

PROCESSO - A. I. Nº 140785.0033/04-5
RECORRENTE - BJ QUÍMICA DO BRASIL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PUBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JF nº 0186-02/05
ORIGEM - INFAZ ALAGOINHAS
INTERNET - 26/09/2005

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0317-11/05

EMENTA: ICMS. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA DO LANÇAMENTO. Não há elementos nos autos que determinem, com segurança, a infração imputada ao sujeito passivo. A ação fiscal deixou de demonstrar de que modo foi apurada a base de cálculo do imposto. Existência de vícios formais no procedimento. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Voluntário, interposto pelo autuado contra a Decisão exarada pela 2ª JF no Acórdão nº 0186-02/05 que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado em 28/12/04, com a seguinte descrição: recolheu a menor o ICMS devido pelas importações de mercadorias do exterior, 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. Consta também que houve diferenças de imposto no tocante aos documentos de arrecadação dos meses de setembro e novembro de 2002. Imposto lançado: R\$20.423,98. Multa: 60%.

Em sua impugnação, o sujeito passivo apresentou defesa pedindo a nulidade do lançamento, alegando grave equívoco do fiscal autuante. Diz, que na importação o ICMS incide no ato do desembaraço aduaneiro, e o recolhimento se dá no momento do despacho aduaneiro, constituindo regra geral que o desembaraço só ocorra com a apresentação da guia de recolhimento do imposto ou da guia de desoneração. Estranha que nas descrições dos fatos, o fisco se refira aos documentos de recolhimento dos meses de setembro e dezembro de 2002, dando a entender que o sistema de apuração funcionasse como no regime de operações internas e interestaduais, em que o contribuinte apura pelo sistema de débitos e créditos o ICMS devido no mês de competência, e efetua o recolhimento até o dia nove do mês subsequente ao de competência, segundo o disposto no art. 124 do RICMS. Afirma que conforme estabelece o art. 572 do RICMS a data da ocorrência do fato gerador é o desembaraço, coincidindo o vencimento com a data do desembaraço aduaneiro.

Aduz que fica difícil defender-se de uma autuação quando não se indica de forma clara e precisa o suposto ICMS devido. Diz está caracterizada a nulidade e insubsistência do Auto de Infração, já que não se consegue apurar quaisquer importações, cujos desembaraços ocorreram nas 17 diferentes datas de ocorrências dos fatos geradores, indicadas pelo fiscal autuante.

Informa que ao verificar todas as importações realizadas pela empresa, correspondentes ao período fiscalizado, concluiu que as datas que o fiscal indicou como datas de ocorrência dos fatos geradores do ICMS são, na verdade, as datas dos registros das respectivas Declarações de Importação.

Para respaldar sua defesa, o autuado juntou cópias de documentos relativos às importações realizadas no período, para concluir que de acordo com tais documentos as despesas aduaneiras incorridas até o desembaraço (frete e seguro), foram incluídas nas bases de cálculos do imposto,

e as datas de registro das Declarações de Importação são coincidentes com as datas em que o fiscal supôs serem as datas de ocorrência dos fatos geradores.

Conclui a preliminar dizendo que, apesar de considerar demonstrada a nulidade e insubsistência do Auto de Infração, prossegue a defesa apenas por amor ao debate.

Adiante, o impugnante afirma, contrariamente ao que registrou o autuante, que foram apresentados os documentos de arrecadação dos meses de setembro e novembro de 2002 juntamente com os comprovantes de pagamento do imposto, nos valores de R\$7.771,04 e R\$6.027,69, respectivamente.

Prosseguindo, o autuado diz que não houve infração, a se considerar as modificações introduzidas no art. 58 do RICMS, e o conceito de despesas aduaneiras variou no período considerado. Aduz que a base de cálculo é matéria de reserva legal, nos termos do art. 97 do CTN, estando ausente dos autos o dispositivo legal dito infringido. Afirma que tal omissão se constitui em cerceamento de defesa.

O autuado indaga, onde está assegurada a ampla defesa se o Auto de Infração não permite ao contribuinte entender o teor da imputação. Assim está descrita a imputação: *“quer pela falta de inclusão das despesas aduaneiras incorridas até o desembaraço, quer pela utilização incorreta da taxa cambial”*. Indaga, qual a despesa que não foi incluída e qual o dispositivo legal que obriga a inclusão da mesma? No que tange a taxa cambial o agente do fisco deveria dizer qual a inadequação da taxa usada, e qual a taxa correta e sua fonte. Como se pode estruturar uma tese de defesa com tamanhas incertezas na acusação? Daí a impossibilidade do exercício da ampla defesa.

Pede que seja acatado o pleito da nulidade da autuação, ou se declare a extinção parcial do crédito lançado, haja vista as provas apresentadas, ou a insubsistência do Auto de Infração. Requer, ainda, que todas as intimações relacionadas ao presente processo administrativo sejam realizadas em nome de seu contador, Sr. Reinaldo Martins.

O fiscal autuante prestou informação dizendo concordar com a defesa, quanto à incidência do imposto no ato do desembaraço aduaneiro. Observa que foi anexado aos autos, os documentos de arrecadação referentes às Declarações de Importação nº 02/0986779-0 no valor de R\$7.797,11 e nº 02/0729516-0, no valor de R\$5.641,42, reduzindo o valor do Auto de Infração para R\$12.185,23.

Opinando finalmente pela Procedência Parcial do Auto de Infração

Ao ser informado do teor do pronunciamento do fiscal autuante o contribuinte manifestou-se dizendo que havia juntado à defesa, 13 diferentes jogos de documentos contendo cada um deles as provas atinentes às situações objeto da autuação. Sustenta que não houve infração ao art. 58 do RICMS, pois esse dispositivo havia sido objeto de alterações, mudando o conceito de despesas aduaneiras, no período considerado. Finaliza dizendo confirmar os pedidos feitos na defesa.

A JJF em sua análise, inicialmente constata que o autuado tem razão quando diz que a descrição constante do Auto de Infração não quer dizer nada, pois não se sabe se o erro no cálculo do imposto foi decorrente da falta de inclusão de despesas aduaneiras ou da aplicação incorreta da taxa cambial.

Adiante assim se expressa o i. relator: *“A situação agrava-se ao ler-se a informação fiscal, em que o auditor, ao dizer que a defesa deixou de abordar o objeto da autuação, revela a natureza das diferenças levantadas, dizendo que a empresa não incluiu **“algumas despesas”** e também não incluiu no total do débito, antes de aplicar a alíquota para cálculo do débito, a COFINS e o PIS. É injusto acusar a defesa de não ter abordado o objeto da autuação, já que foi o próprio fisco quem omitiu o real motivo da autuação. É inadmissível a alusão a **“algumas despesas”**, sem explicitar quais despesas seriam essas”*.

No entanto, alude a JJF, a vagueza da descrição do fato foi sanada, dando-se ciência do teor da informação fiscal ao sujeito passivo. Não sendo o autuado objetivo na descrição das razões pelas quais as despesas incorridas nas operações, não deveriam integrar a base de cálculo do imposto.

Ao se referir mais uma vez à conduta do fiscal autuante assim se expressou o ilustre relator da 2ª JJF: *“Outro ponto questionado pela defesa diz respeito às datas de vencimento das parcelas do imposto lançado. O contribuinte tem razão. O fiscal autuante equivocou-se, pondo todos os vencimentos no dia 9 do mês seguinte. Isso, porém, só é assim nas situações contempladas no art. 124 do RICMS. Nas importações, o pagamento do imposto é feito no momento do despacho aduaneiro da mercadoria, conforme prevê o art. 572. Não se venha pôr a culpa no sistema de emissão automática de Autos de Infração. Repito que a competência para lavrar Autos de Infração é do auditor, não do sistema. O auditor não pode limitar-se a agir como um mero apertador de botões”*.

A JJF discorre sobre as diversas alterações introduzidas ao longo do tempo no art. 58, I, “e”, e conclui que devem ser excluídas deste lançamento as parcelas relativas ao exercício de 2002, pois a lei que majora tributos não pode ter efeitos retroativos. Feitas essas exclusões, e corrigidos os valores que já estavam pagos, em face das provas apresentadas pelo autuado, e já admitidas pelo fiscal autuante, conforme consta à fl. 559, o valor do lançamento fica reduzido a R\$4.914,02.

Conclui votando pela Procedência Parcial do Auto de Infração.

Insatisfeito com a Decisão da 2ª JJF, o ora recorrente inicia seu protesto reeditando seus argumentos usados em sua impugnação ao Auto de Infração, que deu origem ao presente PAF. Insiste na preliminar de nulidade, cita o art. 5º, LIV e LV da Lei Maior e o art. 123 do Código Tributário Estadual. Afirmando que minimamente a ele, deveria ter sido dado o direito de entender a infração, que a mesma deveria ser descrita com detalhes e clareza, o que efetivamente não ocorreu conforme reconhece o i. julgador de Primeira Instância: *“É inadmissível a alusão a **“algumas despesas”**, sem explicitar quais despesas seriam essas”*.

Igualmente deveria ter sido justificado o porquê da taxa cambial utilizada pelo recorrente não está correta, qual seria então a taxa adequada.

Aduz que segundo a Decisão ora recorrida, é conhecido o cerceamento de defesa inicial, o qual, entretanto teria sido sanado. In verbis: *“**Rejeito a preliminar de nulidade do procedimento, pois apesar do cerceamento da defesa inicial, por não ter explicitado no auto o real motivo da infração, este auto foi sanado”***.

Reconhece o recorrente, que apesar da Decisão da 2ª JJF ter trazido aos autos esclarecimentos sobre muitos aspectos, ainda permanecem sem deslinde os reais motivos da lavratura do Auto de Infração em comento.

Ao analisar o mérito, aduz o recorrente que a fiscalização entendeu como infringido o art. 58 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97 e, diz adiante que ao consultar o site da SEFAZ o referido dispositivo sofreu inúmeras modificações durante o período autuado, lhe permitindo observar que não houve qualquer infração ao art. 58 do RICMS, com a redação aprovada pelo Decreto nº 6.287/97, pois este já se encontrava alterada ao tempo da suposta infração, pelos Decretos nºs 6.421, 8.413/02 e 8.511/03. Tendo o conceito de despesas aduaneiras, variado no período considerado.

Cita o art. 97 do CTN para confirmar que somente lei pode estabelecer base de cálculo de imposto. Neste sentido, afirma que o Auto de Infração não mencionou o dispositivo da lei supostamente infringido, e atuar com base em decreto é desrespeitar o princípio constitucional da legalidade.

No que tange às supostas diferenças alegadas pelo fisco, referentes a erro na determinação da base de cálculo pela não inclusão do PIS e COFINS, o recorrente diz continuar sem entender, pois no débito remanescente encontram-se importações realizadas nos exercícios de 2003 e 2004, período este, que em quase sua totalidade, não vigorava a incidência do PIS e do COFINS na importação. O que deixa claro que estes valores não poderiam ter sido pagos, porque não existiam à época. Vale o registro, que a cobrança do PIS e da COFINS na importação somente ocorreu com a Emenda Constitucional 42 de 19 de dezembro de 2003, somente podendo ser exigida, de acordo com os princípios da anterioridade e da legalidade em junho de 2004, desse modo, até aquela data não há que se falar em “*falta de inclusão na base de cálculo do PIS e da COFINS*”.

Por fim, requer que seja declarada a Improcedência ou nulidade do Auto de Infração, e cancelamento da exigência fiscal e respectiva multa.

A representante da PGE/PROFIS manifesta-se inicialmente negando a nulidade suscitada, alegando que tendo o recorrente sido notificado da infração fiscal, a fim de que fossem clareadas suas dúvidas sobre a imputação da infração, esta silenciou.

Quanto ao mérito, cita a Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº 8.542 de dezembro de 2002, que estabelece a base de cálculo para o ICMS incidente nas importações, e afirma que descabe o argumento de falta de previsão legal para a composição da base de cálculo do ICMS nas importações.

No que tange às parcelas do PIS e da COFINS, observa a ilustre procuradora, que segundo relato do autuante, não contestado pelo autuado, tais parcelas eram calculadas pela empresa após a apuração do ICMS, e não antes, conforme a legislação vigente. Entretanto, prossegue a i. procuradora, assiste razão ao autuado, quando este afirma que as contribuições passaram a incidir sobre o imposto de importação, após a edição da Emenda Complementar nº 42 de 19/12/03.

Finaliza seu Parecer opinando pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário, para que sejam excluídas da base de cálculo do ICMS as contribuições PIS/COFINS, incidentes sobre as importações, até dezembro de 2003.

VOTO

A infração constante do Auto de Infração em comento, esta assim descrita: *recolheu a menor o ICMS devido pelas importações de mercadorias do exterior, em razão de erro na determinação da base de cálculo, quer pela falta de inclusão das despesas aduaneiras incorridas até o desembarço, quer pela utilização incorreta da taxa cambial*.

Está no Código Tributário do Estado da Bahia art. 123: “É assegurado ao sujeito passivo o direito de ampla defesa na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada de todas as provas que tiver desde que produzidas na forma e prazos legais”.

Tudo perfeito, desde que seja assegurada a ampla defesa, a partir da descrição precisa e objetiva do ilícito cometido ou presumidamente cometido, de modo a que se tenha ciência do dispositivo legal infringido. É curial que a infração deva ser enunciada com detalhes e clareza. O que não está presente no caso em debate, onde o recorrente foi autuado: “*quer pela falta de inclusão das despesas aduaneiras incorridas até o desembarço, quer pela utilização incorreta da taxa cambial*”.

Está mais do que claro, que a descrição do fato não se completa, quais as despesas que não foram incluídas na base de cálculo, qual o dispositivo legal que orienta a prática? Por que a taxa cambial está indevidamente usada, e qual a de uso correto?

Com relação à taxa cambial, nem a 2ª JJF, que trouxe aos autos esclarecimentos importantes, se absteve de comentar, se a taxa usada está correta ou em caso negativo, qual seria a recomendada e o dispositivo legal que a consagra.

De fato, a Decisão recorrida não traz explicações suficientes para sanar as enormes dúvidas criadas pelo fiscal autuante, como aponta a própria Decisão: “...tem razão o autuado. A descrição do Auto de Infração não quer dizer nada, pois não se sabe se o erro no cálculo do imposto foi decorrente da não inclusão das despesas aduaneiras ou de aplicação incorreta da taxa cambial”.

*“A situação agrava-se ao ler-se a informação fiscal, em que o auditor, ao dizer que a defesa deixou de abordar o objeto da autuação, revela a natureza das diferenças levantadas, dizendo que a empresa não incluiu **“algumas despesas”** e também não incluiu no total do débito, antes de aplicar a alíquota para cálculo do débito, a COFINS e o PIS. É injusto acusar a defesa de não ter abordado o objeto da autuação, já que foi o próprio fisco quem omitiu o real motivo da autuação. É inadmissível a alusão a **“algumas despesas”**, sem explicitar quais despesas seriam essas”.*

Embora a Decisão recorrida mencione que: “...a vagueza da descrição do fato foi sanada, dando-se ciência do teor da informação fiscal ao sujeito passivo. Não sendo o autuado, objetivo na descrição das razões pelas quais as despesas incorridas nas operações, não deveriam integrar a base de cálculo do imposto.”

Não explicita quais foram as despesas referidas, nem ao menos, o porquê de desconsiderar o autuado objetivo em suas respostas.

Diante de todas as incoerências anotadas, resta evidente que o Auto de Infração não pode se sustentar, e deve ser julgado NULO, e por consequência, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **NULO** o Auto de Infração nº 140785.0033/04-5, lavrado contra **BJ QUÍMICA DO BRASIL LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de setembro de 2005.

ANTONIO FERREIRA FREITAS – PRESIDENTE

EDUARDO NELSON DE ALMEIDA SANTOS – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS