

A. I. N° - 206891.0027/15-3
AUTUADO - ITAGUASSU AGRO INDUSTRIAL S/A. (CIMENTO NASSAU)
AUTUANTES - PAULO CESAR DA SILVA BRITO, EUZIANE GOUVEIA DA SILVA e MARCOS ANTONIO DA SILVA CARNEIRO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 06/06/2017

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0067-01/17

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. USO INDEVIDO. Ação fiscal foi voltada para estabelecimento localizado no Estado da Bahia. Demonstrado que o remetente incluiu itens do sistema produtivo que não compõe a base de cálculo nas transferências interestaduais, resultando em destaque de ICMS acima do estabelecido na Lei Complementar n° 87/96 e apropriação indevida de crédito fiscal pelo autuado. Infração caracterizada. Pedido de nulidade rejeitado. Auto de infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 26/08/2015, formaliza a exigência de ICMS no valor total de R\$109.174,25, em decorrência de ter utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS nas transferências interestaduais de mercadorias industrializadas pelo remetente, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo utilizada na unidade federada de origem, ficando superior ao estabelecido no inciso II do § 4º do art. 13 da Lei Complementar n° 87/96 (01.02.23), ocorrido de janeiro a dezembro de 2011, acrescido de multa de 60%.

Os autuantes afirmam que este auto de infração tem amparo no inciso II do § 4º do art. 13 da Lei Complementar n° 87/96, tendo decisões favoráveis no Superior Tribunal de Justiça e no CONSEF, bem como na Instrução Normativa n° 52/13 e em parecer da Procuradoria Geral do Estado. A base de cálculo foi apurada a partir de planilha de custo de produção apresentada pelo autuado e é composta do somatório da matéria-prima, acondicionamento, material secundário e mão de obra. Foi excluído o coque verde de petróleo porque não se enquadra no conceito de material secundário. Os autuantes informam que este produto está contabilizado na descrição analítica da rubrica “outros custos” na conta 712040010 e não na conta de material secundário que é 712030000.

Os autuantes ressaltam que o valor mensal do custo de produção unitário foi apresentado para o saco de cimento de 50 kg e que procederam a divisão do somatório de matéria-prima, material secundário, embalagens e mão-de-obra pela quantidade produzida no mês/ano.

O autuado, através de representante legal, apresentou defesa das fls. 71 a 85, informando que recebe em transferência de seu estabelecimento fabril, localizado no Estado de Sergipe, cimento para comercialização.

Destaca que os autuantes, no método aplicado na fiscalização, cometeram dois equívocos. Primeiro, não excluíram do valor constante de cada nota fiscal os valores de frete e do próprio ICMS para determinar o valor do custo da mercadoria produzida, como base de cálculo do ICMS. Segundo, o custo apurado através do balanço patrimonial e demonstrações financeiras, mediante divisão do valor total anual pela quantidade de cimento produzida, não corresponde ao custo parcial, a que se refere à LC n° 87/96, mas ao custo total que, além de matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento, compreende outros componentes tais como exaustão, depreciação, amortização, etc.

O autuado considera anormal o fato do Estado da Bahia exercer procedimento de fiscalização para verificar a regularidade de imposto devido ao Estado de Sergipe. Entende que há conflito de

interesse em torno do ICMS, no tocante à base de cálculo do imposto – que serve de fundamento para glosa dos créditos do ICMS em referência, e que envolve critério de tributação determinado diferentemente entre as duas Unidades Federativas.

O autuado entende que se a discussão envolve critério de tributação exigido pela entidade tributante de origem, a fiscalização do imposto não poderia ser realizada pelo Estado de destino. Assim, considera nula a ação desde a sua origem, não apenas por ter sido desenvolvida por autoridade incompetente, mas por ausência de materialidade, entendida como evento ocorrido fora do espaço territorial das normas baixadas pelo Estado da Bahia.

O autuado explica que os autuantes não perceberam que no valor praticado para base de cálculo do ICMS nas transferências estava incluída parcela relativa a frete, até o estabelecimento de destino, e ainda o próprio imposto. Logo, para efeito de comparação com o custo apurado, deveriam abater do valor praticado, frete e o próprio ICMS. Só assim é que seria possível identificar o custo da mercadoria.

O autuado entende que ao custo do produto, deveria ser incluído o ICMS e adicionar a despesa de frete ou excluir da base de cálculo praticada o valor do frete e do ICMS nela incluída. Lembra que, de acordo com o art. 13, § 4º, Inciso II, da Lei Complementar nº 87/96, a base de cálculo do ICMS nas transferências interestaduais é o custo da mercadoria produzida, assim entendida a soma do custo de matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento. E aí o frete incluído no valor da operação se constitui em hipótese de incidência outra, diferente de custo. Por isso, para efeito de identificação da base de cálculo, relativa a cada nota fiscal de transferência, era de ser excluído do valor da operação a parcela relativa ao frete.

Como o montante do imposto (ICMS) integra sua própria base de cálculo, constituindo o destaque mera indicação para fins de controle, era de se excluir do valor da operação praticado pelo autuado o valor do ICMS, nele incluído, para efeito de determinação do custo da mercadoria produzida.

O autuado destaca que nos demonstrativos apresentados pelos autuantes não se vê qualquer elemento que atenda aos requisitos legais, no tocante a identificação do custo de matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento, nos termos em que posto pela LC 87/96. O que se diz é que levou-se em conta o custo total, extraído do Livro Razão Analítico e dividido pela quantidade produzida. Critério de tributação esse que, além de não refletir a realidade dos fatos, é incompatível com a sistemática legal.

Cita os acórdãos da CJF nº 0168-11/12 e 0147-12/12 que tornaram nulos os autos de infração que apuraram o custo de produção total anual e lançaram a exigência fiscal em períodos mensais. Cita, ainda, o Acórdão JJF nº 0452/01-03 que considerou improcedente exigência semelhante.

Além do fato de confundir custo total com custo parcial, o autuado também aponta como motivo para nulidade do auto de infração a inclusão no custo de produção das despesas de frete, ocorridas em momento posterior, e o próprio ICMS, inclusive do frete. Assim, conclui que os lançamentos recaem sobre base de cálculo que não se refere ao custo do produto fabricado, assim entendidas a soma do custo de matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento, mas refletem lançamentos por presunção, o que contraria o disposto no art. 142 do CTN.

Acrescenta que as transferências de mercadorias foram acobertadas por notas fiscais idôneas, em que houve destaque do ICMS, mediante a aplicação da alíquota própria, cujo imposto fora recolhido para o Estado de Sergipe, e que essas notas fiscais foram registradas com crédito do imposto incidente em tais operações.

Desta forma, conclui que o presente lançamento se põe em aberta contrariedade ao Princípio Constitucional da Não-cumulatividade, à medida que nega o direito de crédito do imposto incidente na operação anterior, tal como previsto no art. 155, § 2º, I, da Constituição Federal. O direito ao crédito do imposto incidente na operação anterior tem base constitucional e não pode

ser negado por nenhuma autoridade, sob pena de tornar o imposto cumulativo, negar o direito de propriedade e estabelecer verdadeiro confisco.

O autuado considera que a multa aplicada, no percentual de 60% do valor do tributo, é confiscatória, excessiva e extrapola a proporcionalidade ou razoabilidade, em função da natureza da infração, de suposta utilização indevida de crédito de ICMS. Informa que jamais consegue obter margem de lucro líquida anual que supere de 3% dos investimentos realizados. Razão pela qual entende ser desproporcional, não razoável, a aplicação de multa que supere da margem de lucro obtida em decorrência de sua atividade econômica.

O autuado requer que seja julgado improcedente o lançamento objeto do presente auto de infração.

