



**SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT
3ª CÂMARA DE JULGAMENTO**

RESOLUÇÃO Nº: 019 /2010
86ª SESSÃO ORDINÁRIA DE 09.12.2019.
PROCESSO DE RECURSO nº 1/4105/2016.
AUTO DE INFRAÇÃO: 1/201620016.
RECORRENTE: AUTO NORTE DISTRIBUIDORA DE PEÇAS LTDA.
RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA.
RELATOR: CONS. RICARDO VALENTE FILHO.

EMENTA: ICMS ST. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS SUBSTITUTO DO FRETE. A empresa não incluiu o frete na base de cálculo da Substituição Tributária relativo ao período de fevereiro a dezembro de 2011. RECURSO TEMPESTIVO. CÂMARA DECIDE CONHECER DO RECURSO ORDINÁRIO INTESPOSTO, dar-lhe PARCIAL PROVIMENTO, PARA REFORMAR A DECISÃO CONDENATÓRIA PROFERIDA PELA 1ª INSTÂNCIA, JULGANDO PARCIAL PROCEDENTE O AUTO DE INFRAÇÃO, reconhecendo a decadência referente aos meses de janeiro a agosto de 2011, aplicando-se o previsto no art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional. Decisão em desacordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária.

**PALAVRAS CHAVES – ICMS ST. — FALTA DE RECOLHIMENTO - FRETE
RECURSO ORDINÁRIO - REFORMAR A DECISÃO CONDENATÓRIA.**

RELATÓRIO

O aludido Auto de Infração aduz à empresa contribuinte a falta de recolhimento do ICMS sobre o frete, não incluído na base de cálculo da Substituição Tributária, relativo ao período de fevereiro a dezembro de 2011.

O agente fiscal apontou como infringido o art. 431, II, do Decreto nº 24.569/97, aplicando a penalidade prevista no art. 123, I, "E", da Lei nº 12.670/96, alterado pela Lei nº 13.418/03, aplicando a sanção sobre o Crédito Tributário de ICMS no valor R\$ 86.056,87 (oitenta e seis mil, cinquenta e seis reais e oitenta e sete centavos), e multa de igual valor, assim totalizando o montante de R\$ 172.113,74 (cento e setenta e dois mil, cento e treze reais e setenta e quatro centavos).

A contribuinte, inconformada com a sanção aplicada, apresentou Defesa ao Auto de Infração, conforme fls. 27, alegando, preliminarmente, a decadência do período de janeiro a agosto de 2011, e no mérito, que ou o frete foi regularmente incluído na base de cálculo do ICMS ST, ou que o frete não é parte integrante da Base de cálculo.

A julgadora singular decidiu pela procedência da autuação fiscal, no entanto pela aplicação da penalidade contida no Art. 123, I, C, da 16.258/17, fls. 58 a 72.

A empresa contribuinte ingressou com Recurso Ordinário, conforme fls. 142 a 151.

A Assessoria Processual Tributária, por meio do parecer nº 234/2019, às fls. 155 a 158, sugeriu conhecer do Recurso Ordinário, para no mérito negar-lhe provimento, confirmando a decisão de 1ª instância pela procedência do Auto de Infração, aplicando a nova penalidade.

A Procuradoria do Estado adotou o entendimento sugerido pela APT.

É o Relatório.

VOTO DO RELATOR

Diante dos fatos ensejadores da lavratura do Auto de Infração, a contribuinte foi autuada por deixar de registrar o frete na base de cálculo da Substituição Tributária, relativo ao período de fevereiro a dezembro de 2011.

PRELIMINAR DE DECADÊNCIA

Ocorre que o ICMS é um imposto sujeito a lançamento por homologação com antecipação de pagamento, sendo o prazo decadencial para que o Estado possa lançar o tributo disposto no art. 150, §4º, do Código Tributário Nacional, sendo de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador.

No caso em tela, a lavratura do Auto de Infração aconteceu no dia 19 de setembro de 2016, relativa a fatos geradores ocorridos no ano de 2011.

Portanto, contando-se o prazo decadencial de cinco anos, resta-se demonstrado que o direito de constituição do crédito tributário referente aos meses de janeiro a agosto de 2011 foram atingidos pelo instituto da decadência, pois transcorreu o prazo normativo supracitado.

Vislumbro, assim, que devem ser excluídos da autuação os meses decadentes objeto do Auto de Infração, conforme preceitua o artigo 87, II, "a", da Lei nº 15.614/2014.

DO MÉRITO

Examinado os autos, denota-se que o valor do frete utilizado para apuração do suposto recolhimento de ICMS-ST foi arbitrado unilateralmente pela fiscalização, baseando-se em premissas equivocadas, uma vez que as operações representam duas situações a seguir expostas:

- 1) Operações "CIF" - onde o frete ficou a cargo do próprio vendedor e assim o custo do transporte já estava incluído no preço da mercadoria, tendo sido incluído na base de cálculo do ICMS-ST. Essas operações estão detalhadas em dois relatórios, a saber: Frete — CIF período de janeiro a agosto de 2011; Frete — CIF período setembro a dezembro de 2011;
- 2) Operações FOB — operações em que o frete ficou a cargo da empresa autuada — na qualidade de substituída. Essas operações estão detalhadas em dois relatórios, a saber: Frete — FOB período janeiro a agosto de 2011; Frete — FOB período setembro a dezembro de 2011.
- 3) Que na primeira hipótese acima, o valor do frete foi regularmente incluído na base de cálculo do ICMS-ST, enquanto na segunda hipótese, o frete não é parte integrante da base de cálculo.
- 4) Que os casos abrangidos pelo auto de infração representam operações CIF, onde o frete já estava incluído no preço da mercadoria, e dessa forma compõe regularmente a base do ICMS-ST, bem como de operações de venda FOB em que o frete ficou a cargo da compradora (substituída) e nessa hipótese, não compõe a base de cálculo do ICMS-ST.

Inicialmente a empresa foi apenada pela Falta de Recolhimento do ICMS substituto do Frete, em virtude de ter adquirido mercadorias sujeitas à Substituição Tributária, cujo ICMS fora retido na origem, no entanto, não fora incluído o frete na base de cálculo, conforme Relatórios anexos constante no CD-ROM (fls.22), alusivo ao período de 02/2011 a 12/2011.

No caso sob exame, verificou-se, que a falta de recolhimento do ICMS frete fora na ordem de R\$ 86.056,87 (oitenta e seis mil, cinquenta e seis reais e oitenta e sete centavos), aplicando multa equivalente a uma vez o valor do imposto.

Portanto o contribuinte no mérito, atribui que a fiscalização não observou as operações de fretes pois alegam que as movimentações CIF e FOB. Nesse caso, teriam duas situações: a) "nas Operações "CIF" - onde o frete ficou a cargo do próprio vendedor e assim o custo do transporte já estava incluído no preço da mercadoria, tendo sido incluído na base de cálculo do ICMS-ST. Afirma que o valor do frete foi regularmente incluído na base de cálculo do ICMS-ST e que essas operações estão detalhadas em dois relatórios, a saber: Frete — CIF período de janeiro a agosto de 2011; Frete — CIF período setembro a dezembro de 2011"; b) "Operações FOB — operações em que o frete ficou a cargo da empresa atuada na qualidade de substituída.

Ao analisar o arquivo anexado pelo fiscal atuante no CD-ROM (fls.22), Planilha de Compras de mercadorias sem a inclusão do frete na base de cálculo do ano 2011, constata-se que todas as notas fiscais atuadas não foram informados o valor do frete nem por conta do emitente (fretes CIF) e nem por conta do destinatário (fretes FOB). Todos os documentos fiscais estão com valor em R\$ 0,00 (zero) de frete, não entrando na base de cálculo da Substituição Tributária.

Além disso, consultando as notas fiscais demonstradas na Planilha "Compras de mercadorias sem a inclusão do frete na base de cálculo do ano 2011" no Portal da Nota Fiscal Eletrônica, ver-se claramente que tais documentos fiscais não tem o valor de frete informado na respectiva nota fiscal eletrônica tendo-se certeza que os fretes não foram incluídos na base de cálculo da substituição tributária.

Ao analisar o lançamento fiscal, tal procedimento é um ato administrativo plenamente vinculado e que goza de presunção relativa de legitimidade. Neste sentido, sua desconstituição é ônus que incumbe a recorrente e que, no presente caso, reporta-se à omissão de receita.

Em relação aos fretes "FOB", tal sigla significa "Free on board", que quer dizer, livre a bordo. Nessa modalidade de frete, o comprador assume todos os riscos e custos com o transporte da mercadoria. Tais gastos incluídos com transporte devem ser acrescentados ao custo de aquisição para fins de determinação do valor que será incorporado aos estoques.

A recorrente afirma que parte das notas fiscais eletrônicas de entradas são fretes FOB, e o frete ficou a cargo da empresa atuada na qualidade de substituta e o frete não é parte integrante da base de cálculo.

Conforme dito anteriormente, analisamos o arquivo anexado pelo fiscal atuante no CD-ROM (fls.22), Planilha "Compras de mercadorias sem a inclusão do frete na base de cálculo do ano 2011", e constata-se que todas as notas fiscais atuadas não foram informadas o valor do frete nem por conta do emitente (fretes CIF) e nem

por conta do destinatário (fretes FOB). Todos os documentos fiscais estão com valor em R\$ 0,00 (zero) de frete, não entrando na base de cálculo da Substituição Tributária.

Em consulta, a Nf-e n.º 34662 ("Relatório Frete — FOB período de janeiro a agosto de 2011" - CD-ROM fls. 57), no portal da nota fiscal eletrônica, documento anexado ao Processo, nos mostra que os fretes FOB não formam o valor total do documento fiscal e portanto, não foi incluído na base de cálculo da Substituição Tributária

Verifico ao apreciar as bases de cálculos do ICMS normal e Substituição tributária utilizadas pelo fornecedor comparadas com o valor total da nota fiscal eletrônica, restando claro que não se têm os fretes na composição da base de cálculo da Substituição Tributária.

Portanto, não merece ser acolhida a afirmativa da recorrente quando diz que nas Operações "CIF", o custo do frete já estava incluído no preço da mercadoria e estaria incluído na base de cálculo do ICMS-ST, assim como nas operações 'FOB', o frete ficou a cargo da empresa autuada — na qualidade de substituída e o frete não é parte integrante da base de cálculo.

Conforme vistos nas planilhas do levantamento fiscal constante no CD-ROM (fls.22) conjuntamente com os relatórios apresentados pela defendente (CD-ROM fls. 57), nas bases de cálculos do ICMS normal e Substituição tributária utilizadas pelo fornecedor comparadas com o valor total da nota fiscal eletrônica, não se têm os fretes na composição da base de cálculo da Substituição Tributária. Isto se deve ao fato do fornecedor não ter declarado no campo próprio da nota fiscal eletrônica o valor do serviço do frete, limitando-se a declarar apenas a modalidade do serviço: frete por conta do remetente ou frete por conta do destinatário.

Dessa forma, não merecem ser acolhidas as afirmativas da recorrente quando diz que nas Operações "CIF", o custo do frete já estava incluído no preço da mercadoria e estaria incluído na base de cálculo do ICMS-ST, assim como nas operações 'FOB', o frete ficou a cargo da empresa autuada — na qualidade de substituída e o frete não é parte integrante da base de cálculo.

Pois resta clara a demonstração nas planilhas do levantamento fiscal constante no CD-ROM (fls.22) conjuntamente com os relatórios apresentados pela defendente (CD-ROM fls. 57), nas bases de cálculos do ICMS normal e Substituição tributária utilizadas pelo fornecedor comparadas com o valor total da nota fiscal eletrônica, não se têm os fretes na composição da base de cálculo da Substituição Tributária.

DEMONSTRATIVO DO CÁLCULO

PRINCIPAL	MULTA	TOTAL A RECOLHER
R\$ 29.174,41	R\$ 29.174,41	R\$ 58.348,82

Ressalto que a lide em discussão encontra-se disciplinada no artigo 123, inciso V, alínea "c", da Lei de n.º 12.670/96, alterada pela Lei de n.º 13.418/2003, *in verbis*:

“Art. 123 — As infrações à legislação do ICMS sujeitam o infrator às seguintes penalidades, sem prejuízo do pagamento do imposto, quando for o caso:

I – com relação ao recolhimento do ICMS:

(...)

c) falta de recolhimento do imposto, no todo ou em parte, inclusive o devido por substituição tributária,, na forma e nos prazos regulamentares, em todos os casos não compreendidos nas alíneas “d” e “e” deste inciso: multa equivalente a uma vez o valor do imposto;”

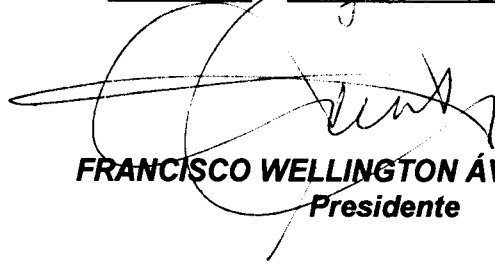
Desta feita, conheço do Recurso Ordinário interposto, decidindo pela PARCIAL PROCEDÊNCIA, mantendo a penalidade contida no Art. 123, I, C da 16.258/17, no entanto, entendo por modificar a decisão de planície apenas quanto à questão albergada pelo instituto da decadência, especificamente relacionada aos meses de janeiro a agosto de 2011, onde conheço de logo sua aplicação perante o estabelecido no Art. 150, §4º do CTN, diante do fato gerador que foi ocasionado mediante a Fazenda ter tomado conhecimento das operações realizadas pelo Recorrente.

É como voto.

DECISÃO

Processo de Recurso Nº 1/4105/2016 – Auto de Infração: 1/201620016. RECORRENTE: AUTO NORTE DISTRIBUIDORA DE PEÇAS LTDA. RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA. Relator Conselheiro RICARDO FERREIRA VALENTE FILHO. Decisão: A 3ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários resolve, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Ordinário, dar-lhe parcial provimento, para reformar a decisão condenatória de 1ª Instância, julgando **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o auto de infração, reconhecendo a decadência do direito de constituição do crédito tributário referente aos meses de janeiro a agosto de 2011, aplicando-se ao caso a regra de contagem do prazo decadencial estabelecida no art. 150, § 4º do CTN, ou seja, cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador, porquanto a lavratura do auto de infração, se deu em 19 de setembro de 2016 relativamente a fatos geradores ocorridos no ano de 2011. Portanto, os fatos geradores ocorridos de janeiro a agosto de 2011 foram atingidos pela decadência, devendo ser excluídos da autuação. Decisão baseada no artigo 87, II, “a”, da Lei nº 15.614/2014. Decisão nos termos do voto do Conselheiro Relator, em desacordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, adotado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.

Sala das Sessões da 3ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, na data de 31 de Junho de 2020.



FRANCISCO WELLINGTON ÁVILA PEREIRA
Presidente



LÚCIO FLÁVIO ALVES
CONSELHEIRO




RICARDO VALENTE FILHO
CONSELHEIRO RELATOR



TÉRESA HELENA CARVALHO PORTO
CONSELHEIRA




MIKAEL PINHEIRO DE OLIVEIRA
CONSELHEIRO



ALEXANDRE MENDES DE SOUSA
CONSELHEIRO



FELIPE AUGUSTO ARAÚJO MUNIZ
CONSELHEIRO



André Gustavo Carreiro Pereira
Procurador do Estado
Em: 31/01/2020