



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA PARAÍBA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
GAB. DO DES. JOSÉ RICARDO PORTO

ACÓRDÃO

APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA Nº 0018624-66.2013.815.2001

RELATOR: Aluizio Bezerra Filho, Juiz convocado para substituir o Des. José Ricardo Porto

APELANTE: Estado da Paraíba

ADVOGADO: Rachel Lucena Trindade

APELADO: Brastex S/A

ADVOGADO: Carlos Frederico Nóbrega Farias (OAB -PB 7.119) e outros

APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA. EMBARGOS À EXECUÇÃO. AUTO DE INFRAÇÃO. CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA. PRESUNÇÃO DE LEGALIDADE. ALEGADO CREDITAMENTO INDEVIDO DO ICMS-FRETE MODALIDADE COST, INSURANCE AND FREIGHT – CIF. NECESSIDADE DE DESTACAMENTO DO IMPOSTO NA NOTA FISCAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 72 DO RICMS/PB. MUDANÇA NA LEGISLAÇÃO QUE REGE A MATÉRIA PELO DECRETO ESTADUAL N. 33.045/2012. RETROATIVIDADE. NORMA MAIS BENÉFICA AO CONTRIBUINTE. EXEGESE DO ART. 106 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO. INCONFORMAÇÃO DO ENTE FEDERADO. INAPLICABILIDADE RETROATIVA DO REFERIDO DECRETO. ARGUMENTO INSUBSISTENTE. PRECEDENTE DESTA CORTE. CASO CONCRETO. NÃO COMPROVAÇÃO, DE PLANO, PELA CONTRIBUINTE DAS EXIGÊNCIAS PREVISTAS NO § 9º, DO INC. II, DO ART. 72 DO RICMS/PB. IMPOSSIBILIDADE DE EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO. PROVIMENTO DO APELO E DO REEXAME OFICIAL.

A base de cálculo do ICMS é o valor da operação praticada, incluindo-se, nesse cômputo, o valor do frete.

Pelo art. 72, §2º, inciso II, do RICMS/PB (regra geral), o alienante, na modalidade de frete CIF (cost, insurance and freight), deve incluir o montante referente ao transporte de mercadoria para o cálculo do imposto, podendo creditar-se de tal valor, desde que esteja este destacado no corpo da nota fiscal.

Com o Decreto Estadual n. 33.045/2012, que acrescentou o § 9º ao art. 72, II, do RICMS/PB, de retroatividade benéfica, somente com a comprovação, através de auditoria fiscal, de que o frete, mesmo sem estar destacado no corpo da nota fiscal, foi incluído no preço do produto, e que o ICMS incidente sobre o referido frete foi pago, é que o contribuinte responderá tão só pelo descumprimento de obrigação acessória, nos termos da legislação vigente, ou seja, o pagamento de multa.

VISTOS, relatados e discutidos os autos acima referenciados.

ACORDA a Primeira Câmara Especializada Cível do Egrégio Tribunal de Justiça da Paraíba, **à unanimidade de votos, DAR PROVIMENTO AOS RECURSOS.**

RELATÓRIO

O **Estado da Paraíba** interpôs Apelação (fl. 450) contra a Sentença (fls.447/447v), prolatada pelo Juízo da 1ª Vara de Executivos Fiscais da Comarca desta Capital, nos autos dos Embargos à Execução Fiscal em face dele opostos pela **Brastex S/A**, que julgou procedente o pedido, para declarar insubsistente a execução fiscal, ao fundamento de que o Decreto Estadual n. 33.045/2012 deixou de considerar como creditamento indevido os valores compensados a título de ICMS-Frete, quando o contribuinte não destacou na nota fiscal o valor do frete pago, pelo que tal circunstância ensejou a inexigibilidade do título, por se tratar de mero descumprimento de obrigação acessória, condenando o Ente Federado ao pagamento de honorários advocatícios, estes fixados em 15% sobre o valor do devido exigido, submetendo o Julgado ao duplo grau de jurisdição.

Em suas razões (fls. 450/462), afirmou que a Embargante não juntou aos autos documentos essenciais para comprovar o alegado, tampouco os atos constitutivos da empresa, inobservando os arts. 283 e 396 do CPC.

Defendeu a irretroatividade do Decreto Estadual n. 33.045/2012, pelo fato de que a ele é inaplicável o art. 106, II “c” do Código Tributário Nacional.