Os autuantes, em contrapartida, alegam das fls. 126 a 150 (frente e verso) que o art. 155, § 2º, XII, “i” da CF/88 e a Lei Complementar nº 87/96, no art. 13, § 4º, II, prescrevem que a base de cálculo do ICMS, nas transferências interestaduais de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, deve corresponder ao custo da mercadoria produzida, assim entendida a soma do custo da matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento.

Alertam, ainda, que não foram contestados os cálculos e os valores constantes dos demonstrativos anexos ao presente processo administrativo fiscal.

Os autuantes afirmam que utilizaram apenas os elementos de custo de produção previsto no art. 13, §4º, II, da LC 87/96. Com base nesses itens de custo de produção apresentado pelo autuado, definiu a base de cálculo do ICMS para as operações de transferências interestaduais e realizou o subsequente estorno do ICMS. Informam que está registrado nos demonstrativos que foi feita a inclusão do ICMS para fazer o comparativo das bases de cálculo consignada nas notas fiscais e a prevista no art. 13, §4º, II da LC 87/96.

Os autuantes confirmam que a autuação fundamentou-se em uma Lei Nacional – LC 87/96, e todos os entes tributantes devem rigorosa obediência ao que está prescrito no seu art. 13, § 4º, II. Lembram que o Acórdão JJF-0452/01-03, reportado pelo autuado, foi reformado pela Câmara de Julgamento Fiscal – CCF do CONSEF, julgando o processo como totalmente procedente e que encontra-se devidamente ajuizado.

Os autuantes explicam que expurgaram da base de cálculo a despesa com frete, pois ela não é custo de produção, mas uma despesa operacional. Também entendem que a cláusula CIF é inaplicável às transferências, pois não existem as figuras do vendedor e comprador.

Os autuantes também confirmam que o autuado formou a base de cálculo para as operações de transferências de produtos industrializados para filiais localizadas em outras unidades da Federação com a inclusão de todos os elementos de custo de produção.

Os autuantes entendem que o autuado deve obedecer, em primeiro lugar, ao que está prescrito expressamente na Constituição Federal e na Lei Complementar do ICMS. Compreendem ser legítima a exigência de glosa de crédito fiscal decorrente de valor da base de cálculo a mais nas operações de transferências entre estabelecimentos pertencentes ao mesmo titular. Concluem que o comando contido no art. 13, § 4º, inciso II da Lei Complementar nº 87/96 é bastante específico e não admite nenhum outro tipo de custo além dos elencados.

Os autuantes citam o art. 109 do CTN alertando que, para os efeitos tributários, a definição, o conteúdo e o alcance dos institutos de direito privado podem sofrer restrições. Citam opiniões de doutrinadores e atestam que o uso de institutos de direito privado de forma restritiva no direito tributário é admissível, mas essas ressalvas precisam estar expressas na legislação.

Entendem os autuantes, com base no art. 110 do CTN, que o legislador não pode dizer de forma diferente do que está previsto no Direito Privado, em especial na Ciência Contábil, o que seja matéria-prima, mão-de-obra; material secundário e acondicionamento, haja vista que a Lei Complementar nº 87/96, por mandamento da CF/88, com relação à formação da base de cálculo do

ICMS, fixou os elementos de custo de produção que deverão compor ou formar a Base de cálculo, mas não conceituou o que seria cada um deles, isto é, o que se entende por matéria-prima, mão-de-obra, material secundário e acondicionamento.

Os autuantes citam trabalho desenvolvido na Faculdade de Ciências Contábeis de São Paulo, que define os elementos de custo de produção ou as rubricas listadas na Lei Complementar nº 87/96 (art. 13, §4º, II). Neste trabalho são expressos os três elementos básicos do Custo industrial: os materiais, a mão-de-obra e os custos indiretos de fabricação.

Os materiais utilizados na fabricação podem ser classificados em:

1. **Matérias-primas:** são os materiais principais e essenciais que entram em maior quantidade na fabricação do produto. A matéria-prima para uma indústria de móveis de madeira é a madeira; para uma indústria de confecções é o tecido; para uma indústria de massas alimentícias é a farinha.
2. **Materiais secundários:** são os materiais que entram em menor quantidade na fabricação do produto. Esses materiais são aplicados juntamente com a matéria-prima, complementando-a ou até mesmo dando o acabamento necessário ao produto. Os materiais secundários para uma indústria de móveis de madeira são: pregos, cola, verniz, dobradiças, fechos etc.; para uma indústria de confecções são: botões, zíperes, linha etc.; para uma indústria de massas alimentícias são: ovos, manteiga, fermento, açúcar etc.
3. **Materiais de embalagens:** são os materiais destinados a acondicionar ou embalar os produtos, antes que eles saiam da área de produção. Os materiais de embalagens, em uma indústria de móveis de madeira, podem ser caixas de papelão, que embalam os móveis desmontados; em uma indústria de confecções, caixas ou sacos plásticos; em uma indústria de massas alimentícias, caixas, sacos plásticos.

A mão-de-obra compreende os gastos com o pessoal que trabalha na empresa, envolvendo salários, encargos sociais, refeições e estadias etc. E os custos indiretos de fabricação compreendem os demais gastos necessários para a fabricação dos produtos, como: aluguéis, energia elétrica, serviços de terceiros, manutenção da fábrica, depreciação, seguros diversos, material de limpeza, óleos e lubrificantes para as máquinas, pequenas peças para reposição, telefones e comunicações etc.

Os custos indiretos de fabricação compreendem os demais gastos necessários para a fabricação dos produtos, como: aluguéis, energia elétrica, serviços de terceiros, manutenção da fábrica, depreciação, seguros diversos, material de limpeza, óleos e lubrificantes para as máquinas, pequenas peças de reposição, telefones e comunicações, etc.

Os autuantes fizeram referência a súmula de decisão do Segundo Conselho de Contribuintes da Secretaria da Receita Federal do Brasil em que ficou estabelecido que os combustíveis e energia elétrica, por não serem consumidas em contato direto com o produto, não se enquadram nos conceitos de matéria-prima ou produto intermediário. Citou, também, vários julgados do STJ firmando jurisprudência no sentido de que a energia elétrica, combustíveis e lubrificantes não representam insumo, matéria-prima, nem produto intermediário, pois não se incorpora nem é consumida em contato direto com o produto, enquadrando-se, portanto, no conceito de bens de uso e consumo. Assim, concluem que energia elétrica, combustíveis, material de manutenção, depreciação etc. não são enquadráveis pela Ciência Contábil nos elementos de custo denominados de matéria-prima, mão-de-obra, material secundário e acondicionamento.

Em decorrência deste auto de infração ter obedecido ao disposto em Instrução Normativa que buscou interpretar texto da lei complementar referente à base de cálculo, os autuantes sugerem a possibilidade de dispensa da penalidade, com base no disposto no inciso I do art. 106 do CTN, que exclui a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados.

Por fim, requerem a procedência total do auto de infração.

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal converteu este processo em diligência à ASTEC para intimar o autuado a apresentar os conhecimentos de transporte referentes às notas fiscais arrolados no demonstrativo anexado das fls. 12 a 25 a fim de verificar se foram consignados nos documentos fiscais que as prestações ocorreram CIF.

Os autuantes prestaram informação fiscal alertando da impossibilidade de fazer a vinculação das notas fiscais com os conhecimentos de transporte pois não existem já que consta nos rodapés das notas fiscais que o frete foi realizado por transportador autônomo e mediante a aplicação do Convênio ICMS 25/90.

VOTO

Inicialmente, verifiquei que foram observados todos os requisitos que compõe o Auto de Infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.

Rejeito o pedido de nulidade da ação fiscal sob a argumentação de que o Estado da Bahia não tem competência para exigir de contribuintes localizados fora do seu espaço territorial o cumprimento de normas editadas na Bahia. A ação fiscal foi voltada para estabelecimento localizado na Bahia, sendo observado o uso indevido de crédito fiscal em decorrência de erro na determinação da base de cálculo pelo estabelecimento remetente, em desconformidade com o estabelecido em lei complementar federal e não em legislação estadual.

A presente lide reside no valor de crédito fiscal admitido nos recebimentos de mercadorias em transferências interestaduais, com base em interpretação de norma de lei complementar federal que define base de cálculo do ICMS nas transferências de mercadorias produzidas no estabelecimento do remetente.

Da análise do disposto no inciso II do § 4º do art. 13 da Lei Complementar nº 87/96, entendo que a base de cálculo nas transferências interestaduais de mercadorias produzidas pelo remetente deve ser composta apenas pelos itens do custo de produção expressamente estabelecidos. Se a intenção do legislador fosse estabelecer como base de cálculo o custo de produção na forma entendida pela contabilidade de custos, não haveria de redefini-lo expressamente como fez na lei complementar.

Se a intenção fosse apenas ser exemplificativo, não haveria de utilizar expressão que indica redefinição restritiva "assim entendida a soma do custo da matéria-prima...", mas utilizaria expressão que revelasse intenção de apenas citar itens que fizessem parte do conceito aplicado, como "assim entendida a soma de itens como custo da matéria-prima...".

Como há na lei Complementar nº 87/96 uma redefinição restritiva da expressão "custo de mercadoria produzida" de forma taxativa, e não uma citação de seus itens de forma exemplificativa, não é possível dar uma interpretação extensiva a esta norma. De fato, a base de cálculo estabelecida na lei complementar contraria propositalmente a metodologia contábil de apuração de custo, à medida que apenas admite na hipótese em lide a utilização de parte dos itens que compõe os custos relacionados ao sistema produtivo.

Considerar que é taxativa a interpretação dada pela lei complementar à expressão "custo da mercadoria produzida" não viola os ditames do art. 110 do Código Tributário Nacional, como sugeriu o autuado. O conceito de custo de mercadoria produzida para efeito de tributação não foi utilizado nem expressamente nem implicitamente na Constituição Federal. Logo, tal interpretação não altera a definição nem a limitação das competências tributárias estabelecidas pela Magna Carta.

Impedir o uso indevido de crédito fiscal, objeto do presente auto de infração, não se caracteriza como afronta ao princípio constitucional da não-cumulatividade. A compensação do imposto devido em operações sujeitas ao ICMS com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou

por outro Estado é garantia constitucional. Mas para que se tenha direito à utilização do imposto cobrado nas operações anteriores é necessário que o imposto cobrado não ultrapasse o estabelecido como devido pela legislação.

A base de cálculo do imposto devido nas transferências interestaduais de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa é definida pela Lei Complementar nº 87/96 e não pelas legislações estaduais. Assim, a cobrança que excede a devida não pode ser admitida pelo Estado de destino como crédito fiscal para o destinatário. O princípio da não-cumulatividade não está sendo ferido, pois o remetente não está obrigado a estornar os créditos referentes aos outros itens do custo de produção que não fizeram parte da base de cálculo das mercadorias.

O uso indevido de crédito fiscal, objeto deste auto de infração, não representa uma invasão ao poder do Estado de localização do remetente em instituir o ICMS incidente na operação. Não cabe ao Estado da Bahia definir o imposto incidente nestas operações. Espera-se, entretanto, que sejam observados os limites estabelecidos na Constituição Federal e em lei complementar. Qualquer cobrança de imposto em operação interestadual que exceda os limites estabelecidos na Constituição Federal e na Lei Complementar nº 87/96 não obriga o Estado destinatário da mercadoria a absorver estes créditos.

A presente cobrança por uso indevido de crédito fiscal não representa tratamento discriminatório, mas observância dos limites estabelecidos na Constituição Federal e na Lei Complementar nº 87/96 e visa evitar prejuízos na repartição das receitas tributárias entre os Estados. Aceitar créditos fiscais decorrentes de utilização de base de cálculo que extrapola os limites citados seria o mesmo que aceitar créditos fiscais decorrentes de aplicação de alíquota superior ao estabelecido pelo Senado Federal para as operações interestaduais.

O que está sendo discutido não é se o imposto destacado foi efetivamente pago ou não. Motivo pelo qual levou o STF e o STJ a produzir jurisprudência no sentido de afirmar que o creditamento do ICMS em regime de não-cumulatividade prescinde do efetivo recolhimento na etapa anterior, bastando que haja a incidência tributária. O que estamos discutindo é a extrapolação dos limites estabelecidos para a base de cálculo nas operações interestaduais que repercute em extrapolação da carga tributária que deveria ser exigida dos contribuintes. Neste caso, o Estado prejudicado é o do destino das mercadorias caso absorva os créditos fiscais decorrentes da utilização de uma base de cálculo que extrapola os limites previstos na legislação.

Os autuantes recalcularam o custo unitário mensal do cimento produzido no estabelecimento fabril remetente, pertencente à mesma empresa, com base nas informações do custo de produção prestadas pelo próprio autuado (fl. 41), retirando os valores relativos ao coque verde de petróleo por não se enquadrar no conceito de matéria-prima nem no de material secundário, em conformidade com o estabelecido no inciso II do § 4º do art. 13 da Lei Complementar nº 87/96, que determina que a base de cálculo nas transferências interestaduais deve ser o custo da mercadoria produzida, assim entendida a soma do custo da matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento. O coque verde petróleo se destina à produção de energia fabril na fabricação do cimento. É um combustível não renovável derivado do petróleo.

Com o valor do custo de produção do cimento, calculado em cada mês, os autuantes calcularam a diferença a maior da base de cálculo constante em cada nota fiscal emitida pelo estabelecimento fabril e o conseqüente valor do ICMS que deve ser estornado pelo autuado. Neste cálculo eles consideraram a inclusão do valor do ICMS na formação da base de cálculo, nos termos do § 1º do art. 13 da Lei Complementar nº 87/96, conforme pode ser observado na coluna “custo unitário” do demonstrativo “estorno de crédito – custo transferência - fábricas”, apresentado pelos autuantes (fls. 12 a 25 e em CD à fl. 10).

O ICMS foi considerado pelo autuante na formação da base de cálculo das transferências, para efeito de cálculo do valor do crédito fiscal que deveria ser estornado. Na coluna “f” do demonstrativo “estorno de crédito – custo de transferência – fábricas”, fl. 12, está claro que o valor do ICMS compõe a base de cálculo, conforme determina o § 1º do art. 13 da Lei

Complementar nº 87/96.

Portanto, não procede a reclamação do autuado de que o método aplicado na fiscalização errou em não excluir o valor do ICMS sobre a base de cálculo informada nas notas fiscais de transferências ao comparar com a recalculada pelos autuantes com base nos quatro itens do custo de produção que devem compor a base de cálculo nos termos da lei complementar.

Também não procede a alegação de que o novo cálculo do custo unitário feito pelos autuantes considerou o custo total e não o parcial com base apenas nos custos de matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento. Se assim tivesse ocorrido, não seria motivo para reclamação, pois elevaria o valor da base de cálculo que seria admitida nas transferências.

As decisões constantes nos acórdãos da CJF nº 0168-11/12 e 0147-12/12 e da JJF nº 0452/01-03 não se aplicam ao presente caso, pois a apuração da base de cálculo se deu a partir dos dados dos custos de produção fornecidos pelo próprio autuado, apurado mês a mês, e não com base no custo da produção total anual, conforme tratou os referidos acórdãos.

Em relação ao frete, entendo que a Lei Complementar nº 87/96 não estabeleceu nenhuma limitação à sua base de cálculo quando da efetiva prestação de serviço nas transferências interestaduais de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa. A limitação está voltada à mercadoria e não à prestação do serviço. Por se tratar de uma só pessoa jurídica, a contratação do frete sempre ficará a cargo do emitente, como de fato ficou registrado nas notas fiscais de remessas para o autuado (fls. 51 a 62), anexadas ao processo pelos autuantes.

O ICMS referente à prestação de serviço de transporte nas transferências de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa, destacado no conhecimento de transporte ou no corpo da nota fiscal, nas hipóteses em que o remetente figurou como substituto tributário, é de legítimo direito do estabelecimento destinatário da mercadoria.

CIF é a sigla para Cost, Insurance and Freight, que em português, significa “Custo, Seguros e Frete”. Neste tipo de frete, o fornecedor é responsável por todos os custos e riscos com a entrega da mercadoria. Esta responsabilidade finda quando a mercadoria chega ao destino designado pelo comprador.

Para que seja caracterizada que a prestação de serviço na saída de mercadoria ocorreu a preço CIF, é necessário que sejam observadas formalidades estabelecidas na legislação estadual, conforme consta no art. 646 do RICMS/97. Nas prestações realizadas por transportador autônomo ou por empresa não inscrita no cadastro de contribuinte do Estado de localização do remetente das mercadorias, o ICMS sobre o frete será retido pelo remetente e destacado separadamente das mercadorias no documento fiscal. Na hipótese de prestações realizadas por transportador inscrito no cadastro de contribuinte do Estado de localização do remetente das mercadorias, o valor do frete deve ser incluído no preço da mercadoria e destacado no documento fiscal que se trata de “Venda a preço CIF”.

De início se observa uma impropriedade na adoção de cláusula CIF nas transferências entre estabelecimento industrial e estabelecimento comercial da mesma empresa. Não há de fato venda de mercadoria. Os custos e riscos com a entrega da mercadoria é da empresa que compreende tanto o estabelecimento remetente quanto o destinatário.

Da análise dos 12 documentos fiscais anexados das fls. 51 a 62, observei que em pelo menos 10 deles o transportador não possuía inscrição no cadastro de contribuintes do Estado de localização do remetente. Em todos os documentos constam a expressão: “venda CIF. O valor do frete está incluso no preço do produto. Emitente responsável pelo ICMS sobre frete Convênio ICMS 25/90”.

O Convênio ICMS 25/90, citado em todos os documentos fiscais, refere-se, exclusivamente, à cobrança do ICMS nas prestações de serviço de transporte realizadas por transportador autônomo ou por empresa não inscrita no cadastro de contribuinte do Estado de localização do remetente das mercadorias.

Assim, por tratarem-se de transporte efetuado por autônomo ou por empresa sem inscrição estadual no Estado de localização do remetente, o valor do frete não deveria estar incluído no preço da mercadoria, mas retido por substituição tributária e destacado no corpo do documento fiscal, separadamente do valor das mercadorias.

Desta forma, não há como admitir que o valor do frete está incluso no valor da mercadoria, pois o imposto sobre o frete é de responsabilidade do remetente por substituição tributária.

Destaco, ainda, que mesmo com a edição da Instrução Normativa nº 52/13, com caráter interpretativo de norma, não deve ser eliminada a imputação de multa ao autuado, com base no inciso I do art. 106 do CTN. Como o presente auto de infração foi lavrado três anos após a sua edição, não há como dispensar a imputação da multa. O referido dispositivo do CTN apenas pode ser aplicado quando a lavratura do auto de infração antecede a edição da suposta norma interpretativa. Assim, mantenho a multa inicialmente exigida.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206891.0027/15-3**, lavrado contra **ITAGUASSU AGRO INDUSTRIAL S/A. (CIMENTO NASSAU)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$109.174,25**, 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, 25 de abril de 2017.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR