

PROCESSO - A. I. Nº 278996.0035/06-8
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - KORDSA BRASIL S.A. (COBAFI – COMPANHIA BAHIANA DE FIBRAS)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JJF nº 0094-03/07
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 08/04/2008

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0080-11/08

EMENTA: ICMS. 1. IMPORTAÇÃO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. FALTA DE INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. É princípio basilar do ICMS que o montante do próprio imposto integra a sua base de cálculo, consoante art. 13, § 1º, I, da LC Nº 87/96. O decreto nº 8.088/01, que inseriu o parágrafo único do art. 52 do RICMS/BA (Alteração nº 30) tem caráter meramente explicitador, vindo a aperfeiçoar a redação, uma vez que “base de cálculo” é matéria de reserva de lei complementar, cuja previsão legal determina a integração do ICMS à base de cálculo. Exigência subsistente. Modificada a Decisão recorrida. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL PARA USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAL DE USO OU CONSUMO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Comprovado através de diligência fiscal que os produtos, sob análise, se tratam de materiais secundários que integram o processo produtivo e de materiais empregados no acondicionamento dos produtos finais. Infrações insubsistentes. Mantida a Decisão, quanto a estas infrações. Recurso PARCIALMENTE PROVADO. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso de Ofício, previsto no art. 169, I, “a”, item 1, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, impetrado pela 3ª JJF, através do Acórdão nº 0094-03/07, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe.

A acusação fiscal é de que o recorrido deixou de recolher o montante do ICMS de R\$ 70.895,33, relativo às seguintes infrações:

1. Recolhimento a menos do ICMS sobre importação, no valor de R\$65.425,13, decorrente de erro na determinação da base de cálculo, pela falta de inclusão do ICMS na base de cálculo, referente às importações realizadas no mês de janeiro de 2002, conforme Anexo A;
2. Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$477,79, devido nas saídas de sucatas para estabelecimentos localizados neste Estado, sem habilitação para operar no Regime de Diferimento e com inscrição estadual suspensa ou cancelada;
3. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$2.873,98, referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, relativas às aquisições de Intermec, Tela de polipropileno, Lona de polipropileno, Fio de Algodão, Monoetilenoglicol, Plástico aderente e Desmoldante sílico;

4. Falta de recolhimento da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, no valor de R\$2.118,43, relativo às aquisições interestaduais de mercadorias para uso e consumo do estabelecimento.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de R\$20.248,99, em decorrência de:

1. *“Quanto à infração 1, constato que em relação às Declarações de Importação de nºs 124760001, 1252681, 12523263 e 1252617-3, os documentos juntados com a defesa às fls. 113, 119, 132 e 138, comprovam que o desembarque aduaneiro da importação das mercadorias consignadas nas mencionadas DIS ocorreram nos dias 28 e 29/12/01, ao contrário das datas no exercício de 2002, que os autuantes indicaram no demonstrativo acostado à fl. 11. Logo, não cabe a exigência do imposto com base nas regras estabelecidas pelo Decreto nº 8.088 de 27/02/01, que inseriu o parágrafo único do art. 52 do RICMS/BA, aplicando a integração do imposto na sua própria base de cálculo das operações de importação, o que vigorou a partir de 01/01/02, fato reconhecido pelos autuantes na informação fiscal prestada (fls. 173 e 174).”*
2. *“Com relação às DIS de nºs 200216281, 200271800, 200220033, 12523450 e 200676401, relacionadas pelos autuantes no demonstrativo à fl. 11, o autuado não se manifestou e peticionou à SEFAZ a emissão de certificado de crédito para quitação dos valores exigidos relativos a estas importações. Portanto, não existindo qualquer controvérsia, acato o demonstrativo dos autuantes à fl. 173 e considero devido o valor de R\$ 19.771,20. Infração parcialmente subsistente.”*
3. Inerente à segunda infração, por ter sido reconhecida pelo contribuinte, foi julgada subsistente.
4. No tocante às infrações 3 e 4, relativas à utilização indevida de crédito e do ICMS da diferença de alíquota, foi ressaltado que diligência realizada pela ASTEC confirmou a utilização dos produtos: fios de algodão, monoetilenoglicol e desmoldante sílico como insumos que integram o processo produtivo, enquanto a fita intermec, tela de polipropileno e plástico aderente stretch são materiais de embalagem, sendo assegurado ao contribuinte o direito da utilização do crédito fiscal dos mencionados produtos. Assim, a JJF julgou insubsistentes as referidas infrações.

A 3^a JJF recorre de ofício para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, conforme previsto na legislação em vigor.

Por Decisão desta 1^a Câmara de Julgamento Fiscal o PAF foi convertido em diligência à PGE/PROFIS para que emitisse Parecer sobre a legalidade da exigência do ICMS nos moldes em que foi feita a infração 1.

Às fls. 218 a 221 dos autos, a PGE/PROFIS emite Parecer no qual aduz que a Constituição Federal, desde sua redação original, em seu art. 146, III, determinou ser matéria reservada à lei complementar a definição da base de cálculo dos impostos. Assim, a fim de dar cumprimento ao quanto determinado na Constituição Federal, foi editada a Lei Complementar nº 87/96, dispondo especificamente sobre o ICMS, sua base de cálculo e outros aspectos, que em seu art. 13, fixa a base de cálculo do ICMS em suas diversas modalidades, tendo em seu parágrafo único, inciso I, cuja redação mantém-se até o momento presente em sua forma original, disposto, sem excepcionar qualquer hipótese, que integra a base de cálculo do imposto o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle. Assim, sustenta a PGE/PROFIS que a previsão da inserção do próprio ICMS na sua base de cálculo é preceito previsto originalmente na referida Lei Complementar nº 87/96, e aplicável a todas as hipóteses de incidência do imposto, inclusive nas importações de bens, uma vez que a referida norma não previu qualquer exceção, cuja previsão foi seguida na Lei Estadual nº 7.014/96, em seu art. 17, § 1º, I, bem como no art. 52 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97.

Observa, ainda, que a Emenda Constitucional nº 31/2001, que inseriu a alínea “i” ao inciso XII do § 3º do art. 155 da Constituição Federal, prevendo, expressamente, a inserção do ICMS em sua própria base de cálculo, inclusive nas importações de bens, apenas veio a tornar expresso preceito já aplicável. Portanto, aduz a PGE/PROFIS, que a referida disposição normativa constitucional, e as suas consequências nas leis estaduais e federais, não passaram a vigorar a partir da sua edição, tendo o caráter meramente explicitador, já sendo aplicável há muito, desde o início da vigência da Constituição Federal, quando regulamentava a base de cálculo do ICMS o Decreto-Lei nº 406/68, que já previa, em seu art. 2º, § 7º, o valor do ICMS em seu cálculo, sem exceções.

Por fim, trazendo para o caso em exame, aduz o Parecer que não procede à alegação do contribuinte de que no cálculo do ICMS incidente sobre as importações por ele realizada em dezembro de 2001 não deveria ter sido inserido o valor do próprio imposto, sob a justificativa de que a regra que previa expressamente esta inclusão apenas foi inserida no RICMS em janeiro de 2002.

Do resultado da diligência foram cientificados o autuante e o autuado, os quais não se manifestaram.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício por ter a Decisão recorrida desonerado parcialmente o sujeito passivo do débito exigido na infração 01 e integralmente nas infrações 03 e 04, conforme previsto no art. 169, inciso I, “a”, item “1”, do RPAF.

Da análise das peças processuais verifico, quanto à primeira infração, que a Decisão recorrida desconsiderou a exigência do imposto relativo às Declarações de Importação de nºs. 124760001, 1252681, 12523263 e 1252617-3, por entender que os desembaraços aduaneiros das citadas importações ocorreram anteriormente ao Decreto nº 8.088, de 27/12/01, com vigência a partir de 01/01/02, que inseriu, através da Alteração nº 30, o parágrafo único do art. 52 do RICMS/BA, aplicando a integração do imposto na sua própria base de cálculo das operações de importação. Assim, concluiu a Decisão recorrida que não cabe a exigência do imposto com base nas regras estabelecidas pelo Decreto nº 8.088 para fatos pretéritos.

Discordo do entendimento do julgamento de primeira instância, visto que a integração do imposto à sua base de cálculo é um princípio basilar do ICMS, independente da operação, cuja previsão legal ocorre desde a vigência do “ICM”, conforme podemos constatar através do artigo. 24, inciso II, c/c § 4º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), o qual previa que: “O montante do ICM integra a base de cálculo a que se refere este artigo, constituindo o destaque do imposto mera indicação para fins de controle”.

Ademais, devo salientar que citada Alteração nº 30 (Decreto nº 8.088, de 27/12/01) é meramente explicativa, vindo só aperfeiçoar a redação, uma vez que “Decreto” não modifica nem cria tributos.

Devo salientar que, conforme previsto no art. 146, III, “a”, da Constituição Federal, a “base de cálculo” do imposto é matéria de reserva de lei complementar, cuja previsão legal insculpida no art. 13, § 1º, I, da Lei Complementar nº 87/96, é de que integra a base de cálculo do imposto o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle.

Portanto, claro e evidente que, independente da operação, o ICMS integra a base de cálculo. A redação atual do § 1º do art. 13 da LC nº 87/96, dada pela LC nº 114/02, a qual acrescentou “inclusive na hipótese do inciso V do *caput* deste artigo”, é meramente explicativa, vindo só aperfeiçoar a redação, visto que já havia previsão legal anterior para que “o montante do ICMS integre à sua base de cálculo”, sem exceção.

Assim, diante de tais considerações, é notória a pertinência da exigência fiscal, relativa às citadas Declarações de Importação, cabendo a exigência do imposto, do que concluo pelo restabelecimento do valor originalmente exigido de R\$ 65.425,13, relativo à primeira infração.

Quanto às infrações 03 e 04, está correta a Decisão recorrida, uma vez que através da diligência fiscal, realizada por preposto fiscal da ASTEC, se comprovou que os produtos: fios de algodão, desmoldante sílico e monoetilenoglicol são insumos que integram o processo produtivo, como também que a fita intermec, tela de polipropileno e plástico aderente stretch são materiais de embalagem, sendo, nessas circunstâncias, insubstinentes as exigências de utilização indevida de crédito fiscal e da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, constantes das referidas infrações.

Diante do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso de Ofício para modificar a Decisão recorrida e restabelecer o valor exigido de R\$ 65.425,13, relativo à primeira infração, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso de Ofício apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **278996.0035/06-8**, lavrado contra **KORDSA BRASIL S.A. (COBAFI – COMPANHIA BAHIANA DE FIBRAS)**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$65.902,92**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros (as): Fernando Antônio Brito de Araújo, Oswaldo Ignácio Amador, Sandra Urânia Silva Andrade e Denise Mara Andrade Barbosa.

VOTO VENCIDO – Conselheiros: Valnei Sousa Freire e Fábio de Andrade Moura.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de março de 2008.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

PAULA GONÇALVES MORRIS MATOS - REPR. DA PGE/PROFIS