

A. I. Nº - 269190.0001/17-0
AUTUADO - BASF SA.
AUTUANTES - CRIZANTO JOSÉ BICALHO e SERGIO BORGES SILVA
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - 16.07.2018

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0092-02/18

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) AQUISIÇÃO DE MATERIAL PARA USO E CONSUMO. b) REGISTRO DE DOCUMENTO FISCAL EM DUPLICIDADE; c) VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. Infrações reconhecidas. d) SERVIÇO DE TRANSPORTE. TRANSFERÊNCIAS INTERESTADUAIS COM ÔNUS DO FRETE PELO REMETENTE. Nas operações de transferência de mercadorias em que o frete não integra a base de cálculo, não há previsão legal para utilização do crédito fiscal por parte do tomador. Infração subsistente. 2. RECOLHIMENTO A MENOS. APLICAÇÃO DE ALÍQUOTA DIVERSA DA PREVISTA PARA OPERAÇÕES DE SAÍDA. 3. DIFERENÇA ENTRE ALÍQUOTAS INTERNAS E INTERESTADUAIS. FALTA DE RECOLHIMENTO. 4. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. PRESTAÇÕES SUCESSIVAS DE SERVIÇO DE TRANSPORTE. FALTA DE RECOLHIMENTO. Infrações reconhecidas. 5. IMPORTAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Nos autos há provas de importação de mercadorias distintas das constantes na específica normativa que habilita o sujeito passivo a diferimento do pagamento do imposto devido, bem como do não pagamento do imposto incidente sobre NFs complementares relativas a importação de mercadorias sujeitas a pagamento do imposto em face do desembaraço aduaneiro. Infração Subsistente. 6. DOCUMENTOS FISCAIS. ENTRADAS NÃO REGISTRADAS. MULTA. Infração reconhecida. Rejeitada preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 29/09/2017, para exigir o montante de R\$4.091.899,50, acusando cometimento das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1 (01.02.02) – Uso indevido de crédito fiscal de ICMS relativo a aquisição interestadual de material para uso e consumo do estabelecimento. Valor: R\$525.889,46. Período: Janeiro a Dezembro de 2015, Janeiro, Março, Junho a Agosto e Dezembro de 2016. Enquadramento legal: Art. 29, § 1º, II e art. 53, III, da Lei 7.014/96. Multa: Art. 42, VII, “a”, da Lei 7.014/96.

INFRAÇÃO 2 (01.02.20) – Uso indevido de crédito fiscal de ICMS referente a escrituração de documento fiscal em duplicidade. Valor: R\$13.317,49. Período: Março de 2016. Enquadramento legal: Art. 31 da Lei 7.014/96 c/c art. 309, I, do RICMS-BA. Multa: Art. 42, VII, “a”, da Lei 7.014/96.

INFRAÇÃO 3 (01.02.40) – Uso indevido de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no (s) fiscal (is). Valor: R\$39.691,44. Período: Março e Novembro de 2016. Enquadramento legal: Art. 29 e 31 da Lei 7.014/96 c/c art. 309, § 6º, do RICMS-BA. Multa: Art. 42, VII, “a”, da Lei 7.014/96.

INFRAÇÃO 4 (01.02.68) – Utilizou indevidamente, na condição de remetente, crédito fiscal de ICMS relativo ao frete de mercadorias saídas do estabelecimento em transferência para outro estabelecimento localizado em outra unidade da federação, cujo valor do serviço foi incluído, por determinação legal, na base de cálculo da operação. Valor: R\$287.466,20. Período: Novembro e Dezembro de 2015, Janeiro a Março, Maio, Julho a Dezembro de 2016. Enquadramento legal: Art. 17, § 8º, da Lei 7.014/96 c/c art. 439, III, do RICMS-BA. Multa: Art. 42, VII, “a”, da Lei 7.014/96.

Consta da descrição que o autuado adquire serviço de transporte interestadual de carga em operações de transferência de produto acabado para outras filiais do mesmo grupo empresarial situadas em outros estados. Enquanto remetente, se creditou indevidamente do ICMS referente a tais serviços, quando a base de cálculo da operação não inclui o preço do frete, por determinação do parágrafo oitavo do Art. 17 da Lei 7.014/96. Nestes casos, apesar de ter arcado com o custo do frete, não é cabível o crédito, já que não existe saída subsequente tributada que o ampare.

INFRAÇÃO 5 (03.02.02) – Recolheu a menos ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Valor: R\$253.205,16. Período: Novembro de 2016. Enquadramento legal: Art. 15, 16 e 16-A da Lei 7.014/96. Multa: Art. 42, II, “a”, da Lei 7.014/96.

INFRAÇÃO 6 (06.02.01) – Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições em outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento. Valor: R\$397.398,23. Período: Fevereiro, Março e Abril de 2015, Janeiro a Junho de 2016. Enquadramento legal: Art. 4º, XV da Lei 7.014/96 c/c art. 305, § 4º, III, “a”, do RICMS-BA. Multa: Art. 42, II, “f”, da Lei 7.014/96.

Consta da descrição referir-se a diferenças decorrentes de erro da planilha de cálculo do ICMS DIFAL elaborada pelo autuado nos meses fevereiro a abril de 2015, conforme demonstrativo ANEXO 06-A, e que deixou de incluir o valor do ICMS DIFAL na sua própria base de cálculo nos meses janeiro a junho de 2016. A nova redação do inciso XI do Art. 17 da Lei 7.014/95, dada pela Lei 13.373/15, produziu efeitos a partir de 01/01/2016, conforme demonstrativo Anexo 06-B.

INFRAÇÃO 7 (07.14.01) – Deixou de recolher o ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de transporte interestadual e intermunicipal. Valor: R\$1.113.661,01. Período: Junho a Dezembro de 2015, Janeiro a Dezembro de 2016. Enquadramento legal: Art. 34, III, da Lei 7.014/96 c/c art. 298, do RICMS-BA. Multa: Art. 42, V, “a”, da Lei 7.014/96.

Consta da descrição que o demonstrativo ANEXO 08 contém a relação dos Conhecimentos de Transportes Eletrônicos –CTEs emitidos pelas prestadoras de serviços de transporte, que, apesar de terem tido o ICMS retido, não se submeteram ao cálculo do ICMS ST elaborado pela BASF, portanto, não tiveram o ICMS recolhido pelo autuado.

O cálculo do ICMS ST elaborado pelo contribuinte encontra-se anexado a este Auto de Infração no demonstrativo ANEXO 09, já os recolhimentos efetuados se encontram indicados no ANEXO 10.

INFRAÇÃO 8 (12.02.01) – Deixou de recolher o ICMS devido pelas importações tributadas realizadas pelo estabelecimento. Valor: R\$135.676,35. Período: Fevereiro a Julho e Outubro de 2015. Enquadramento legal: Art. 4º, IX; art. 17, VI e art. 34, III, da Lei 7.014/96 c/c art. 332, IV, do RICMS-BA. Multa: Art. 42, II, “f”, da Lei 7.014/96.

INFRAÇÃO 9 (16.01.02) – Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) não tributável (s) sem o devido registro na escrita fiscal. Valor: R\$1.325.594,16. Período: Abril a Dezembro de 2015, Janeiro a Dezembro de 2016. Enquadramento legal: Arts. 217 e 247, do RICMS-BA. Multa: Art. 42, XI, da Lei 7.014/96.

A impugnação de fls. 161-201 se restringe às infrações 04 e 08, pois expressa o reconhecimento das demais. Argui preliminar de nulidade alegando vícios no procedimento fiscal. Reproduz o art. 142 do CTN para dizer que o dispositivo legal foi ferido nos procedimentos relativos às infrações 04 e 08.

Com relação à Infração 04, alega ter descrição confusa/incongruente a ponto de não garantir certeza na identificação do real motivo da autuação, pois a Fiscalização reconhece que o Impugnante arcou com o custo do frete CIF na transferência de mercadorias, “mas concluiu que o creditamento dessa despesa não seria cabível, por considerar, equivocadamente que **não existiu saída subsequente tributada**”.

Diz que, primeiro, parte da premissa de que o crédito do ICMS deve ser calculado em proporção ao custo da mercadoria produzida pela Impugnante, mas que não compõe a BC da transferência e, por isso não poderia ser aproveitado, mas, em oposição e por segundo, quer parecer que a acusação se motiva pela “assunção de uma falsa premissa de que a operação de transferência de mercadorias para outros estabelecimentos sediados em outros estados não seria tributada pelo ICMS e, por isso, os créditos decorrentes da entrada de mercadorias e serviços relacionados a essas operações não poderiam ser aproveitados”.

Aduz que diante disso, não tem certeza do motivo do AI: (i) o suposto fato de o frete contratado não compor o custo da mercadoria produzida ou (ii) o suposto fato de a operação de transferência não ser tributada, e que nenhuma delas faz sentido porque o CMP não é baliza para medir o crédito de ICMS a ser aproveitado e as operações de transferência entre estabelecimentos do mesmo titular são tributáveis.

Ademais, diz que nenhum dos dispositivos legais apontados como violados dispõem sobre as regras de aproveitamento ou de vedação ao aproveitamento de créditos de ICMS; que o aproveitamento do crédito é legítimo, nos termos dos artigos 28 e 29 da Lei 7.014/96 e 19 e 20 da LC 87/96 e que as saídas foram tributadas nos termos do art. 4º, I da Lei 7.014/96 e 12, I da LC 87/96.

Com relação à Infração 08, diz que a emissão das NFs complementares (Doc. 04) sequer era obrigatória, já que abrangem custos que não dizem respeito à operação de importação, mas custos relativos às atividades desenvolvidas após o desembaraço aduaneiro e que não compõe a BC do ICMS-Importação, como “despesas com armazenagem e seu seguro, presença de carga, scanner de container, frete peso, desova e monitoramento de container, carregamento, armazenagem, despesas de terminal, demurrage, capatazias, despesas de terminal, despesas com estufagem, comissão, correios, despesas administrativas, liberação BL, supervisão de descarga-granel, taxa ataero, taxa de utilização portuária, etc.”, pois não se referem a nenhum dos valores referidos nos arts. 17 e 18 da Lei 7.014/96.

Afirma que a Autoridade Fiscal apenas confrontou as NFs complementares com os recolhimentos de ICMS da Impugnante, **“tendo deixado de verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente e determina a matéria tributável, como manda o art. 142 do CTN”**, e daí a precariedade do procedimento fiscal.

Quanto ao mérito da autuação, diz que, com relação à Infração 04, depois de repetir o argumento da preliminar de nulidade, diz que (a) o creditamento é legítimo; (b) o direito não pode ser mitigado; (c) a transferência interestadual e tributável pelo ICMS; (d) a glosa evidencia violação à não cumulatividade do imposto.

No que diz respeito à legitimidade do crédito (letra “a”) diz referir-se a NFs de aquisição de serviços de transporte interestadual a preço CIF que estaria conforme determinação do art. 439 do RICMS-BA. Conforme art. 298 do RICMS-BA, suportou os custos como substituto tributário e, tendo havido destaque do imposto na operação “de entrada” do serviço, tem direito ao crédito em face do princípio da não cumulatividade do ICMS materializado no art. 155, § 2º, I, que reproduz.

Para apoiar sua argumentação acerca da não cumulatividade do ICMS, reproduz excertos de doutrina e outros dispositivos legais (Arts. 19 e 20 da LC 87/98; Arts. 28 e 29 da Lei 7.014/96).

Afirma não haver dúvida sobre a natureza, a validade e a quantificação do crédito apropriado e que a acusação fiscal diz respeito apenas à possibilidade de aproveitamento dos créditos, considerando uma especificidade na formação da BC das operações de transferência interestadual de mercadorias.

No argumento sobre a mitigação do direito ao crédito (letra “b”) afirma não desconhecer a exceção ao creditamento quando se tratar de isenção ou não-incidência, mas que não é o caso contestado, pois as operações subsequentes – transferências interestaduais de mercadorias para outros seus estabelecimentos – “e a OPERAÇÃO REGULARMENTE TRIBUTADA”.

Reproduz o art. 12 da LC 87/96 e 4º da Lei Estadual 7.014/96. Diz que a operação subsequente que a Fiscalização aponta para impedir a apropriação do crédito é tributável e que, por isso, “todos os custos que forem inerentes às operações próprias da empresa – custos que correspondam à entrada tributada de mercadorias ou serviços, como no presente caso –, devem ser passíveis de creditamento para fins de ICMS”.

Aduz que considerar a operação de transferência interestadual não é tributada como, diz ele, afirmado na descrição da autuação, implica reconhecer indébito a favor da Impugnante porque ela tributou essas saídas e, portanto, a regra do art. 20, § 3º, II, da LC 87/96, não se aplica o caso.

No argumento “c” acima identificado, diz que a BC das operações é definida segundo critérios próprios da LC 87/96 e que uma das possíveis interpretações acerca da infração seria a de que o crédito do ICMS da entrada deveria ser calculado proporcionalmente ao custo da mercadoria transferida produzida pela Impugnante, mas que esse entendimento não tem respaldo na legislação.

Reproduzindo doutrina, aduz que a BC é grandeza econômica sobre a qual se calcula a quantia do tributo a pagar e, para o caso deve ser o custo da mercadoria produzida, conforme o art. 13, § 4º, II, da LC 87/96 e art. 17, §8º, II, da Lei 7.014/96. Portanto, “definir critérios para a formação da BC não se confunde com isenção ou redução de base de cálculo – únicas exceções à aplicação do princípio da não-cumulatividade”.

Fala que o custo da mercadoria é adequado para as transferências interestaduais, mas isso não que dizer que não há tributação ou isenção (ainda que parcial) do ICMS, para fins de aproveitamento do ICMS incidente sobre o frete CIF, ou mesmo na proporção dos valores dos custos que integram a BC nas operações de transferência, pois, entende, não haver vedação à apropriação de créditos nesse caso.

Expressa que o inciso II, § 4º, do art. 13 da LC 87/96, reproduzido na Lei 7.014/96, apenas definiu parâmetros para a formação da BC do imposto na saída de mercadoria para outro estabelecimento em outro estado, o que não implica qualquer benefício fiscal concernente à não tributação, a autorizar a anulação do crédito da entrada, como pretende os autuantes.

Para fundamentar o argumento “d” antes destacado, abre o ponto “VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE (ARTIGO 155, § 2º, INCISO I E II, DA CF) – HIPÓTESES CONSTITUCIONAIS TAXATIVAS DE ESTORNO DE CRÉDITOS”.

Diz que o relato da infração aponta que “a Impugnante excluiu da base de cálculo da transferência o ICMS referente ao frete CIF, porque não se trata de mercadorias com isenção ou não incidência”. Segue dizendo: “Ou seja, as operações foram tributadas, mas a Impugnante excluiu da base de cálculo a despesa com o frete, por expressa determinação da Lei Complementar nº 87/96 e da própria Lei do Estado da Bahia que define a base de cálculo nesses casos, determinação esta que não se confunde com qualquer tipo de benefício fiscal, seja ele relativo à não tributação ou à isenção (ainda que parcial)” e diz que **“apenas se admite o estorno dos créditos, quando há aplicação de regra isentiva ou nas hipóteses de não incidência do imposto”**, o que não é o caso.

Reproduz doutrinas e ementas de decisões judiciais sobre o assunto. Afirma que no caso de redução de BC em razão de isenção parcial, devem ser proporcionalmente anulados os créditos do

ICMS relativos às operações anteriores e diz que a Infração 04 merece ser cancelada, “seja pela correção da utilização do valor do custo da mercadoria como base de cálculo das operações interestaduais de transferência para estabelecimento da mesma titularidade, seja porque o princípio da não cumulatividade é soberano e as únicas duas exceções que admitem o estorno de créditos dizem respeito à saída de mercadorias com isenção, ainda que parcial e não incidência, e as mercadorias em questão foram inequivocamente tributadas nas saídas interestaduais”.

Quanto à Infração 08, depois de reproduzir sua descrição no AI e reproduzir os dispositivos legais de enquadramento, diz que também merece cancelamento, pois tratam-se de NFs complementares emitidas para abranger complementos de custos com importação que não compõem a BC do ICMS-Importação por serem posteriores ao desembaraço aduaneiro.

Elabora uma tabela com as NFs de importação, seguida das NFs complementares, cujas cópias junta aos autos. Na tabela “negrita” as NFs de importação e relaciona as NFs complementares vinculadas às primeiras com a descrição dos serviços correspondentes, os quais entende não se sujeitarem a tributação pelo ICMS.

Reproduzindo dispositivos legais (arts. 4º, IX; 17, VI, “a” a “e”, § 1º, I, II, “a”, “b” e “c”; 18, I, II, da Lei 7.014/96; Art. 155, § 2º, IX, “a”, da CF; Art. 12, IX, § 2º, da LC 87/96; Art. 77, I, II e III, do Dec. 6.759/09; Art. 2º, inciso I, “a” a “d”, e o inciso II, da IN SRF 680/06; Decisão Normativa CAT 06, de 11/06/2015), discorre sobre a BC e o fato gerador do ICMS Importação dizendo que “é com o desembaraço aduaneiro para consumo que se dá a transferência da titularidade do bem importado para a pessoa do importador, condição básica para que a operação se situe no campo de incidência do ICMS” e, portanto, todas as operações que ocorrerem após serão consideradas pós-desembaraço, que não podem ser incluídas na BC do ICMS-Importação, o que seria a situação em apreço.

Expressa que caso os contribuintes tivessem que emitir uma NF complementar de ICMS a cada pagamento adicional por armazenagem e seguro armazenagem, scanner de container, frete peso, monitoramento e desova de container, carregamento, despesas de terminal, demurrage, capatazias, despesas de terminal, despesas com estufagem, comissão, correios, despesas administrativas, liberação BL, supervisão de descarga-granel, taxa ataero, taxa de utilização portuária, etc., as importações seriam inviabilizadas, pois tais gastos “**não são despesas aduaneiras**”.

Fundamentando-se em Decisão Normativa do fisco paulista diz que a NF-e Complementar de Importação deverá ser emitida apenas quando, conhecido o custo final da importação, este for superior ao valor informado na NF-e de importação original e que eventuais custos ou despesas que não componham a BC do ICMS-Importação, como: seguro e frete nacional; capatazia; armazenagem e remoção de mercadoria; comissão de despachante, corretagem e cambio, não devem ser declarados em NF-e Complementar de importação.

Reconhece que não deveria ter emitido os documentos que deram suporte à autuação, mas que a emissão não autoriza a exação fiscal, pois não corresponde a nenhuma das hipóteses do art. 17, VI, “e”, da Lei 7.014/96, nem para mercadorias sujeitas ao diferimento do ICMS-Importação para as operações subsequentes.

Sobre as três operações autuadas com diferimento do ICMS-Importação (NFs 2973, 2976 e 2972) elabora quadro específico (fl. 195); retrato da NF 2.973; parte da DI 142289136-6; retrato da Guia para liberação de mercadoria estrangeira sem comprovação – GLME e dados do Certificado de Habilitação de Diferimento nº 007858.000-5, do Dec. 8.205/2013.

Aduz que, além dos custos complementares que ensejaram a autuação serem despesas pós-desembaraço aduaneiro, as operações sequer estão sujeitas ao ICMS-Importação.

Reproduzindo ementa de decisão do STF no REXT 582.461; Rel. Gilmar Mendes, alega que a multa sugerida para aplicação é excessiva e fere o princípio do não confisco consagrado pelo artigo 150, IV, da CF.

Concluindo, pede: a) Reconhecimento da nulidade suscitada pelas razões contidas no Item III da defesa; b) Subsidiariamente, requer o cancelamento integral em face do argumentado no Item IV da defesa; c) Cumulativamente, requer o reconhecimento do excesso da exação em razão dos juros sobre a multa que entende desproporcional e confiscatória; d) Também cumulativamente, requer a extinção do crédito tributário em razão do pagamento das infrações, exceto as impugnadas (infrações 04 e 08); e) Que intimações referentes ao PAF sejam encaminhadas tanto ao estabelecimento matriz da Impugnante, bem como aos advogados que identifica.

Adicionalmente requer que as intimações relativas ao PAF sejam encaminhadas tanto ao seu estabelecimento matriz como aos seus advogados identificados com os respectivos endereços.

Os autuantes ao prestarem a informação fiscal às fls. 388 a 400 dos autos, inicialmente destacam que o contribuinte autuado recebeu cópia do AI com todos elementos que o integram e detalhadamente descrevem as infrações e que apenas duas infrações são objeto de impugnação (infrações 04 e 08).

Quanto à questão preliminar defensiva (Item III. 1 da Defesa), dizem que o Impugnante se refere ao Art. 142 do CTN que não lhe aproveita, pois não produzem argumentos e/ou provas convincentes.

Sobre a Infração 04, dizendo que a Impugnação não aponta imperfeição no demonstrativo ANEXO 04 (fls. 31-42) onde se elenca 1.200 Conhecimentos de Transporte, ressaltam que a matéria ali tratada já foi objeto de apreciação pelo CONSEF (Acórdãos JJF nº 0283-03/06, JJF 0057-04/07, CJF 0455-12/07, JJF 0180-04/07, CJF 0363-12/07, JJF 0061-04/07 e CJF 0336-11/15).

Dizem que é o Autuado que promove confusão quanto à descrição da infração, pois os Conhecimentos de Transporte se referem a operações de saídas por transferência interestadual de produto acabado a outros estabelecimentos da empresa autuada, sendo que algumas envolvem armazém geral em São Paulo, sem, contudo, descaracterizar transferência entre seus estabelecimentos e, em todos os casos, o valor do frete não pode inserir-se na BC, conforme a LC 87/96.

Afirmam não haver incongruência, pois não utilizaram a premissa de cálculo proporcional ao custo da mercadoria produzida para efeito do crédito fiscal na infração, tampouco descreveram que a operação de transferência não seria tributada pelo ICMS, mas a descrição “Nestes casos, apesar de ter arcado com o custo do frete, não é cabível o crédito, já que **não existe saída subsequente tributada que o ampare**”.

Aduzem que o Impugnante conduz sua interpretação para ênfase no adjetivo “tributada”, quando a relevância da afirmação se limita à qualidade de “subsequente”, no sentido de operação que subsegue a outra em tempo e lugar, o que não ocorre para o estabelecimento autuado, uma vez que as mercadorias já saíram.

Lembram que a glosa do crédito recai sobre crédito de fretes tomados em operações de SAÍDA de mercadorias do estabelecimento autuado, matéria, inclusive, objeto de consulta e resposta da Diretoria de Tributação da SEFAZ-BA que colam à Informação Fiscal.

Também lembrando que não deixaram de considerar o fato de que foi o Autuado quem contratou e pagou o serviço de transporte, afirmam que, nos casos de operação de saída, o crédito fiscal é admissível apenas quando o valor do mesmo compõe a BC do ICMS da saída, o que não ocorre no caso de transferência efetuada por custo da mercadoria que não compõe a BC da NF de transferência, matéria já conhecida do CONSEF, conforme Acórdão CJF nº CJF 0220-12-12 que reproduzem parcialmente.

Repisam que a matéria da autuação está esclarecida e é o contribuinte quem tenta promover a confusão para dela se beneficiar, quando afirma não ter certeza do motivo da lavratura do AI (i) se o fato de o frete contratado não compor o custo da mercadoria produzida ou (ii) o fato de a operação de transferência não ser tributada, com o que alega ser o AI precário, ainda que no argumento para pedir o cancelamento do AI (IV. 1, ITEM 4) demonstra ter compreendido a infração

cometida.

Alertam sobre o conteúdo do art. 298 do RICMS-BA alegado pelo Impugnante para respaldar seu argumento, pois o dispositivo se relaciona ao preço da operação que é CIF – que não ocorre em transferência de mercadoria - e não se refere a “FRETE CIF”, compreensão que o próprio Impugnante demonstra nos §§ 105 e 106 da Defesa (fl. 182), bem como no § 59, ainda que no § 68 faça “confusão em relação ao que seja mercadoria a preço CIF, confundido com o que intitula de serviço de transporte em “modalidade CIF”, denominação completamente alheia à legislação do ICMS”, repetindo sobre a impropriedade nos §§ 86, 108 e 120.

Com relação à Infração 08, ressaltam que a exação se refere a 48 NFs de entrada de importação listadas à fl. 122, sendo que as três primeiras são de “Compra para Industrialização” - com ICMS a recolher de R\$ 61.156,37 – e as demais a “Outras Entradas (complemento de custo de imp)”.

Dizem que embora o Impugnante afirme que as NFs emitidas a título de complementação se referem a despesas fora da incidência do ICMS e incorridas após o desembaraço aduaneiro, não comprova tal fato.

Rebatem a assertiva de desobrigação de emissão das NFs complementares, pois não existe dispensa legal para isso.

Discordam da argumentação de precariedade da fiscalização na análise dos documentos que apresentou, pois no curso do procedimento fiscal solicitaram informações acerca da não tributação das NFs e não obtiveram qualquer justificativa. Dizem que os documentos processados comprovam tratar-se de importação de matéria prima e de complementação de custo de importação de matéria prima tributáveis equivocadamente tratadas como se sujeitas ao diferimento do pagamento do imposto devido.

Sobre a tabela de fl. 187 apresentada pelo Impugnante, dizem que a listagem não aproveita ao contribuinte e que os documentos anexados (DI, DAEs) não são objeto da exação fiscal. Afirmam que, embora detendo certificados de habilitação para operar com diferimento do ICMS, as matérias-primas “Heonon”, “Persulfato de Sódio” e “Aluminio Lactate” não se enquadram em nenhum deles.

Expressam que embora o Impugnante transcreva a descrição do art. 17 da Lei 7.014/96 abrigando na BC do ICMS Importação outros tributos e despesas aduaneiras, a alegação defensiva tenta atribuir ao desembaraço aduaneiro “um aspecto completo, perfeito e acabado acerca da cobrança do ICMS, como se não fosse ato precário sujeito a posterior homologação, no tocante ao cálculo do tributo.

Colando aos autos a Resolução nº 179/2011 utilizada para diferir o ICMS da NF 2973 (fl. 124) acobertando a importação da matéria-prima “heanon” com imposto diferido, informam o uso indevido do diferimento, pois a habilitação nº 7858000-5 utilizada para emissão da Guia de Liberação de Mercadoria Estrangeira – GLME -, não autoriza diferimento para “heanon”. Ademais, lembram que a Autuada fez muitas outras operações de “Heonon” com a devida tributação, conforme retrata com a NF 3158 à fl. 399.

Repetem que as três primeiras NFs objeto da autuação são operações com “Heonon”, “Persulfato de Sódio” e “Aluminim Lactate”, que deveriam ter o ICMS Importação recolhido, mas que foi equivocadamente diferido em prejuízo ao Erário, e as demais são de complemento de custo de importação normalmente tributada, conforme demonstrado pelo Impugnante às fls. 236 a 386, inclusive com cópia de recolhimento de ICMS, faltando apenas a tributação das NFs de complementação do custo de importação.

Frisam que as despesas citadas pelo Impugnante no parágrafo 174 da Defesa, devem integrar a BC do ICMS Importação, conforme Art. 17, VI e parágrafo primeiro da Lei 7.014/96.

Quanto à multa que o Impugnante entende excessiva, dizem ser a prevista na legislação para o caso e a eles cabe tão somente aplicá-la.

Concluindo, afirmam que o contribuinte recebeu cópia do AI e dos papéis de trabalho; defendeu-se amplamente produzindo as provas que entendeu necessárias, de modo a não ter sustentação qualquer alegação de cerceamento do direito de defesa, e pede que o AI seja julgado procedente.

VOTO

O lançamento de ofício processado exige o valor de R\$4.091.899,50, acusando o cometimento de 09 (nove) infrações à legislação tributária do ICMS, conforme acima relatado.

Examinando os autos constato que o PAF está consoante com o RICMS-BA e com o RPAF-BA/99, pois o lançamento resta pleno dos essenciais pressupostos formais e materiais e os fatos geradores do crédito tributário constam claramente demonstrados.

Assim, considerando que: a) conforme recibo de fls. 06, 11, 20, 42, 51, 52, 63, 76, 80, 121, 122, 150 e 156, cópia do Auto de Infração e dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto foram entregues ao contribuinte; b) na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto nos artigos 15, 19, 26, 28, 38, 39 (em especial quanto ao inciso III e § 1º), 41, 42, 44, 45 e 46, do RPAF; c) o processo se conforma nos artigos 12, 16, 22, 108, 109 e 110 do mesmo regulamento; d) as infrações estão claramente descritas, corretamente tipificadas e têm suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais (fls. 18-20, 31-42, 51, 52, 61-63, 68-76, 80-98, 109-122, 133-150, e CD de fl. 156); e) as infrações estão determinadas com segurança, bem como identificado o infrator, constato não haver vício a macular o PAF em análise.

Como mais detalhadamente se verá na análise de mérito, a infração 4 denuncia o uso indevido de crédito fiscal de ICMS relativo a frete por saída de mercadorias em transferência interestadual para outro estabelecimento do contribuinte, corretamente enquadrada no art. 17, § 8º da Lei 7.014/96 c/c com o art. 439, III, do RICMS-BA e a infração 8 denuncia a falta de recolhimento de ICMS Importação, relativo a aquisição de mercadorias tributáveis, também devidamente enquadrada no Art. 4º, IX; art. 17, VI e art. 34, III da Lei 7.014 c/c o Art. 332, V, do RICMS-BA, são as únicas infrações impugnadas.

Essas infrações decorrem de obrigação tributária liquidada por Autoridades Fiscais competentes do Ente tributante mediante regular procedimento administrativo, cujos elementos determinantes previstos no Art. 142 do CTN (ocorrência do fato gerador; determinação da matéria tributável, cálculo do montante do tributo devido, identificação do sujeito passivo e multa proposta) constam claramente identificados nos autos. Por consequência, não há falar em confusão descritiva, incongruência entre duplicidade afirmativa ou precariedade de um procedimento que se sustenta nos elementos autuados, razão pela qual rejeito o pedido de nulidade suscitado.

A impugnação relaciona-se apenas às infrações 04 e 08, uma vez que expressamente o Impugnante informa ter optado pelo pagamento das demais infrações.

Passando à análise de mérito do procedimento fiscal, de logo ressalto tratar-se de tributo originalmente sujeito a lançamento por homologação (CTN: art. 150) em que a legislação atribui ao sujeito passivo a prática de todos os atos de valoração da obrigação tributária, inclusive o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, cabendo a esta apenas homologar os atos de natureza fiscal do contribuinte no prazo decadencial. Nesse caso, ainda que sobre a obrigação tributária não influam quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, em sendo praticados, os atos são, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação (§§ 2º e 3º do artigo 150 do CTN).

Pois bem, considerando que não há celeuma quanto aos dados ou valores do imposto, a questão envolvida na infração 04 é se o sujeito passivo - contribuinte industrial contratante do serviço de

frete para transferência interestadual de mercadoria de produção própria a outro seu estabelecimento -, pode creditar-se do ICMS decorrente dessas operações.

O argumento defensivo é que em face da não cumulatividade do ICMS, por ter suportado os custos do transporte na condição de substituto tributário (RICMS-BA: art. 298), “tendo havido destaque e recolhimento do imposto na operação de “entrada” do serviço de transporte interestadual de mercadoria teria direito a creditar-se do imposto destacado na operação de transporte”.

A *contrário sensu*, os autuantes sustentam a glosa do crédito por entenderem que, no caso de operação de “saída” o crédito de ICMS relativo ao frete só é possível quando o valor do frete compor a base de cálculo do ICMS da operação de saída da mercadoria.

Ora, destacando-se que este caso se relaciona a operações de saída em transferência interestaduais de mercadorias tributáveis produzidas pelo estabelecimento autuado para outro seu estabelecimento, o deslinde da controvérsia instaurada entre os sujeitos do PAF (Contribuinte x Administração Tributária ativa), se objetiva na disciplina exposta no art. 17 da Lei 7.014/96 e seu § 8º que, tratando do ICMS da Bahia, reproduz a normativa contida no art. 13, da LC 87/96.

É que nas transferências de mercadorias para outro estabelecimento do mesmo titular, para não haver distorção na não cumulatividade do ICMS, o legislador estabeleceu modos distintos da formação da base de cálculo do imposto, dependendo da natureza da operação e/ou da atividade do contribuinte.

Eis a normativa para o que interessa ao caso:

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

I - na saída de mercadoria e **na transmissão de sua propriedade ..., o valor da operação;**

...

§ 8º Na saída de mercadoria para estabelecimento pertencente ao mesmo titular localizado em outra unidade da Federação a base de cálculo do imposto é:

I - o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria;

II - o custo da mercadoria produzida, assim entendida a soma do custo da matéria prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento;

III - tratando-se de mercadorias não industrializadas, o seu preço corrente no mercado atacadista do estabelecimento remetente. (grifos meus)

O estabelecimento autuado é industrial. Logo, o valor da base de cálculo do ICMS nas operações de transferência da mercadoria produzida é determinado pelo seu custo de produção, assim entendido a soma do custo da matéria prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento (Lei 7.014/96: Art. 17, § 8º, II). Com isso, as partes estão acordes.

É que em face da dicção do art. 146, III, “a” da Constituição Federal a definição da base de cálculo do ICMS é matéria reservada à Lei Complementar. Portanto, o comando contido no art. 13, § 4º da Lei Complementar 87/1996 - repetido na lei baiana do ICMS -, é específico. Ou seja, não admite interpretação extensiva. Logo, nesse caso, independentemente de o sujeito passivo ter despesa com transporte, o valor do frete não compõe a base de cálculo da mercadoria tributada na transferência.

Assim, com relação ao ICMS, os conceitos “FOB” e “CIF” se referem a operação tributável com mercadoria, não envolvendo o custo do transporte (operação a preço “FOB”) ou com inclusão do custo do transporte (operação a preço “CIF”).

Na “operação a preço FOB” o frete é contratado pelo destinatário pagando, separadamente, o ICMS incidente sobre a aquisição da mercadoria e o ICMS incidente sobre o serviço de transporte, tendo direito a compensar ambos os valores por ocasião do ICMS apurável em face da subsequente operação de saída da mercadoria adquirida, em face do princípio da não cumulatividade do ICMS.

Na “operação a preço CIF” o frete é contratado pelo remetente e o seu valor compõe a base de cálculo da mercadoria vendida. O valor recebido do adquirente como pagamento da operação se reparte em: a) valor da mercadoria; b) valor equivalente ao frete. Portanto, há aqui já uma indireta tributação sobre o valor do frete, com repercussão na apuração periódica do saldo do ICMS a ser recolhido ao Erário. Ocorre que ao contratar um transportador, este cobrará o valor do frete que, por ser uma operação tributável, conterà o destaque do ICMS incidente sobre a operação de transporte, a ser recolhido pelo transportador.

Portanto, na “operação a preço CIF” ocorre uma dupla tributação pelo mesmo serviço de frete, razão pela qual o contratante do serviço e remetente da mercadoria vendida a preço CIF se credita do imposto destacado no CTCR, de modo a corrigir a duplicidade e anular a anterior tributação sobre o valor do serviço de transporte composto no valor da operação, BC da saída da mercadoria, em privilégio da não cumulatividade do imposto.

Sem embargo, operação com mercadoria transacionada a preço CIF não se confunde com o conceito de “FRETE CIF” - neologismo arguido pelo Impugnante e sem existência na ordem tributária -, cujo critério querido pelo sujeito passivo implica em uso indevido de crédito de ICMS por simplesmente anular a tributação do serviço de transporte na operação de transferência, uma vez que, diferentemente do que ocorre na “operação de saída de mercadoria a preço CIF”, não há dupla tributação sobre o valor do frete. Este não compõe a base de cálculo do imposto debitado na NF da saída da mercadoria transferida a outro seu estabelecimento. Em verdade, a pretensão do sujeito passivo impossibilita que o Erário aufera qualquer valor sobre o serviço de transporte tributável que contratou.

Essa matéria não é novel no âmbito deste órgão administrativo judicante e tem várias decisões confirmando a impossibilidade de gozo de crédito fiscal como pretendido pelo Impugnante (cite-se: Acórdãos CJF 0363-12/07, CJF 0455-12/07, CJF 0220-12/127 e CJF 0336-11/15) e a situação acima descrita se vê bem explicada no hipotético exemplo constante no voto do Acórdão CJF Nº 0220-12/12, transcrito do Acórdão JJF 0419-04-10, pois a pretensão do Impugnante nada tem a ver com os valores envolvidos na infração em apreço, como uso de crédito indevido.

Eis o exemplo:

“Numa situação hipotética que a mercadoria fosse comercializada numa operação interestadual por R\$1.000,00 e o destinatário contratasse uma transportadora por R\$100,00 para transportar a mercadoria (FOB), faria um pagamento ao vendedor da mercadoria e outro à transportadora totalizando R\$1.100,00. Se a operação subsequente de comercialização da mercadoria fosse tributada, teria direito de utilizar o crédito fiscal relativo ao frete R\$12,00 ($R\$100,00 \times 12\%$) e também da mercadoria de R\$120,00 ($R\$1.000,00 \times 12\%$).

Já se o frete fosse contratado pelo remetente (CIF), certamente cobraria R\$1.100,00 pela venda da mercadoria com débito de ICMS de R\$132,00 ($R\$1.100,00 \times 12\%$), ao receber o pagamento retiraria R\$100,00 para pagar ao transportador. Ocorreria que o transportador já tinha destacado no Conhecimento de Transporte a base de cálculo de R\$100,00 e débito de R\$12,00, valor este que também estaria contido na nota fiscal de venda das mercadorias que na operação CIF englobaria valor das mercadorias e do frete. Dessa forma, o legislador estabeleceu em caráter geral que o valor do ICMS que o transportador destacou no CTCR e recolheu ao Estado, deve ser objeto de crédito fiscal por parte do contratante do serviço, para impedir a tributação em duplicidade. Esta a sistemática. O Estado recebe de volta o ICMS contido na operação de venda da mercadoria, visto que a mesma engloba além do valor da mercadoria, também o valor do frete”.

Vê-se no dispositivo legal acima transcrito que, para operações de transferência interestadual de mercadoria pertencente ao mesmo titular com contratação de frete pelo remetente a transportador, o legislador estabeleceu, conforme o caso, que a base de cálculo da operação ou é o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria, ou o custo da mercadoria produzida, assim entendida a soma do custo da matéria prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento ou, ainda, tratando-se de mercadoria não industrializada, o seu preço corrente no mercado atacadista do estabelecimento do remetente. Por se tratar de produção própria do estabelecimento industrial autuado, o caso em contencioso administrativo se abriga no

inciso II do § 4º do art. 17 da Lei 7.014/96.

Assim, por inexistência do conceito, não há falar em “frete a preço CIF” com consequente direito ao uso do crédito do imposto destacado em CTCR. Tampouco o caso em juízo administrativo trata de “operação a preço CIF” que autoriza o crédito do imposto destacado em CTCR ao contratante do serviço e remetente da mercadoria, uma vez que o valor do crédito não compõe a base de cálculo da operação de transferência.

Em casos como o presente, o Estado recebe o ICMS destacado no CTCR, mas, por força de lei, o sujeito passivo, estabelecimento industrial remetente da mercadoria transferida, não se credita do imposto relativo ao serviço de transporte porque sua pretensão não tem suporte legal. O valor do frete contratado é despesa não componente do custo da mercadoria transferida.

Por oportuno, observo que, interpretando a disposição contida no art. 13 da LC 87/96, o próprio Impugnante consente com o legislador afirmando que a BC de ICMS tomada como o “valor da operação” – que quando inclui o valor do frete verte-se em “operação a preço CIF” - determinado pelo inciso I do citado artigo “só deve ser aplicado quando a operação de saída ocorre em decorrência de um negócio jurídico comercial para outro estabelecimento que não tenha qualquer vinculação com o contribuinte” e que a BC tomada como o “custo da mercadoria” – sem possibilidade de inclusão do valor do frete contratado, como no presente caso, verte-se em “operação de saída a preço FOB”, ou melhor, não se permite falar em “operação de saída a preço CIF” – “mostra-se adequado para as operações interestaduais entre estabelecimento do mesmo titular”.

Logo, quando ocorrer transferência com inclusão dos gastos com frete na formação do custo da mercadoria, tais gastos devem ser expurgados para efeito de determinação da base de cálculo do ICMS incidente sobre operações de transferência de mercadorias entre estabelecimentos de um mesmo titular, implicando no subsequente estorno do crédito, bem como também não há permissivo legal para o remetente contratante se creditar do ICMS destacado no CTCR relativo ao serviço de transporte para transferência de mercadoria a outro seu estabelecimento quando o valor da operação de transferência toma por BC o “custo da mercadoria” que é obtido sem computo do valor do frete.

Infração caracterizada

A infração 08 cuida da falta de recolhimento de ICMS-Importação relacionado a 48 NFs relacionadas no ANEXO II (fl. 122). As três primeiras (NFs. 2973, 2976 e 2972, fls. 124, 125 e 126) possuem a natureza de “Compra para industrialização ou pr. Rural”, e as demais “Outras entradas (compl de custo de imp).

De pronto, observo que identificando a falta de recolhimento de ICMS referente às três primeiras NFs relacionadas no demonstrativo suporte da exação fiscal, embora antes da lavratura do AI os autuantes tenham pedido informação a respeito (fls. 123), não foram atendidos no pleito.

O argumento defensivo para essa infração é que, conforme demonstra na peça defensiva (fls. 187-189), as NFs abrangem complementos de custos com importação e que por serem posteriores ao desembaraço aduaneiro - que segundo o Impugnante, finaliza-se com a liberação da mercadoria - não compõem a BC do ICMS-Importação, obrigação tributária que se extinguiria “com a exibição do comprovante de pagamento do imposto”.

Reproduzindo instrumento normativo do fisco paulista, o Impugnante subsidia a alegação com cópias de documentos, inclusive de NFs. Informa no quadro elaborado e descreve no texto defensivo que, além de algumas NFs serem complementares a importação de mercadorias sujeitas a ICMS diferido, tais custos – que sequer requerem as correspondentes NFs complementares que não deveria ter emitido - seriam: “custos com armazenagem e seguro armazenagem, presença de carga, scanner de container, frete peso, desova e monitoramento de container, carregamento, armazenagem, despesas de terminal, demurrage, capatazias, despesas de terminal, despesas com

estufagem, comissão, correios, despesas administrativas, liberação BL, supervisão de descarga-granel, taxa ataxo, taxa de utilização portuária, etc”.

Por sua vez, os autuantes dizem que embora o Impugnante afirme que as NFs emitidas a título de complementação se relacionem a despesas fora da incidência do ICMS e incorridas após o desembaraço aduaneiro, não comprova tal fato.

Ora, a relevância da atividade revisora administrativo em via processual contraditória está em evidenciar a verdade material que há de aparecer dos elementos autuados.

Nesse sentido, ainda que a verdade absoluta de um fato pretérito a ser extraída do processo seja um tanto utópica, importante observar que, especialmente no âmbito administrativo, diante da impossibilidade da observação concreta do pretérito fato a ser valorado, a sua verdade material como aspecto fundamental para a solução da controvérsia, há que surgir por verossimilhança em uma ordem de aproximação e probabilidade, como um extrato razoável de uma variedade relativa de elementos de prova, pontos de vistas e entendimentos expostos no curso processual de cognição probatória com moderado formalismo.

Nesse entendimento, considerando que a verdade material subjacente dos autos deve prevalecer sobre o formalismo processual, ponderando os argumentos das partes e analisando objetivamente os autos, convenço-me da impertinência dos argumentos defensivos, pois ao contrário da sua pretensão, os elementos de prova autuados - inclusive os aportados pelo próprio Impugnante - informam uma verdade material diametralmente oposta ao seu propósito, senão vejamos.

A uma, porque declarando não haver oportunamente recolhido o ICMS Importação das aquisições internacionais das mercadorias constantes das NFs 2973 (Heonon 50%-Solution), 2976 (Persulfato de Sódio) e 2972 (Aluminum lactate solution), - fls. 364, 374, 381, respectivamente -, emitindo Guias para Liberação de Mercadoria Estrangeira sem Comprovação do Recolhimento do ICMS – GLMEs, afirmando basear-se em Certificados de Habilitação em face do Decreto 8.205/2013 (fls. 369, 375), a Resolução nº 179/11 (Retificada pelas Resoluções nºs 135/12 e 72/17- fl. 398) que habilita o sujeito passivo para diferir o “lançamento e o pagamento” do ICMS em algumas de suas operações, não contempla importações das mercadorias constantes das citadas NFs, de modo que o desembaraço aduaneiro e a consequente liberação das mercadorias por parte do contribuinte autuado ocorreu mediante informações não condizentes com o seu direito. Logo, deixando de pagar a obrigação tributária, ainda que sabendo que os procedimentos prévios que efetuasse nesse sentido estivessem sujeitos à posterior homologação do fisco baiano.

Assim, mesmo ocorrendo antecipação de pagamento da obrigação tributária pelo sujeito passivo, não há falar em extinção do direito da Fazenda Pública a crédito tributário decorrente de ocorrência concreta de hipótese de incidência a ser devidamente lançado no prazo decadencial, em especial quando se trata de tributo originalmente sujeito a lançamento por homologação, como é o presente caso.

A dois, porque exemplificando com as NFs 3061 e 3094 (cópias aportadas pelo Impugnante às fls. 243 e 244) que informa emitidas em complemento à NF 2882 de importação de MEHQ 25KG, DI 14/2417279-0 (também sem destaque de ICMS alegando diferimento de pagamento não autorizado pela Res. 179/2011- fls. 237-240) delas não constam e tampouco há referência aos serviços correspondentes que o Impugnante informa no quadro elaborado na peça defensiva (Doc. 04).

As NFs descrevem a mesma mercadoria (MEHQ 25KG) e se referem a complemento de valor da NF de importação da mercadoria. Observo que ao confrontar as demais informações do quadro defensivo com os documentos aportados, vê-se semelhantes situações de incongruência. Exemplo: O Impugnante vincula a NF 3059 aos seguintes serviços: Presença de Carga / Ad Valorem Transporte / Seguro Armazenagem / Handling Terminal / Scanner de Container / Devolução de Container / Frete peso /Despesas de terminal / Armazenagem (fl. 189). Contudo se vê que a NF (fl. 370) registra um simples complemento do valor da mercadoria importada pela NF 2973, no caso HEANON 50%-solution 1000KG, que, como já exposto, o sujeito passivo diferiu

indevidamente o pagamento do ICMS devido liberando a mercadoria da Aduana emitindo GLME sem respaldo em autorização legal para tanto.

A três, porque a despeito de os documentos aportados não comprovarem a alegação de que as NFs correspondem a custo/despesa pelos serviços que informa no quadro elaborado - a *contrario sensu* corroboram com a acusação fiscal -, ainda que as NFs correspondessem aos serviços referidos, não alterariam a exação, pois a normativa baiana (Lei 7.014/96: Art. 17, VI), repetindo a disciplina da LC 87/96, obriga a inclusão dos seus valores à base de cálculo do ICMS incidente na importação da mercadoria.

A quatro, porque ainda que a normativa do fisco paulista na qual o Impugnante subsidia suas alegações não tenha qualquer repercussão sobre o ICMS do Estado da Bahia - tributo envolvido neste PAF, tendo em vista que qualquer custo ou despesa envolvida com a mercadoria importada há que ter o correspondente documento de prova da efetivação do custo ou despesa realizada, de modo a identificar o momento da sua ocorrência, tendo em vista que alguns dos itens que relaciona, a exemplo de capatazias, armazenagem e remoção de mercadorias, podem ocorrer tanto depois, como antes do desembaraço aduaneiro, por obvio ululante, a desobrigação de emissão de NF complementar admitida pelo fisco paulista para o seu ICMS – o que não é o caso, repito - há que sustentar-se em claras e objetivas provas documentais, o que definitivamente não se vê nos autos.

Infração caracterizada.

Ademais, considerando que:

- a) a atividade processual revisional administrativa na forma de conduzir o processo em busca da verdade material é guiada por dogmas informados por princípios de Direito Administrativo - a exemplo da indisponibilidade do crédito tributário e o da estrita legalidade;
- b) a atividade judicante administrativa visa firmar o ato em julgamento dentro da estrita legalidade, de modo a que, garantindo os direitos do contribuinte se faça realizar o interesse público com a correta aplicação da lei e com o correto ingresso do crédito tributário decorrente da hipótese de incidência concretizada – nem mais, nem menos;
- c) verificado que o a alegação defensiva – especialmente com relação à Infração 8 - impõe aprofundamento na auditoria fiscal a respeito, com fundamento nas disposições dos artigos 149, IV, V, VI, VIII e 150, do CTN, observando-se as regras dos seus respectivos parágrafos, estimo necessário recomendar ao órgão competente da Administração tributária ativa a revisão do cumprimento das obrigações tributárias relativas ao ICMS vinculadas ao presente PAF para, caso se confirme a efetividade da *práxis* defluida dos autos, qual seja, o indevido uso do instituto do diferimento de pagamento de ICMS devido por importação de mercadoria não incluída na específica normativa que habilita o sujeito passivo para tanto, se for o caso, efetuar outro lançamento tributário em complemento ao presente Auto de Infração.

Quanto ao pleito relativo de encaminhamento das intimações à matriz e advogados do sujeito passivo, desde que o sujeito passivo seja regularmente intimado, nada impede de que cópias sejam encaminhadas em atenção ao pleito do Impugnante.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269190.0001/17-0**, lavrado contra **BASF SA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do valor de **R\$2.766.305,34**, acrescido das multas 60% sobre de R\$1.652.644,33, 60% e de 150% sobre R\$1.113.661,01 previstas no Art. 42, II, “a” e “f”; V, “a” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96; e dos acréscimos legais, além da Multa por

descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$1.325.594,16**, prevista no art. 42, inciso XI da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Em conformidade com o fundamento expressado no voto, recomenda-se ao órgão competente a revisão do cumprimento das obrigações tributárias relacionadas aos fatos geradores deste Auto de Infração.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de junho de 2018

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – JULGADOR

JOSÉ ADELSON MATOS RAMOS - JULGADOR