

PROCESSO - A. I. Nº 281076.0034/15-9
RECORRENTE - BRASKEM S.A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0109-05/16
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 23/02/2017

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0024-11/17

EMENTA: ICMS. 1. IMPORTAÇÃO. RECOLHIMENTO DE ICMS EFETUADO A MENOS. FALTA DE INCLUSÃO DE DESPESAS ADUANEIRAS NA BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO EM RELAÇÃO AOS SERVIÇOS DE ARMAZENAGEM E CAPATAZIA, OCORRIDOS ANTES DO DESEMBARAÇO DAS MERCADORIAS. O sujeito passivo argumenta através de demonstrativo feito pela fiscalização, constam valores computados em duplicidade, no qual comprova que os valores relativos à armazenagem, capatazia, AFRMM e outros indicando as diferenças por nota fiscal que constaram nos demonstrativos feitos pela fiscalização, o que faz acompanhar-se de documentos probatórios. Refez os cálculos reduzindo o débito original e contemplando os valores computados em duplicidade. Item parcialmente subsistente. Modificada a Decisão recorrida. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS ELETRÔNICAS (NF-E). CANCELAMENTO IRREGULAR. O contribuinte não procedeu ao regular e necessário cancelamento das NF-e no Portal Público destinado a esse fim. Não demonstrado por outros meios de prova a inocorrência dos fatos geradores em relação as mercadorias acobertadas pelos documentos validados. Infração não elidida. Mantida a Decisão deste item. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra Decisão da 5ª JJF que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado em 30/06/15, para exigir ICMS no valor principal de R\$232.132,23, acrescido de multa, em relação às seguintes infrações:

***Infração 01** – Recolheu a menor o ICMS devido nas importações, 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. Conforme demonstrativos em anexo (Anexos A-1 e A-2). Valor exigido: R\$ 30.195,54, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra "a", da Lei nº 7.014/96.*

***Infração 04** – Omitiu saídas de mercadorias tributáveis em decorrência do cancelamento irregular de Notas Fiscais, deixando de recolher o ICMS correspondente. Conforme demonstrativo em anexo do programa SIAF (Anexo D). Valor exigido: R\$ 96.796,77, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, inc. III, da Lei nº 7.014/96.*

A 5ª Junta de Julgamento Fiscal entendeu pela Improcedência da infração 2, bem como foram reconhecidas e pagas pela empresa autuada as infrações 3 e 5. Deste modo, são objeto do Recurso Voluntário as infrações 1 e 4.

A referida Junta entendeu pela Procedência em Parte nos seguintes termos abaixo colacionados, em sua integralidade. Vejamos:

VOTO

O Auto de Infração em lide é composto de 5 (cinco) imputações conforme foi detalhadamente exposto no relatório.

O contribuinte, em relação às infrações 3 e 5 requereu a emissão de certificado de crédito para pagamento dos respectivos débitos, no valor principal de R\$ 85.686,78, conforme atesta a petição juntada às fls. 171/172 dos autos.

Assim, em relação aos itens do lançamento expressamente acatados pelo sujeito passivo esta Junta de Julgamento declara a procedência das exigências fiscais, devendo os valores recolhidos, via certificado de crédito de ICMS, serem homologados pela autoridade fazendária visando a extinção do crédito tributário em razão do pagamento, conforme prescreve o art. 156, inc. I, do CTN (Código Tributário Nacional).

Resta, portanto, em aberto para decisão nessa instância administrativa o exame das exigências fiscais estampadas nos itens 1, 2 e 4 do Auto de Infração.

No que se refere a infração 1, atinente à cobrança de ICMS pela falta de inclusão na base de cálculo do tributo, devido na importação, das despesas relativas à armazenagem e capatazia, incorridas antes do desembaraço das mercadorias, a defesa sustentou a nulidade dessa imputação ao argumento de que os demonstrativos que serviram de base para a apuração do imposto (Anexos A-1 e A-2 – fls. 09/10 do PAF) não apontavam a origem dos valores relacionados aos custos de armazenagem e capatazia, furtando à autuada a identificação exata dos supostos erros cometidos. Foi apontada também a existência de valores apurados em duplicidade.

No mérito a impugnante sustentou, em síntese, ser indevida a cobrança do ICMS sobre as despesas de armazenagem e capatazia, por não se tratarem de típicos encargos aduaneiros, de natureza compulsória, a exemplo dos tributos exigidos pela União antes do desembaraço das mercadorias importadas. Argumentou que essas parcelas constituem despesas portuárias, contratadas junto a agentes privados. Entende a defesa que somente os encargos de natureza tributária e compulsórios, a exemplo, de impostos, taxas e contribuições, integram o rol das denominadas “despesas aduaneiras”.

No que tange ao vício apontado na peça defensiva da falta de indicação da origem dos valores relativos à armazenagem e capatazia, transpostos para os Demonstrativos de Apuração da Base de Cálculo do ICMS - importação (docs. de fls. 09/10 – Anexos A-1 e A-2), verifico que as parcelas objeto da exigência fiscal foram extraídas das notas fiscais emitidas pelo contribuinte e juntadas ao PAF pelo autuante, às fls. 50 a 110.

A título de exemplo, cito a Nota Fiscal Eletrônica de Entrada (DANFE), nº 000.922, vinculada à Declaração de Importação (DI) nº 11/0547862-0, com data de registro em 25/03/2011, que acobertou a importação de 697.357.000 kgs. do produto Monômero Acetato de Vinila Q-02, emitida em 13/04/2011. Esse documento fiscal abarca os seguintes itens colhidos pelo autuante no Anexo A-1, no item despesas com armazenagem e capatazia: AFRMM (adicional ao frete para renovação da marinha mercante): R\$ 15.935,07; Infraestrutura Marítima: R\$ 1.934,71; Infraestrutura Terrestre: R\$ 2.461,67; Total: R\$ 20.321,45, valor que foi reproduzido na coluna 9 (armaz/capat) do Demonstrativo correspondente ao Anexo A-1.

No que se refere às duplicidades apontadas na peça defensiva, o autuante, na fase de informação fiscal, deduziu os valores de R\$ 9.392,00, do Anexo A-1 e R\$ 524,56, do Anexo A-2, visto que a Receita Federal já havia incluído no valor tributário (preço CIF) de algumas importações as despesas referentes às infraestruturas terrestre e marítima, cobradas pelos armazéns alfandegados afastando a duplicidade alegada pela defesa, de forma que a infração 01 foi reduzida, em seu valor histórico, para a cifra de R\$ 20.278,98, sendo juntado ao PAF novo Demonstrativo dessa ocorrência fiscal (doc. fls. 283/284).

Dessa forma, as nulidades apontadas pela impugnante não merecem ser acolhidas visto que a fonte de onde foram extraídas as informações para a elaboração dos demonstrativos de débito da infração 1 têm origem nas notas fiscais emitidas pelo próprio contribuinte, relativas às rubricas “Infraestrutura Marítima” e “Infraestrutura Terrestre”. Já as duplicidades de cobrança de ICMS sobre essas parcelas foram excluídas pelo autuante na fase de informação fiscal, com ciência ao contribuinte em 26/11/15, via correios, conforme termo de intimação juntado às fls. 292/293 do PAF.

No mérito, observo em concordância com o autuante, que as despesas relacionadas à infraestrutura terrestre e marítima compõem as despesas de armazenagem e capatazia que são cobradas pelos armazéns alfandegados Tequimar; VOPAK Brasil e CODEBA, conforme notas fiscais juntadas aos processos de importação (fls. 50 a 110, do PAF).

A armazenagem envolve a estocagem de mercadorias e equipamentos, tanto importados como destinados a exportação, até o desembaraço aduaneiro, sendo de total responsabilidade do armazém a observância das leis e normas fiscais vigentes na região. Para tanto se faz necessária autorização governamental para seu funcionamento.

Já o serviço de capatazia consiste na atividade, regulada pela Lei dos Portos (Lei Federal nº 12.815/13), prestada por trabalhadores portuários com vínculo empregatício por prazo indeterminado e por trabalhadores portuários avulsos, de recebimento, conferência, transporte interno, manipulação, arrumação e entrega, bem como o carregamento e descarga de embarcações.

O argumento defensivo de que os serviços de armazenagem e capatazia não podem compor a base de cálculo do ICMS – importação por ofensa ao princípio da reserva legal esbarra em disposição expressa da legislação tributária vigente, positivada no art. 17, inc. VI, da Lei nº 7.014/96, com a seguinte redação:

Art. 17. A base de cálculo do imposto é:

(...)

*VI - na hipótese do inciso IX do art. 4º [desembaraço aduaneiro de mercadoria ou bem importados do exterior], a soma das seguintes parcelas: a) o valor da mercadoria ou bem constante nos documentos de importação, observado o disposto no art. 18; b) o imposto sobre a importação; c) o imposto sobre produtos industrializados; d) o imposto sobre operações de câmbio; e) quaisquer outros impostos, taxas, contribuições e despesas aduaneiras cobradas ou debitadas ao adquirente, relativas ao adicional ao frete para renovação da marinha mercante, **armazenagem, capatazia**, estiva, arqueação e multas por infração.*

A mesma regra foi reproduzida no RICMS, aprovado pelo Dec. nº 6.284/97, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, no art. 58, inc. I, letra “e”, “in verbis”:

Art. 58. Observado o disposto no art. 52, a base de cálculo do ICMS nas entradas ou aquisições de mercadorias ou bens procedentes do exterior é:

I - no desembaraço aduaneiro de mercadoria ou bem importados do exterior, a soma das seguintes parcelas:

(...)

*e) quaisquer outros impostos, taxas e contribuições, além de despesas aduaneiras cobradas ou debitadas ao adquirente, relativas ao adicional ao frete para renovação da marinha mercante, **armazenagem, capatazia**, estiva, arqueação e multas por infração;*

Conforme pode ser constatado a partir da leitura da legislação vigente no Estado da Bahia, acima reproduzida, as despesas com armazenagem e capatazia devem integrar a composição da base de cálculo do ICMS incidente nas operações de importação de mercadorias e bens do exterior.

Ademais, o órgão administrativo de julgamento não pode negar vigência e eficácia às normas integrantes do ordenamento jurídico estadual, por expressa disposição do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF – aprovado pelo Dec. nº 7.629/99), no art. 167, inc. III, com o seguinte comando:

Art. 167 – Não se incluem na competência do órgão julgadores:

(...)

III – a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Pelas razões acima expostas os valores lançados na infração 1 devem ser mantidos em parte, com os ajustes efetuados pelo autuante na fase de informação fiscal. O Demonstrativo de Débito desse item do lançamento passa a ter a seguinte configuração:

NOVO DEMONSTRATIVO DO AUTO DE INFRAÇÃO - INFRAÇÃO 01				
OCORRÊNCIA	VENCIMENTO	VALOR ICMS DO PAF	VL. ICMS APÓS EXCLUSÕES	% DA MULTA
14/02/2011	14/02/2011	311,23	311,23	60%
01/04/2011	01/04/2011	662,95	-	60%
18/05/2011	18/05/2011	800,06	43,16	60%
08/06/2011	08/06/2011	364,38	-	60%
25/07/2011	25/07/2011	56,62	56,62	60%
26/08/2011	26/08/2011	3.055,62	83,19	60%
15/09/2011	15/09/2011	809,89	-	60%
24/10/2011	24/10/2011	1.161,25		60%
25/11/2011	25/11/2011	831,20	-	60%
29/11/2011	29/11/2011	1.225,46	52,41	60%
19/12/2011	19/12/2011	412,45	-	60%
22/12/2011	22/12/2011	2.184,76	2.184,76	60%
23/12/2011	23/12/2011	247,50	-	60%
11/01/2012	11/01/2012	625,89	625,89	60%
24/02/2012	24/02/2012	28,55	28,55	60%
07/03/2012	07/03/2012	778,66	778,66	60%
13/03/2012	13/03/2012	865,40	340,84	60%
28/03/2012	28/03/2012	628,70	628,70	60%
27/04/2012	27/04/2012	826,53	826,53	60%
03/05/2012	03/05/2012	585,25	585,25	60%
08/05/2012	08/05/2012	1.764,09	1.764,09	60%
06/06/2012	06/06/2012	277,60	277,60	60%

22/06/2012	22/06/2012	670,59	670,59	60%
10/07/2012	10/07/2012	1.229,24	1.229,24	60%
17/07/2012	17/07/2012	1.089,95	1.089,95	60%
24/07/2012	24/07/2012	333,56	333,56	60%
02/09/2012	02/09/2012	901,81	901,81	60%
17/09/2012	17/09/2012	898,79	898,79	60%
10/10/2012	10/10/2012	3.751,44	3.751,44	60%
24/10/2012	24/10/2012	673,08	673,08	60%
31/10/2012	31/10/2012	1.113,00	1.113,00	60%
08/11/2012	08/11/2012	1.030,04	1.030,04	60%
TOTAL		30.195,54	20.278,98	

Na infração 2, a exigência fiscal recaiu sobre a glosa de créditos fiscais referente a serviços de transporte interestaduais tomados ou contratados pela autuada (cláusula CIF), iniciados ou prestados em outras unidades da Federação.

Trata-se de serviço de transporte de mercadorias cujas saídas foram iniciadas em Camaçari-Bahia e concluídas nos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro e Pernambuco. A partir do que foi exposto nos autos verifica-se que parte do roteiro ou trajeto do serviço de transporte de cargas foi realizada por empresa transportadora contratada pela autuada, com início no território baiano. A parte restante do trajeto da prestação foi realizada e iniciada em outros Estados, também por empresas transportadoras contratadas pela autuada, configurando a modalidade de serviço intermodal com a participação de mais de um prestador. Houve em todas as situações descritas a emissão dos correspondentes Conhecimentos de Transporte de Cargas (CTRC), sendo que os créditos foram glosados somente em relação às prestações listadas no Demonstrativo B-1 (doc. fl. 11), vinculadas às prestações que tiveram início e conclusão em outra unidade da Federação. A cobrança totalizou a cifra de R\$ 19.453,14.

Rege o direito ao crédito nas prestações de serviço CIF a norma estampada no art. 95 do RICMS/97, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, com a seguinte redação abaixo reproduzida:

Art. 95. Nas operações efetuadas a preço CIF (art. 646), a utilização do crédito fiscal pelo estabelecimento comercial ou industrial, relativamente ao imposto cobrado sobre o serviço de transporte, será feita com observância das seguintes regras:

I - tratando-se de operação tributada, sendo o transporte efetuado:

- a) pelo próprio remetente, o crédito fiscal a ser utilizado pelo destinatário será o valor destacado na respectiva Nota Fiscal;*
- b) por transportador autônomo, o imposto retido em virtude de substituição tributária constitui crédito fiscal para o estabelecimento remetente, a ser escriturado no Registro de Apuração do ICMS como "Outros créditos", fazendo-se referência, no campo "Observações", à Nota Fiscal que o originou;*
- c) por empresa transportadora, o ICMS destacado no Conhecimento de Transporte constitui crédito fiscal do estabelecimento vendedor ou remetente, se for contribuinte do imposto, vedada a sua utilização, como crédito fiscal, por parte do destinatário;*

Observe que na norma regulamentadora do crédito fiscal não há qualquer menção de que o serviço de transporte tomado ou contratado pela empresa comercial ou industrial tenha que ser obrigatoriamente e sempre iniciado no território baiano, com o decorrente recolhimento do imposto em favor do erário local. O pressuposto legal para o aproveitamento do crédito é que os valores ou custos relativos ao serviço de transporte estejam incluídos também no preço da mercadoria, ensejando assim a duplicidade de recolhimentos: na operação, acobertada pela nota fiscal, e também na prestação, que teve lastro documental o conhecimento de transporte de cargas.

Frente a essas premissas entendo que a exigência fiscal em lide deve ser afastada. Nesse sentido valho-me da fundamentação contida na recente decisão proferida pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, deste CONSEF, no Acórdão nº 0196-11/15, citado pelo contribuinte na peça defensiva. Transcrevo, abaixo, parte do voto vencedor, aderindo integralmente aos fundamentos ali expostos:

“O cerne da questão reside no creditamento do ICMS incidente sobre os valores pagos a título de frete e venda realizadas com cláusulas CIF, onde o vendedor arca com o custo do transporte (...) como o preço da venda incluía o custo do transporte (preço CIF), o Recorrente sustenta que tem direito ao crédito do ICMS incidente sobre o valor integral pago pelo frete das mercadorias, em todos os trechos, desde a saída do seu estabelecimento até o destino final (estabelecimento destinatário da mercadoria).

Note-se que o direito ao crédito do ICMS nesses casos se encontra previsto expressamente no art. 95, I, “c”, do RICMS/97, vigente à época, segundo o qual, nas vendas a preço CIF, o ICMS incidente sobre o serviço de transporte constitui crédito do estabelecimento vendedor (...)

Ressalte-se que o referido dispositivo não traz qualquer ressalva quanto a qual Estado foi recolhido o ICMS incidente sobre o serviço de transporte, pois a interpretação é feita a partir de quem paga o imposto, e não a partir de quem o recebe, em consonância com o quanto prescrito nos arts. 155, II, § 2º, da CF e art 114 do RICMS, os quais tratam da não cumulatividade do ICMS e determinam que deverá ser compensado o imposto devido com aquele cobrado nas etapas anteriores, pelo mesmo ou outro Estado da Federação (...).

Diante do disposto no RICMS, conclui-se que o contribuinte de ICMS que vende mercadorias a preço CIF, ou seja, que embute no preço o custo com o serviço de transporte da mercadoria até o seu destinatário final, tem direito ao crédito do ICMS incidente sobre os serviços de transporte desta mercadoria do seu estabelecimento até o estabelecimento do adquirente da mercadoria.

A lógica de tal sistemática é a de que o contribuinte já recolheu o ICMS sobre o serviço de transporte, pois este valor fez parte do preço da mercadoria (preço CIF), tendo, portanto o direito de abater o imposto recolhido pelas transportadoras. Sendo assim, não importa se o ICMS incidente sobre o serviço de transporte foi recolhido ao Estado de São Paulo e não ao Estado da Bahia; o que importa é que o contribuinte remetente já recolheu o ICMS sobre tais serviços quando incluiu o frete no preço da mercadoria vendida.

Negar-se o direito ao creditamento sob o argumento de que o ICMS incidente sobre o serviço de transporte foi recolhido a outro Estado e não ao Estado da Bahia, significa tributar tal serviço de forma cumulativa.

É fato que o ICMS incidente sobre o serviço de transporte iniciado em outro Estado da Federação não pertence ao Estado da Bahia, devendo ser recolhido ao Estado onde se iniciou a prestação do serviço. Contudo, isso não implica dizer que o contribuinte que pagou, ao Estado da Bahia, o ICMS sobre venda a preço CIF, não pode se creditar do imposto incidente sobre todo o frete da mercadoria até o seu destino final porque parte dele se iniciou em outro Estado, sob pena de se estar conferindo a tal contribuinte cobrança cumulativa do ICMS sobre um serviço que sequer foi prestado no território baiano.

Assim, o fato de parte dos serviços de transporte terem se iniciado em outro Estado jamais poderia ser argumento para impedir que o Recorrente se credite do ICMS correspondente, pois, isso implicaria na exigência do imposto de forma cumulativa, pois o Recorrente pagou ao Estado da Bahia o imposto quando embutiu o custo do frete no preço da mercadoria (preço CIF), e a transportadora também recolheu ao Estado de São Paulo o imposto quando emitiu o respectivo Conhecimento de Transporte.

Portanto, com fundamento no quanto prescrito no RICMS e em consonância com os dispositivos constitucionais, há de ser reconhecido ao Recorrente, nas vendas à cláusula CIF, o direito ao crédito do ICMS recolhido pelas transportadoras, independentemente de para qual Estado tenha sido recolhido o ICMS – Transporte.

Com os fundamentos acima expostos nosso voto é pela exclusão integral da infração 2 da peça de lançamento.

Na infração 4, a cobrança contida no Auto de Infração envolve a incidência de ICMS sobre operações de saídas de mercadorias em decorrência de cancelamento irregular de notas fiscais eletrônicas (NF-e).

Segundo o autuante, não houve por parte da empresa autuada, o cancelamento das notas fiscais no Portal da NF-e, de forma que os documentos emitidos pelo contribuinte e autorizados pelo fisco apresentavam-se como válidos para todos os efeitos fiscais. Pontuou ainda o autuante que o simples “cancelamento” nos sistemas internos da empresa, conforme documentos juntados às fls. 266 a 273 do PAF, não elide a infração em exame, visto que as notas fiscais objeto da exigência fiscal permaneceram válidas no sistema público de emissão de NF-e.

Verifico que as notas fiscais que compõem essa infração, listadas no Demonstrativo acostado à fl. 19 dos autos, foram emitidas nos meses de janeiro de 2011 e fevereiro e agosto de 2012, e a ação fiscal que resultou na cobrança do imposto sobre os documentos emitidos se encerrou em 30/06/15, após o transcurso de aproximadamente 4 (quatro) anos.

Em Consulta ao Portal da Nota Fiscal Eletrônica, disponível em www.nfe.fazenda.gov.br/portal, há a informação, firmada com base nas normas de regência, estabelecidas pelos fiscos da União e dos Estados, de que somente poderá ser cancelada uma NF-e cujo uso tenha sido previamente autorizado pelo Fisco (protocolo "Autorização de Uso") e desde que não tenha ainda ocorrido o fato gerador, ou seja, ainda não tenha ocorrido a saída da mercadoria do estabelecimento.

Já o prazo máximo para cancelamento de uma NF-e é de 168 horas (7 dias), contado a partir da autorização de uso. Conforme ATO COTEPE 35/10, este prazo foi reduzido para 24 horas a partir de 1º/01/2012. Já o pedido de Cancelamento de NF-e deverá ser assinado pelo emitente com assinatura digital certificada por entidade credenciada pela Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, contendo o nº do CNPJ de qualquer dos estabelecimentos do contribuinte, a fim de garantir a autoria do documento digital.

A transmissão poderá ser realizada por meio de software desenvolvido ou adquirido pelo contribuinte ou disponibilizado pela administração tributária. Da mesma forma que a emissão de uma NF-e de circulação de mercadorias, o pedido de cancelamento também deverá ser autorizado pela Sefaz. O leiaute do arquivo de

solicitação de cancelamento poderá ser consultado no Manual de Integração do Contribuinte. O “status” de uma NF-e (autorizada, cancelada, etc.) sempre poderá ser consultado no site da Sefaz autorizadora (Sefaz da unidade federada do emitente ou Sefaz - Virtual) ou no Portal Nacional da NF-e (www.nfe.fazenda.gov.br).

Outra obrigação acessória importante, prevista nas normas de regência, é que as NF-e canceladas, denegadas e os números inutilizados devem ser escriturados, sem valores monetários, de acordo com a legislação tributária vigente.

No caso concreto, o contribuinte autuado apresenta em sua defesa a escrituração por ele efetuada das notas fiscais objeto da exigência fiscal, sem o lançamento a débito do ICMS, visando atestar que os documentos emitidos foram efetivamente cancelados. Trata-se de um mero aspecto formal, que não afasta a infração, visto não houve o necessário e efetivo cancelamento das notas fiscais, seguindo a orientação contida no Portal da NF-e. Na medida em que esse cancelamento não seguiu as orientações contidas nas normas de regência que tratam da emissão e cancelamento da NF-e, o ônus de provar a inocorrência do fato gerador é do contribuinte. No caso em análise, o sujeito passivo não trouxe aos autos prova idônea e inequívoca capaz de afastar a imputação de lhe foi cometida.

Por essas razões mantenho a exigência fiscal que integra a infração 04.

Considerando o acima exposto, nosso voto é pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, que passa a ter a seguinte configuração:

INF.	RESULTADO	VL. HISTÓRICO R\$	VL. JULGADO-JJF R\$	MULTA
1	PROC. EM PARTE (CONF. REVISÃO DO AUTUANTE)	30.195,54	20.278,98	60%
2	IMPROCEDENTE	19.453,14	0,00	60%
3	RECONHECIDA C/ PAGTº	85.255,90	85.255,90	60%
4	PROCEDENTE	96.796,77	96.796,77	100%
5	RECONHECIDA C/ PAGTº	430,88	430,88	60%
TOTAL		232.132,23	202.762,53	

Inconformada com a Decisão proferida, a recorrente interpôs Recurso Voluntário, com base no art. 169, I, “b” do RPAF/99, insurgindo-se tão somente contra o entendimento adotado em relação às infrações 1 e 4.

Em relação à infração 1, inicialmente, alega a nulidade do lançamento em face da precariedade/escassez de informações dos demonstrativos fiscais.

Entende que a autuada não identificou, em nenhum caso, a origem do valor informado pela fiscalização a título de armazenagem/capatazia, já que, além de não especificar os gastos, demonstrou que os fiscais autuantes se limitaram a indicar, na coluna T dos anexos A-1 e A-2, informações, no mínimo, vagas, como “Dif. Infra.Estr Terr. Marit. + Arqueação”, “Dif. Infraero” e “Dif. Multa + Armaz.”, havendo sonegação da identificação exata das supostas pechas por esta cometida e que dão azo à combatida autuação fiscal.

Atesta, ainda, ter havido insubsistências na autuação, a exemplo de valores computados em duplicidade na base de cálculo do ICMS devido, desaguando, conseqüentemente, na diferença de recolhimento do imposto apontada pelo Sr. Fiscal autuante.

Critica a manutenção parcial da infração pela decisão de piso, que entendeu que *as parcelas objeto da exigência fiscal foram extraídas das notas fiscais emitidas pelo contribuinte e juntadas ao PAF pelo autuante.*

Assim, explica que o exemplo utilizado pelo órgão julgador inicial, o qual apurou a Nota Fiscal Eletrônica de Entrada (DANFE) nº 922, vinculada à Declaração de Importação nº 11/0547862-0, apenas corrobora o quanto defendido pela autuada, na medida em que, seguindo-se a mesma premissa adotada pelo órgão julgador de piso, afigura-se impossível localizar a origem dos valores / divergências que lastreiam a combatida autuação, fato que só confirma a precariedade da acusação neste particular.

Questiona os demonstrativos elaborados pela fiscalização nos seguintes termos: quais foram efetivamente os valores apurados no cômputo das despesas com armazenagem e capatazia? Entende que tal questionamento afigura-se impossível de ser respondido, visto que os “Anexo A-1” e “Anexo A-2”, tais como elaborados pelo Sr. Fiscal autuante, não discriminam a origem dos valores que integram os custos com armazenagem e capatazia objetos da autuação.

Assim, para corroborar o quanto alegado, explica, a título exemplificativo, a operação referente a Nota Fiscal nº 863, vinculada à Declaração de Importação – D.I. nº 1102765297, adotando a mesma linha da apuração realizada pela 5ª JJF. Vejamos:

- *Adicional ao Frete para Renovação da Marinha Mercante - AFRMM, no valor de R\$ 1.806,52;*
- *Armazenagem, correspondente a R\$ 890,32; e*
- *Capatazia, no montante de R\$ 498,00*

Aduz que o valor que deveria ser lançado a título de gastos com armazenagem / capatazia corresponderia à soma das parcelas alhures, destacadas no documento fiscal objeto da autuação, totalizando R\$3.194,84. Entretanto, da análise do demonstrativo que lastreia a infração em voga, observa-se que o preposto fiscal autuante lançou, como supostas despesas com armazenagem / capatazia (coluna 9 do demonstrativo), para a mesma nota fiscal *sub judice*, o montante de R\$4.216,39, correspondente ao somatório dos valores R\$2.409,87 e R\$1.806,52.

Enquanto é possível afirmar que o montante de R\$1.806,52 corresponde à quantia paga a título de Adicional ao Frete para Renovação da Marinha Mercante - AFRMM, o mesmo não se pode dizer em relação à parcela de R\$2.409,87, a qual não pode de nenhuma maneira, ser extraída da Nota Fiscal nº 863, tampouco da D.I. nº 1102765297.

Mesmo que se considerasse o somatório das parcelas descritas totalizando R\$3.194,84 em gastos com armazenagem e capatazia, ainda restariam R\$1.021,55 sem nenhuma comprovação quanto às respectivas origens, mesmo analisando a aludida Nota Fiscal nº 863 e a D.I. 1102765297.

Rememora que o Autuante, por meio da informação fiscal prestada, afirmou que, em relação à Nota Fiscal nº 863, o valor de R\$4.216,39 é composto por R\$1.806,52 de AFRMM (conforme pode ser visto na própria Nota Fiscal nº 863) e de R\$2.409,87 de Armazenagem, cujo valor na nota fiscal está a menor.

Assim, critica a atuação do preposto fiscal, entendendo que este limitou-se a informar o valor constante da nota fiscal, relativo a armazenagem - R\$890,32 - tendo sido lançado a menor, sem informar, contudo, em visível desacerto, a origem do valor reputado por correto.

Colaciona na peça recursal tabela apontando os valores alçados pela fiscalização, em oposição àqueles extraídos das notas fiscais objeto da autuação e respectivas DIs, em conformidade com o procedimento adotado pela 5ª JJF.

Nesta senda, informa que o valor do ICMS supostamente devido seria infinitamente inferior àquele lançado pela fiscalização.

Assevera que o débito remanescente constante no demonstrativo ajustado, tem-se que 84% deste refere às diferenças de recolhimento do imposto por meio das Notas Fiscais nºs 1235, 1728 e 1729, cujos valores lançados a título de “MULTA” (coluna 12) também não podem ser identificados a partir da análise dos documentos fiscais em voga.

Reitera, a título de exemplo, que em relação à Nota Fiscal nº 1235, a Fiscalização imputou o valor de R\$3.653,92 a título de multa, quando, a bem da verdade, não há valor registrado sob tal rubrica no aludido documento fiscal, tornando impossível a aferição da sua origem e exatidão, mesmo que considerando o procedimento realizado pela JJF.

Questiona a análise feita pela JJF quanto à Nota Fiscal nº 922, informando imprecisão dos custos referentes à armazenagem/capatazia, afirmando que o preposto fiscal computou em duplicidade os gastos relativos à Infraestrutura Marítima e Infraestrutura Terrestre (R\$1.934,71 + R\$2.461,67 = R\$ 4.386,38), conforme explana a seguir:

- | | |
|-----------------------------|----------------|
| • AFRMM: | R\$ 15.935,07; |
| • Infraestrutura Marítima: | R\$ 1.934,71; |
| • Infraestrutura Terrestre: | R\$ 2.461,67; |
| • TOTAL: | R\$ 20.321,41 |

“Os valores relativos a Infraestrutura Marítima e Terrestre compõe o “TOTAL” apurado pela fiscalização a título de armazenagem e capatazia, cujo montante foi lançado em coluna específica no demonstrativo fiscal.

Ocorre que, analisando-se detidamente a Nota Fiscal nº. 922, relativa à Declaração de Importação – D.I. nº. 11/0547862-0, observa-se que o Valor Tributável (Valor Aduaneiro) declarado na D.I. de R\$1.182.750,18 já contempla o custo de armazenagem/capatazia - identificado na D.I. como “Acréscimos” – no importe de R\$ 4.386,38.”

Colaciona D.I no bojo da peça recursal e informa que preposto fazendário acresceu novamente o mesmo montante de R\$4.386,38, à título de armazenagem/capatazia, na base de cálculo do ICMS, acarretando em errônea diferença de tributo a recolher, conforme demonstrativo apresentado.

Aponta que a Nota Fiscal nº 922 foi excluída do demonstrativo da infração, pelo próprio Sr. Fiscal Autuante por meio da informação fiscal apresentada, ajuste este que sequer foi notado pela d. 5ª JF, de maneira que o aludido documento fiscal foi, por absurdo, utilizada como paradigma.

Assim, entende que, diante da dificuldade de avaliação da correteza dos levantamentos realizados pelo Fiscal e consubstanciados no Anexo A-1 e no Anexo A-2 do presente Auto de Infração, a ora Recorrente fica impossibilitada de analisar se há elementos suficientes aptos a determinar, com segurança, a infração descrita.

Cita o art. 142 do CTN, bem como o art. 18 do RPAF/99, defendendo a nulidade do lançamento por desrespeito aos precitados dispositivos legais, na medida em que, da análise do Anexo 01 do Auto de Infração não há a descrição detalhada das operações consideradas, não sendo possível se definir com segurança se a Recorrente realizou a infração apontada ou se está adequado o procedimento adotado, restando assim vilipendiados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Alega, também, em relação à infração 1, a impossibilidade de inclusão das despesas com armazenagem e capatazia na base de cálculo do ICMS importação, visto que nos termos da Lei Complementar 87/96, a qual determina que a base de cálculo do ICMS na importação de mercadorias deve ser composta, dentre outras parcelas, pelas despesas aduaneiras (art. 13, V), não define o conceito dessa expressão, tendo silenciado sobre o seu alcance.

Transcreve definição de Plácido e Silva sobre o termo “aduaneira”, entendendo ser a expressão “despesas aduaneiras” o montante das despesas pagas à própria aduana, na importação de mercadorias.

Diz que os serviços de armazenagem de que trata a infração em voga foram contratados de empresas privadas, que administram os chamados armazéns alfandegados, o que deixa evidenciado o seu caráter não tributário. Sendo assim, forçosa é a conclusão de que as despesas com armazenagem não podem ser incluídas no rol de despesas aduaneiras, uma vez que as únicas despesas portuárias que também podem ser configuradas como aduaneiras são os tributos recolhidos à aduana.

Defende que raciocínio semelhante pode ser aplicado, ainda, ao serviço de capatazia, o qual consiste na atividade de movimentação de mercadorias, compreendendo o recebimento, conferência, transporte interno, manipulação, arrumação e entrega, bem como o carregamento e descarga de embarcações.

Nesta senda, informa que, em que pese haver a Lei Complementar determinado a inclusão na base de cálculo do ICMS Importação apenas das despesas de caráter **aduaneiro**, o poder executivo do Estado da Bahia editou o Decreto nº 6.284/97 (antigo Regulamento do ICMS), onde houve por bem incluir, na base de cálculo do ICMS Importação, além das despesas aduaneiras, outras despesas de caráter eminentemente portuário, conforme é visto no seu artigo 58, o qual transcreve:

Art. 58. Observado o disposto no art. 52, a base de cálculo do ICMS nas entradas ou aquisições de mercadorias ou bens procedentes do exterior é:

I - no desembaraço aduaneiro de mercadoria ou bem importados do exterior, a soma das seguintes parcelas:

(...)

*e) quaisquer outros impostos, taxas e contribuições, além de despesas aduaneiras cobradas ou debitadas ao adquirente, relativas ao adicional ao frete para renovação da marinha mercante, **armazenagem**,*

capatazia, estiva, arqueação e multas por infração;

Após transcrição, assevera o artigo 17, VI da Lei nº 7.014/96, que trata da base de cálculo do imposto, e informa que ambos os dispositivos vão de encontro às prescrições do art. 97, II, §1º do CTN:

Art. 97. Somente a lei pode estabelecer:

II – a majoração de tributos ou sua redução, ressalvado o disposto nos art. 21, 26, 39, 57 e 65;

§ 1º Equipara-se à majoração do tributo a modificação de sua base de cálculo, que importe em torná-lo mais oneroso. (grifos aditados).

Entende que a Lei Federal não deixou claro quais os elementos que integram o rol das chamadas despesas aduaneiras, não poderia o executivo baiano incluir na base de cálculo do tributo elementos que não são pagos à repartição fazendária, ou seja, que não possuem a estrita natureza de despesa aduaneira, tornando o imposto mais oneroso.

Cita entendimento da Consultoria Tributária da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo (Consultas 227/93 e 032/94), bem como Decisão emanada do Superior Tribunal de Justiça no Resp 77.694/BA e Decisões do STJ e de Tribunais de Justiça dos Estados, que seguem na mesma linha.

Assim, pleiteia que na remota hipótese da preliminar de nulidade da atuação em apreço não encontrar abrigo no âmbito que inspira essa d. C.J.F, requer a ora Recorrente que seja reformada a r. decisão neste particular, julgando-se, por conseguinte, totalmente improcedente a hostilizada infração.

No pertinente à infração 04, alega que a mesma não deve prosperar, visto que é devido o ICMS sobre as operações objeto de fiscalização e autuação, já que estas, a bem da verdade, não chegaram a se concretizar, tendo sido canceladas antes mesmo da circulação das mercadorias.

Informa que o autuante reiterou a procedência da infração, aduzindo que o cancelamento das notas fiscais objeto da autuação foi registrado somente no “sistema particular” da recorrente e, por conseguinte, irregular.

Cita trecho da informação fiscal e afirma não existir dissenso neste ponto: os documentos fiscais foram efetivamente cancelados.

Assim, defende a idéia de que o fato de o cancelamento ter se dado, de acordo com a fiscalização, de forma irregular, não descaracteriza o fato de tais documentos fiscais terem sido cancelados. Se o procedimento adotado para se alcançar tal desiderato foi correto ou não, caberia à autoridade administrativa fiscal impor à Autuada, no máximo e apenas se fosse cabível, multa por descumprimento de obrigação acessória, mas jamais exigir o imposto relativo a uma operação que sequer chegou a se concretizar.

Atesta que, ao contrário do entendimento do fiscal no sentido de que o cancelamento teria se dado apenas no “sistema particular” da recorrente, trata-se de informação inverídica, pois, conforme demonstrado na impugnação apresentada, tais fatos (cancelamento das NFs objeto da autuação), foram devidamente escriturados nos “Registros Fiscais dos Documentos de Saídas de Mercadorias e Prestação de Serviços” da sua Escrituração Fiscal Digital (EFD) (doc. 07 da Impugnação), nos quais as Notas Fiscais em análise se encontram com a Situação 02 – Canceladas, tendo a referida EFD sido regularmente transmitida para a d. Secretaria de Fazenda deste Estado.

Insurge-se contra a Decisão de Primeira Instância, o próprio órgão julgador de piso, por meio do acórdão, apontou que uma obrigação acessória de grande relevância, prevista nas normas de regência, é que *as NF-e canceladas, denegadas e os números inutilizados devem ser escriturados, sem valores monetários, de acordo com a legislação tributária vigente.*

Afirma que adotou exatamente o procedimento citado pela Decisão de piso, conforme atestam os “Registros Fiscais dos Documentos de Saídas de Mercadorias e Prestação de Serviços” da sua Escrituração Fiscal Digital (EFD) regularmente transmitida ao Fisco, nos quais as Notas Fiscais em análise se encontram com a Situação 02 – Canceladas e com os respectivos valores

devidamente zerados.

Assevera que preposto fiscal dispunha da possibilidade de compulsar os livros de registros de entrada dos estabelecimentos destinatários, pelo que confirmaria, por certo, que as referidas operações não foram sequer escrituradas nestes, evidenciando, portanto, que sequer foram concretizadas.

Deste modo, afirma que não assiste razão à Fiscalização, ao imputar à recorrente o pagamento de ICMS em decorrência de operações que não se concretizaram, tendo sido cancelados os documentos fiscais; devendo, portanto, ser reformado o Acórdão JJF nº 0109-05/16, a fim de que a vergastada autuação ser julgada integralmente procedente.

Ademais, pugna para que essa Egrégia Câmara desse Ilustre Conselho de Fazenda dê TOTAL PROVIMENTO ao presente Recurso Voluntário, com a consequente reforma parcial da decisão - aqui combatida, para que o Auto de Infração ora guerreado seja julgado PARCIALMENTE IMPROCEDENTE, afastando-se totalmente, por conseguinte, além do Item 02 da peça acusatória, as exigências consubstanciadas em seus itens 1 e 4, nos termos do presente recurso.

Por fim, protesta pela juntada posterior de documentos fiscais e contábeis, bem como pela realização de diligência fiscal, nos termos dos artigos 123, §3º e 145 do Decreto nº 7.629/99, para que seja atestado o quanto defendido pela ora Recorrente.

VOTO

Visa o presente Recurso Voluntário a reapreciação da decisão de primeira instância em relação às infrações 1 e 4.

A infração 1 acusa recolhimento menos do ICMS devido nas importações. O valor original exigido foi de R\$30.195,54.

Na Decisão proferida pela 5ª JJF, foi acolhido em parte os argumentos defensivos (exigência em duplicidade), conforme exclusões promovidas pelo autuante na fase de informação fiscal, conforme demonstrativo de fls. 283/284, remanescendo valor devido de R\$20.278,98 (R\$2.731,37 em 2011 e R\$17.547,61 em 2012).

No Recurso Voluntário interposto, o sujeito passivo argumentou que no demonstrativo refeito pela fiscalização constam valores computados em duplicidade, a exemplo da Nota Fiscal nº 863, vinculada à Declaração de Importação – D.I. nº 1102765297, em que foi computado em duplicidade o valor de R\$498,00 relativo a capatazia.

Apresentou um demonstrativo à fl. 283, no qual indicou os valores relativos à armazenagem, capatazia, AFRMM e outros indicando as diferenças por nota fiscal que constaram nos demonstrativos refeitos pela fiscalização (fls. 283/284), fazendo se acompanhar das Declarações de Importação, notas fiscais, e outros documentos.

Juntou à fl. 604, demonstrativo de débito no qual reconheceu como devido o valor de R\$7.075,67.

Pela análise dos elementos contidos no processo constato que com relação à Nota Fiscal de nº:

- a) 863, o autuante constou no demonstrativo de fl. 283, ‘VLR. TRIB.’ de R\$44.424,42 e valor de “ARM/CAPAT” de R\$4.216,39. Na nota fiscal (fl. 426) consta nas informações complementares o valor de R\$498,00 relativo a capatazia. Entretanto, a cópia da DI . nº 1102765297 (fl. 428) indica valor FOB de R\$37.308,06; Frete de R\$6.605,28; Seguro de R\$13,09 e “Acréscimos” de R\$498,00”, totalizando R\$44.424,43. Logo, como o autuante tomou como base o valor de R\$4.424,43 e adicionou os valores relativos a ARMAZ/CAPAT de R\$4.216,39 conclui-se que o valor da capatazia foi utilizado tanto no valor tributável (R\$44.424,43) como no valor da ARMAZ/CAPAT, ou seja, como argumentado pelo recorrente;
- b) 987, o autuante constou no demonstrativo de fl. 283, ‘VLR. TRIB.’ de R\$1.223.760,85 e valor de “ARM/CAPAT” de R\$27.951,92. Na nota fiscal (fl. 431) consta valor de R\$1.147.398,62. Entretanto, a cópia da DI correspondente (fl. 433) indica valor FOB de R\$1.119.228,03; Frete de R\$100.470,94;

Seguro de R\$363,47 e “Acréscimos” de R\$3.698,43”, totalizando R\$1.223.760,87. Logo, como o autuante tomou como base o valor total (R\$1.223.790,85) e adicionou os valores relativos a ARMAZ/CAPAT de R\$27.951,92 conclui-se que o valor do acréscimo de R\$3.698,43 já estava contido na base de cálculo e foi computado em duplicidade como alegado pelo recorrente;

- c) 1096, o autuante constou no demonstrativo de fl. 283, “VLR. TRIB.” de R\$3.588.838,04 e valor de “ARM/CAPAT” de R\$32.242,04. Na nota fiscal (fl. 449) consta nas informações complementares o valor de R\$498,00 relativo a capatazia. Entretanto a cópia da DI correspondente (fl. 452) indica valor FOB de R\$3.464.443,38; Frete de R\$112.863,45; Seguro de R\$826,36 e “Acréscimos” de R\$10.704,88”, totalizando R\$3.588.838,07. Logo, como o autuante tomou como base o valor total (R\$3.588.838,07) e adicionou os valores relativos à ARMAZ/CAPAT de R\$32.242,04 conclui-se que o valor do acréscimo de R\$10.704,88 já estava contido na base de cálculo e foi computado em duplicidade como alegado pelo sujeito passivo;
- d) O mesmo procedimento ocorre com as demais notas fiscais relacionadas pelo autuante (fls. 283/284) quando confrontada com as cópias das notas fiscais e DIs correspondentes.

Pelo exposto, concluo que o demonstrativo refeito pela fiscalização (fls. 283/284) que resultou na redução do débito original de R\$30.195,54 para R\$ R\$20.278,98 o qual foi acolhido na Decisão proferida pela 5ª JF, contempla valores computados em duplicidade, conforme acima apreciado.

Assim sendo, acolho o demonstrativo apresentado pela empresa à fl. 604, ficando reduzido o débito da infração 1 apurado pela fiscalização de R\$20.278,98 para R\$7.075,68 conforme demonstrativo abaixo.

NOVO DEMONSTRATIVO DO AUTO DE INFRAÇÃO - INFRAÇÃO 01				
DATA OCORR	DATA VENCTO	VALOR DO PAF	JULG. 5ª JF	JULG. 1ª CJF
14/02/2011	14/02/2011	311,23	311,23	0
01/04/2011	01/04/2011	662,95	-	0
18/05/2011	18/05/2011	800,06	43,16	0
08/06/2011	08/06/2011	364,38	-	0
25/07/2011	25/07/2011	56,62	56,62	0
26/08/2011	26/08/2011	3.055,62	83,19	0
15/09/2011	15/09/2011	809,89	-	0
24/10/2011	24/10/2011	1.161,25		0
25/11/2011	25/11/2011	831,2	-	0
29/11/2011	29/11/2011	1.225,46	52,41	0
19/12/2011	19/12/2011	412,45	-	0
22/12/2011	22/12/2011	2.184,76	2.184,76	2.184,76
23/12/2011	23/12/2011	247,5	-	0
11/01/2012	11/01/2012	625,89	625,89	0
24/02/2012	24/02/2012	28,55	28,55	28,55
07/03/2012	07/03/2012	778,66	778,66	778,66
13/03/2012	13/03/2012	865,4	340,84	340,84
28/03/2012	28/03/2012	628,7	628,7	1,68
27/04/2012	27/04/2012	826,53	826,53	0
03/05/2012	03/05/2012	585,25	585,25	0
08/05/2012	08/05/2012	1.764,09	1.764,09	0,00
06/06/2012	06/06/2012	277,6	277,6	0
22/06/2012	22/06/2012	670,59	670,59	0
10/07/2012	10/07/2012	1.229,24	1.229,24	0,00
17/07/2012	17/07/2012	1.089,95	1.089,95	0,00
24/07/2012	24/07/2012	333,56	333,56	0
02/09/2012	02/09/2012	901,81	901,81	0
17/09/2012	17/09/2012	898,79	898,79	0
10/10/2012	10/10/2012	3.751,44	3.751,44	3.741,19
24/10/2012	24/10/2012	673,08	673,08	0
31/10/2012	31/10/2012	1.113,00	1.113,00	0,00

08/11/2012	08/11/2012	1.030,04	1.030,04	0,00
TOTAL		30.195,54	20.278,98	7.075,68

Ademais, em relação à composição da base de cálculo, é de entendimento desde CONSEF que a inclusão da armazenagem e capatazia na composição da base de cálculo encontra guarida na Lei Estadual nº 7.014/96, em seu art. 17. Vejamos:

Art. 17. *A base de cálculo do imposto é:*

(...)

VI - na hipótese do inciso IX do art. 4º [**desembaraço aduaneiro de mercadoria ou bem importados do exterior**], a soma das seguintes parcelas: a) o valor da mercadoria ou bem constante nos documentos de importação, observado o disposto no art. 18; b) o imposto sobre a importação; c) o imposto sobre produtos industrializados; d) o imposto sobre operações de câmbio; e) quaisquer outros impostos, taxas, contribuições e despesas aduaneiras cobradas ou debitadas ao adquirente, relativas ao adicional ao frete para renovação da marinha mercante, **armazenagem, capatazia**, estiva, arqueação e multas por infração.

Assim, coaduno meu entendimento com o do Ilustre Conselheiro Eduardo Ramos de Santana, em voto proferido por esta Câmara de Julgamento Fiscal, Acórdão CJP Nº 0238-11/15, nos seguintes termos abaixo transcritos:

“No que se refere à infração I, o recorrente alega que a fiscalização alargou a base de cálculo do ICMS-Importação, ao fazer inclusão de despesas que não se classificam como aduaneiras, bem como ter utilizado taxa cambial que desconhece, cerceando o seu direito de defesa.

Verifico que na decisão proferida a JF fundamentou que o art. 17, VI, da Lei nº 7.014/96, vigente a partir de 30/03/2010, dada pela Lei nº 11.899, com efeitos a partir de 31/03/10 indicava que a base de cálculo do ICMS no desembaraço aduaneiro de mercadoria importada é:

VI - na hipótese do inciso IX do art. 4º, a soma das seguintes parcelas:

- a) o valor da mercadoria ou bem constante nos documentos de importação, observado o disposto no art. 18;*
- b) o imposto sobre a importação;*
- c) o imposto sobre produtos industrializados;*
- d) o imposto sobre operações de câmbio;*
- e) quaisquer outros impostos, taxas, contribuições e despesas aduaneiras cobradas ou debitadas ao adquirente, relativas ao adicional ao frete para renovação da marinha mercante, armazenagem, capatazia, estiva, arqueação e multas por infração.*

E que a redação anterior dada pela Lei nº 8.542, com efeitos de 28/12/02 a 30/03/10 estabelecia:

“e) quaisquer outros impostos, taxas, contribuições e despesas aduaneiras.”

Pela análise do demonstrativo das fls. 19 e 20, verifica-se que foram relacionados despesas com: “ARMAZ/CAPAT”, “PIS/COFINS”, “TX SISCOM” e “MULTA”, conforme documentos às fls. 89 a 215. Logo, como se trata de fatos geradores ocorridos no período de janeiro/09 a dezembro/10, tanto a redação anterior como a posterior a 30/03/10, estabelece que os impostos, taxas, contribuições e despesas debitadas ao adquirente integram a base de cálculo do ICMS-Importação.

Quanto à utilização da taxa cambial, que o recorrente indicou aplicação de variação cambial que é vedado “pelo inciso II, art. 18 do RICMS/96”, constato que este dispositivo foi revogado pelo Decreto nº 11.167, com efeitos a partir de 09/08/08.

Tudo indica que o recorrente quis dizer o art. 18, II da Lei 7.014/96. Observo que o inciso I, do citado dispositivo legal, estabelece que sempre que o valor da operação ou da prestação estiver expresso em moeda estrangeira, “será feita sua conversão em moeda nacional ao câmbio do dia da ocorrência do fato gerador”. E o inciso II do mesmo artigo, determina que “na hipótese de importação, o preço expresso em moeda estrangeira será convertido em moeda nacional pela mesma taxa de câmbio utilizada no cálculo do imposto sobre a importação, sem qualquer acréscimo ou devolução posterior se houver variação cambial até o pagamento efetivo do preço”.

Pelo exposto, constato que os valores computados na base de cálculo apurada do ICMS Importação foi feita em conformidade com a legislação tributária e o sujeito passivo sendo detentor dos documentos fiscais relativo à importação, não efetuou juntada de qualquer prova de forma objetiva que comprove ter sido utilizado indevidamente valores que entraram na composição da base de cálculo ou incorreção da taxa cambial.

Ressalto, ainda, que os Convênios ICMS 07/05 e 83/05 foram revogados e não se aplica aos fatos geradores objeto da autuação relativo ao período de 01/01/09 a 31/12/10, bem como a decisão do REsp 776.694 do STF citada é do ano de 1981, quando da vigência do ICM, cuja matriz foi substancialmente modificada com a promulgação da CF 88 e instituição do ICMS. E ainda que a decisão citada não possui efeito vinculante aos atos administrativos da administração pública estadual.” (grifo nosso).

Assim, acolho o demonstrativo apresentado pela recorrente, sendo devido o valor de R\$7.075,68, porém mantenho o entendimento de que armazenagem e capatazia compõem a base de cálculo do ICMS Importação.

No pertinente à infração 4, a qual trata da falta de recolhimento de ICMS em decorrência do cancelamento irregular de Notas Fiscais, alegou a recorrente que, no Doc. 7 (fls. 266 a 273) apresentado na impugnação inicial, estão as Notas Fiscais que foram canceladas pela empresa autuada, não sendo devida a infração em voga.

A documentação apresentada apenas confirma o cancelamento irregular realizado pela recorrente, já que não foi realizado pelo Portal NF-e, sendo que os documentos emitidos, e não cancelados devidamente, continuam existindo, validamente.

A Doc. 7 trata tão somente da escrita na EFD do cancelamento. A recorrente não trouxe aos autos documentos que comprovassem o efetivo cancelamento das Notas Fiscais pelo meio que lhe é devido, qual seja, o Portal NF-e.

Conforme dito no julgamento inicial:

Trata-se de um mero aspecto formal, que não afasta a infração, visto não houve o necessário e efetivo cancelamento das notas fiscais, seguindo a orientação contida no Portal da NF-e. Na medida em que esse cancelamento não seguiu as orientações contidas nas normas de regência que tratam da emissão e cancelamento da NF-e, o ônus de provar a incorrência do fato gerador é do contribuinte. No caso em análise, o sujeito passivo não trouxe aos autos prova idônea e inequívoca capaz de afastar a imputação de lhe foi cometida.

Assim, por todo exposto, entendo ser acertada a Decisão de piso também em relação à infração, 4, não sendo cabível aplicação de multa acessória, já que o não cancelamento das NF-e, sem o preenchimento dos requisitos estipulados pelo COTEPE 35/10, possui o seu enquadramento no art. 42, III da Lei nº 7.017/96.

Deste modo, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, mantendo inalterada a Decisão de primeira instância.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281076.0034/15-9**, lavrado contra **BRASKEM S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$189.559,23**, acrescido das multas de 60% sobre R\$92.762,46 e 100% sobre R\$96.796,77, previstas, respectivamente, no art. 42, incisos II, “a”, VII, “a” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo os valores já recolhidos pelo sujeito passivo serem homologados pela autoridade fazendária competente.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de janeiro de 2017.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LAÍS DE CARVALHO SILVA – RELATORA

ANA CAROLINA ISABELA MOREIRA – REPR. DA PGE/PROFIS