Sustentou que, para a aplicação do § 9º do art. 72 do referido decreto estadual, era necessário que a Auditoria Fiscal comprovasse, no caso de frete modalidade Cost, Insurance and Freight - CIF, sua inclusão no preço do produto pago, mesmo sem estar destacado na documentação fiscalizada, e que o ICMS incidente sobre o frete teria sido pago, situação, segundo alega, não constatada pelo Fisco, nem provada pela empresa Apelada.

Pugnou pelo provimento o Apelo, para que seja reformado o Aresto para dar regular andamento ao procedimento executório; alternativamente, pleiteou a redução dos honorários advocatícios.

Em contrarrazões (fls.464/479), a Recorrida aduziu que o Decreto Estadual n. 33.045/2012 possui efeito retroativo, por ser mais benéfico ao contribuinte, a teor do

disposto no artigo 106, incisos I e II, do CTN. Ao final, pugnou pelo desprovimento do Apelo.

A Procuradoria de Justiça manifestou-se pela desnecessidade da sua intervenção.

É o relatório.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço da Apelação e da Remessa Necessária, analisando-as em conjunto.

Da inobservância aos arts 283 e 396 do Código de Processo Civil.

Segundo o Estado da Paraíba, a Empresa Brastex não trouxe ao processo documentação hábil tanto com relação aos seus atos constitutivos, quanto para a desconstituição do crédito tributário, descumprindo os arts. 283 e 396 do CPC.

No procedimento executório presente, quando da oposição dos Embargos à Execução Fiscal, a Embargante não juntou seus atos constitutivos, nem foi intimada pelo Juízo a fazê-lo.

Contudo, encontrando-se em apenso os autos da Execução n. 0045046-49.2011.815.2001, nele constam às fls. 25/28 os documentos necessários ao suprimento do suposto de defeito de representação ora ventilado, cuja documentação não foi impugnada pelo então Exequente – Estado da Paraíba.

No que diz respeito a ausência de documentos que comprovam a alegação da Empresa, que visa desconstituir a execução fiscal, encontra-se neste processo, diferentemente do alegado pelo Apelante, toda a documentação do procedimento administrativo fiscal, **pelo que o presente processo está apto para a análise e o argumento improcede.**

De início presto esclarecimentos que se servem para a melhor compreensão do tema.

“In casu”, o procedimento administrativo fiscal foi instaurado com base no Auto de Infração n. 93300008.09.00001379/2008-78, lavrado contra a Brastex S/A, no qual o Fisco discriminou irregularidades encontradas na Ordem de Serviço n. 93300008.12.00001515/2008/08-80.

Após regular procedimento fiscal, concluiu o Fisco pela ausência de comprovação pela Empresa da situação regular em relação ao ICMS-frete, o que ensejou a CDA e a presente Execução Fiscal no valor de R\$ 1.470.610,59.

A CDA goza de presunção de liquidez e certeza, impondo-se à Executada o ônus de apresentar prova inequívoca capaz de desconstituí-la.

O ICMS tem como característica a não cumulatividade (Art.155, §2º, I da CF/88).

Com base nesse preceito constitucional, é garantido à Contribuinte o sistema de compensação entre débitos e créditos.

A Executada, ao realizar a venda de mercadorias, utilizou-se da modalidade CIF (Cost, Insurance and Freight).

Nessa hipótese, o custo com transporte ocorreu sob responsabilidade do vendedor, e assim o valor do frete somado ao valor da mercadoria totaliza um preço final que serve de base de cálculo para o ICMS¹, podendo se creditar do que pagou a título de ICMS-frete.

Assim considerado - frete na base de cálculo do ICMS –, as partes não divergem.

Entretanto, havia necessidade da discriminação do valor cobrado pelo frete em cada nota fiscal emitida pela Empresa para, então, haver o creditamento da forma correta.

No presente caso, as notas fiscais existentes entre as fls. 73/167 não discriminam o valor que foi cobrado pelo frete, apenas descrevem a mercadoria, sua quantidade, valor unitário, o ICMS devido e valor da nota fiscal que serve de base de cálculo para o ICMS.

Observando os valores acima expostos e, da forma como está descrito nas notas fiscais, parece impossível a certeza, pelo Fisco, de que a contribuinte se creditou de valores realmente recolhidos a título de ICMS-frete.

Assim, não destacando o valor do frete cobrado em cada nota fiscal de venda, a princípio, a Executada contrariou norma expressa do Regulamento do ICMS, a qual disciplina:

Art.72. Para fins de compensação do imposto devido, constitui crédito fiscal o valor do imposto relativo: §2º O imposto incidente sobre o frete será creditado:

I – pelo destinatário, quando a operação de origem for FOB e o transportador for contratado por ele;

II – pelo remetente, quando a operação de circulação for CIF, o transportador for contratado por ele e a respectiva base de cálculo incluir o preço do serviço, **desde que este esteja destacado no corpo da nota fiscal.**

O processo de apuração administrativa do ilícito fiscal pela Empresa transcorreu entre os anos 2008 e 2009 (fls. 54/398). Portanto, a regra existente à época era o art. 72, II do RICMS, razão pela qual não se afigurava custoso compreender o motivo pelo qual o Fisco entendeu por exigir o destaque do frete no corpo da nota fiscal, pois a Contribuinte poderia receber o creditamento de imposto que não recolheu, conforme vistos às fls. 379/384, 394/398 e 427/434.

1. AGRAVO REGIMENTAL – TRIBUTÁRIO – ICMS – BASE DE CÁLCULO – FRETE. 1. A jurisprudência dominante nesta Corte é no sentido de que o frete integra a base de cálculo do ICMS. 2. Agravo a que se nega seguimento. (STJ – AgRg no Ag 985981/RS – Rel.Min. Eliana Calmon – Segunda Turma – 17/11/2008). No mesmo sentido: Resp 794079, de 02.02.2010.

Assim, cumpre esclarecer que não caberia ao Fisco realizar cálculos para encontrar o valor da mercadoria sem frete para, então, saber se houve irregularidade da empresa/Apelada, isto não era responsabilidade do Órgão fiscalizador.

É da Recorrida o dever de demonstrar a obediência à legislação (RICMS), pois do contrário inviabilizaria o serviço de fiscalização.

Nesse sentido:

EMBARGOS À EXECUÇÃO. IMPROCEDÊNCIA. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO NO QUE SE REFERE AO CREDITAMENTO INDEVIDO DO ICMS-FRETE. IRRESIGNAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE REGRA EXPRESSA DO REGULAMENTO DO ICMS. NECESSIDADE DE DESTACAMENTO DO IMPOSTO NAS NOTAS FISCAIS. IMPOSSIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO PELO FISCO DO DIREITO AO CRÉDITO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. DESPROVIMENTO DO RECURSO. -- §2º O imposto incidente sobre o frete será creditado: II - pelo remetente, quando a operação de circulação for CIF, o transportador for contratado por ele e a respectiva base de cálculo incluir o preço do serviço, desde que este esteja destacado no corpo da nota fiscal. (art.72 do RICMS). VISTOS, RELATADOS E DISCUTIDOS os presentes autos acima identificados. (TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00035965620118150731, 3ª Câmara Especializada Cível, Relator DES SAULO HENRIQUES DE SÁ E BENEVIDES , j. em 01-12-2015)

Destarte, ainda que a Apelada venha alegar que efetuou o pagamento do imposto, ao deixar de observar regra expressa do RICMS e não comprovar, satisfatoriamente, a inclusão do frete na base de cálculo do tributo, acabou por assumir o risco de se enquadrar em situação irregular perante o Fisco.

Da aplicação do Decreto Estadual n. 33.045/2012 ao caso concreto.

Órgão fracionário deste Tribunal já decidiu sobre o alcance da referida norma, considerando-a como disposição legal que tem o efeito retroativo previsto no art. 106, do CTN.

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. AUTO DE INFRAÇÃO. CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA. CREDITAMENTO INDEVIDO DO ICMS-FRETE. NECESSIDADE DE DESTACAMENTO DO IMPOSTO NAS NOTAS FISCAIS. ART. 72 DO RICMS/PB. INFRAÇÃO TRIBUTÁRIA. REGRA GERAL. DEMONSTRAÇÃO POR OUTROS MEIOS.

POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO §9º DO ARTIGO 72 DO REGULAMENTO. **REDAÇÃO DO DECRETO ESTADUAL Nº 33.045/2012. RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA. EXEGESE ART. 106 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. RESPONSABILIDADE APENAS PELO DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. SUBSISTÊNCIA DA MULTA. PROVIMENTO PARCIAL DA APELAÇÃO.** - A base de cálculo do ICMS é o valor da operação praticada, incluindo-se, nesse cômputo, o valor do frete. - Nos termos do artigo 72, §2º, inciso II, do RICMS/PB, o alienante, na modalidade de frete CIF (cost, insurance and freight), deve incluir o montante referente ao transporte de mercadoria para o cálculo do imposto, podendo creditar-se de tal valor, desde que esteja este destacado no corpo da nota fiscal. - O Decreto Estadual nº 33.045/2012 acrescentou o § 9º ao art. 72 do RICMS/PB, dispondo que, havendo a comprovação, através de auditoria fiscal, de que o frete, mesmo sem estar destacado no corpo da nota fiscal, foi incluído no preço do produto e que o ICMS incidente sobre o referido frete foi pago, a empresa responderá apenas pelo descumprimento de obrigação acessória, nos termos da legislação vigente. - **Diante da retroatividade benéfica da legislação tributária, deve ser aplicado ao caso o Decreto Estadual nº 33.045/2012, motivo pelo qual a apelante somente responderá pelo descumprimento da obrigação acessória, com o pagamento de multa.** (TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00011959120098150331, 2ª Câmara Especializada Cível, Relator DES OSWALDO TRIGUEIRO DO VALLE FILHO, j. em 28-07-2016)

À luz do mencionado decreto, restou garantido à Contribuinte o direito de responder apenas pelo descumprimento de obrigação acessória, **quando houver a comprovação, através de auditoria fiscal** de que:

- a) **o valor do frete compôs o valor da mercadoria, ainda que não tenha havido o destaque no corpo da nota fiscal;**
- b) **o ICMS incidente sobre o referido serviço fora efetivamente pago.**

Não há prova nestes autos de que o valor do frete compôs o valor da mercadoria, e que o ICMS, incidente sobre o referido serviço fora efetivamente pago.

Assim, reconhecida a retroatividade do Decreto Estadual n. 33.045/2012 ao caso concreto, o Recurso apelatório merece provimento, a fim de que seja dado prosseguimento à Execução, para que a Apelada possa comprovar a inclusão do valor do frete na base de cálculo do ICMS e o respectivo pagamento, nos moldes atualmente exigidos pelo

regulamento do imposto.

Tendo em vista o resultado do presente julgamento, os ônus sucumbenciais devem ser invertidos.

No arbitramento dos honorários advocatícios da sucumbência, o Magistrado deve fixá-los através de uma apreciação equitativa, levando em conta o grau e o zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para tanto.

Vejamos o que disciplina o art. 20 do Código de Processo Civil de 1973, legislação aplicável ao presente recurso (apelo protocolado no dia 19/02/2016):

“Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.

(...)

§ 3º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação, atendidos:

a) o grau de zelo do profissional;

b) o lugar de prestação do serviço;

c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§ 4º Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior.” Grifei.

Analisando o grau de zelo do profissional, que apresentou resposta aos embargos à execução (35/47) e interpôs recurso em face da sentença (fls. 450/462), bem como a natureza e a importância da causa, que visou desconstituir débito fiscal no valor de R\$ 1.470.610,59 (hum milhão, quatrocentos e setenta mil, seiscentos e dez reais e cinquenta e nove centavos), enxergo como razoável fixar a sucumbência advocatícia em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Isto posto, **conhecidos a Apelação e o Reexame Necessário, dou-lhes provimento, bem como condeno a embargante, ora apelada, no pagamento das custas e honorários advocatícios da sucumbência, esses fixados em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).**

É o voto.

Presidiu a sessão a Excelentíssima Desembargadora Maria de Fátima Moraes Bezerra Cavalcanti. Participaram do julgamento, além do relator, Excelentíssimo Doutor Aluizio Bezerra Filho (*Juiz convocado, com jurisdição limitada, para substituir o Excelentíssimo Desembargador José Ricardo Porto*), o Excelentíssimo Desembargador Leandro dos Santos e a Excelentíssima Desembargadora Maria de Fátima Moraes Bezerra Cavalcanti.

Presente à sessão a douta representante do Ministério Público, Vasti Clea Marinho Costa Lopes.

Sala de Sessões da Primeira Câmara Cível “Desembargador Mário Moacyr Porto” do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, em João Pessoa, 09 de fevereiro de 2017.

Aluizio Bezerra Filho
RELATOR

J/15