

N. F. Nº - 232207.0045/19-5
NOTIFICADO - CORLEX INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS PLÁSTICOS LTDA
NOTIFICANTE - RICARDO COELHO GONÇALVES
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 24.11.2020

6^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0384-06/20NF-VD

EMENTA: ICMS. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS. IMPORTADAS RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS DE IMPORTAÇÃO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. NULIDADE EXISTÊNCIA DE VÍCIO INSANÁVEL. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. SÚMULA DO CONSEF 01/02. É nulo o procedimento fiscal que não contenha, de forma clara e comprehensiva, a demonstração da base de cálculo. Notificante utilizou para a formação da base de cálculo legislação inexistente e parâmetros errados. Configurando ofensa ao princípio da ampla defesa e do contraditório. Instância única. Notificação Fiscal NULA. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Notificação Fiscal, lavrada em 13/06/2019, em que é exigido o ICMS no valor de R\$17.617,05, e multa de 60% no valor de R\$10.570,23, perfazendo um total de R\$28.187,28, pelo recolhimento a menor do ICMS de importação, pela aquisição de mercadorias importadas.

Enquadramento Legal: 56.01.05 – Art.1º, inciso I, parágrafo único, art. 2º, inciso V, art. 4º, inciso IX, e art. 17, inciso VI da Lei 7.014/96 C/C art. 434, parágrafo único do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

Multa prevista no art.42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96.

O notificante assim descreveu a motivação da lavratura da Notificação Fiscal:

“Recolhimento do ICMS a menor decorrente de erro na determinação da base de cálculo, referente a mercadorias e/ou bens procedentes do exterior DI 19/1043050-3 de 10/06/2019.”

Constam no processo os seguintes documentos: Cópia do Comprovante de Importação nº 19/1043050-3 emitido pela Receita Federal (fl.05); cópia de Extrato da Declaração de Importação (fl.06, 06vs); cópias do Bill of Lading (fls.7 a 8vs); cópia do DAE de ICMS de importação (fl. 11); cópia da planilha de calculadora do ICMS da Notificada (fl.12); Demonstrativo de cálculo da Notificação Fiscal (fl. 13).

A Notificada entrou com a justificação através de advogado, com anexo (fls.17 a 42), dizendo apresentar suas razões de defesa, na certeza de que as mesmas serão aceitas.

Informa que o presente auto de infração tem vícios insanáveis que culminam na sua nulidade visto que efetivamente não cumpre com as formalidades legais inerentes ao processo administrativo fiscal revelando um flagrante cerceamento de defesa: i) a exação não foi fundamentada, resumindo de forma genérica na descrição da infração, além de apresentar erro na capitulação já que aplica regra contida no inciso LIII do artigo 268 do RICMS/2012, que se destina a importação dos seguintes insumos: amônia, uréia, sulfato de amônio, nitrato de amônio e outros produtos destinados a uso na agricultura e pecuária. No caso em concreto, a empresa importadora é uma indústria de transformação de plástico e a destinação do insumo é a utilização no processo produtivo do masterbatch, um composto plástico destinado à produção de material plástico sem qualquer ligação com a agricultura e tampouco com agropecuária;

ii) os cálculos anexados ao auto de infração não identificam de forma clara e precisa a autuação, ressaltando ser o lançamento do crédito tributário um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação, assim sendo, não foi possível confrontar os cálculos do fisco com a realidade, de modo a confirmar a apuração que fundamentou a constituição do suposto crédito sob análise, não sendo possível determinar com segurança a suposta infração, seja na definição da hipótese de incidência, seja na quantificação do montante tributável.

Segundo o artigo 142 do CTN compete à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, devendo verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível, o erro na construção do lançamento acarreta vício insanável do mesmo, razão pelo qual devem ser canceladas as exigências.

Do Mérito – Conforme exaustivamente demonstrado o inciso invocado do artigo (LIII artigo 268) é destinado às operações de circulação de mercadoria para uso na agricultura, ocorre que no caso trazido à baila, a empresa importadora é uma indústria de transformação de plástico e tal imputação seria pertinente se, para o caso em concreto, a empresa impugnante não atendesse às condicionantes previstas no inc. XLII art.266 do RICMS que prevê a redução da base de cálculo nas operações de importação do exterior de produtos químicos intermediários entre outros, do NCM 3206 de forma que a carga tributária incidente corresponda a 1,5%, desde que produzidos no país e remetidos por contribuintes industriais estabelecidos neste Estado sob os seguintes códigos da CNAE-FISCAL, entre eles 2229-3/02 – fabricação de artefatos de material plástico para usos industriais. Conforme se comprova através da documentação colacionada, a empresa obteve aprovação técnica para a fruição de incentivo fiscal ou financeiro concedido por este Estado mediante resolução do Conselho competente através da Resolução nº 127/2010 atendendo assim, a primeira condicionante do inciso XLII, art.266 do RICMS.

Ressalta que cumpre esclarecer que a DI19/1043050-3, sob qual está lastreada a exação, registra importação de insumo identificado pelo NCM 3206, restando demonstrado o cumprimento da segunda condicionante qual seja - nas operações de importação do exterior de produtos petroquímicos intermediários (NCM 3204, 3206, 3901 a 3904), reiterando que a indústria utiliza o produto importado para compor estoque de insumos e que possui o CNAE FISCAL 2229302, desta forma, a alíquota a ser aplicada deve ser de 18% sobre uma base de cálculo que refletira no final a carga tributária de 1,5%, apresenta a planilha de cálculo.

Informa que a autoridade fiscal fundamentou a exação com base no parágrafo único do artigo 434 do RICMS que apenas estabelece normas tributárias acessórias para situação a que o estabelecimento importador deve proceder para registrar a situação em que a mercadoria não tenha transitado fisicamente em seu estabelecimento, não se aplicando ao caso em tela, pois o Importador e o Adquirente são a mesma entidade que importou diretamente o produto para utilização como insumo como se comprova através das Notas Fiscais.

Diz que em relação a base de cálculo há claras divergências quanto ao valor de referência, que está pautada na Lei 7.014/96, art. 17 inciso VI, por sua vez o art.18, citado no item “a” do art.17 enlaça que sempre que o valor da operação estiver expresso em moeda estrangeira, será feita sua conversão em moeda nacional ao câmbio do dia da ocorrência do fato gerador e deverá ser a mesma taxa de câmbio utilizada no cálculo do imposto de importação.

Desta forma a planilha do fisco apresenta duas divergências a saber:

- I) Taxa cambial considerada (3,9364) é diferente daquela utilizada no desembarque aduaneiro pela Receita Federal constante na DI (3,8571) contrariando o inciso II e o Parágrafo único do art. 18;
- II) Desconsiderou no seu cômputo o II, PIS/PASEP e a COFINS, em aderência ao art. 17, Inciso

VI. Ressalte-se que essa discrepância da planilha em relação ao texto legal opera em favor do Contribuinte, na medida em que reduz a base de cálculo.

Ademais aplicou regramento que impõe, equivocadamente, uma carga tributária de 4% quando para o caso em tela a base de cálculo deve refletir uma carga tributária de 1,5%, o fisco igualmente embutiu no custo da mercadoria a alíquota de 18% para depois aplicar a redução, é cristalino que, se a Lei se refere à Base de Cálculo, o Imposto deve ser inserido a posteriori. Se assim não fosse, estaríamos calculando e incluindo no valor do ICMS aquela parcela da BC referente ao valor a que se tem a redução por direito.

Em face a tudo o quanto exposto, pugna pela declaração de nulidade do auto em epígrafe por flagrante desrespeito aos princípios comezinhos do Estado Democrático de Direito, especialmente por cerceamento de defesa, erro na capitulação e erro na determinação na Base de Cálculo. Contudo, se esse não for o entendimento desta Corte, se requer, alternativamente, que seja declarada a improcedência da imputação em tela por ser questão de Justiça.

VOTO

A Notificação Fiscal em lide exige ICMS do Notificado no valor histórico de R\$17.617,05 e é composta de 01 (uma) Infração detalhadamente exposta no Relatório acima, o qual é parte integrante e inseparável deste Acórdão.

Antes de entrarmos no mérito da ação fiscal, devemos analisar a questão da nulidade apresentado pela Impugnante na sua justificação, onde informa que o presente auto de infração tem vícios insanáveis que culminam na sua nulidade visto que efetivamente não cumpre com as formalidades legais inerentes ao processo administrativo fiscal revelando um flagrante cerceamento de defesa:

- i) a exação não foi fundamentada, resumindo de forma genérica na descrição da infração, além de apresentar erro na capitulação já que aplica regra contida no inciso LIII do artigo 268 do RICMS/2012, que se destina a importação dos seguintes insumos: amônia, uréia, sulfato de amônio, nitrato de amônio e outros produtos destinados a uso na agricultura e pecuária.
- ii) os cálculos anexados ao auto de infração não identificam de forma clara e precisa a autuação, ressaltando ser o lançamento do crédito tributário um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação, assim sendo, não foi possível confrontar os cálculos do fisco com a realidade, de modo a confirmar a apuração que fundamentou a constituição do suposto crédito sob análise, não sendo possível determinar com segurança a suposta infração, seja na definição da hipótese de incidência, seja na quantificação do montante tributável.

No primeiro questionamento da Impugnante, ela se equivocou na sua defesa, a lavratura da Notificação Fiscal utilizou como enquadramento legal o *Artigo 1º, inciso I, parágrafo único; art.2º, Inciso V; art.4º, inciso IX; e art.17, inciso VI da Lei 7.014/96 c/c art. 434, parágrafo único do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012*, não fazendo referência em momento algum ao artigo 268, inciso LIII citado pela Impugnante.

No segundo questionamento, na análise da planilha de demonstrativo de cálculo elaborada pelo Notificante, verificamos que foram cometidos vários equívocos que comprometem o entendimento da sua elaboração e altera de forma substancial o seu resultado, configurando um claro cerceamento ao direito de defesa da Impugnante.

O Notificante utilizou parâmetros errados e legislação inexistente para fundamentar a elaboração da demonstração de cálculo como explicitaremos ponto a ponto:

- 1) Valor da Importação - Foi utilizado a taxa de câmbio de US 3,9364, na conversão ao valor da mercadoria para a moeda nacional, quando segundo os dados dos documentos de importação, (fl.06vs) a taxa de câmbio utilizada foi de US 3,857100. Conforme estabelece o

artigo 18 da Lei 7014/96 a conversão do valor da mercadoria para a moeda nacional será a taxa de câmbio utilizada para o cálculo do Imposto de Importação.

Art. 18. Sempre que o valor da operação ou da prestação estiver expresso em moeda estrangeira:

I - será feita sua conversão em moeda nacional ao câmbio do dia da ocorrência do fato gerador;

II - 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.

Parágrafo único. O valor fixado pela autoridade aduaneira para base de cálculo do Imposto sobre a Importação, nos termos da lei aplicável, substituirá o preço declarado.

2) O Notificante deixou incluir na base cálculo do ICMS os impostos federais (II - imposto de importação PIS/PASEP e CONFINS) pagos pelo importador, conforme estabelece o art. 17 da Lei 7.014/96 que estabelece os valores que compõem a base de cálculo

Determinação da base de cálculo:

- a) BC Normal – para incluir a alíquota interna de 18% na base de cálculo utilizou como regra o art. 52 § único do Dec. 6.284/97 que estava válido até 31.03.2012 e foi substituído pelo Dec. 12.780/12.
- b) BC Reduzida – utilizou como parâmetro o Convênio ICMS nº 52/91 que trata da redução na base de cálculo nas operações com equipamentos industriais e implementos agrícolas, quando a mercadoria importada, pigmentos tipo rutilo – NCM 3206, é insumo destinado a indústria química para fabricação de derivados de plásticos.

CONVÊNIO ICMS 52/91

Prorrogado, até 31.12.20, pelo Conv. ICMS 22/20.

Concede redução da base de cálculo nas operações com equipamentos industriais e implementos agrícolas.

O Ministro da Economia, Fazenda e Planejamento e os Secretários de Fazenda, Economia ou Finanças dos Estados e do Distrito Federal, na 64ª Reunião Ordinária do Conselho Nacional de Política Fazendária, realizada em Brasília, DF, no dia 26 de setembro de 1991, tendo em vista o disposto na Lei Complementar nº 24, de 07 de janeiro de 1975, resolvem celebrar o seguinte

C O N VÊNIO

Cláusula primeira. Fica reduzida a base de cálculo do ICMS nas operações com máquinas, aparelhos e equipamentos industriais arrolados no Anexo I deste Convênio, de forma que a carga tributária seja equivalente aos percentuais a seguir:

I - nas operações interestaduais:

a) nas operações de saída dos Estados das Regiões Sul e Sudeste, exclusive Espírito Santo, com destino aos Estados das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste ou ao Estado do Espírito Santo, 5,14% (cinco inteiros e catorze centésimos por cento);

b) nas demais operações interestaduais, 8,80% (oito inteiros e oitenta centésimos por cento).

II - nas operações internas, 8,80% (oito inteiros e oitenta centésimos por cento).

Cláusula segunda. Fica reduzida a base de cálculo do ICMS nas operações com máquinas e implementos agrícolas arrolados no Anexo II deste Convênio, de forma que a carga tributária seja equivalente aos percentuais a seguir:

I - nas operações interestaduais:

a) nas operações de saída dos Estados das Regiões Sul e Sudeste, exclusive Espírito Santo, com destino aos Estados das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste ou ao Estado do Espírito Santo, 4,1% (quatro inteiros e um décimo por cento);

b) nas demais operações interestaduais, 7,0% (sete por cento).

II - nas operações internas, 5,60% (cinco inteiros e sessenta centésimos por cento);

Em preliminar, entendo pertinente registrar que na dicção do art. 2º do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), a instauração, o preparo, a instrução, a tramitação e a decisão do processo administrativo são regidos, dentre outros princípios, o da verdade material, da legalidade, da garantia de ampla defesa e do devido processo legal.

“RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99

(...)

Art. 2º Na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, atender-se-á aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito.

(...)”

Por sua vez, o art. 142 do CTN (Lei nº 5.172/1966), vincula a atividade fiscal às normas estabelecidas pela legislação tributária vigente, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação ao efetuar o lançamento do crédito tributário.

“CTN - LEI Nº 5.172/1966

(...)

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

(...)”

Destaco ainda que o art. 20 do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99) expressamente determina que a nulidade seja decretada, de ofício ou a requerimento do interessado, pela autoridade competente para apreciar o ato.

“RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99

(...)

Art. 20. A nulidade será decretada, de ofício ou a requerimento do interessado, pela autoridade competente para apreciar o ato.

(...)”

Do exame das peças processuais, observo a existência de vícios jurídicos intransponíveis relativos à legalidade do lançamento, que é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação, observando o devido processo legal.

Esse vício torna insegura a exigência fiscal, maculando de nulidade a Notificação Fiscal, haja vista que deveria o Notificante explicitar de forma clara e objetiva, como obteve o valor do imposto cobrado, conforme disposto na Súmula nº 1 do CONSEF, abaixo transcrita. Registre-se que esta nulidade absoluta do lançamento, independe de provocação das partes.

“SÚMULA CONSEF Nº 01 ICMS. NULIDADE DO PROCEDIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. É nulo o procedimento fiscal que não contenha, de forma clara e comprehensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo”.

Nos termos do art. 21 do RPAF-BA/99, recomendo à autoridade fazendária da circunscrição fiscal do notificado que analise a possibilidade de renovação do procedimento, a salvo de falhas e incorreções.

De tudo exposto, voto pela NULIDADE da Notificação Fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância única julgar a Notificação Fiscal nº 232207.0045/19-5, lavrada contra **CORLEX INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS PLÁSTICOS LTDA.**

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 19 de novembro de 2020.

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO – PRESIDENTE/RELATOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS – JULGADOR

EDUARDO DUTRA FREITAS – JULGADOR