

A. I. Nº - 269141.0026/18-5
AUTUADO - INDÚSTRIA BAIANA DE VIDROS LTDA
AUTUANTE - MARCO ANTONIO MACHADO DE ABREU
ORIGEM - INFAZ S. A. JESUS
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 19/03/2019

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0047-03/19

EMENTA: ICMS. IMPOSTO LANÇADO. RECOLHIMENTO A MENOR. SAÍDAS DE MERCADORIAS. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Nas operações em questão, resta indubitável que o IPI integra a base de cálculo nas saídas de mercadorias destinadas a consumidor ou usuário final; ou para uso, consumo ou ativo imobilizado de estabelecimento de contribuinte do ICMS, como se depreende da alínea “c”, do § 1º do art. 17 da Lei 7.014/96. O autuado não comprovou que nos preços por ele praticados, nas operações em lide, já estavam incluídos os valores do IPI. Infração não elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 03/09/2018, exige ICMS no valor histórico de R\$1.300.155,91, mais multa de 60%, em razão do cometimento da seguinte irregularidade:

INFRAÇÃO 01 - 03.02.05: Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro, de 2013 a 2017, com enquadramento nos artigos 17 a 21; e art. 23 da Lei 7.014/96 (a depender da hipótese) e multa tipificada no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96.

Consta ainda na descrição da infração que o autuado deixou de incluir o IPI nas saídas destinadas a consumidor ou usuário final; ou para uso, consumo ou ativo imobilizado de estabelecimento de contribuinte do ICMS.

O contribuinte foi notificado do Auto de Infração em 03/10/18, por intermédio de AR (fls. 18/19) e ingressou tempestivamente com defesa administrativa em 30/11/18, peça processual que se encontra anexada às fls. 21 a 26. A Impugnação foi formalizada através de petição subscrita por seus representantes legais, os quais possuem os devidos poderes, conforme Contrato Social, constante nos Autos às fls. 27/30.

A Impugnante inicia sua peça fazendo uma breve descrição dos fatos que ensejaram a autuação, para em seguida trazer considerações a respeito do ato administrativo que formaliza o crédito tributário, ressaltando que o mesmo deve ser vinculado.

Em preliminar, considera que o Auto de Infração ora guerreado, apresenta erro na construção do lançamento, alegando que a metodologia utilizada pelo fisco para apurar a suposta não inclusão do IPI na base de cálculo do ICMS, constante das planilhas utilizadas para sustentar esta autuação, denominadas DEMONSTRATIVO DE ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO ICMS (NÃO INCLUSÃO DO IPI) – RELAÇÃO DE NOTAS FISCAIS, apresentadas em arquivo PDF no CD anexado aos autos, fere o artigo 13 §1º, inciso I, da Lei Complementar 87/1996, que transcreve.

Contesta o entendimento do fisco de que o valor do item da Nota Fiscal Eletrônica (Coluna A da planilha) somado com o valor do IPI cobrado na Nota Fiscal Eletrônica (Coluna E da planilha), seria a base de cálculo correta (Coluna F da planilha).

Aduz que este entendimento não possui nenhum amparo legal, vez que, o valor do item da Nota Fiscal Eletrônica corresponde ao preço do produto, que é igual ao valor da base de cálculo do ICMS.

Diz que, conforme determina o artigo 13 §1º, inciso I, da Lei Complementar 87/1996, o valor do ICMS é calculado de modo que o montante do próprio imposto integre a sua base de cálculo, e que no preço de venda do produto já se encontra embutido o valor do ICMS incidente, sem alterar, contudo, o preço acordado, e, o seu destaque no documento fiscal é feito como mera indicação para efeitos de controle.

Argumenta que os cálculos apresentados pelo fisco não servem de prova de que o valor do IPI destacado no documento fiscal não tenha sido incluído no preço do produto e consequentemente na própria base cálculo do ICMS.

Explica que para determinar o preço do produto, levando-se em consideração a inclusão do IPI na base de cálculo do ICMS, é preciso aplicar a seguinte equação: $1/1 - [\%ICMS/100 \times (1 + \%IPI/100)]$, sobre o preço do produto antes de incluir o valor do ICMS, visando proporcionar um coeficiente conforme as alíquotas de ICMS e IPI aplicadas em cada produto para sua inclusão.

Solicita a anulação da autuação, arguindo falta de motivação e vício insanável do lançamento, com fundamento no art. 142 do CTN, entendendo que a base de cálculo utilizada para calcular o montante do tributo reclamado no Auto de Infração não possui fundamento legal.

Acrescenta que caso seja ultrapassada a preliminar, no mérito a autuação deve ser julgada improcedente.

Dessa forma, volta a mencionar que o ICMS é um imposto calculado “por dentro”, ou seja, que ele faz parte do cálculo da formação de preço da mercadoria, e que como o valor do imposto já está dentro do preço atribuído à operação, o seu destaque no documento fiscal é feito como mera indicação para efeitos de controle (apuração), sem alterar, contudo, o preço acordado.

Em relação ao IPI diz que é um imposto cobrado por fora, conhecido como “imposto por fora”, ou seja, cujo valor não está incluído no preço, devendo a este ser acrescido.

Entende que somar o valor do IPI destacado no documento fiscal, na base de cálculo do ICMS, sem levar em consideração que o ICMS é um tributo que deve ser calculado sobre ele mesmo, isto é, que o seu valor está integrado a sua própria base de cálculo, ou seja, constituindo o destaque do ICMS no documento fiscal mera indicação para fins de controle, não tem amparo legal, pois fere o que determina o artigo 13 §1º, inciso I, da Lei Complementar 87/1996.

Considera que para determinar o preço do produto, levando-se em consideração a inclusão do IPI na base de cálculo do ICMS, deve ser aplicada a fórmula já mencionada nas argumentações preliminares.

Ao final, pede a improcedência do Auto de Infração, alegando que o autuante não apresentou nenhuma memória de cálculo provando que o valor do IPI, destacado no documento fiscal, não tenha sido incluído no preço do produto e consequente na própria base cálculo do ICMS.

O autuante, em informação fiscal à fl. 42, ratifica que o contribuinte foi autuado por erro na determinação da base de cálculo do ICMS nas saídas regularmente escrituradas, por ter deixado de incluir o IPI nas saídas destinadas a consumidor ou usuário final; ou para uso, consumo ou ativo imobilizado de estabelecimento de contribuinte do imposto.

Explica que o valor devido para cada operação foi encontrado da seguinte forma:

- 1) *Ao valor líquido de cada item foi adicionado o valor do IPI, achando-se a base de cálculo correta;*
- 2) *Sobre esta base de cálculo foi aplicada a alíquota correspondente, resultando no valor correto do ICMS;*

3) *Subtraindo este valor correto do ICMS do valor do imposto destacado na nota fiscal, chega-se à diferença devida.*

Ao final, dizendo que o autuado sugere uma nova fórmula de cálculo que não tem respaldo na legislação, opina pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, constato que o presente Processo Administrativo Fiscal está revestido das formalidades legais no que preceitua o RPAF/99, sendo o imposto, a multa e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, com indicação clara do nome, o endereço e a qualificação fiscal do sujeito passivo, bem como a indicação dos dispositivos da legislação infringidos.

Não foi constatada qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, o qual exerceu o seu direito com plenitude, motivo pelo qual a lide está apta ao seu deslinde, não havendo do que se falar em nulidade do ato, nem ofensa às determinações do art. 142 do CTN.

No mérito, o Auto de Infração lavrado exige ICMS, decorrente do recolhimento a menor do imposto, pelo fato do autuado ter deixado de incluir o IPI nas saídas destinadas a consumidor ou usuário final; ou para uso, consumo ou ativo imobilizado de estabelecimento de contribuinte do ICMS.

O autuado discorda da metodologia utilizada pelo autuante para apurar o imposto devido, dizendo que não tem amparo legal, e que contraria o que determina o artigo 13 §1º, inciso I da Lei Complementar 87/1996.

Argumentou que os cálculos apresentados pelo fisco, não servem de prova de que o valor do IPI destacado no documento fiscal não tenha sido incluído no preço da mercadoria, e entende que para se determinar o preço do produto, levando-se em consideração a inclusão do IPI na base de cálculo do ICMS, é preciso aplicar a equação: $1/1 - [\%ICMS/100 \times (1 + \%IPI/100)]$, sobre o preço do mesmo antes de incluir o valor do ICMS.

Todavia, da análise dos elementos constitutivos do processo, constato que não assiste razão ao autuado.

Verifica-se nas planilhas constantes da mídia à fl. 14, que as mesmas relacionam todas as notas fiscais, uma a uma, onde se verificam as saídas com ICMS destacado a menos, por não ter sido incluído o valor do IPI na base de cálculo para apuração do imposto estadual.

Nas operações em questão resta indubitoso que o IPI integra a base cálculo nas saídas de mercadorias destinadas a não contribuinte do imposto, como se depreende da alínea “c”, do §. 1º do art. 17 da Lei 7.014/06, in verbis:

“§ 1º Integra a base de cálculo do imposto, inclusive na hipótese do inciso VI do caput deste artigo:

[...]

c) o valor do IPI nas saídas efetuadas por contribuinte do imposto federal com destino a consumidor ou usuário final, a estabelecimento prestador de serviço de qualquer natureza não considerado contribuinte do ICMS, ou para uso, consumo ou ativo imobilizado de estabelecimento de contribuinte.”

Dessa forma, para apurar o ICMS em cada operação de saída, está correto o procedimento fiscal, ou seja, ao valor de cada item da Nota Fiscal Eletrônica (Coluna A da planilha) foi somado o valor do IPI cobrado nesta Nota Fiscal Eletrônica (Coluna E da planilha) encontrando-se a base de cálculo correta para apuração do imposto que deveria ter sido recolhido (Coluna F da planilha).

Destarte, o imposto exigido na presente autuação é simplesmente a diferença entre o valor que deveria ter sido recolhido com a base de cálculo acrescida do valor do IPI, e o valor do imposto destacado na nota fiscal emitida pelo autuado, calculado sem a inclusão em comento.

Vale destacar, que o procedimento acima mencionado está perfeitamente de acordo com o dispositivo legal, também acima transcrito, não havendo nenhuma ofensa às determinações do artigo 13, §1º, inciso I da Lei Complementar 87/1996.

Por outro lado, caberia ao autuado comprovar sua argumentação de que no preço por ele praticado, para as operações em lide, já havia sido feita a inclusão do valor do IPI, o que não foi feito nos autos.

Ressalto que o artigo 123 do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive, levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143 do supra citado regulamento.

Do exposto, considerando que os demonstrativos elaborados pelo autuante evidenciam o cometimento da infração em tela, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração em tela.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269141.0026/18-5**, lavrado contra **INDÚSTRIA BAIANA DE VIDROS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.300.155,91**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de março de 2019.

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVEA – RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – JULGADORA