

A. I. Nº - 277992.1103/11-5
AUTUADO - WEB NORDESTE LTDA. (FABRICAÇÃO DE EQUIPAMENTOS P/ PETRÓLEO E GÁS)
AUTUANTES - ADILENE VIEIRA TEIXEIRA AMARAL
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 01.04.2016

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0028-04/16

EMENTA: ICMS. 1. DESENVOLVE. ERRO NO CÁLCULO DA PARCELA SUJEITA A DILAÇÃO DE PRAZO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Infração comprovada. Exigência subsistente. 2. IMPORTAÇÃO. a) ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. a) RECOLHIMENTO A MENOS. O contribuinte cometeu equívoco quando da inserção do ICMS na base de cálculo ao incorporar o percentual de 8,8% e não de 17%, que é a alíquota interna. Infração subsistente. b) FALTA DE RECOLHIMENTO. Equívoco na apuração da infração promove a diminuição do valor exigido, pelo autuante. Infração procedente em parte. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. FALTA DE REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. Infração não impugnada. Reduzida de ofício a multa para 1%, em decorrência da aplicação retroativa do art. 42, inciso IX da Lei 7.014/96, autorizada pelo art. 106, inciso II, alínea “c” do CTN. Auto de Infração **PROCEDENTE. EM PARTE Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 22/12/2011, exige ICMS e multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$75.497,21, através das seguintes infrações:

1. Recolheu a menor o ICMS em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE. A empresa utilizou o benefício fiscal para venda de mercadoria adquiridas ou recebidas de terceiros (CFOP 5102 e 6102). Valor Histórico: R\$647,44 – Multa de 60%;
2. 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. Valor Histórico: R\$64.928,62 – Multa de 60%;
3. Deixou de recolher o ICMS devido pelas importações tributadas realizadas pelo estabelecimento. Valor Histórico: R\$9.567,08 – Multa de 60%;
4. Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s) sujeita(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. – Multa de 10% no valor de R\$354,07;

O autuado apresenta a peça defensiva de fls. 626/634, inicialmente, descreve as imputações.

Suscita preliminar de decadência do direito de a SEFAZ constituir o crédito tributário, pois o lançamento “ex-officio”, resulta de um procedimento administrativo que somente se conclui após a notificação do sujeito passivo responsável pelo suposto encargo tributário, sendo assim,

imprestável a viabilização da cobrança executiva, pois o CTN, explicitado pelo COTEB e RPAF, definem os requisitos de validade que devem conter o Auto de Infração expedido pelo Fisco.

Cita os arts. 129, §1º, VI da Lei nº 3.956/81 – COTEB, 39, X do RPAF e 145 do CTN, sendo o mesmo imperativo no sentido de estabelecer os procedimentos que deve conter a data que o sujeito passivo tomou ciência. Reproduz dizeres de Hugo de Brito Machado (Comentários ao CTN, Vol. III, Atlas, 2005, p. 116) sobre o assunto.

Acrescenta que segundo o art. 173, I, do CTN, o sujeito ativo dispõe de 05 (cinco) anos para constituir o seu crédito, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele que o lançamento poderia ter sido efetuado, ou seja, para os fatos ocorridos no exercício de 2006, o fisco baiano teria até 31/12/2011 para fazer o lançamento dos créditos que considera devido pelos contribuintes submetidos (2007, 2008, 2009, 2010 e 2011).

Destaca que tem que se considerar a data da lavratura indicado na autuação. Frisa que a Constituição garante pleno equilíbrio das relações de direito democrático, no qual repele qualquer norma inferior, todo mecanismo ou procedimento administrativo tendente a fragilizar as demais garantias contempladas na mesma Lei Maior. Transcreve jurisprudência do STJ (REsp 1109693/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, DJe de 02/02/2010, www.stj.jus.br).

Ademais, no caso vertente, afirma que o lançamento somente se consumou no dia 03/01/2012, data da notificação do autuado, e naquela data já havia decaído o direito de a Fazenda Pública Estadual reclamar qualquer crédito tributário referente ao exercício de 2006, configurando-se assim a improcedência integral da autuação. Requer que seja acolhida a preliminar de decadência e que seja julgado improcedente a autuação.

No mérito, impugna as infrações 2 e 3 ao tempo em que reconhece as demais.

No tocante a infração 2, em que o autuado teria deixado de pagar diferenças mensais do imposto devido pela importação de peças e componentes, a serem utilizados no seu processo industrial, apontando-se que teria calculado incorretamente o ICMS devido nestas operações, presume-se que a diferença em questão foi apurada conforme o Tabela 3 que acompanha o Auto de Infração ora impugnado, apresentada sob o título de “Auditoria Fiscal de Importação — PPT 220-03”.

Afirma que o levantamento fiscal é absolutamente equivocado, pois, conforme explicitado através do demonstrativo que segue anexo, os valores referentes ao ICMS pago em razão das mesmas importações são superiores àqueles efetivamente devidos por esta empresa. Com efeito, verifica-se que os cálculos iniciais elaborados pelo autuante estão corretos, ou seja, não há equívocos na somatória do valor da nota fiscal com os impostos federais e taxas aduaneiras cobradas na operação, exceto nos casos em que a taxa de capatazia, já envolvido no valor CIF da operação, foi adicionado novamente pelo autuante na base inicial do cálculo do imposto. Entretanto, o seu grande equívoco está na incorporação do ICMS para definir a base final utilizada no cálculo do ICMS importação, onde foram adicionados valores superiores ao montante do imposto incidente na operação.

Pontua que conforme a regra do artigo 58 do RICMS/BA, nas operações de importação o ICMS deve incorporar a sua base de cálculo (o que já muito questionável), naturalmente esta incorporação deve corresponder somente ao montante decorrente da alíquota efetivamente incidente na operação.

Assim, diz que o autuante cobrou indevidamente o montante lançado como infração 2 porque, no cálculo do imposto devido, nos casos beneficiados com a redução de base de cálculo, prevista no Convenio ICMS 52/91, incorporou o valor correspondente a 17% (dezessete por cento) da base reduzida, quando, considerando-se o sentido da norma em questão, o correto seria adicionar somente o valor correspondente a 8,8% (alíquota efetiva do imposto), da base de cálculo inicial encontrada pelo autuante (valor da nota fiscal + despesas aduaneiras e impostos federais - redução para fins de cálculo do ICMS). Deste modo, afirma que o procedimento desenvolvido pela fiscalização estadual extrapola os limites da ficção contida no Regulamento do ICMS/BA,

resultando em uma base de cálculo (nos casos beneficiados com redução), bem superior àquela prevista para o cálculo do ICMS importação.

Explica a formula utilizada pela fiscalização, a qual afirma ser incorreta, nos casos beneficiados com redução da base de cálculo do ICMS a recolher:

“BC/0,83 x 0,5176 x 0,17, onde:

BC = Base de cálculo formada pelo valor CIF mais IPI, 11, PIS, COFINS, Armazenagem, Taxa Siscomex e Capatazia.

0,83 1- alíquota plena de ICMS (17%)— incorporação do imposto

0,5176= Fator de redução da base de cálculo = 8,8 / 17.

0,17 = alíquota para o cálculo do ICMS a recolher.”

Sendo que, nas mesmas situações, conforme a previsão legal, a fórmula correta deve ser a seguinte:

“BC/0,912 x 0,5176 x 0,17, onde:

BC = Base de cálculo formada pelo valor CIF mais IPI, 11, PIS, COFINS, Armazenagem, Taxa Siscomex.

0,912 1- alíquota reduzida do ICA15' (8,8%) — incorporação do imposto.

0,5176= Fator de redução da base de cálculo = 8,8/17.

0,17 = alíquota para cálculo do ICMS a recolher.”

Assim, para comprovar o alegado, refez os cálculos elaborados pela autuante, apresentados conforme a planilha de cálculo do ICMS DEVIDO NAS OPERAÇÕES DE IMPORTAÇÃO (anexa), partindo da base de cálculo resultante da somatória do valor de cada nota fiscal, adicionadas dos impostos federais incidentes e encargos aduaneiros (conforme levantada pela autuante), aplicando a formula $BC/0,912 \times 0,5176 \times 0,17$, para os casos beneficiados com a redução da base de cálculo do imposto, onde fica demonstrado, indubitavelmente, que esta empresa não possui qualquer débito do ICMS referente às suas importações de mercadorias. Ao contrário, compensando-se eventuais pequenas diferenças a menos, esta pagou R\$14.637,98 a mais do ICMS no mesmo período.

No caso da infração 3, aduz que o fisco se equivoca pois o imposto devido foi pago em nome da empresa MILLENIUM INORGANIC CHEMICALS DO BRASIL S/A. inscrição estadual nº 00.000.992, através dos DAE's que seguem anexos, nos valores de R\$8.831,60 e R\$101,66, os quais referem-se, exatamente, a Declaração de Importação nº 601033170. O autuado comunicou o ocorrido à autoridade fazendária através do Processo nº 18747/2006-1, acreditando que tal providência tivesse sido suficiente para corrigir o equívoco em questão e extinguir este encargo fiscal.

De qualquer modo, em virtude do mencionado pagamento, é certo que o Estado já não dispõe de qualquer crédito tributário decorrente da importação registrada através da Nota Fiscal nº 323, amparada na DI nº 601033170, daí porque não procede a cobrança lançada como infração 3.

Requer que seja acolhida a preliminar de decadência ou Improcedente as infrações 2 e 3.

O autuante presta a informação fiscal, fls. 665/669, de início, informa que com relação à argumentação da prescrição e decadência, a Fazenda Pública possui prazo de cinco anos para constituir o débito e cobrá-lo, ou seja, para os fatos ocorridos no exercício de 2006, o Fisco Baiano teria até 31/12/2011, para fazer o lançamento dos créditos que considera devido pelos contribuintes submetidos à sua jurisdição.

Ademais, o autuado tinha conhecimento de que estava sendo fiscalizado, conforme intimação anexa, fls. 07 e 08 do presente PAF, e que apesar de intimado (e-mail às fls 621 do presente) não compareceu para assinar o referido auto em 2011.

No mérito, com relação à infração 2 informa o seguinte: a cláusula primeira do Convênio ICMS 52/91 estabelece a **redução da base de cálculo do ICMS** nas operações com máquinas, aparelhos e equipamentos industriais, de forma que a carga tributária seja equivalente nas operações internas a 8,80% (oito inteiros e oitenta centésimos por cento).

Considerando o disposto no artigo 52 do RICMS/BA que diz: o montante do ICMS integra a sua própria base de cálculo, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle, inclusive na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço, pode-se deduzir que a redução deverá ser feita após a formação do preço do produto, incluindo-se a alíquota interna que é de 17%, sendo depois reduzida a base para cálculo do imposto de forma que a carga tributária corresponda a 8,8%.

Salienta que não existe alíquota de 8,8% no RICMS/BA, bem como não ter o benefício concedido uma redução da alíquota e sim da base de cálculo.

Quanto ao Processo nº 018747/2006-1, informado pelo autuado, com o objetivo de sanar a irregularidade apontada na infração 3, ressalta que o processo foi indeferido tendo em vista a falta de apresentação de documentos exigidos no PRI. Para dedução do valor lançado nesta infração acata apenas o valor de R\$101,66 que consta na relação de DAE's da SEFAZ/BA.

Diante do exposto, mantém a presente autuação acatando apenas o valor de R\$101,66 referente à infração 3, ao tempo em que anexa cópia do Parecer final do Processo nº 018747/2006-1.

Em nova manifestação o contribuinte, fls. 673/678, com relação à decadência repisa os mesmos argumentos.

Na infração 2, quanto à diferença reclamada em virtude de suposto erro na base de cálculo do imposto, reafirma que o autuante se equivocou no seu cálculo, haja vista que seguiu o Parecer DITRI nº 01587/2012. Assim, o fiscal insiste que a empresa autuada deve pagar certas diferenças mensais do ICMS, supostamente devidas em virtude de erro na determinação da base de cálculo do imposto devido pela importação de peças e componentes, a serem utilizados no seu processo industrial, no que não concorda.

Reitera que o cerne da discussão é quanto ao critério que deve ser adotado para se definir a base de cálculo do ICMS importação, nas situações contempladas com redução da base de cálculo, de forma que o imposto final corresponda ao percentual de 8,8%. Na equivocada visão da autuante, o valor total das operações (valor CIF), deve ser acrescido de um valor hipotético, correspondente à alíquota interna do imposto (17%), para se calcular em seguida a redução da base de cálculo e respectivo montante do imposto a recolher ($\text{valor total} \times 0,83 \times 0,5176 \times 0,17$). Mas, desse modo, incorpora-se à base de cálculo do ICMS importação um valor que não possui relação com as operações beneficiadas com redução do imposto, o que contraria a orientação contida no artigo 58 do RICMS/BA então vigente (Decreto nº 6.284/97).

Ademais, a base de cálculo do imposto deve ser acrescida dos impostos incidentes na operação, e neste caso, não há que se falar em qualquer critério de cálculo que não resulte na correta aplicação da orientação legal em referência. Ou seja, nas operações beneficiadas com redução do tributo, sua base final há de ser definida levando-se em conta a alíquota efetivamente incidente na operação (8,8%).

Portanto, ilustre colegiado, conforme demonstrado através da planilha de revisão dos cálculos elaborados pelo autuado, integrante da defesa inicial, é certo que o autuante cobrou indevidamente o montante lançado como Infração 2, porque no cálculo do imposto devido, nos casos beneficiados com a redução de base de cálculo, prevista no Convenio ICMS 52/91, incorporou o valor correspondente a 17% (dezessete por cento) sobre o valor CIF para definir a base do ICMS importação, quando, considerando-se o sentido da legislação, o correto seria adicionar somente 8,8% (alíquota efetiva do imposto) ao valor CIF (valor da nota fiscal + despesas aduaneiras e impostos federais), para então se definir a base de cálculo do ICMS a recolher.

Cita e transcreve a orientação passada pela digna DITRI - Diretoria de Tributação da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, explicitada através do Parecer nº 01587/2012 (cópia anexa, fl. 680), editado, exclusivamente, para tratar deste tema e finaliza confirmando que o procedimento adotado pelo autuado está totalmente correto:

“O posicionamento da Administração Tributária para calcular o valor do imposto, na hipótese, é o que se segue: Nos termos do art. 58, encontra-se o valor da base de cálculo não incluído o ICMS. A base de cálculo com o ICMS por dentro (base de cálculo cheia) é encontrada através do divisor 0,912. Sobre o valor acrescentado da base de cálculo (com o ICMS por dentro) aplica-se a redução de 48,24% (BC/0,5176 - acrescentamos), valor sobre o qual será aplicada a alíquota de 17%. É o parecer.”

Assevera ainda que o procedimento desenvolvido pelo autuante extrapola os limites da ficção, contida no Regulamento do ICMS/BA, resultando em uma base de cálculo (nos casos beneficiados com redução) bem superior àquela prevista para o cálculo do ICMS importação, impondo-se seja reconhecido que o lançamento apresentado como Infração 2, também deve ser julgado totalmente improcedente.

Quanto à importação registrada pela Nota Fiscal nº 323, junta aos autos o comprovante de pagamento, de que o ICMS devido na operação foi pago através de um DAE, expedido em nome da Millenium Inorganic Chemicals do Brasil, onde se identifica, inclusive, o número da Declaração de Importação que ensejou a cobrança lançada pela autuante. Portanto, segundo o princípio jurídico que veda o enriquecimento sem causa, acolhido pelo ordenamento brasileiro desde a Constituição Federal, não é lícito o Estado querer receber tributo já quitado, daí porque esta parte da autuação também é totalmente improcedente.

Na manifestação do autuante, fls. 684, este diz que o entendimento continua o mesmo, conforme a informação já prestada anteriormente, e que não tem mais nada a acrescentar.

O sujeito passivo requer a juntada do arquivo magnético (CD), referente à sua defesa inicial, fl. 691/692 do PAF.

A 4ª JJF, na sessão de julgamento deliberou que o presente PAF retornasse ao autuante para que esse verificasse se o contribuinte aplicou a fórmula de acordo com a interpretação da DITRI, e se há imposto a ser exigido na infração 02.

Em atendimento ao solicitado, o autuante tece alguns comentários e esclarece que (fls. 699 a 701):

1) é preciso identificar a base de cálculo original para depois aplicar-se o redutor. Deve ser calculada como nos demais casos, agregando-se ao valor total o valor da importação e demais despesas previstas no RICMS, o valor do próprio imposto, com base na alíquota interna. Como a alíquota interna é de 17%, a base será calculada pela divisão do valor total por 0,83.

2) a carga tributária não é necessariamente, a mesma coisa que alíquota. Consequentemente, reduzir a base de cálculo, alterando a carga tributária não é o mesmo que reduzir a alíquota.

Reitera que não existe redução de alíquota na legislação baiana, e a alíquota de 8,8% não se encontra entre as alíquotas previstas.

3) Haveria desvantagem para o contribuinte baiano que comprasse o mesmo equipamento de uma empresa no Estado, pois teria apenas uma redução enquanto que, no caso do autuado, este teria duas reduções.

4) Afirma que o Parecer DITRI é equivocado, e apresenta em anexo dois Pareceres de órgãos equivalentes, de outros Estados, sendo que um deles é parecer normativo, de caráter geral e não de uma consulta específica.

5) O autuado não é o consulente no Parecer que fora anteriormente anexado, e não há vinculação com o caso concreto.

A sociedade empresária vem se manifestar, fls. 715 a 717, reitera todos os argumentos esposados na defesa inicial. Entende que não houve qualquer empenho da autuante no sentido de atender a solicitação formulada pela ilustre Relatora, conforme a diligência de fl. 695. Entende que a demanda da julgadora foi para que se identificasse se a autuada teria recolhido o ICMS devido pelas suas importações, observando a orientação passada pela DITRI (Parecer nº 1587/2012), entretanto, adotando uma postura absolutamente incompatível com o disciplinamento legal da

sua atividade funcional, o autuante limitou-se, injustificadamente, a questionar a validade do referido ato normativo.

O autuante vale-se de atos interpretativos da mesma natureza, emanados de órgãos internos da SEFAZ de Santa Catarina e do Espírito Santos em detrimento dos pareceres da DITRI- Ba. (fls. 702/710). Afirma que o Parecer DITRI é vinculante. Assim sendo, reafirma que é certo que esta empresa não é devedora de qualquer parcela do ICMS incidente sobre as importações de peças e componentes utilizadas no seu processo industrial. Requer que os débitos lançados como infrações 02 e 03 sejam cancelados.

Novamente o autuante informa que o contribuinte foi intimado a comparecer na inspetoria para assinar o AI, no dia 22/12/2011, por e-mail, e informou em 27/12/2011, que “o representante legal não poderia comparecer na data solicitada, em 27/12/2011, porque os mesmos não se encontravam na WEB Nordeste”. Assim, o não comparecimento foi uma estratégia utilizada pelo contribuinte. Anexa novamente o e-mail, anteriormente anexado na fl. 621.

Aponta o Acórdão JJF nº 0169-04/13, favorável ao autuante, no qual está manifesto o entendimento de que “o erro da sociedade empresária ocorreu ao incorporar o percentual de 8,8%, na própria base de cálculo do ICMS e não o percentual de 17%, que é a alíquota interna e do seu errôneo procedimento resultou a dupla redução de base de cálculo”. Quanto aos Pareceres anexados de outras Fazendas Estaduais, fls. 702 a 711, foi com o propósito de demonstrar que consultas podem ter entendimentos divergentes e não são vinculantes. Mantém integralmente a autuação questionada. (fls. 721)

O presente PAF foi diligenciado à ASTEC posto que diante da controvérsia estabelecida, quanto ao cálculo do imposto incidente nas importações, foi solicitado que auditor fiscal estranho ao feito esclarecesse de que forma o cálculo do imposto foi realizado, pelo autuante e pelo autuado, e se estão em conformidade com o Parecer da DITRI, adrede mencionado. Caso haja mudança no critério adotado pelo autuante, pede-se a elaboração de novos demonstrativos, inclusive o de débito.

O diligente elaborou o Parecer nº 074/15, em conformidade com o Parecer DITRI, de fl. 680, e novos demonstrativos analíticos, relacionando, individualmente, cada uma das notas fiscais, objeto do presente lançamento, sempre tomando por base o Parecer DITRI nº 01587/2012, de 20/01/2012 (cópia à fl. 680).

Assim recalculou o ICMS devido, em cada uma das operações de importação, conforme demonstrativo de débito fls. 732 a 739, referente à infração 02 e de fls. 740, concernente à infração 03. Ressalta que após apurar o ICMS devido, deduziu o valor pago pela empresa, de acordo com os documentos de arrecadação estadual (DAEs – ano 2006), às fls. 741 a 743. Como pode ser observado, o valor da infração 02 experimentou uma redução de R\$64.928,62 para R\$1.981,52. Já o valor da infração 03, caiu de R\$9.567,08 para R\$8.706,88. Também elaborou dois demonstrativos sintéticos, fls. 744/745.

O autuado manifesta-se sobre o resultado da diligência, fls. 752/753, e concorda com o seu resultado. Entretanto, com relação à infração 03, insiste que tal valor foi objeto de pagamento pela Millenium Inorganic C. do Brasil S/A, conforme os comprovantes apresentados com a defesa inicial. Em verdade, diz que houve um equívoco da despachante aduaneiro que emitiu o referido DAE, em nome da citada empresa, mas é fácil ver que a operação de importação a que ele se reporta, corresponde, exatamente à DI 601033170, invocada pela autuante para lançar TAC cobrança. Assim, tal lançamento deve ser cancelado, até que para que se evite a apropriação indevida pelo Estado do patrimônio particular.

O autuante ao tomar conhecimento da diligência discorda do seu resultado, tendo em vista que existem julgamentos da 4ª Junta e da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, que estão em desacordo com o parecer exarado. Acórdãos JJF nº 0169-04/13 e CJF nº 0412-11;14, cópias anexadas ao PAF.

VOTO

Quanto à preliminar de decadência do direito de a SEFAZ constituir o crédito tributário, pois o lançamento “ex-officio”, resulta de um procedimento administrativo que somente se conclui após a notificação do sujeito passivo responsável pelo suposto encargo tributário, como alega o defendente, ressalto que o posicionamento adotado por este CONSEF é no sentido de que, a data da lavratura do Auto de Infração constitui o marco para o instituto da decadência, vez que o órgão governamental não pode ficar à mercê da concordância do sujeito passivo, em apor sua assinatura de recebimento no AI, para que seja exercido o seu direito à constituição do crédito tributário. No caso, consoante o documento de fl. 621, de 22/12/2011, o contribuinte foi cientificado por e-mail, para tomar ciência do resultado da fiscalização e comparecer na inspetoria fiscal, mas a autuante obteve como resposta em 27/12/2011, que “infelizmente o representante legal não poderá comparece (sic) na data solicitada pois os mesmos (sic) não se encontra na WEB Nordeste”.

Outrossim, segundo o art. 173, I, do CTN, o sujeito ativo dispõe de 05 (cinco) anos para constituir o seu crédito, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele que o lançamento poderia ter sido efetuado, ou seja, para os fatos ocorridos no exercício de 2006, o fisco baiano teria até 31/12/2011 para fazer o lançamento dos créditos que considera devido pelos contribuintes ou seja, os anos de 2007, 2008, 2009, 2010 e 2011.

Portanto, como o Auto de Infração foi lavrado em 22/12/2011, os lançamentos relativos ao exercício de 2006 não estavam alcançados pela decadência.

Ultrapassada a preliminar de mérito de decadência, aprecio as infrações como segue.

A infração 01 e a infração 04 foram reconhecidas pela sociedade empresária, assim, não havendo controvérsias quanto aos seus cometimentos ficam mantidas.

Com relação à infração 02, em que está sendo exigido ICMS decorrente de recolhimento a menor por erro na apuração dos valores do imposto, foi detectado que na base de cálculo do ICMS nas importações de mercadorias contempladas com o benefício da redução de base de cálculo, de forma que a carga tributária seja equivalente a 8,8%, o contribuinte cometeu o equívoco quando da inserção do ICMS na sua própria base de cálculo, ao incorporar o percentual de 8,8%, e não de 17%, que é a alíquota interna.

Nas planilhas de fls. 11 a 24, estão demonstrados os cálculos efetuados pelo auditor fiscal, nos quais após a soma dos impostos, contribuições e taxas aduaneiras, o total encontrado é dividido por 0,83 (ICMS por dentro), e após encontrar a base de cálculo com o ICMS embutido é aplicada a redução da base de cálculo, no percentual de 51,76%, e aplicada a alíquota de 17%. Finalmente com o ICMS compatível com as importações realizadas, foi feita a comparação entre o valor devido e o valor recolhido, e exigido o valor desta diferença.

Ressalto que a questão trazida à lide se restringe à forma de cálculo do ICMS importação, e que os valores lançados, nas planilhas adrede mencionadas, não foram contestados pelo contribuinte, sendo que os mesmos estão embasados nos documentos de importação, juntados ao PAF, fls. 90 a 621.

Na última sessão de julgamento, restou deliberado que o PAF deveria ser remetido à fiscal estranho ao feito, para que fosse verificado se o autuante procedeu de acordo com o Parecer DITRI nº 01587/2012, insistentemente invocado pelo defendente para justificar o modo em que encontrou a base de cálculo do ICMS importação, com a redução da carga tributária a que faria jus, consoante o Convênio ICMS 52/91.

Deste modo, o diligente da ASTEC, não se pronunciou sobre o mérito da questão, mas apenas restringiu-se a aplicar sobre cada Nota Fiscal, objeto da autuação, o que determina o aludido Parecer da DITRI – Diretoria de Tributação desta SEFAZ, e elaborou novos demonstrativos analíticos, relacionando individualmente cada uma das notas fiscais, objeto do presente

lançamento, sempre tomando por base o Parecer DITRI nº 01587/2012, de 20/01/2012 (cópia à fl. 680).

Assim, o diligente da ASTEC recalculou o ICMS devido em cada uma das operações de importação, conforme demonstrativo de débito fls. 732 a 739, referente à infração 02 e de fls. 740, referente à infração 03. Ressalta que após apurar o ICMS devido, deduziu o valor pago pela empresa, de acordo com os documentos de arrecadação estadual (DAEs – ano 2006), às fls. 741 a 743. Como pode ser observado, o valor da infração 02 experimentou uma redução de R\$64.928,62 para R\$1.981,52. Já o valor da infração 03, caiu de R\$9.567,08 para R\$8.706,88. Também elaborou dois demonstrativos sintéticos, fls. 744/745.

Logicamente, como foi beneficiada com a aplicação do Parecer da DITRI, a sociedade empresária concordou com os novos resultados.

Porém, na qualidade de Relatora deste processo administrativo fiscal, peço vênia para divergir do entendimento manifestado pela Diretoria de Tributação, o qual foi seguido, como afirmou em toda a peça de defesa, pelo autuado, posto que este Parecer, embora emanado por órgão competente da Secretaria da Fazenda, não possui efeito vinculante, a não ser para o consulente, que nem mesmo foi o contribuinte autuado. Consoante o meu posicionamento, o Parecer em questão possui equívocos, como será explanado a seguir, pelo que faço também, neste momento, menção ao Acórdão JJF nº 0169-04/13, confirmado por meio da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, Acórdão CJF nº 0412-11/14, cujos votos reproduzo parcialmente, no que tem pertinência com o mérito desta infração:

a) Acórdão JJF 0169-04/13:

“Com relação à infração 5, em que está sendo exigido ICMS decorrente de recolhimento a menor por erro na apuração dos valores do imposto, foi detectado que na base de cálculo do ICMS nas importações de mercadorias contempladas com o benefício da redução de base de cálculo, de forma que a carga tributária seja equivalente a 8,8%, o contribuinte cometeu o equívoco quando da inserção do ICMS na sua própria base de cálculo, ao incorporar o percentual de 8,8%, e não de 17%, que é a alíquota interna.

Nas planilhas de fls. 106 a 113, estão demonstrados os cálculos efetuados pelo auditor fiscal, nos quais após a soma dos impostos, contribuições e taxas aduaneiras, o total encontrado é dividido por 0,83 (ICMS por dentro), e após encontrar a base de cálculo com o ICMS embutido é aplicada a redução da base de cálculo, no percentual de 51,76%, e aplicada a alíquota de 17%. Finalmente com o ICMS compatível com as importações realizadas, foi feita a comparação entre o valor devido e o valor recolhido, e exigido o valor desta diferença.

Ressalto que a questão trazida à lide se restringe à forma de cálculo do ICMS importação, e os valores lançados nas planilhas adrede mencionados não foram contestados pelo contribuinte, que estão embasados nos documentos de importação, juntados ao PAF, fls. 114 a 390.

Portanto, se a redução da base de cálculo do ICMS perfaz o percentual de 48,24%, sobre o percentual de 51,76% do valor da base de cálculo cheia deverá ser aplicada a alíquota de 17%.

No Parecer emanado da Secretaria de Fazenda de Santa Catarina, trazido aos autos pelo autuante ao elaborar a diligência de fls. 511 a 514, encontra-se a explicação de como encontrar o ICMS incidente na importação de mercadorias, no caso em que haja o benefício da redução de base de cálculo. (fls. 518 a 523)

O esclarecimento trazido naquele documento se coaduna com a forma como o auditor fiscal de nosso Estado procedeu para exigir as diferenças de ICMS apontadas neste Auto de Infração, como segue (fls. 521/522).

No que diz respeito à forma de cálculo do ICMS, esta é obtida aplicando-se a alíquota sobre a respectiva base de cálculo. Diz o art. 13, inciso V da Lei Complementar 87/96, que a base de cálculo do imposto devido nas operações de importação é constituída das seguintes parcelas:

- a) O valor da mercadoria ou bem constante dos documentos de importação, observado o disposto no art. 14;*
- b) Imposto de importação;*
- c) Imposto sobre produtos industrializados;*
- d) Imposto sobre operações de câmbio;*
- e) Quaisquer outros impostos, taxas, contribuições e despesas aduaneiras.*

A partir da Emenda Constitucional nº 33, de 2001, o ICMS integra a sua própria base de cálculo, mesmo no caso de importação (LC 87/96, art. 13, § 1º, I). Como a base de cálculo descrita no art. 13, V, acima não contempla o ICMS, este deve ser adicionado à base de cálculo para aplicação da alíquota.

Em se tratando de importação de produtos para os quais haja redução de base de cálculo, a inclusão nesta no montante do próprio imposto opera-se pela alíquota prevista para a mercadoria em questão, e precede a aplicação da referida redução.

[...], devem ser observados os seguintes procedimentos, (como exemplifica):

Base de cálculo, conforme determina o Art. 13, V da LC 87/96 , no valor de R\$126,57[...]Alíquota ICMS = 17%

Logo, incluindo-se o ICMS na base de cálculo: $R\$126,57/(1-0,17)= 126,57/0,83 = 152,49$;Aplicando-se a redução da base de cálculo = $(R\$152,49 \times 48,23\%) = R\$73,54$;Base de cálculo reduzida – R\$78,94 ($R\$ 152,49 - R\$73,54$)ICMS devido = $78,94 \times 17\% = 13,42$.

Portanto, a formula explicativa acima está em consonância com a fórmula aplicada pelo autuante. Quanto ao Parecer DITRI desta Secretaria de Fazenda do Estado da Bahia, fls.498, trazido pelo contribuinte, em resposta à Consulta para empresa diversa, este possui equívocos mas também não vincula diversos contribuintes, que não o próprio consulente.

Concluo portanto que o erro da sociedade empresária ocorreu ao incorporar o percentual de 8,8% na própria base de cálculo do ICMS e não o percentual de 17% que é a alíquota interna e do seu errôneo procedimento resultou a dupla redução de base de cálculo.

Logo, os cálculos efetuados na ação fiscal, consoante planilha de fls. 106 a 113 estão corretos.

Infração procedente.”

- b) Acórdão CJF nº 0412-11/14

“Preambularmente observo que o Auto de Infração alvo da lide foi lavrado em 30/03/2012, a Infração 05 refere-se a fatos geradores ocorridos no período de janeiro/2007 a dezembro/2009, portanto quando do cometimento da irregularidade o contribuinte não se pautara no teor do parecer DITRI/SEFAZ nº 01587/2012, à fl. 498, que só veio a ser prolatado em 20/01/2012, data em muito posterior aos fatos alvo da exação. Tal Parecer da DITRI/SEFAZ, contudo, apesar do alto nível de competência e de conhecimento da legislação tributária que caracteriza aquele Setor desta SEFAZ, afigura-se-me equivocado no que tange à interpretação dada ao artigo 77, I, c/c artigo 88, ambos do RICMS/BA/97. Ademais, este parecer DITRI/SEFAZ foi prolatado em resposta a consulta realizada por outro contribuinte, não pelo ora autuado, pelo que não se materializaria como uma orientação desta SEFAZ para o ora Recorrente, mais

ainda entre 2007 e 2009 por então inexistente o Parecer, inclusive.

Corroboro o posicionamento adotado no Parecer PGE/PROFIS de fls. 575 a 578 dos autos deste processo, no sentido de não merecerem guarida as alegações recursais.

Sem desnecessária repetição do quanto já dito no citado pronunciamento PGE/PROFIS de fls. 575 a 578, observo que a redução de base de cálculo objeto da contenda refere-se a base de cálculo de ICMS devido em operação de importação, e na operação de importação o ICMS compõe a base de cálculo para efeito de apuração deste imposto. Portanto, primeiro encontra-se a base de cálculo sobre a qual se fundará a apuração do imposto, nos termos do artigo 58 do artigo RICMS/BA/97, então vigente, e encontrada esta base de cálculo que seria aplicável às operações sem redução da carga tributária resultante, é que, em razão do benefício fiscal a que faz jus o contribuinte na operação praticada com as mercadorias objeto da imputação 05, far-se-á o cálculo do quanto a recolher de ICMS, que deverá ser equivalente à carga tributária de 8,80%.

Assim, a base de cálculo do ICMS nas operações objeto da imputação 5 é aquela que resulta da inclusão do ICMS referente à operação interna, ou seja, inclusão do ICMS à alíquota interna de 17%, tal como explicado pormenorizadamente no didático voto que norteia a decisão a quo. Ou seja, quando da redução da base de cálculo, esta redução incide sobre a base de cálculo “cheia”, não incide sobre uma base de cálculo já “reduzida”. Entender de outra forma seria conceder ao contribuinte, em razão da operação, não prevista dupla redução de carga tributária.

[...]

Por tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.”

É que temos que distinguir alíquota de carga tributária. Desse modo, se a redução da base de cálculo do ICMS perfaz o percentual de 48,24%, sobre o percentual de 51,76% do valor da base de cálculo cheia deverá ser aplicada a alíquota de 17%, conforme o correto entendimento do autuante.

Compilando os autos constato que no Parecer emanado da Secretaria de Fazenda de Santa Catarina, trazido aos autos pelo autuante ao elaborar a diligência de fls. 699 a 701, encontra-se a explicação de como encontrar o ICMS incidente na importação de mercadorias, no caso em que haja o benefício da redução de base de cálculo. (fls. 705 a 710)

O esclarecimento trazido naquele documento se coaduna com a forma como o auditor fiscal de nosso Estado procedeu para exigir as diferenças de ICMS apontadas neste AI, como demonstrado nas fls.. 11 a 24.

Portanto, o autuante agiu de modo correto ao apurar o ICMS devido pelas importações de mercadorias do exterior, em razão de erro na determinação da base de cálculo.

Quanto ao Parecer DITRI desta Secretaria de Fazenda do Estado da Bahia, de nº 01587/2012, fls.680, trazido pelo contribuinte, em resposta à Consulta para empresa diversa, este possui equívocos mas também não vincula diversos contribuintes, que não o próprio consulente, que no caso não foi a sociedade empresária autuada.

Concluo portanto que o erro da sociedade empresária ocorreu ao incorporar o percentual de 8,8% na própria base de cálculo do ICMS e não o percentual de 17% que é a alíquota interna e do seu errôneo procedimento resultou a dupla redução de base de cálculo.

Nesse sentido o autuante ao efetuar a diligência manteve o seu posicionamento inicial e não trouxe modificações no lançamento, realçando que o Parecer da DITRI estava equivocado, ocasião em que apresentou os pareceres dos Estados de Santa Catarina e do Espírito Santo, onde

estão demonstradas as formas de cálculo do ICMS importação, quando as mercadorias/produtos possuem redução de base de cálculo.

Por conseguinte, concluo os cálculos efetuados na ação fiscal, consoante planilha de fls. 11 a 24 estão corretos. Infração procedente.

No que concerne à infração 03, a mesma sistemática de cálculo foi adotada pelo autuante, para encontrar a base de cálculo do imposto importação. Pelas razões acima explanadas com relação à infração 02, fica também mantida a infração 03 que exige o ICMS que não foi recolhido, devido pelas importações tributadas realizadas pelo estabelecimento, no mês de fevereiro de 2006. Contudo, deve ser abatido o valor de R\$101,66, como concordou o autuante, haja vista que embora o defendente tenha argumentado que teria efetivado o pagamento erroneamente, em nome da Millenium Inorganic Chemicals do Brasil, constato que o pedido de retificação junto à SEFAZ, foi indeferido, consoante Processo nº 018747, tendo em vista a falta de apresentação de documentos exigidos para a necessária comprovação do pedido. Deste modo coaduno com o autuante, pelas razões expostas na informação fiscal, e pelo fato que a sociedade empresária não mais contestou as razões colocadas pelo autuante, com relação ao indeferimento do pedido de retificação proposto junto à SEFAZ/Ba.

Aplico o art. 143 do RPAF/99: “A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.”

Infração procedente em parte, com a exclusão do valor de R\$101,66.

Quanto à infração 04, embora não tenha sido contestada, por dever de ofício, revejo a multa aplicada, vez que o Auto de Infração encontra-se pendente de julgamento. É que a Lei 7.014/96 foi alterada pela Lei 13.461/15, a qual deu nova redação ao inciso IX do seu artigo 42, reduzindo a penalidade prevista abstratamente, na lei para este tipo de conduta, conforme abaixo.

“Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

...

IX - 01% (um por cento) do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço sujeitos a tributação que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal (A redação atual do inciso IX do caput do art. 42 foi dada pela Lei nº 13.461, de 10/12/15, DOE de 11/12/15, efeitos a partir de 11/12/15);

...”

Assim, a conduta de falta de registro dos documentos na escrita fiscal do contribuinte passou a ser apenada com multa de 1%, montante este reduzido em relação à multa anteriormente prevista de 10%.

Sendo assim, aplico retroativamente o novo dispositivo legal aos casos não definitivamente julgados, nos termos do art. 106, inciso II, alínea “c” do CTN, conforme texto abaixo.

“Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

...

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

...

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.”

Com base no exposto, reduzo de ofício a penalidade imposta, para o montante de R\$35,40, correspondente ao percentual de 1% (um por cento) do valor comercial da mercadoria.

Voto pela PROCEDENCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 277992.1103/11-5, lavrado contra **WEB NORDESTE LTDA. (FABRICAÇÃO DE EQUIPAMENTOS P/ PETRÓLEO E GÁS)**,

devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no de **R\$11.335,84**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “a” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$35,40**, previstas no inciso IX, do mesmo diploma legal, com alteração promovida pela Lei nº 13.461/15, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de março de 2016

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA - JULGADOR