

A.I. Nº - 279757.3004/16-0
AUTUADO - AIR LIQUIDE BRASIL LTDA.
AUTUANTES - EDUARDO TADEU SANTANA e AGILBERTO MARVILA FERREIRA
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 11.04.2017

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0034-01/17

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. USO INDEVIDO. Utilização como crédito fiscal do valor do ICMS sobre frete nas saídas de mercadorias a preço FOB, sendo o autuado o remetente da mercadoria e o responsável pelo pagamento do imposto por substituição tributária. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 27/06/2016, formaliza a exigência de ICMS no valor total de R\$ 636.044,35 em decorrência da 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, cuja prestação de serviço de transporte foi efetuada por transportadora, ocorrido de abril de 2011 a dezembro de 2013, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “a” do inciso VII do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Os autuantes acrescentaram que ocorreram transferências de oxigênio líquido industrial e nitrogênio líquido para filiais do autuado nos estados de Pernambuco e Maranhão através da Transtassi Ltda, cujo valor do frete não foi incluído na base de cálculo do ICMS.

O autuado apresentou defesa das fls. 48 a 58, demonstrando, inicialmente, a tempestividade de sua apresentação. Explicou que a unidade de Candeias/BA transfere mercadorias para a filial de Jaboatão dos Guararapes/PE e Imperatriz/MA, responsabilizando-se pelo pagamento do frete na remessa das mercadorias (cláusula CIF). Dessa forma, entende que o valor do frete pago pela unidade de Candeias/BA para a transportadora é base de cálculo para a apuração de ICMS, gerando, portanto, direito ao crédito para a filial.

O autuado alega que, com a criação da Nota Fiscal Eletrônica, que se tornou obrigatória em 2011, passou por dificuldades com a adaptação à nova sistemática, o que gerou falhas, entre elas a que fez com que a empresa, por equívoco, gerasse notas fiscais eletrônicas (NF-e, mod 55) informando indevidamente no campo <modFrete> do respectivo XML o código 1 (Frete Fob), sendo que o correto era código 0 (Frete CIF).

O autuado acusa que, embora, a princípio, a autuação pareça tangível, não deve prosperar porque a fundamentação genérica utilizada pelos fiscais demonstrou o cerceamento de defesa. Informa que caso semelhante ocorreu no julgamento do Auto de Infração nº 207103.0001/12-9. Disse que não teve oportunidade de apresentar os documentos que comprovam que a remessa foi operacionalizada por cláusula CIF.

O autuado entende que o presente lançamento, ocorrido em 28/06/2016, já estava alcançado pela decadência em relação à exigência de abril e maio de 2011.

O autuado argumenta que, embora não tenha constado nas notas fiscais, torna-se claro ao se analisar os CTRCs que eles foram emitidos em nome da AIR LIQUIDE (Candeias/BA), ou seja, foram emitidos em nome da empresa que pagou pelo transporte das mercadorias.

Disse que todos os valores referentes ao frete nos períodos indicados compuseram a base de cálculo do ICMS, conforme demonstrativo de apuração do ICMS das fls. 96 a 102. Conclui que a presente autuação não passa de mera presunção em virtude de análise comprometida realizada nas notas fiscais.

O autuado cita o art. 95 do Decreto nº 6.284/97 (RICMS/BA), pelo qual se estipula o permissivo para que as empresas contribuintes do ICMS, que remetam mercadorias, aproveitem o crédito tributário oriundo das remessas a preço CIF.

O autuado argumentou que a aplicação de uma penalidade não se sustenta se há vício de fundamentação. Afirma que o auto de infração traz por fundamento dispositivo que não se coaduna com o pressuposto fático narrado no auto de infração. Disse que os autuantes fundamentaram a multa no art. 47, inciso VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, que não existe. Assim, entende que o auto de infração é nulo, pois substancialmente viciado, em sua fundamentação.

O autuado requer, ainda, caso a autuação seja mantida, que se aplique o art. 918 do RICMS e do RPAF, no sentido de eximir, ou ao menos reduzir equitativamente o valor da multa.

Em resumo, a AIR LIQUIDE requer:

- 1 – que se reconheça o cerceamento de defesa no momento da fiscalização;
- 2 – que se reconheça o vício substancial capaz de anular o presente auto de infração, tendo em vista os argumentos genéricos empregados e o decorrente cerceamento de defesa;
- 3 – que se reconheça a decadência dos períodos de Abril/2011 e Maio/2011; e
- 4 – que se reconheça que a operação foi realizada com cláusula CIF e, assim, que os valores referentes ao frete foram inseridos na base de cálculo do ICMS, reconhecendo-se, consequentemente, a existência dos créditos fiscalizados e, sucessivamente, o direito ao gozo dos mesmos anulando o auto de infração;
- 5 – que se afaste a penalidade aplicada, seja por nulidade em sua imposição, seja por ilegitimidade e por recurso à equidade.

O autuado declarou que a matéria impugnada não foi submetida à apreciação judicial ou que não foi objeto de consulta, e protestou pela produção de todos os meios de prova permitidos em Direito, em especial a juntada de documentos novos ou outras diligências necessárias ao fiel conhecimento da verdade.

Por fim, requer que todas as futuras notificações sejam endereçadas preferencialmente à AIR LIQUIDE BRASIL LTDA, a/c do Departamento Fiscal, na Av. das Nações Unidas, nº 11541, 19º e 20º andar, Brooklin Paulista, São Paulo/SP, CEP: 04.578-000, e também ao advogado Henrique Silva de Oliveira, OAB/BA nº 18.443, com endereço profissional na Rua Frederico Simões, 98, Ed. Advanced Trade, 15º andar, Caminho das Árvores, Salvador/BA – CEP 41.820-730, Tel: 55 71 2101-0550/ Fax: 55 71 2101-0551, e-mail henrique.oliveira@trigueirofontes.com.br, em nome de quem deverão ser veiculadas as eventuais publicações na imprensa oficial, tudo sob pena de nulidade, à luz das disposições do RPAF.

Os autuantes apresentaram informação fiscal das fls. 4.570 a 4.573. Afirmam que não há porque o autuado requerer a nulidade do auto de infração sob argumentação de fundamentação genérica, pois não foi esclarecido por ele a motivação dessa classificação. Também discordam da decadência do direito da Fazenda Pública exigir ICMS nos meses de abril e maio de 2011 em razão do auto de infração ter sido lavrado em junho de 2016. Entendem que não há respaldo nos arts. 150 e 173 do CTN.

No mérito, os autuantes atestam que não houve comprovação por parte do autuado de que o valor do serviço de transporte foi incluído na base de cálculo. O demonstrativo apresentado apenas relaciona cada conhecimento de transporte à nota fiscal de transferência. Requerem a procedência da ação fiscal.

VOTO

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.

Quanto à alegação do autuado de que a multa aplicada afronta o princípio constitucional que veda o confisco, informo que, de acordo com o inciso I do artigo 167 do RPAF, não é competência deste órgão julgador a declaração de constitucionalidade da legislação tributária estadual. E quanto ao pedido de redução da multa aplicada, informo que, de acordo com o § 1º do art. 169 do RPAF, compete à Câmara Superior julgar, em instância única, os pedidos de dispensa ou redução de multa por infração à obrigação principal ao apelo de eqüidade.

Rejeito o pedido de nulidade sob a argumentação de que ocorreu cerceamento de defesa em razão de supostamente ter sido utilizada pelos autuantes fundamentação genérica no enquadramento da infração. O art. 19 do RPAF estabelece que não implica em nulidade o erro da indicação dos dispositivos infringidos, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal. Na descrição dos fatos, os autuantes relataram a infração de forma clara, como sendo de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS relativo a frete de mercadorias em saídas por transferências a preço FOB.

No mérito, o autuado afirma que responsabilizou-se pelo pagamento do frete na remessa das mercadorias. Assim, entendeu tratar-se de transporte com cláusula CIF e que o valor do frete pago se constituía em base de cálculo para a apuração de ICMS e gerava direito a crédito fiscal.

Da análise dos conhecimentos de transporte acostados aos autos pelo autuado, observei que o transportador, localizado em Simões Filho e com inscrição estadual na Bahia, não efetuou destaque de ICMS e informou no campo “observações” que o imposto era de responsabilidade do tomador do serviço (fls. 134 e seguintes).

Os demonstrativos apresentados pelo autuado das fls. 96 a 102, com o intuito de comprovar que o valor do frete compôs a base de cálculo do ICMS nas saídas das mercadorias, apenas traz a relação dos CTRCs com a indicação do valor do ICMS devido pelas prestações de serviço de transporte.

Nas notas fiscais emitidas pelo autuado (fls.), consta no campo “informações complementares” que o recolhimento do ICMS sobre o transporte era de sua responsabilidade, com base no disposto no art. 298 do RICMS/12, que trata da substituição tributária por retenção nas prestações de serviços de transporte contratadas por contribuinte inscrito neste estado na condição de normal que envolva repetidas prestações de serviço vinculadas a contrato, embora não tenha incluído a base de cálculo e o valor do imposto retido referente ao serviço de transporte.

De acordo com a relação de DAEs pagos pelo autuado de 2011 a 2013 (fls. 22 a 27) e o demonstrativo dos fretes contratados, elaborados pelos autuantes (fls. 09 a 20), o autuado efetivamente assumiu a condição de substituto tributário em relação às prestações de serviço de transporte, recolhendo com código de receita 1632 o montante do imposto devido sobre o valor dos serviços de transporte prestados. Assim, ficou caracterizado que as saídas ocorreram a preço FOB e não a preço CIF, como sustentava o autuado.

De acordo com a alínea “d” do inciso III do § 1º do art.298 do RICMS/12 e a alínea “d” do inciso IV do art. 381 do RICMS/97, o sujeito passivo por substituição, em sua escrita fiscal, no final do mês, deveria consignar o valor total do imposto retido no Registro de Apuração do ICMS, no campo “observações”, fazendo constar a expressão “Substituição Tributária-Serviço de Transporte”.

Dianete do exposto, concluo que o autuado equivocou-se ao afirmar que as saídas ocorreram com cláusula CIF. Não houve destaque de ICMS nos respectivos conhecimentos de transporte. Jamais o autuado poderia utilizar como crédito fiscal o valor do imposto pago por ele mesmo em decorrência do regime de substituição tributária a que estava submetido na contratação de repetidas prestações de serviço de transporte.

Por esta razão, entendo, também, que não ocorreu a decadência do direito da Fazenda Pública reclamar os créditos tributários relativos aos meses de abril e maio de 2011. O autuado utilizou-se de créditos fiscais manifestamente ilegítimos na apuração do imposto, o que afasta a aplicação da contagem da decadência nos termos do § 4º do art. 150 do CTN.

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 279757.3004/16-0, lavrado contra **AIR LIQUIDE BRASIL LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 636.044,35**, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea "f" do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e acréscimos legais previstos na Lei nº 3.956/81.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de março de 2017.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ. – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR