

A. I. Nº - 207162.0033/02-9
AUTUADO - ALSTON BRASIL LTDA.
AUTUANTE - CARLOS ALBERTO MACHADO DE SOUZA
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO
INTERNET - 18.03.04

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0073/01-04

EMENTA: ICMS. DEPÓSITO JUDICIAL. IMPORTAÇÃO. DESTINO FÍSICO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. A matéria fática diz respeito a bens procedentes do exterior e destinados fisicamente a este Estado, no caso de o importador ser estabelecido em outra unidade da Federação. Quanto ao direito aplicável, a matéria se encontra *sub judice*. O procedimento visa constituir o crédito tributário, mediante lançamento regular, para evitar sua decadência. Depósito judicial efetuado antes da lavratura do Auto de Infração. Mantido o lançamento sem a imposição da multa. O imposto não foi recolhido por estar, o sujeito passivo, acobertado por decisão judicial. Inexistência da infração. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 06/06/02, exige ICMS no valor de R\$201.450,15, em razão de falta de recolhimento do ICMS devido sobre importação, relativo a mercadorias e/ou bens procedentes do exterior, destinados fisicamente a este Estado, no caso do importador ser estabelecimento inscrito em outra unidade da Federação e o desembarque aduaneiro ocorrer ou não em Estado diverso do seu domicílio. Termo de Apreensão nº 211329.0011/02-6.

Consta na descrição dos fatos que a empresa está qualificada na condição de importador, conforme DI nº 02/0437302, registrada em 16/05/02 e nota fiscal nº 00376, emitida em 03/06/02 pelo contribuinte. O importador, localizado no Estado de São Paulo emitiu a nota fiscal nº 04548, em 05/06/02, tendo como destinatário contribuinte neste Estado, a empresa Cia Hidroelétrica do São Francisco – CHESF, conforme nota fiscal fatura nº 4505, de 28/05/02, de bem importado do exterior e desembaraçado no Porto de Salvador, com destinação física para unidade diversa do domicílio do importador.

O autuado, às fls. 31 a 45, através de seu representante legalmente constituído, apresentou defesa alegando que tem sede no Estado de São Paulo e que uma de suas principais atividades é a importação de mercadorias, comercialização e revenda. Efetuou uma operação de importação de equipamentos do exterior, tendo como porto de entrada no Brasil, o porto de Salvador, sendo, a mercadoria importada, revendida a empresa localizada no Estado da Bahia.

Argumentou que o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, no seu art. 573, I, estabelece a competência para cobrança do ICMS em tais operações, e o disposto na CF/88, no art. 155, §2º, IX, estabelece que o ICMS decorrente de importação de mercadorias é devido ao Estado onde se localiza o estabelecimento importador, no caso, o Estado de São Paulo. Que diante do evidente

conflito de normas, entrou com Ação Cautelar para, depositando o valor devido, suspender a exigibilidade do crédito tributário.

Asseverou que foi lavrado, indevidamente, o Auto de Infração, inclusive o auditor certificou a inexigibilidade do tributo ante a ordem judicial, expedido a guia para liberação da mercadoria. Afirmou que o imposto será sempre devido ou ao Estado onde esteja localizada a empresa que adquiriu a propriedade da mercadoria ou, ao Estado onde se localize a empresa que aliena a mercadoria. Que no caso em tela analisa-se unicamente a operação de importação. O autuado havia revendido a mercadoria importada para uma outra empresa localizada em Dias D'Avila, através de uma relação jurídica estranha ao fato gerador do imposto que em nada influí na definição da alíquota, base de cálculo e sujeitos ativos e passivos do ICMS devido na operação de importação.

Alegou ainda que não se levará em conta o percurso da mercadoria nem se foi desembaraçada em Estado diverso do importador, o imposto incidirá sempre que ocorrer a transferência de propriedade e o Estado arrecadador será o da localização do estabelecimento transmitente ou o Estado em que se localizar a empresa para quem é transmitida a propriedade.

Transcreveu o art. 155, II, § 2º, IX, da CF/88, para afirmar que a entrada da mercadoria no território nacional e a base para se identificar o contribuinte e o Estado arrecadador pode ser constatado no documento onde se indica expressamente o autuado como importador. Citou decisões de tribunais, inclusive do STJ que tratam a respeito de importação.

Disse que, ainda que os julgadores entendam não lhes caber apreciar questão de constitucionalidade ou que é devido o tributo, devem reconhecer a improcedência do Auto de Infração, ante a suspensão da exigibilidade do crédito, vez que foi realizado depósito em valor, inclusive, superior ao que seria devido ao Estado da Bahia, em momento anterior àquele em que seria devido o tributo, proferida decisão judicial suspendendo explicitamente a exigibilidade do crédito.

Citou posicionamento do tributarista Hugo de Brito Machado (in Mandado de Segurança em Matéria Tributária, 4ª ed., p. 151). “Feito o depósito nos prazos para o pagamento do tributo que o contribuinte pretende discutir, não há mora. Não há, portanto, razão jurídica para sanções contra o contribuinte”.

Concluiu requerendo a improcedência da autuação, tendo em vista a falta de competência do Estado da Bahia para exigir o tributo referido, ou se assim não entender esta Junta, seja julgado improcedente em virtude de haver decisão liminar e depósito suspensivo da exigibilidade, ou, ainda, julgado parcialmente procedente para afastar a imposição de penalidades por inexistência da infração.

O autuante, às fls. 80 a 84, informou que a CF/88 que criou o novo Sistema Tributário Nacional determinou no seu art. 34, § 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que se no prazo de 60 dias, contados da sua promulgação, não fosse editada Lei Complementar necessária à instituição do ICMS, os Estados, mediante convênio, deveriam fixar normas provisórias para regular a matéria. Assim, surgiu o Convênio nº 66/88, no que se basearam as leis ordinárias dos Estados. Tal convênio cedeu lugar a nova Lei Complementar do ICMS, que efetivou o mandamento constitucional disposto no art. 155, § 2º, XII, regulando definitivamente o ICMS. A Lei Complementar 87/96, dentre as matérias tratadas, está o Princípio do Destino Físico da Mercadoria (art. 11, I, "d"). Assim, foi editada a Lei nº 7.014/96. A regulamentação da lei ordinária estadual se deu através do Decreto nº 6.284/97, reafirmando o princípio do destino físico da mercadoria nas operações de importação, no art. 47, X e XI, do RICMS/97.

Transcreveu, ainda, o art. 573, incisos I a III e §§ 1º a 11º, do RICMS/97, que trata de importação de mercadorias ou bens destinados fisicamente a unidade federada diversa do domicílio do importador e sua revenda subsequente.

Concluiu ratificando integralmente a autuação.

Esta Junta de Julgamento, em pauta suplementar, deliberou que o processo fosse encaminhado a PROFAZ, em razão das seguintes considerações:

Em 31/05/02, conforme Mandado de Intimação e Citação, foi concedida liminar ao autuado para suspender a exigência do tributo referido e após ser efetuado o depósito do valor do imposto exigido.

No dia 03/06/02, o autuado emitiu a nota fiscal nº 000376, relativa a importação, conforme documento à fl. 26, e na mesma data efetuou o depósito judicial relativo ao tributo correspondente ao fato.

No dia 06/06/02, foi lavrado o Auto de Infração referente a aludida nota fiscal.

Desta forma, esta JJF solicitou emissão de parecer jurídico e que fossem respondidos os quesitos formulados na diligência.

1) Se o imposto não foi recolhido por estar o contribuinte amparado por uma autorização judicial, neste sentido, tendo, inclusive, efetuado depósito judicial do tributo, conforme documento à fl. 67, pode se admitir que ele cometeu uma “infração” ?;

2) Mesmo que o Fisco, para evitar a decadência, efetue o lançamento do imposto, mas a exigibilidade fique suspensa, tal lançamento está sujeito a multa?

3) Em face do depósito judicial efetuado, estando, assim, assegurado o pagamento do tributo, faz sentido o procedimento fiscal?

Em resposta a Procuradoria Fiscal, mediante parecer esclareceu que seu entendimento é de que a suspensão da exigibilidade creditória não impede o Fisco de proceder à constituição do crédito, efetuado, mediante autuação, eis que somente logra interromper a possibilidade de sua cobrança. Transcreveu entendimento do tributarista Hugo de Brito Machado e de decisões jurisprudenciais no mesmo sentido. Assim, no curso da suspensão, a Fazenda Estadual não pode exigir o débito por meio de execução fiscal, não estando impedida de lançá-lo.

Já no tocante a multa por infração, estando o contribuinte acobertado por decisão judicial e tendo efetuado depósito do montante integral do tributo, antes da autuação, a penalidade de multa é indevida, já que a realização do depósito para suspensão da exigibilidade do crédito é uma faculdade legal do devedor.

Respondeu, aquela Procuradoria, individualmente cada quesito formulado, mantendo a autuação.

VOTO

No presente caso, o sujeito passivo em data anterior a lavratura do Termo de Apreensão e do Auto de Infração, efetuou depósito judicial, em 03/06/2002, através de Ação Cautelar Inominada, Processo nº 14.02.9115312, no valor de R\$ 215.910,17.

Esta Junta de Julgamento deliberou que o processo fosse encaminhado a Procuradoria Fiscal, solicitando emissão de parecer jurídico, elaborando quesitos que foram respondidos, conforme abaixo:

Perguntado: 1) Se o imposto não foi recolhido por estar o contribuinte amparado por uma autorização judicial, neste sentido, tendo, inclusive, efetuado depósito judicial do tributo, conforme documento à fl. 67, pode se admitir que ele cometeu uma “infração” ?;

Resposta: “Não, porque, como visto acima, sendo o depósito uma faculdade do credor, a sua realização, no lugar do pagamento do débito, não pode ser caracterizada como ato infracional. Tal não significa, todavia, que a autuação não possa ser efetuada, posto que, muito embora não tenha havido ilicitude, o fato gerador ocorreu e o débito deve ser constituído, sendo esta a principal finalidade do lançamento via autuação.”

Perguntado: 2) Mesmo que o Fisco, para evitar a decadência, efetue o lançamento do imposto, mas a exigibilidade fique suspensa, tal lançamento está sujeito a multa?

Resposta: “Consoante também já explicitado linhas atrás, entendemos que não, dada a inexistência de ilicitude no procedimento adotado pelo Autuado. Este, pois, não deveria ser penalizado.”

Perguntado: 3) Em face do depósito judicial efetuado, estando, assim, assegurado o pagamento do tributo, faz sentido o procedimento fiscal?

Resposta: “Sim, porque há juízes que entendem que o contribuinte pode, a qualquer tempo, requerer o levantamento do depósito efetuado, abrindo mão da suspensão da exigibilidade. Há também outros que sustentam que, vindo o processo a, por qualquer motivo, ser extinto sem julgamento de mérito, não caberia a conversão do depósito em renda, e sim a sua devolução ao contribuinte. Assim, em situações tais, poderíamos nos ver na contingência de ter um débito decaído – já que a decadência não se suspende – sem possibilidade de cobrança e sem qualquer garantia do seu pagamento.”

Esclareceu, ainda, que seu entendimento é de que, neste caso, a suspensão da exigibilidade creditória não impede o Fisco de proceder à constituição do crédito, efetuado, mediante autuação, já que, a suspensão da exigibilidade somente interrompe a possibilidade de sua cobrança por meio de execução fiscal. Que este é também o entendimento do tributarista Hugo de Brito Machado (*in*, “Curso de Direito Tributário”, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 151) e, que existem registros de decisões jurisprudenciais no mesmo sentido, transcrevendo decisões do STJ e do TRF, às fls. 91 a 93 dos autos.

Das peças processuais, verifico que a autuação se deu por falta de recolhimento do ICMS devido sobre importação, relativo a mercadorias procedentes do exterior, no caso do importador ser estabelecimento em outra unidade da Federação e o destino físico das mercadorias ser o Estado da Bahia.

O fato é este. Quanto ao direito aplicável, a matéria está *sub judice*.

Tendo em vista que o autuado efetuou o depósito judicial da quantia em discussão antes da lavratura do presente Auto de Infração e, considerando, que deixou de efetuar o pagamento acobertado por autorização judicial, concordo com o parecer emitido pela Procuradoria Fiscal de que não houve infração, e por conseguinte, não há multa a ser aplicada neste caso.

O procedimento visa, apenas, constituir o crédito tributário, mediante lançamento regular, para evitar sua decadência.

Voto pela PROCEDÊNCIA do lançamento quanto ao tributo, sem imposição de multa.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 207162.0033/02-9, lavrado contra **ALSTON BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto, no valor de **R\$ 201.450,15**, com os acréscimos legais, sem imposição de multa, ficando sobrestada a exigibilidade do crédito tributário até a decisão do Poder Judiciário.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de março de 2004.

CLARICE ANÍZIA MAXIMO MOREIRA – PRESIDENTE-RELATORA

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR