

A. I. Nº - 281076.0034/15-9
AUTUADO - BRASKEM S.A.
AUTUANTE - SERGIO CABRAL LIBERATO DE MATOS
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 19.07.2016

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0109-05/16

EMENTA: ICMS. 1. IMPORTAÇÃO. RECOLHIMENTO DE ICMS EFETUADO A MENOS. FALTA DE INCLUSÃO DE DESPESAS ADUANEIRAS NA BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO EM RELAÇÃO AOS SERVIÇOS DE ARMAZENAGEM E CAPATAZIA, OCORRIDOS ANTES DO DESEMBARAÇO DAS MERCADORIAS. Caracterizada a existência de erro na determinação da base de cálculo. Reduzido o valor da cobrança, em relação à exigência em duplicidade apontada pela defesa. No mérito mantida a cobrança parcial com base em disposição expressa da legislação tributária vigente no Estado da Bahia. Item procedente em parte **2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) USO DO CRÉDITO EM VALOR SUPERIOR AO DESTACADO EM DOCUMENTO FISCAL. Infração reconhecida. b) VENDAS A PREÇO CIF. SERVIÇO DE TRANSPORTE CONTRATADO EM OUTROS ESTADOS.** Nas vendas realizadas a preço CIF, conforme art. 95, I, “c”, do RICMS/97, é assegurada a utilização do crédito do ICMS incidente sobre os serviços de transportes, ainda que estes tenham se iniciado em outro Estado e destinados a contribuintes também localizados em outro Estado. Decisão fundamentada em precedente do CONSEF. **3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS ELETRÔNICAS (NF-E). CANCELAMENTO IRREGULAR.** O contribuinte não procedeu ao regular e necessário cancelamento das NF-e no Portal Público destinado a esse fim. Não demonstrado por outros meios de prova a inoccorrência dos fatos geradores em relação as mercadorias acobertadas pelos documentos validados. Infração não elidida. **4. NOTAS FISCAIS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS DECLARADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS.** Emissão de documentos fiscais que acobertaram brindes e doações tributados. Infração reconhecida pelo sujeito passivo. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 30/06/15, para ICMS no valor principal de R\$ 232.132,23, acrescido de multa, contendo as seguintes imputações:

Infração 01 – Recolheu a menor o ICMS devido nas importações, em razão de erro na determinação da base de cálculo, quer pela falta de inclusão das despesas aduaneiras incorridas até o desembaraço, quer pela utilização incorreta da taxa cambial. Conforme demonstrativos em anexo (Anexos A-1 e A-2). Valor exigido: R\$ 30.195,54, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra "a", da Lei nº 7.014/96.

Infração 02 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a serviço de transporte interestadual ou intermunicipal não vinculado ao processo de industrialização, produção

agropecuária, geração ou extração, que resulte em operações de saídas tributadas. A BRASKEM creditou-se indevidamente de ICMS de transporte interestadual, condição CIF, iniciado em outra unidade da Federação. O contribuinte infringiu o Art. 93 combinado com o Art. 646, inc. IV, do RICMS/BA, aprovado pelo Dec. [que diz que só a hipótese de prestação de serviços de transporte, prestado por transportadores, condição CIF, quando as transportadoras estão inscritas no cadastro da SEFAZ/BA. Conforme demonstrativo de débito nos anexos B-1 e B-2.]. Valor exigido: R\$ 19.453,14, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. VII, letra "a", da Lei nº 7.014/96.

Infração 03 – *Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no(s) documento(s) fiscal(is). Conforme demonstrativo em anexo do programa SIAF (Anexo C-1) e planilha complementar (Anexo C-2). Valor exigido: R\$ 85.255,90, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. VII, letra "a", da Lei nº 7.014/96.*

Infração 04 – *Omitiu saídas de mercadorias tributáveis em decorrência do cancelamento irregular de Notas Fiscais, deixando de recolher o ICMS correspondente. Conforme demonstrativo em anexo do programa SIAF (Anexo D). Valor exigido: R\$ 96.796,77, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, inc. III, da Lei nº 7.014/96.*

Infração 05 – *Deixou de recolher o ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não-tributáveis, regularmente escrituradas. Refere-se a brindes e doações, com notas sem destaque de ICMS, conforme demonstrativo do (Anexo E). Valor exigido: R\$ 430,88, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra "a", da Lei nº 7.014/96.*

Notificado do lançamento fiscal em 01/07/15, o contribuinte ingressou com defesa administrativa em 31/08/15, através de petição subscrita por advogado com procuração nos autos (doc. fls. 162/163).

O contribuinte, inicialmente, informou reconhecer a procedência das infrações 03 e 05, solicitando a emissão de certificado de crédito para pagamento dos respectivos débitos (doc. fls. 171 a 174).

No tocante à infração 01 a defesa, inicialmente, ressaltou que a fiscalização computou na base de cálculo do ICMS incidente sobre operações autuadas, além do valor tributável da mercadoria importada, os gastos relativos a recolhimentos do Programa de Integração Social – PIS e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, as taxas referentes ao Sistema Integrado de Comércio Exterior - SISCOMEX e multas, e os custos com armazenagem e capatazia.

Pede a nulidade dessa imputação ao argumento de que nos demonstrativos que serviram de substrato da exigência fiscal (Anexo A-1 e Anexo A-2), não foi discriminada a origem dos valores representativos dos custos relacionados à armazenagem e capatazia. A título de exemplo fez referência ao montante de R\$4.216,39 informado pelo autuante, a título de “armazenagem/capatazia” referente à Nota Fiscal 863/DI 1102765297. Disse ser impossível identificar a origem do valor de R\$ 4.216,39, mesmo analisando a aludida Nota Fiscal 863 e a DI 1102765297. Declarou também que o autuante, além de não especificar os gastos relativos à armazenagem e capatazia, limitou-se a indicar, na coluna “T” dos Anexos A-1 e A-2, informações, no mínimo, vagas, como “*Dif. Infra. Estr Terr. Marit. + Arqueação*”, “*Dif. Infraero*” e “*Dif. Multa + Armaz.*”, furtando da autuada a identificação exata dos supostos erros cometidos que deram azo ao lançamento fiscal.

Pontuou haver no lançamento em lide, valores computados em duplicidade na base de cálculo do ICMS devido, desaguando, conseqüentemente, na diferença de recolhimento do imposto apontada. Avocou, como exemplo, a Nota Fiscal nº. 1290, relativa à Declaração de Importação – D.I. nº. 12033577470 (**doc. 05 - fls. 246 a 251**), onde o Valor Tributável (Valor Aduaneiro) declarado na D.I. de R\$1.174.469,95 já contempla o custo de armazenagem/capatazia - identificado na D.I. como “Acréscimos” – no importe de R\$ 2.949,54. Afirmou que retirando-se o valor apurado em duplicidade na base de cálculo do ICMS, ficaria evidenciado que a impugnante procedeu de maneira lúdica no recolhimento do referido tributo, inclusive pagamento maior que o devido.

Em seguida a defesa transcreveu as disposições contidas no art. 142 do CTN, relacionadas ao lançamento do crédito tributário e o art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal –

RPAF (Decreto n.º 7.629/99), para afirmar, a partir do Anexo 01 do A.I., que o presente item do lançamento de ofício padece do vício de nulidade por não conter "*elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator*".

No mérito, a defesa passou a discorrer sobre a impossibilidade de inclusão das despesas de armazenagem e capatazia na base de cálculo do ICMS - importação. Pontuou ser pessoa jurídica de direito privado, dedicada à industrialização e comercialização de produtos petroquímicos e, para tanto, adquire, do exterior, insumos destinados à consecução de seus projetos fabris, revestindo-se, assim, da condição de contribuinte do ICMS.

Que nos termos da Lei Complementar nº 87/96, que contém normas gerais que disciplinam o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços de Transportes e Telecomunicação – ICMS, a base de cálculo do aludido imposto na importação de mercadorias deve ser composta, dentre outras parcelas, pelas despesas aduaneiras, conforme art. 13, inciso V, "*in verbis*":

Art. 13. A base de cálculo do imposto é:

V – na hipótese do inciso IX do art. 12, a soma das seguintes parcelas:

- a) o valor da mercadoria ou bem constante dos documentos de importação, observado o disposto no art. 14;*
- b) imposto de importação;*
- c) imposto sobre produtos industrializados;*
- d) imposto sobre operações de câmbio;*
- e) quaisquer outros impostos, taxas, contribuições e despesas aduaneiras.*

Declarou a defesa que apesar da legislação determinar a inclusão de tais despesas na base de cálculo do ICMS, o aludido dispositivo legal não define o conceito dessa expressão, tendo silenciado sobre o seu alcance. Citou Plácido e Silva no seu Vocabulário Jurídico que define aduaneira a despesa "*relativa a aduana ou alfândega*". Por sua vez, ainda na conceituação dada por aquele autor, aduana serve como "*sinônimo de alfândega, significando o próprio local em que se pagam os impostos devidos pela entrada de mercadoria de um país em outro país. É a estação arrecadadora dos impostos de importação, de navegação ou de quaisquer outros referentes a mercadorias trazidas ao consumo local*". Deste modo, a expressão "despesas aduaneiras" deve traduzir o montante das despesas pagas à própria aduana, na importação de mercadorias.

A defesa em seguida faz a diferenciação entre despesas aduaneiras e despesas portuárias, dentre as quais se inserem os gastos incorridos com armazenagem e capatazia; estas são gênero, ao passo que aquelas são espécie, ou seja, toda despesa aduaneira é despesa portuária, mas nem toda despesa portuária é despesa aduaneira.

Passou a analisar as etapas do processo de importação que envolve o descarregamento das mercadorias no porto, ao que se segue, o transporte interno e arrumação no local onde permanecerão até serem desembarçadas, tornando-se necessária a armazenagem até que venham a ser retiradas do porto por quem de direito. Que os serviços de armazenagem de que trata a infração em voga foram contratados de empresas privadas que administram os chamados armazéns alfandegados, o que deixa evidenciado o seu caráter não tributário. Sendo forçosa a conclusão de que as despesas com armazenagem não podem ser incluídas no rol de despesas aduaneiras, uma vez que as únicas despesas portuárias que também podem ser configuradas como aduaneiras são os tributos (receitas compulsórias), recolhidos à aduana.

Pontuou mais à frente que raciocínio semelhante pode ser aplicado ao serviço de capatazia, que consiste na atividade de movimentação de mercadorias, compreendendo o recebimento, conferência, transporte interno, manipulação, arrumação e entrega, bem como o carregamento e descarga de embarcações.

Que mesmo tendo a Lei Complementar determinado a inclusão na base de cálculo do ICMS Importação apenas das despesas de caráter **aduanheiro (despesas de natureza tributária, obrigatórias)**, o poder executivo do Estado da Bahia editou o Decreto nº 6.284/97 (antigo

Regulamento do ICMS), incluindo na base de cálculo do ICMS - Importação, além das despesas aduaneiras, outras despesas de caráter eminentemente portuário, conforme texto do artigo 58, abaixo transcrito.

Art. 58. *Observado o disposto no art. 52, a base de cálculo do ICMS nas entradas ou aquisições de mercadorias ou bens procedentes do exterior é:*

I - no desembaraço aduaneiro de mercadoria ou bem importados do exterior, a soma das seguintes parcelas:

(...)

*e) quaisquer outros impostos, taxas e contribuições, além de despesas aduaneiras cobradas ou debitadas ao adquirente, relativas ao adicional ao frete para renovação da marinha mercante, **armazenagem, capatazia**, estiva, arqueação e multas por infração;*

Na mesma esteira, o artigo 17, inc. VI da Lei nº 7.014/96, "in verbis":

Art. 17. *A base de cálculo do imposto é:*

(...)

*VI - na hipótese do inciso IX do art. 4º, a soma das seguintes parcelas: a) o valor da mercadoria ou bem 1996_7014 constante nos documentos de importação, observado o disposto no art. 18; legest_icmssemnotas.doc b) o imposto sobre a importação; c) o imposto sobre produtos industrializados; d) o imposto sobre operações de câmbio; e) quaisquer outros impostos, taxas, contribuições e despesas aduaneiras cobradas ou debitadas ao adquirente, relativas ao adicional ao frete para renovação da marinha mercante, **armazenagem, capatazia**, estiva, arqueação e multas por infração.*

Sustenta a impugnante que o Poder Executivo ao incluir no cálculo das despesas aduaneiras os gastos incorridos com armazenagem e capatazia, extrapolou da sua função regulamentar, afrontando o disposto no art. 97 que estabelece a reserva de lei para a definição da base de cálculo dos tributos.

Nesta linha de raciocínio, transcreveu o entendimento da Consultoria Tributária da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, que, debruçando-se sobre a análise do alcance da expressão "despesas aduaneiras", assim se manifestou nas respostas às Consultas n.º 227/93 e 032/94:

*"Em resposta, oportuno se torna lembrar que, em conformidade com o disposto no § 7º do art. 3º do RICMS (Decreto n.º 33.118/91), **entende-se como despesas aduaneiras, 'aquelas efetivamente pagas à repartição alfandegária até o momento do desembaraço da mercadoria...'.***

*"Mas, para configurar-se como 'aduaneiras' aquelas despesas devem ser 'pagas à repartição alfandegária' em decorrência do despacho aduaneiro a ela referido. Isto posto, **podemos concluir que não se configuram como aduaneiras as despesas de capatazia, armazenagem, comissões, frete interno e outras, ainda que incorridas pelo importador antes do desembaraço.***

Destacou, ainda, no âmbito do Poder Judiciário, a decisão emanada do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial n.º 77.694/BA que, analisando especificamente a legislação tributária baiana, assim manifestou:

*RECURSO ESPECIAL. TAXA DE ARMAZENAGEM E CAPATAZIA. ICMS. **Não se incluem na base de cálculo do ICMS as taxas de armazenagem e capatazia.** Decisão impugnada que julgou válido ato local, mas contestado em face de lei federal. Recurso Especial conhecido pela letra b e provido."*

Disse que esses fundamentos têm servido de base para outras recentes decisões emanadas do próprio STJ e de Tribunais de Justiça dos Estados, que foram transcritas na peça defensiva.

Pede a defesa que essa infração seja excluída do Auto de Infração em lide. Na infração 02, a defesa consignou que as prestações de serviço de transporte das mercadorias foram pactuadas sob a cláusula CIF, mesmo tendo iniciado em outra Unidade de Federação, gerando direito ao

crédito do ICMS para o contribuinte que demonstre que efetivamente arcou com o ônus do imposto incidente sobre a operação da venda da mercadoria transportada.

Após fazer referência ao princípio constitucional da não cumulatividade e a lições doutrinárias de tributaristas pátrios, entre eles José Eduardo Soares de Mello, citou o art. 19 da L.C. nº 87/96 e os dispositivos correlatos do RICMS (art. 114 do Decreto nº 6.284/97) e art. 309, inc. V (Decreto nº 13.780/12), para afirmar que essas normas não limitam o direito ao crédito para os casos em que o imposto devido pelo transportador for recolhido à mesma Unidade da Federação em que está situado o estabelecimento tomador do crédito. Basta que tenha havido cobrança de imposto na operação anterior e que, no caso, o serviço de transporte contratado pelo contribuinte esteja vinculado a operações de venda efetuadas aos seus clientes.

Que o Regulamento do ICMS/97 estabelece, no seu artigo 95, quais os requisitos para utilização do crédito fiscal relativo a serviços de transporte nas operações a preço CIF, nos termos a seguir transcritos:

Subseção III - Da Utilização do Crédito Fiscal Relativo aos Serviços de Transporte nas Operações a Preço CIF

Art. 95. Nas operações efetuadas a preço CIF (art. 646), a utilização do crédito fiscal pelo estabelecimento comercial ou industrial, relativamente ao imposto cobrado sobre o serviço de transporte, será feita com observância das seguintes regras:

I - tratando-se de operação tributada, sendo o transporte efetuado:

- a) pelo próprio remetente, o crédito fiscal a ser utilizado pelo destinatário será o valor destacado na respectiva Nota Fiscal;*
- b) por transportador autônomo, o imposto retido em virtude de substituição tributária constitui crédito fiscal para o estabelecimento remetente, a ser escriturado no Registro de Apuração do ICMS como "Outros créditos", fazendo-se referência, no campo "Observações", à Nota Fiscal que o originou;*
- c) por empresa transportadora, o ICMS destacado no Conhecimento de Transporte constitui crédito fiscal do estabelecimento vendedor ou remetente, se for contribuinte do imposto, vedada a sua utilização, como crédito fiscal, por parte do destinatário;*

Que a impugnante, na qualidade de vendedora ou remetente de mercadorias a seus clientes em outras unidades da Federação, em vendas realizadas sob a condição CIF, tem o direito de creditar-se do ICMS destacado no Conhecimento de Transporte emitido pelo transportador, independentemente de tal ICMS ter sido recolhido ao Estado da Bahia ou a outro estado.

Reiterou que todas as vendas vinculadas aos serviços de transporte objeto da autuação foram efetuadas sob a cláusula CIF, conforme Notas Fiscais e Conhecimentos de Transporte a título de amostragem em anexo – doc. 06 - fls. 252 a 265 e tratando-se de vendas devidamente tributadas, razão pela qual não se poderia negar o direito ao crédito fiscal da impugnante.

A impugnante afirma ter efetuado vendas CIF aos seus clientes, em que o valor dos fretes foi incluído no preço das mercadorias vendidas ou remetidas, sendo que o ICMS incidente sobre a operação de venda ou de remessa acabou incidindo sobre o preço do frete cobrado pelos transportadores paulistas, em prestação iniciada naquele Estado. Que, no caso concreto, se o Estado da Bahia se beneficiou com o débito do ICMS sobre o preço das mercadorias vendidas pela impugnante, que contempla o preço do frete cobrado em outro Estado da Federação, não haveria qualquer prejuízo ao Erário se tal débito for anulado pelo crédito fiscal do qual a impugnante se apropriou. Para a defesa, o efeito, para o Estado da Bahia, seria nulo.

Pontuou que caso o crédito seja negado, haverá um débito de ICMS em favor do Estado em que foi contratada a prestação do serviço de transporte – destacado nos CTC's emitidos pelas empresas transportadoras – e outro em favor do Estado da Bahia – uma vez que o valor do frete será incluído no preço de venda das mercadorias – sem que haja nenhum crédito correspondente, incidindo em situação de CUMULATIVIDADE do imposto.

Transcreveu na peça defensiva, decisão da 1ª Câmara do CONSEF que já se manifestou favoravelmente à tese defensiva, nos termos do Acórdão nº 0196-11/15, “*in verbis*”:

Referente à infração 03 (...) a interpretação conferida não encontra respaldo nos dispositivos do RICMS e representa uma interpretação às avessas do princípio da não cumulatividade do ICMS, interpretando o mesmo sob o prisma de quem recebe o imposto, enquanto que todo o ordenamento jurídico determina que a não cumulatividade deve levar em consideração aquele quem paga o ICMS, para evitar que o contribuinte recolha o imposto cumulativamente.

O cerne da questão reside no creditamento do ICMS incidente sobre os valores pagos a título de frete e venda realizadas com cláusulas CIF, onde o vendedor arca com o custo do transporte (...) como o preço da venda incluía o custo do transporte (preço CIF), o Recorrente sustenta que tem direito ao crédito do ICMS incidente sobre o valor integral pago pelo frete das mercadorias, em todos os trechos, desde a saída do seu estabelecimento até o destino final (estabelecimento destinatário da mercadoria).

Note-se que o direito ao crédito do ICMS nesses casos se encontra previsto expressamente no art. 95, I, “c”, do RICMS/97, vigente à época, segundo o qual, nas vendas a preço CIF, o ICMS incidente sobre o serviço de transporte constitui crédito do estabelecimento vendedor (...)

Ressalte-se que o referido dispositivo não traz qualquer ressalva quanto a qual Estado foi recolhido o ICMS incidente sobre o serviço de transporte, pois a interpretação é feita a partir de quem paga o imposto, e não a partir de quem o recebe, em consonância com o quanto prescrito nos arts. 155, II, § 2º, da CF e art 114 do RICMS, os quais tratam da não cumulatividade do ICMS e determinam que deverá ser compensado o imposto devido com aquele cobrado nas etapas anteriores, pelo mesmo ou outro Estado da Federação (...).

Diante do disposto no RICMS, conclui-se que o contribuinte de ICMS que vende mercadorias a preço CIF, ou seja, que embute no preço o custo com o serviço de transporte da mercadoria até o seu destinatário final, tem direito ao crédito do ICMS incidente sobre os serviços de transporte desta mercadoria do seu estabelecimento até o estabelecimento do adquirente da mercadoria.

A lógica de tal sistemática é a de que o contribuinte já recolheu o ICMS sobre o serviço de transporte, pois este valor fez parte do preço da mercadoria (preço CIF), tendo, portanto o direito de abater o imposto recolhido pelas transportadoras. Sendo assim, não importa se o ICMS incidente sobre o serviço de transporte foi recolhido ao Estado de São Paulo e não ao Estado da Bahia; o que importa é que o contribuinte remetente já recolheu o ICMS sobre tais serviços quando incluiu o frete no preço da mercadoria vendida.

Negar-se o direito ao creditamento sob o argumento de que o ICMS incidente sobre o serviço de transporte foi recolhido a outro Estado e não ao Estado da Bahia, significa tributar tal serviço de forma cumulativa.

É fato que o ICMS incidente sobre o serviço de transporte iniciado em outro Estado da Federação não pertence ao Estado da Bahia, devendo ser recolhido ao Estado onde se iniciou a prestação do serviço. Contudo, isso não implica dizer que o contribuinte que pagou, ao Estado da Bahia, o ICMS sobre venda a preço CIF, não pode se creditar do imposto incidente sobre todo o frete da mercadoria até o seu destino final porque parte dele se iniciou em outro Estado, sob pena de se estar conferindo a tal contribuinte cobrança cumulativa do ICMS sobre um serviço que sequer foi prestado no território baiano.

Assim, o fato de parte dos serviços de transporte terem se iniciado em outro Estado jamais poderia ser argumento para impedir que o Recorrente se credite do ICMS correspondente, pois, isso implicaria na exigência do imposto de forma cumulativa, pois o Recorrente pagou ao Estado da Bahia o imposto quando embutiu o custo do frete no preço da mercadoria (preço CIF), e a transportadora também recolheu ao Estado de São Paulo o imposto quando emitiu o respectivo Conhecimento de Transporte.

Portanto, com fundamento no quanto prescrito no RICMS e em consonância com os dispositivos constitucionais, há de ser reconhecido ao Recorrente, nas vendas à cláusula CIF, o direito ao crédito do ICMS recolhido pelas transportadoras, independentemente de para qual Estado tenha sido recolhido o ICMS – Transporte.

Pede a defesa igualmente que este item do auto de infração seja também julgado improcedente.

No item 04 do A.I. o preposto fazendário exigiu da impugnante o pagamento de ICMS em virtude de suposta omissão de saídas de mercadorias tributáveis, em decorrência de cancelamento irregular de Notas Fiscais eletrônicas. A defesa argumenta que a exigência fiscal não merece prosperar, tendo em vista que não é devido o ICMS sobre as operações objeto de fiscalização visto que as saídas das mercadorias não chegaram a se concretizar, tendo sido canceladas antes mesmo das mesmas terem sido postas em circulação.

Após transcrever o art. 155, II, da CF, a defesa argumentou que a expressão “operações relativas à circulação de mercadorias” contida no texto constitucional traduz a realização de um negócio jurídico; o que pressupõe a transferência de propriedade de mercadorias entre pessoas distintas, ou seja, a mudança de titularidade do objeto negociado. Que o vocábulo “circulação” significa, para o Direito, mudar de titular. Se um bem ou uma mercadoria mudam de titular, circula para efeitos jurídicos, segundo as lições dos profs. José Eduardo Soares de Melo e Roque Carrazza.

Acrescentou em seguida que a circulação jurídica e física de uma mercadoria pressupõe o cumprimento de deveres instrumentais, a exemplo da emissão de um Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica (DANFE), que deverá acompanhar a mercadoria em trânsito que por sua vez refletirá exatamente o conteúdo dos campos do arquivo da NF-e.

Discorreu que o fato de o cancelamento ter se dado, de acordo com a fiscalização, de forma irregular, não descaracteriza o fato de tais documentos fiscais terem sido cancelados. Se o procedimento adotado para se alcançar tal desiderato foi correto ou não, caberia à autoridade administrativa fiscal impor à autuada, no máximo e apenas se fosse cabível, multa por descumprimento de obrigação acessória, mas jamais exigir o imposto relativo a uma operação que sequer chegou a se concretizar.

Com vistas a comprovar o efetivo cancelamento dos documentos fiscais objeto da autuação a autuada trouxe para exame os “Registros Fiscais dos Documentos de Saídas de Mercadorias e Prestação de Serviços” da sua Escrituração Fiscal Digital - EFD (doc. 07 - fls. 266 a 270), nos quais as Notas Fiscais foram inseridas. Juntou na peça defensiva o "espelho" ou telas representativas do livro registro de saídas de mercadorias da sua EFD. (doc. 08, fls. 271 a 273), visando atestar que todas as notas foram devidamente canceladas pela emitente.

Ao finalizar a peça impugnatória a defesa pede que seja declarada a improcedência dos itens 01, 02 e 04 do A.I.

Requeru ainda a juntada posterior de documentos, bem como a realização de diligências fiscais para a constatação dos fatos alegados e análise dos documentos colacionados.

Foi prestada informação fiscal em 20/11/15, acostada às fls. 278 a 282 do PAF. Após fazer uma síntese da autuação e das razões defensivas, o autuante passou a discorrer a respeito das questões suscitadas pela impugnante.

No tocante à infração 01 informou que as planilhas apresentadas na peça acusatória são as mesmas aplicadas pelo grupo de fiscalização especialista em comércio exterior que foram melhoradas em função de alterações ocorridas na legislação do ICMS. Em relação à NF 863 e DI 11/0276529-7, detalhou que o valor de R\$ 4.216,38 é composto de R\$1.806,52 de AFRMM e de R\$2.409,87 de armazenagem, sendo o valor da capatazia de R\$ 498,00, já incluído no preço CIF da Receita Federal.

Informou ainda que antes da lavratura do A.I. foram entregues planilhas para que o contribuinte avaliasse as divergências, não sendo processada nenhuma manifestação. Que promoveu a juntada, por amostragem, de alguns documentos relacionados aos processos de importação, anexados às fls. 50 a 110. Ressaltou em seguida que as despesas com armazenagem e capatazia são normalmente cobradas pelos armazéns alfandegados que têm permissão da Receita Federal para atuarem nessa atividade, não procedendo o argumento da autuada de que essas parcelas não se enquadram no conceito de "despesas aduaneiras".

Declarou também que a própria autuada destacada nas notas de importação as despesas de armazenagem, AFRMM (adicional ao frete para renovação da marinha mercante), arqueação, multas etc. Disse que as despesas relacionadas à infraestrutura terrestre e marítima compõem as despesas de armazenagem que são cobradas pelos armazéns alfandegados: Tequimar; VOPAK Brasil e CODEBA, conforme notas fiscais juntadas aos processos de importação (fls. 50 a 110, do PAF). Em seguida, consignou que em razão da Receita Federal já ter incluído no valor tributário (preço CIF) as despesas referentes às infraestruturas terrestre e marítima, cobradas pelos armazéns alfandegados, foram deduzidos os valores de R\$ 9.392,00, do Anexo A-1 e R\$ 524,56, do

Anexo A-2, afastando a duplicidade alegada pela defesa, de forma que a infração 01 foi reduzida, em seu valor histórico, para a cifra de R\$ 20.278,98, sendo juntado ao PAF novo Demonstrativo dessa ocorrência fiscal (doc. fls. 283/284).

Na infração 02 o autuante discorreu que as prestações de serviço objeto da exigência fiscal são relativas ao transporte de mercadorias de Camaçari-BA para os Estados de São Paulo; Rio de Janeiro e Pernambuco, acobertadas por conhecimentos de transporte, sendo que posteriormente, foi emitido novo CTCR, por empresa inscrita no CAD ICMS desses Estados, para a prestação de serviço de transporte para outros municípios desses e de outros Estados da Federação. Sustenta o autuante que o transporte iniciado em outros Estados, tendo por destino municípios neles localizados ou localidades situadas em outras unidades da Federação não dão direito ao crédito fiscal a ser suportado pelo Estado da Bahia, visto que o ICMS é devido e recolhido para essas outras unidades federadas.

Transcreveu dispositivos do RICMS/97 (fatos geradores 2010 e 2011 - art. 3º e art. 48). Concluiu, reafirmando, que os serviços de transporte iniciados em outros Estados, com destino a municípios neles localizados em unidades distintas da Bahia, não são passíveis de apropriação de créditos pela empresa autuada. Ressaltou também que as empresas prestadoras dos serviços não são cadastradas na Bahia, não sendo possível a contratação do frete na modalidade CIF (art. 646, inc. IV, do RICMS/97).

Na infração 04, o autuante informou que o motivo da autuação foi o não cancelamento das notas fiscais no Portal da NF-e, de forma que os documentos que compõem o demonstrativo da exigência fiscal apresentam notas válidas para todos os efeitos fiscais. Disse ainda o autuante que a Braskem "cancelou" as NF-e somente no seu sistema interno, permanecendo os documentos válidos no Portal da NF-e.

Finalizou a peça informativa pedindo que o A.I seja julgado parcialmente procedente com a modificação tão somente da infração 01.

Instada a se manifestar acerca a informação fiscal, o contribuinte, através de seu patrono, reiterou os termos da sua defesa, suscitando novamente a nulidade do A.I e a improcedência das infrações 1, 2 e 4, conforme exposto na petição anexada às fls. 295 a 316.

O autuante, em nova intervenção no PAF, argumentou que a defesa apenas repetiu as razões já articuladas na peça impugnatória, não apresentando novas alegações, mantendo assim os argumentos já expendidos na 1ª informação fiscal.

VOTO

O Auto de Infração em lide é composto de 5 (cinco) imputações conforme foi detalhadamente exposto no relatório.

O contribuinte, em relação às infrações 3 e 5 requereu a emissão de certificado de crédito para pagamento dos respectivos débitos, no valor principal de R\$ 85.686,78, conforme atesta a petição juntada às fls. 171/172 dos autos.

Assim, em relação aos itens do lançamento expressamente acatados pelo sujeito passivo esta Junta de Julgamento declara a procedência das exigências fiscais, devendo os valores recolhidos, via certificado de crédito de ICMS, serem homologados pela autoridade fazendária visando a extinção do crédito tributário em razão do pagamento, conforme prescreve o art. 156, inc. I, do CTN (Código Tributário Nacional).

Resta, portanto, em aberto para decisão nessa instância administrativa o exame das exigências fiscais estampadas nos itens 1, 2 e 4 do Auto de Infração.

No que se refere a infração 1, atinente à cobrança de ICMS pela falta de inclusão na base de cálculo do tributo, devido na importação, das despesas relativas à armazenagem e capatazia, incorridas antes do desembaraço das mercadorias, a defesa sustentou a nulidade dessa imputação

ao argumento de que os demonstrativos que serviram de base para a apuração do imposto (Anexos A-1 e A-2 – fls. 09/10 do PAF) não apontavam a origem dos valores relacionados aos custos de armazenagem e capatazia, furtando à autuada a identificação exata dos supostos erros cometidos. Foi apontada também a existência de valores apurados em duplicidade.

No mérito a impugnante sustentou, em síntese, ser indevida a cobrança do ICMS sobre as despesas de armazenagem e capatazia, por não se tratarem de típicos encargos aduaneiros, de natureza compulsória, a exemplo dos tributos exigidos pela União antes do desembaraço das mercadorias importadas. Argumentou que essas parcelas constituem despesas portuárias, contratadas junto a agentes privados. Entende a defesa que somente os encargos de natureza tributária e compulsórios, a exemplo, de impostos, taxas e contribuições, integram o rol das denominadas “despesas aduaneiras”.

No que tange ao vício apontado na peça defensiva da falta de indicação da origem dos valores relativos à armazenagem e capatazia, transpostos para os Demonstrativos de Apuração da Base de Cálculo do ICMS - importação (docs. de fls. 09/10 – Anexos A-1 e A-2), verifico que as parcelas objeto da exigência fiscal foram extraídas das notas fiscais emitidas pelo contribuinte e juntadas ao PAF pelo autuante, às fls. 50 a 110.

A título de exemplo, cito a Nota Fiscal Eletrônica de Entrada (DANFE), nº 000.922, vinculada à Declaração de Importação (DI) nº 11/0547862-0, com data de registro em 25/03/2011, que acobertou a importação de 697.357.000 kgs. do produto Monômero Acetato de Vinila Q-02, emitida em 13/04/2011. Esse documento fiscal abarca os seguintes itens colhidos pelo autuante no Anexo A-1, no item despesas com armazenagem e capatazia: AFRMM (adicional ao frete para renovação da marinha mercante): R\$ 15.935,07; Infraestrutura Marítima: R\$ 1.934,71; Infraestrutura Terrestre: R\$ 2.461,67; Total: R\$ 20.321,45, valor que foi reproduzido na coluna 9 (armaz/capat) do Demonstrativo correspondente ao Anexo A-1.

No que se refere às duplicidades apontadas na peça defensiva, o autuante, na fase de informação fiscal, deduziu os valores de R\$ 9.392,00, do Anexo A-1 e R\$ 524,56, do Anexo A-2, visto que a Receita Federal já havia incluído no valor tributário (preço CIF) de algumas importações as despesas referentes às infraestruturas terrestre e marítima, cobradas pelos armazéns alfandegados afastando a duplicidade alegada pela defesa, de forma que a infração 01 foi reduzida, em seu valor histórico, para a cifra de R\$ 20.278,98, sendo juntado ao PAF novo Demonstrativo dessa ocorrência fiscal (doc. fls. 283/284).

Dessa forma, as nulidades apontadas pela impugnante não merecem ser acolhidas visto que a fonte de onde foram extraídas as informações para a elaboração dos demonstrativos de débito da infração 1 têm origem nas notas fiscais emitidas pelo próprio contribuinte, relativas às rubricas “Infraestrutura Marítima” e “Infraestrutura Terrestre”. Já as duplicidades de cobrança de ICMS sobre essas parcelas foram excluídas pelo autuante na fase de informação fiscal, com ciência ao contribuinte em 26/11/15, via correios, conforme termo de intimação juntado às fls. 292/293 do PAF.

No mérito, observo em concordância com o autuante, que as despesas relacionadas à infraestrutura terrestre e marítima compõem as despesas de armazenagem e capatazia que são cobradas pelos armazéns alfandegados Tequimar; VOPAK Brasil e CODEBA, conforme notas fiscais juntadas aos processos de importação (fls. 50 a 110, do PAF).

A armazenagem envolve a estocagem de mercadorias e equipamentos, tanto importados como destinados a exportação, até o desembaraço aduaneiro, sendo de total responsabilidade do armazém a observância das leis e normas fiscais vigentes na região. Para tanto se faz necessária autorização governamental para seu funcionamento.

Já o serviço de capatazia consiste na atividade, regulada pela Lei dos Portos (Lei Federal nº 12.815/13), prestada por trabalhadores portuários com vínculo empregatício por prazo indeterminado e por trabalhadores portuários avulsos, de recebimento, conferência, transporte interno, manipulação, arrumação e entrega, bem como o carregamento e descarga de embarcações.

O argumento defensivo de que os serviços de armazenagem e capatazia não podem compor a base de cálculo do ICMS – importação por ofensa ao princípio da reserva legal esbarra em disposição expressa da legislação tributária vigente, positivada no art. 17, inc. VI, da Lei nº 7.014/96, com a seguinte redação:

Art. 17. *A base de cálculo do imposto é:*

(...)

VI - na hipótese do inciso IX do art. 4º [desembaraço aduaneiro de mercadoria ou bem importados do exterior], a soma das seguintes parcelas: a) o valor da mercadoria ou bem constante nos documentos de importação, observado o disposto no art. 18; b) o imposto sobre a importação; c) o imposto sobre produtos industrializados; d) o imposto sobre operações de câmbio; e) quaisquer outros impostos, taxas, contribuições e despesas aduaneiras cobradas ou debitadas ao adquirente, relativas ao adicional ao frete para renovação da marinha mercante, armazenagem, capatazia, estiva, arqueação e multas por infração.

A mesma regra foi reproduzida no RICMS, aprovado pelo Dec. nº 6.284/97, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, no art. 58, inc. I, letra “e”, “in verbis”:

Art. 58. *Observado o disposto no art. 52, a base de cálculo do ICMS nas entradas ou aquisições de mercadorias ou bens procedentes do exterior é:*

I - no desembaraço aduaneiro de mercadoria ou bem importados do exterior, a soma das seguintes parcelas:

(...)

e) quaisquer outros impostos, taxas e contribuições, além de despesas aduaneiras cobradas ou debitadas ao adquirente, relativas ao adicional ao frete para renovação da marinha mercante, armazenagem, capatazia, estiva, arqueação e multas por infração;

Conforme pode ser constatado a partir da leitura da legislação vigente no Estado da Bahia, acima reproduzida, as despesas com armazenagem e capatazia devem integrar a composição da base de cálculo do ICMS incidente nas operações de importação de mercadorias e bens do exterior.

Ademais, o órgão administrativo de julgamento não pode negar vigência e eficácia às normas integrantes do ordenamento jurídico estadual, por expressa disposição do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF – aprovado pelo Dec. nº 7.629/99), no art. 167, inc. III, com o seguinte comando:

Art. 167 – Não se incluem na competência do órgão julgadores:

(...)

III – a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Pelas razões acima expostas os valores lançados na infração 1 devem ser mantidos em parte, com os ajustes efetuados pelo autuante na fase de informação fiscal. O Demonstrativo de Débito desse item do lançamento passa a ter a seguinte configuração:

NOVO DEMONSTRATIVO DO AUTO DE INFRAÇÃO - INFRAÇÃO 01				
OCORRÊNCIA	VENCIMENTO	VALOR ICMS DO PAF	VL. ICMS APÓS EXCLUSÕES	% DA MULTA
14/02/2011	14/02/2011	311,23	311,23	60%
01/04/2011	01/04/2011	662,95	-	60%
18/05/2011	18/05/2011	800,06	43,16	60%
08/06/2011	08/06/2011	364,38	-	60%
25/07/2011	25/07/2011	56,62	56,62	60%
26/08/2011	26/08/2011	3.055,62	83,19	60%
15/09/2011	15/09/2011	809,89	-	60%
24/10/2011	24/10/2011	1.161,25		60%
25/11/2011	25/11/2011	831,20	-	60%
29/11/2011	29/11/2011	1.225,46	52,41	60%

19/12/2011	19/12/2011	412,45	-	60%
22/12/2011	22/12/2011	2.184,76	2.184,76	60%
23/12/2011	23/12/2011	247,50	-	60%
11/01/2012	11/01/2012	625,89	625,89	60%
24/02/2012	24/02/2012	28,55	28,55	60%
07/03/2012	07/03/2012	778,66	778,66	60%
13/03/2012	13/03/2012	865,40	340,84	60%
28/03/2012	28/03/2012	628,70	628,70	60%
27/04/2012	27/04/2012	826,53	826,53	60%
03/05/2012	03/05/2012	585,25	585,25	60%
08/05/2012	08/05/2012	1.764,09	1.764,09	60%
06/06/2012	06/06/2012	277,60	277,60	60%
22/06/2012	22/06/2012	670,59	670,59	60%
10/07/2012	10/07/2012	1.229,24	1.229,24	60%
17/07/2012	17/07/2012	1.089,95	1.089,95	60%
24/07/2012	24/07/2012	333,56	333,56	60%
02/09/2012	02/09/2012	901,81	901,81	60%
17/09/2012	17/09/2012	898,79	898,79	60%
10/10/2012	10/10/2012	3.751,44	3.751,44	60%
24/10/2012	24/10/2012	673,08	673,08	60%
31/10/2012	31/10/2012	1.113,00	1.113,00	60%
08/11/2012	08/11/2012	1.030,04	1.030,04	60%
TOTAL		30.195,54	20.278,98	

Na infração 2, a exigência fiscal recaiu sobre a glosa de créditos fiscais referente a serviços de transporte interestaduais tomados ou contratados pela autuada (cláusula CIF), iniciados ou prestados em outras unidades da Federação.

Trata-se de serviço de transporte de mercadorias cujas saídas foram iniciadas em Camaçari-Bahia e concluídas nos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro e Pernambuco. A partir do que foi exposto nos autos verifica-se que parte do roteiro ou trajeto do serviço de transporte de cargas foi realizada por empresa transportadora contratada pela autuada, com início no território baiano. A parte restante do trajeto da prestação foi realizada e iniciada em outros Estados, também por empresas transportadoras contratadas pela autuada, configurando a modalidade de serviço intermodal com a participação de mais de um prestador. Houve em todas as situações descritas a emissão dos correspondentes Conhecimentos de Transporte de Cargas (CTRC), sendo que os créditos foram glosados somente em relação às prestações listadas no Demonstrativo B-1 (doc. fl. 11), vinculadas às prestações que tiveram início e conclusão em outra unidade da Federação. A cobrança totalizou a cifra de R\$ 19.453,14.

Rege o direito ao crédito nas prestações de serviço CIF a norma estampada no art. 95 do RICMS/97, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, com a seguinte redação abaixo reproduzida:

Art. 95. Nas operações efetuadas a preço CIF (art. 646), a utilização do crédito fiscal pelo estabelecimento comercial ou industrial, relativamente ao imposto cobrado sobre o serviço de transporte, será feita com observância das seguintes regras:

I - tratando-se de operação tributada, sendo o transporte efetuado:

a) pelo próprio remetente, o crédito fiscal a ser utilizado pelo destinatário será o valor destacado na respectiva Nota Fiscal;

b) por transportador autônomo, o imposto retido em virtude de substituição tributária constitui crédito fiscal para o estabelecimento remetente, a ser escriturado no Registro de Apuração do ICMS como "Outros créditos", fazendo-se referência, no campo "Observações", à Nota Fiscal que o originou;

c) por empresa transportadora, o ICMS destacado no Conhecimento de Transporte constitui crédito fiscal do estabelecimento vendedor ou remetente, se for contribuinte do imposto, vedada a sua utilização, como crédito fiscal, por parte do destinatário;

Observo que na norma regulamentadora do crédito fiscal não há qualquer menção de que o serviço de transporte tomado ou contratado pela empresa comercial ou industrial tenha que ser obrigatoriamente e sempre iniciado no território baiano, com o decorrente recolhimento do imposto em favor do erário local. O pressuposto legal para o aproveitamento do crédito é que os valores ou custos relativos ao serviço de transporte estejam incluídos também no preço da mercadoria, ensejando assim a duplicidade de recolhimentos: na operação, acobertada pela nota fiscal, e também na prestação, que teve lastro documental o conhecimento de transporte de cargas.

Frente a essas premissas entendo que a exigência fiscal em lide deve ser afastada. Nesse sentido valho-me da fundamentação contida na recente decisão proferida pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, deste CONSEF, no Acórdão nº 0196-11/15, citado pelo contribuinte na peça defensiva. Transcrevo, abaixo, parte do voto vencedor, aderindo integralmente aos fundamentos ali expostos:

“O cerne da questão reside no creditamento do ICMS incidente sobre os valores pagos a título de frete e venda realizadas com cláusulas CIF, onde o vendedor arca com o custo do transporte (...) como o preço da venda incluía o custo do transporte (preço CIF), o Recorrente sustenta que tem direito ao crédito do ICMS incidente sobre o valor integral pago pelo frete das mercadorias, em todos os trechos, desde a saída do seu estabelecimento até o destino final (estabelecimento destinatário da mercadoria).

Note-se que o direito ao crédito do ICMS nesses casos se encontra previsto expressamente no art. 95, I, “c”, do RICMS/97, vigente à época, segundo o qual, nas vendas a preço CIF, o ICMS incidente sobre o serviço de transporte constitui crédito do estabelecimento vendedor (...)

Ressalte-se que o referido dispositivo não traz qualquer ressalva quanto a qual Estado foi recolhido o ICMS incidente sobre o serviço de transporte, pois a interpretação é feita a partir de quem paga o imposto, e não a partir de quem o recebe, em consonância com o quanto prescrito nos arts. 155, II, § 2º, da CF e art 114 do RICMS, os quais tratam da não cumulatividade do ICMS e determinam que deverá ser compensado o imposto devido com aquele cobrado nas etapas anteriores, pelo mesmo ou outro Estado da Federação (...).

Diante do disposto no RICMS, conclui-se que o contribuinte de ICMS que vende mercadorias a preço CIF, ou seja, que embute no preço o custo com o serviço de transporte da mercadoria até o seu destinatário final, tem direito ao crédito do ICMS incidente sobre os serviços de transporte desta mercadoria do seu estabelecimento até o estabelecimento do adquirente da mercadoria.

A lógica de tal sistemática é a de que o contribuinte já recolheu o ICMS sobre o serviço de transporte, pois este valor fez parte do preço da mercadoria (preço CIF), tendo, portanto o direito de abater o imposto recolhido pelas transportadoras. Sendo assim, não importa se o ICMS incidente sobre o serviço de transporte foi recolhido ao Estado de São Paulo e não ao Estado da Bahia; o que importa é que o contribuinte remetente já recolheu o ICMS sobre tais serviços quando incluiu o frete no preço da mercadoria vendida.

Negar-se o direito ao creditamento sob o argumento de que o ICMS incidente sobre o serviço de transporte foi recolhido a outro Estado e não ao Estado da Bahia, significa tributar tal serviço de forma cumulativa.

É fato que o ICMS incidente sobre o serviço de transporte iniciado em outro Estado da Federação não pertence ao Estado da Bahia, devendo ser recolhido ao Estado onde se iniciou a prestação do serviço. Contudo, isso não implica dizer que o contribuinte que pagou, ao Estado da Bahia, o ICMS sobre venda a preço CIF, não pode se creditar do imposto incidente sobre todo o frete da mercadoria até o seu destino final porque parte dele se iniciou em outro Estado, sob pena de se estar conferindo a tal contribuinte cobrança cumulativa do ICMS sobre um serviço que sequer foi prestado no território baiano.

Assim, o fato de parte dos serviços de transporte terem se iniciado em outro Estado jamais poderia ser argumento para impedir que o Recorrente se credite do ICMS correspondente, pois, isso implicaria na exigência do imposto de forma cumulativa, pois o Recorrente pagou ao Estado da Bahia o imposto quando embutiu o custo do frete no preço da mercadoria (preço CIF), e a transportadora também recolheu ao Estado de São Paulo o imposto quando emitiu o respectivo Conhecimento de Transporte.

Portanto, com fundamento no quanto prescrito no RICMS e em consonância com os dispositivos constitucionais, há de ser reconhecido ao Recorrente, nas vendas à cláusula CIF, o direito ao crédito do ICMS recolhido pelas transportadoras, independentemente de para qual Estado tenha sido recolhido o ICMS – Transporte.

Com os fundamentos acima expostos nosso voto é pela exclusão integral da infração 2 da peça de lançamento.

Na infração 4, a cobrança contida no Auto de Infração envolve a incidência de ICMS sobre operações de saídas de mercadorias em decorrência de cancelamento irregular de notas fiscais eletrônicas (NF-e).

Segundo o autuante, não houve por parte da empresa autuada, o cancelamento das notas fiscais no Portal da NF-e, de forma que os documentos emitidos pelo contribuinte e autorizados pelo fisco apresentavam-se como válidos para todos os efeitos fiscais. Pontuou ainda o autuante que o simples “cancelamento” nos sistemas internos da empresa, conforme documentos juntados às fls. 266 a 273 do PAF, não elide a infração em exame, visto que as notas fiscais objeto da exigência fiscal permaneceram válidas no sistema público de emissão de NF-e.

Verifico que as notas fiscais que compõem essa infração, listadas no Demonstrativo acostado à fl. 19 dos autos, foram emitidas nos meses de janeiro de 2011 e fevereiro e agosto de 2012, e a ação fiscal que resultou na cobrança do imposto sobre os documentos emitidos se encerrou em 30/06/15, após o transcurso de aproximadamente 4 (quatro) anos.

Em Consulta ao Portal da Nota Fiscal Eletrônica, disponível em www.nfe.fazenda.gov.br/portal, há a informação, firmada com base nas normas de regência, estabelecidas pelos fiscos da União e dos Estados, de que somente poderá ser cancelada uma NF-e cujo uso tenha sido previamente autorizado pelo Fisco (protocolo "Autorização de Uso") e desde que não tenha ainda ocorrido o fato gerador, ou seja, ainda não tenha ocorrido a saída da mercadoria do estabelecimento.

Já o prazo máximo para cancelamento de uma NF-e é de 168 horas (7 dias), contado a partir da autorização de uso. Conforme ATO COTEPE 35/10, este prazo foi reduzido para 24 horas a partir de 1º/01/2012. Já o pedido de Cancelamento de NF-e deverá ser assinado pelo emitente com assinatura digital certificada por entidade credenciada pela Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, contendo o nº do CNPJ de qualquer dos estabelecimentos do contribuinte, a fim de garantir a autoria do documento digital.

A transmissão poderá ser realizada por meio de software desenvolvido ou adquirido pelo contribuinte ou disponibilizado pela administração tributária. Da mesma forma que a emissão de uma NF-e de circulação de mercadorias, o pedido de cancelamento também deverá ser autorizado pela Sefaz. O leiaute do arquivo de solicitação de cancelamento poderá ser consultado no Manual de Integração do Contribuinte. O “status” de uma NF-e (autorizada, cancelada, etc.) sempre poderá ser consultado no site da Sefaz autorizadora (Sefaz da unidade federada do emitente ou Sefaz - Virtual) ou no Portal Nacional da NF-e (www.nfe.fazenda.gov.br).

Outra obrigação acessória importante, prevista nas normas de regência, é que as NF-e canceladas, denegadas e os números inutilizados devem ser escriturados, sem valores monetários, de acordo com a legislação tributária vigente.

No caso concreto, o contribuinte autuado apresenta em sua defesa a escrituração por ele efetuada das notas fiscais objeto da exigência fiscal, sem o lançamento a débito do ICMS, visando atestar que os documentos emitidos foram efetivamente cancelados. Trata-se de um mero aspecto formal, que não afasta a infração, visto não houve o necessário e efetivo cancelamento das notas fiscais, seguindo a orientação contida no Portal da NF-e. Na medida em que esse cancelamento não seguiu as orientações contidas nas normas de regência que tratam da emissão e cancelamento da NF-e, o ônus de provar a inoccorrência do fato gerador é do contribuinte. No caso em análise, o sujeito passivo não trouxe aos autos prova idônea e inequívoca capaz de afastar a imputação de lhe foi cometida.

Por essas razões mantenho a exigência fiscal que integra a infração 04.

Considerando o acima exposto, nosso voto é pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, que passa a ter a seguinte configuração:

INF.	RESULTADO	VL. HISTÓRICO R\$	VL. JULGADO-JJF R\$	MULTA
1	PROC. EM PARTE (CONF. REVISÃO DO AUTUANTE)	30.195,54	20.278,98	60%
2	IMPROCEDENTE	19.453,14	0,00	60%
3	RECONHECIDA C/ PAGTº	85.255,90	85.255,90	60%
4	PROCEDENTE	96.796,77	96.796,77	100%
5	RECONHECIDA C/ PAGTº	430,88	430,88	60%
TOTAL		232.132,23	202.762,53	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281076.0034/15-9**, lavrado contra **BRASKEM S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 202.762,53**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 105.965,76 e 100% sobre R\$ 96.796,77, previstas, respectivamente, no art. 42, inciso II, letra “a”, inc. VII, letra “a”, e inc. III, todos da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais. Os valores já recolhidos pelo sujeito passivo deverão ser homologados pela autoridade fazendária competente.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de junho de 2016.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE

TOLSTOI SEARA NOLASCO – RELATOR

LUIZ ALBERTO AMARAL OLIVEIRA - JULGADOR