou cancelamento das multas, além de protestar a realização de diligência.

O i. Fiscal apresentou nova informação fiscal (fls.961/962), reiterando sua primeira manifestação.

O autuado volta a se manifestar (fls.967/969), reafirmando sua posição, além de acrescentar que o reconhecimento da improcedência da infração 02 pelos autuantes demonstra a precariedade da autuação.

A autuante voltou a se manifestar (fls.975/976), repetindo os mesmos argumentos expostos anteriormente.

A instrução foi concluída e os autos remetidos à apreciação pela 4ª JJF que entendeu por bem, julgar, por unanimidade, procedente em parte o Auto de Infração nº 207103.0001/12-9, determinando que o autuado fosse intimado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$323.720,35**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores já recolhido, o que fez nos seguintes termos:

VOTO

Preliminarmente foi suscitada a nulidade do Auto de Infração, por cerceamento de defesa, sob as alegações de que as infrações não foram descritas de forma clara, que os autuantes incorreram em equívocos de ordem fática e que não há nos autos elementos suficientes para se determinar com segurança as infrações cometidas.

Ao contrário do afirmado pelo autuado, a descrição das infrações que compõem o lançamento tributário de ofício é clara e precisa e, além disso, é a rotineiramente empregada pela fiscalização quando são apuradas situações como as tratadas no Auto de Infração em comento. Com o objetivo de facilitar ainda mais o entendimento das acusações imputadas ao contribuinte, os autuantes fizeram constar no Auto de Infração informações complementares, as quais afastam qualquer eventual dúvida sobre as irregularidades descritas. A existência ou não de equívocos de ordem fática constitui uma questão de mérito e, como tal, será trata mais adiante neste voto.

Divergindo do afirmado na defesa, os elementos existentes nos autos são suficientes para se determinar, como segurança, as infrações, o infrator e os montantes devidos, não estando as imputações baseadas em mera presunção, como tenta fazer crer o contribuinte.

Em face ao acima exposto, afasto as preliminares de nulidade suscitada na defesa.

Com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, indefiro o pedido de diligência, pois considero que os elementos existentes nos autos são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores.

Adentrando ao mérito, passo a apreciar os argumentos defensivos atinentes à infração 1, a qual trata de 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.

Ao tratar do direito ao crédito fiscal referente às prestações de serviço de transporte prestado por empresa transportadora, o disposto no artigo 94 do RICMS-BA/97, vigente à época dos fatos, prevê que nas operações realizadas a preço FOB o valor do ICMS incidente sobre o frete constituirá crédito fiscal do estabelecimento destinatário. Por sua vez, o artigo 95 do mesmo Regulamento determina que, nas operações a preço CIF, o crédito fiscal pertencerá ao estabelecimento remetente das mercadorias.

Os autuantes asseveram que as operações relacionadas na infração em comento ocorreram a preço FOB, enquanto o autuado afirma que foram a preço CIF.

Especificamente nos casos de fretes a preço CIF, o frete compõe a base de cálculo do ICMS e, em consequência, é tributado integralmente no valor da operação pelo remetente da mercadoria, já que consta na nota fiscal. O ICMS sobre esse frete consignado na nota fiscal constituirá crédito fiscal do estabelecimento destinatário. Como o transportador também se debitará desse frete destacado no conhecimento de transporte, haverá dois débitos de ICMS para uma mesma prestação de serviço de transporte interestadual. Dessa forma, quando o valor do frete integra o montante da base de cálculo da operação interestadual, para afastar a exigência em duplicidade de ICMS sobre o frete, a legislação permite que o remetente da mercadoria aproveite o crédito fiscal referente ao frete destacado no conhecimento de transporte.

Todavia, no caso concreto, as operações de saídas relacionadas na autuação são decorrentes de transferências destinadas a estabelecimento da mesma empresa localizado em outra unidade da Federação. Nessa situação, prevê os artigos 13, §4º, II, da Lei Complementar 87/96, e 17, §8º, II, da Lei nº 7.014/96, que a base de cálculo do imposto será o custo da mercadoria produzida, assim entendida a soma do custo da matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento. Coerentemente com essa determinação legal, os relatórios de produção apresentados pelo autuado e acostados às fls. 51 a 59 não incluem na base de cálculo das transferências interestaduais efetuadas as despesas com frete. Dessa forma, já que o valor do frete não foi incluído na base de cálculo da operação, não há previsão para o aproveitamento do crédito fiscal referente ao frete por parte do remetente da mercadoria. Nessa situação, quando o valor do frete não integrar o montante da base de cálculo da transferência, o remetente da mercadoria não terá direito ao crédito fiscal referente ao frete FOB ou CIF.

Na defesa e nos pronunciamentos posteriores, o autuado faz alusão a insumos do seu processo produtivo. Ressalto que os fretes incidentes nas aquisições de insumos não confundem com os fretes tomados quando da transferência das mercadorias em comento. Os fretes referentes às aquisições de insumos devem ter sido apropriados pelo autuado no momento oportuno.

O acórdão citado pelo autuado, referente a uma Decisão isolada proferida há mais de uma década, não reflete o entendimento assente neste CONSEF sobre a matéria. Peço vénia para transcrever trecho de voto proferido pelo ilustre Conselheiro Dr. Eduardo Ramos de Santana, no recente Acórdão CJF nº 0307-11/13, ao apreciar idêntica matéria:

No tocante à infração 7, acusa exigência de utilização indevida de crédito fiscal, relativo a contratação de frete a preço FOB, nas saídas interestaduais por transferência de mercadorias.

Na defesa a empresa juntou cópia dos CTRCs 31854 e 31903 (fls. 320/324) e cópias das NFs correspondentes para provar que estavam vinculados a operações de vendas e não de transferências, o que foi acatado pelos autuantes, reduzindo o débito de R\$6.054,21 para R\$5.360,23 (fl. 447).

Por sua vez, a JJF acatou o argumento defensivo de que na condição de tomador do serviço, o autuado comprovou ter suportado o ônus do frete e mesmo que em alguns CTRCs indicassem frete FOB, restou comprovado que os pagamentos foram feitos pelo remetente. Decidiu que a operação é de fato CIF, correta a utilização dos créditos fiscais e insubsistente a infração.

Verifico que os CTRCs mantidos no último demonstrativo elaborado pelos autuantes (fl. 447), conforme cópias juntadas na defesa (fls. 347/385) estão vinculadas a operações de transferências.

Conforme ressaltado pelos autuantes a legislação do ICMS estabelece que nas operações de transferências de mercadorias para estabelecimento situado em outra unidade da Federação, pertencente ao mesmo titular, a base de cálculo é o valor correspondente ao custo da mercadoria produzida, correspondente ao custo da matéria prima, material secundário e mão de obra (art. 56, V, “b” do RICMS/97).

Consequentemente, o valor do ICMS incidente na prestação do serviço de transporte, não integra a base de cálculo do valor da mercadoria transferida. Logo, não há neutralização do ICMS que foi pago pelo serviço de transporte, (recebido pela Fazenda Pública) com o valor correspondente da base de cálculo da operação de

transferência (que se incluisse o valor do “frete CIF”, ficaria neutralizado pelo valor do débito total da operação: mercadoria + frete).

Ressalto que esse posicionamento (vedação do crédito fiscal do ICMS na operação de transferências interestadual a preço CIF) já foi manifestado em diversas decisões deste Conselho, a exemplo dos Acórdãos CJF 363-12/07 e CJF 455-12/07, e foi objeto de Recurso Extraordinário do Acórdão CJF 0228-12/08, por contrariar entendimento manifestado em decisões reiteradas deste órgão julgador (Acórdão nº 0293-01/07), tendo a Câmara Superior dado provimento no Acórdão CJF Nº 0035-21/09, e por coincidência, relativo a este mesmo contribuinte.

Diante o exposto, fica reformada a Decisão, pela Procedência em Parte da infração 7, com valor devido de R\$5.360,23 (30/11/08 – R\$4.593,01 e 31/12/08 – R\$767,21) de acordo com a planilha à fl. 447.

Saliento que o fato de os autuantes terem consignado a cláusula CIF na oitava coluna da “planilha auxiliar de demonstrativo de débito” não elide a infração em comento, pois conforme já demonstrado acima, nas operações em tela, independentemente de serem os fretes CIF ou FOB, o autuado não faz jus aos créditos fiscais em questão.

Em face ao acima exposto, a infração 1 subsiste integralmente.

A infração 2 trata de recolhimento a menos de ICMS em decorrência de uso indevido de incentivo fiscal relativo às operações próprias em desacordo com a legislação do DESENVOLVE.

Afirma o autuado que nas notas fiscais referentes às operações elencadas na autuação foram, por um equívoco, consignados os CFOPs 6.403 e 6.102. Ao perceber esse erro, essas operações foram anuladas pelas notas fiscais de devolução emitidas no dia seguinte, tendo sido emitidas as notas fiscais corretas, conforme comprovam os documentos de fls. 145 a 225. Na informação fiscal, os autuantes acataram o argumento defensivo e opinaram pela improcedência dessa infração.

Os documentos probantes trazidos na defesa atestam a veracidade do argumento defensivo. Dessa forma, a infração 2 não subsiste, conforme expressamente reconheceram os próprios autuantes na informação fiscal.

Voto, portanto, pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$323.720,35, devendo ser homologado os valores já recolhido.

Na mesma ocasião a Junta recorreu de ofício da presente Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1º, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537, com efeitos a partir de 20/12/11.

Como se pode inferir da leitura do voto acima reproduzido, a 4ª JJF assim se posicionou em relação aos argumentos aduzidos pela então impugnante, ora corrente:

- a) No que tange à preliminar de nulidade, afastou-a com o argumento de que os elementos constantes nos autos são suficientes para se determinar com segurança, as infrações, o infrator e os montantes devidos, não sendo as imputações baseadas em mera presunção como alegado pelo contribuinte;
- b) Quanto ao pedido de diligência, indeferiu-o com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, por considerar que os elementos existentes nos autos são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores;
- c) Em relação à arguição de que o 1º lançamento deveria ser elidido, pois as vendas relacionadas no mesmo foram realizadas a preço CIF, rejeitou a Junta, com o argumento de que o contribuinte não faz jus aos créditos fiscais independentemente de serem os fretes CIF ou FOB, pois as saídas relacionadas na autuação são decorrentes de transferências destinadas a estabelecimento da mesma empresa localizado em outra unidade da Federação. Nessa situação, prevê os artigos 13, §4º, II, da Lei Complementar nº 87/96, e 17, §8º, II, da Lei nº 7.014/96, que a base de cálculo do imposto será *o custo da mercadoria produzida, assim entendida a soma do custo da matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento*. Coerentemente com essa determinação legal, os relatórios de produção apresentados pelo autuado e acostados às fls. 51 a 59 não incluem na base de cálculo das transferências interestaduais efetuadas as despesas com frete;
- d) Em relação à infração 2, observou que a improcedência da mesma fora reconhecida pela própria autuante. Sendo assim, julgou o lançamento de forma a acompanhar a correção feita

pelo i. Fiscal.

Intimado acerca do resultado do julgamento o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário (fls. 1005/1022) em relação à Decisão da junta, reiterando todos os seus argumentos defensivos:

- i. Argui que o lançamento fora praticado de forma precária, não apontando ou descrevendo com clareza as supostas infrações cometidas pelo recorrente além de afirmar que a averiguação fiscal fora realizada com negligência, o que acabou por gerar falhas de ordem fática. Posto isso, requereu a nulidade com base no art.18 do Decreto nº 7.629/99;
- ii. Afirma que o fato de o autuado ter cancelado parte do lançamento corrobora a precariedade da autuação. Argumentou que se houvesse maior diligência, a mesma não teria nem sido lavrada;
- iii. Alega que as operações descritas no 1º lançamento foram realizadas a preço CIF, e que os custos com o frete foram arcados pelo recorrente, até mesmo porque a operação se deu entre o mesmo estabelecimento. Sendo assim, o frete compôs o preço das mercadorias, tendo como consequência a gênese do direito ao crédito pelo contribuinte;
- iv. Afirma que, de acordo com o art.95, do RICMS vigente à época das operações, não há a exigência legal de inclusão do valor do frete na base de cálculo, bem como, alegou que independentemente da composição da base de cálculo, o frete é essencial à atividade de comercialização de mercadoria, gerando o crédito de ICMS conforme o art. 93, III, do RICMS-BA/97;
- v. Requer subsidiariamente a redução ou o cancelamento das multas, que teriam caráter confiscatório, o que é vedado pelo art. 150, IV, da CF/88, que teve sua extensão aplicada às multas pela jurisprudência do STF.

Em Parecer, a PGE/PROFIS (fls.1028/1030) opinou pelo Improvimento do Recurso voluntário, alegando que o valor do frete não integra o valor das operações nas transferências interestaduais, salvo se a operação se der a preço CIF, ou nos casos de operações a preço FOB, em que o seja comprovado o pagamento pelo remetente para futuro reembolso. Como no caso em lide o preço do frete não fora incluído na base de cálculo, não há que se falar no direito ao estorno de créditos fiscais.

VOTO

Tratam-se de Recursos Voluntário e de Ofício em relação à Decisão proferida pela 4ª JJF – Junta de Julgamento Fiscal em 23/01/2014 que julgou, por unanimidade, Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, em decorrência do cometimento de 02 (duas) infrações.

A primeira infração se reporta à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS relativo a frete de mercadorias em saídas por transferências, no período de janeiro de 2008 a dezembro de 2009, e é objeto do Recurso Voluntário.

A segunda infração se refere a recolhimento a menor do ICMS em decorrência de uso indevido de incentivo fiscal, em desacordo com a legislação do DESENVOLVE, nos meses de abril a outubro de 2009 referente em decorrência da não inclusão, no DNVP (débito não vinculado ao projeto incentivado), das operações de vendas de mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros em operações sujeitas ao regime de substituição tributária, na condição de contribuinte substituto, CFOP 6.403 - Instrução Normativa nº 27/09, subitem 2.1.18. Também foi consignado que o contribuinte não incluiu no DNVP operação de venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiro, CFOP 6.102 - Instrução Normativa nº 27/09, subitem 2.1.1. Essa infração é objeto do Recurso de Ofício.

Inicialmente passo à análise do Recurso de Ofício.

Da análise do presente PAF verifico que, em sede de defesa o recorrente reconheceu que de acordo com a Instrução Normativa nº 27/09, as operações realizadas através dos os CFOPS 6.403 e

6.102 não se enquadram nos requisitos para deferimento do ICMS.

Entretanto, comprovou que as referidas Notas Fiscais foram canceladas no dia seguinte a sua expedição, mediante a emissão de Notas Fiscais de retorno ao estabelecimento da mesma. Disse que teria cometido os erros nas indicações dos CFOPs, e por isso as nfs foram substituídas por outras com CFOPs corretos, os quais se enquadram no benefício fiscal do DESENVOLVE.

Elaborou demonstrativo, anexo ao PAF (fl. 122) em que relaciona as Notas Fiscais objeto da Infração 2, com as Notas Fiscais de retorno, e as Notas Fiscais de faturamento. E para fazer prova acostou ao PAF cópia dos referidos documentos fiscais, assim como os respectivos lançamentos dos livros de registro de entradas e saídas (fls. 145 a 225).

Os autuantes ao analisar as razões do contribuinte acataram suas razões de defesa uma vez que o desfazimento das operações neste caso, não representou falta de recolhimento de tributo.

Nessa mesma esteira os julgadores da JJF acataram os argumentos defensivos e julgaram improcedente a respectiva Infração.

Entendo não merecer reparo a Decisão recorrida. O autuado logrou êxito em comprovar que nas notas fiscais referentes às operações elencadas na autuação foram, por um equívoco, consignados os CFOPs 6.403 e 6.102. No dia seguinte, essas operações foram anuladas pelas notas fiscais de devolução emitidas, tendo sido emitidas as notas fiscais corretas, conforme comprovam os documentos de fls. 145 a 225.

Assim, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

No que se refere ao Recurso Voluntário, preliminarmente foi suscitada a nulidade do Auto de Infração, por cerceamento de defesa, sob as alegações de que as infrações não foram descritas de forma clara, que os autuantes incorreram em equívocos de ordem fática e que não há nos autos elementos suficientes para se determinar com segurança as infrações cometidas. Ademais, sustenta a sua nulidade também no fato de o autuante e a JJF terem reconhecido a improcedência da Infração 02 o que comprovaria a incerteza do lançamento.

Entretanto, na linha contrária do afirmado pelo Recorrente, a descrição das infrações que compõem o lançamento tributário de ofício é clara e precisa e, além disso, o Recorrente contra elas se opôs de forma clara o que demonstra o seu total entendimento.

A existência de equívocos de ordem fática e de mérito, os quais ensejaram na improcedência da Infração 02 não possuem o condão de invalidar a totalidade do lançamento.

Divergindo do afirmado no Recurso, os elementos existentes nos autos são suficientes para se determinar, como segurança, as infrações, o infrator e os montantes devidos, não estando as imputações baseadas em mera presunção, como tenta fazer crer o contribuinte.

Assim, em razão disso, não acolho as preliminares de nulidade suscitadas.

No que se refere à Infração 1, o argumento central da tese recursal é o de que as operações foram realizadas a preço CIF, e que os custos com o frete foram arcados pelo recorrente, até mesmo porque a operação se deu entre o mesmo estabelecimento. Sendo assim, o frete compôs o preço das mercadorias, tendo como consequência a gênese do direito ao crédito pelo contribuinte.

Afirma ainda que, de acordo com o art.95, do RICMS vigente à época das operações, não há a exigência legal de inclusão do valor do frete na base de cálculo, bem como, alegou que independentemente da composição da base de cálculo, o frete é essencial à atividade de comercialização de mercadoria, gerando o crédito de ICMS conforme o art. 93, III, do RICMS-BA/97.

Inicialmente, gostaria de ressaltar que o presente caso não se refere à exigência do ICMS nas transferências, situação contra a qual este relator e os demais Conselheiros Classistas já se manifestaram reiteradamente, mas sim quanto ao aproveitamento de crédito decorrente dessas operações.

No presente caso entendo não assistir razão ao Recorrente. Desta feita, me alinho ao entendimento adotado pela JJF, no sentido de que, no caso concreto, pouco importa a natureza da operação quanto ao frete (se CIF ou FOB), uma vez que, em se tratando de transferência interestadual o mesmo não compõe a base de cálculo do imposto estadual por expressa disposição legal.

De fato, a legislação do ICMS estabelece que nas operações de transferências de mercadorias para estabelecimento situado em outra unidade da Federação, pertencente ao mesmo titular, a base de cálculo é o valor correspondente ao custo da mercadoria produzida, correspondente ao custo da matéria prima, material secundário e mão de obra (art. 56, V, “b” do RICMS/97).

Desta feita, o valor do ICMS incidente na prestação do serviço de transporte, não integra a base de cálculo do valor da mercadoria transferida, e o recorrente não logrou êxito em demonstrar que efetivamente integrou, razão pela qual não lhe pode ser garantido o direito ao crédito do imposto estadual.

Esta posição é assente neste CONSEF, podendo citar os seguintes precedentes: ACÓRDÃO CJF Nº 0035-21/09, ACÓRDÃO CJF Nº 0363-12/07, ACÓRDÃO CJF Nº 0249-11/14 e ACÓRDÃO CJF Nº 0408-13/13.

Quanto aos pedidos de redução ou cancelamento das multas aplicadas por entender que são confiscatórias, não é da Competência desta CJF analisar questões atinentes à sua constitucionalidade.

Ademais, a multa aplicada é a legalmente prevista para a infração e na competência dos órgãos julgadores administrativos não se inclui a declaração de constitucionalidade (RPAF: art. 167, I) e por se tratar de multa por descumprimento de obrigação principal.

Assim, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207103.0001/12-9**, lavrado contra **CONTINENTAL DO BRASIL PRODUTOS AUTOMOTIVOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$323.720,35**, 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, 01 de dezembro de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

DANIEL RIBEIRO SILVA - RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS