

PROCESSO - A. I. Nº 021057.0031/03-6
RECORRENTE - AIR PRODUCTS BRASIL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JF nº 0328-02/05
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 25/04/2007

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0129-12/07

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. “DRAWBACK”. EXPORTAÇÃO DE PRODUTOS NÃO RESULTANTES DOS INSUMOS IMPORTADOS. As questões levantadas pela defesa são relacionadas à prova material dos fatos atinentes ao “drawback”; a competência para apreciá-las é da receita federal, onde estão sendo discutidas (RICMS, art. 575, § 4º). Caso a empresa logre êxito em seu recurso no que diz respeito aos tributos da União, o desfecho terá repercussão no que concerne ao ICMS. É legítimo o lançamento do imposto estadual, em face da comunicação da SECEX de que não foi cumprida a condição suspensiva, para evitar que, em virtude do decurso do tempo, decaia o direito da fazenda estadual. Quanto à alegação de decadência parcial dos créditos lançados, o Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº 3.956/81), no art. 28, § 1º, em consonância com o art. 173, I, do CTN, prevê que se conta o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. O § 4º do art. 150 do CTN, ao qual se apegue a defesa, aplica-se quando a lei do ente tributante não fixa prazo à homologação. No caso em exame, parte do crédito, aparentemente, já teria sido alcançada pela decadência. No entanto, embora as importações tenham ocorrido em 1998, houve deslocamento do aspecto temporal da norma de incidência por força do regime de “drawback”, pois a isenção do ICMS é condicionada a que seja feita a exportação, pelo importador, do produto resultante da industrialização dos insumos importados (RICMS, art. 575), de modo que o termo inicial do prazo de decadência é o inadimplemento da condição suspensiva. O fisco estadual lançou o imposto quando tomou conhecimento do inadimplemento da condição. Rejeitada, por esses fundamentos, a arguição da decadência. Quanto aos questionamentos acerca da Taxa SELIC, este órgão de julgamento não tem competência para avaliar a constitucionalidade do direito posto. Mantido o lançamento. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATORIO

No presente processo caberá à esta 2ª CJF apreciar o Recurso Voluntário pendente ainda de julgamento, em relação ao item 4 da autuação, que contempla a acusação de “falta de

recolhimento de ICMS na importação de mercadorias com isenção do imposto sob o regime de “drawback”, na modalidade suspensão, em virtude de os produtos exportados não serem resultantes da industrialização dos insumos importados, vinculados ao Ato Concessório de Drawback nº 6-98/000075-0, sendo lançado imposto no valor de R\$180.890,47, com multa de 60%”.

Quanto às demais infrações, as mesmas já foram objeto de julgamento por esta 2ª Câmara, que através do Acórdão nº 0402-12/05. Esta decisão homologou as quantias pagas pelo contribuinte em relação às infrações 1, 2, e 3 e manteve as exclusões efetuadas pela Junta em relação à infração 1, negando provimento ao Recurso de Ofício.

Ocorre que ao proceder o exame do Recurso Voluntário esta 2ª CJF, quanto ao item 4, considerou Prejudicado o apelo empresarial, na suposição de que o sujeito passivo havia reconhecido o débito e parcelado a dívida, com a resultante desistência de discussão da lide na esfera administrativa. Demonstrado o equívoco da Câmara, a Procuradoria Estadual representou ao CONSEF, resultando na anulação da “decisum”, por deliberação unânime.

Resta, portanto, o exame do Recurso Voluntário, adstrito, conforme acima enunciado, ao item 4 da autuação.

A Junta de Julgamento Fiscal ao apreciar o mérito dessa infração exarou o voto a seguir transcrito:

“Quanto ao item 4º, uma vez superada a arguição da decadência, resta analisar as alegações da defesa quanto aos aspectos fáticos. Diz a defesa que haviam sido importados produtos químicos – catalisador de cobalto (NCM 3815.1990) e isopropanol (NCM 2905.1220) –, que constituem insumos necessários para a produção de um produto denominado monoisopropilamina (MIPA – nome comercial). Diz que as importações foram efetuadas com base nas regras do Regime Aduaneiro Especial de Drawback, na modalidade de suspensão, que impõe ao importador a condição de que os produtos importados sejam necessariamente empregados na industrialização de produtos nacionais a serem exportados, e as importações foram devidamente autorizadas pelo Ato Concessório Drawback Suspensão nº 6-98/000075-0, emitido pela Secretaria de Comércio Exterior – SECEX, do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio, em 9/11/98. Argumenta que o fisco federal, ao lavrar o Auto de Infração relativo aos tributos federais e que serviu de fundamento para a lavratura do presente Auto, foi induzido a erro por um equívoco da empresa no preenchimento dos documentos fiscais comprobatórios do Regime de Drawback, por ter indicado erroneamente as exportações no Relatório Unificado de Drawback, tendo em vista que o regime adotado é da modalidade de suspensão do imposto, mas foram indicadas exportações que ocorreram antes da chegada das matérias-primas necessárias à industrialização da MIPA, matérias-primas estas que eram vinculadas a insumos importados anteriormente e regularmente submetidos à tributação. Assegura que esse equívoco formal foi corrigido e foi feita prova na impugnação do Auto de Infração relativo aos impostos federais. Prossegue dizendo que a empresa também havia importado catalisador de cobalto e isopropanol para produção de MIPA e sua ulterior comercialização no mercado externo, só que sem se valer do benefício fiscal previsto no Regime Drawback modalidade suspensão, recolhendo, portanto, todos os impostos devidos nas importações. Diz que a fiscalização [federal], ao verificar o cumprimento das condições estabelecidas para aproveitamento do benefício, fez a checagem das exportações a partir da data da concessão do Regime Aduaneiro de Drawback, sendo que tal verificação deveria ter abrangido um exame completo das operações da empresa, de modo que, se assim tivesse procedido, poderia ter notado que em muitos casos as mercadorias exportadas tiveram seus insumos regularmente tributados no momento do desembarque aduaneiro, já que estavam fora do regime, e também verificaria que a empresa cumpriu totalmente as condições do regime, efetuando ulteriores exportações no volume em que se comprometeu a realizar. Seguem-se considerações em torno da legislação aduaneira. Comenta a forma como a fiscalização apurou o débito, destacando a sua discordância quanto aos critérios seguidos.

Como as questões levantadas são relacionadas à prova material dos fatos atinentes ao “drawback”, a competência para apreciá-las é da receita federal. O RICMS/BA prevê, no § 4º do art. 575, que o tratamento tributário da isenção nas operações de importação sob o regime de “drawback” é condicionado à observância das normas federais, no que couber. O lançamento do ICMS é feito para evitar que, em virtude do decurso do tempo, decaia o direito da fazenda estadual. Evidentemente, tendo a empresa recorrido da decisão das autoridades do fisco federal no que diz respeito ao IPI e ao Imposto sobre a Importação, caso venha a lograr êxito em seu recurso, tal desfecho terá repercussão no que concerne ao ICMS. Porém, por precaução, é legítimo o lançamento do imposto estadual, tendo em vista que, de acordo com a informação prestada pela SECEX, através do Relatório de Comprovação de Drawback, não foi cumprida a condição suspensiva, ficando conseqüentemente prejudicada a isenção prevista no art. 575 do RICMS/BA, tornando-se devido o imposto. Mantenho o lançamento do item 4º”.

No Recurso Voluntário, inicialmente o contribuinte sustenta a existência de questão prejudicial que impõe o sobrestamento do presente processo, tendo em vista a decisão final a ser proferida nos autos do processo administrativo federal que trata do regime especial do “drawback”. Sustenta que a decisão favorável a recorrente repercutirá efeitos diretamente no Auto de Infração ora combatido, independentemente de qualquer questão complementar. Entende cabível a aplicação, no caso em exame, os princípios da eficiência e da economia processual, isto porque a solução da presente lide demanda prova material que será realizada no processo administrativo federal.

Ainda como questão prejudicial, o contribuinte argüiu a decadência do lançamento tributário, invocando a inaplicabilidade do art. 173. I, do CTN. Afirma que o “dies a quo” da contagem do prazo decadencial não poderia ser o dia em que a fiscalização foi informada do suposto não cumprimento das condições estabelecidas para a fruição do regime, pois o prazo decadencial para os tributos sujeitos ao lançamento por homologação, como é o caso do ICMS, encontra-se regulado no art. 150, § 4º, do CTN, que prevê expressamente o prazo de cinco anos contados da ocorrência do fato gerador. Mencionou, na peça recursal, decisões do STJ, para embasar o seu entendimento. Informou que foi cientificada do lançamento de ofício em discussão em 28/12/04, razão pela qual os fatos geradores ocorridos até 28 de dezembro de 1999 foram exigidos após o esgotamento do prazo decadencial. Aponta, que do montante exigido já se encontra caducas as parcelas que totalizam a cifra de R\$ 180.890,47 (tabela, fl. 652).

No mérito, argumenta que não pode prevalecer a Decisão recorrida, vez que para o desenvolvimento de suas atividades industriais e comerciais, a recorrente importou os produtos químicos denominados catalisador de cobalto e isopropanol, ambos insumos necessários para a produção industrial de um terceiro produto, este último denominado Monoisopropalina ou MIPA (nome comercial). Afirma que as importações foram efetuadas com base nas regras do regime aduaneiro especial de “drawback”, que impõe ao importador a condição de que os produtos importados sejam necessariamente empregados na industrialização de produtos nacionais e serem importador (inc. I, do art. 314 do Regulamento Aduaneiro). Declara que a importação foi devidamente autorizada pelo Ato Concessório de nº 6-98/00075-0, emitido pela Secretaria de Comércio Exterior - SECEX, do Ministério da Indústria e Comércio. Entretanto, foi lavrado auto de infração pela Receita Federal para a cobrança dos tributos federais face ao que chamou o recorrente de equívocos no preenchimento dos documentos fiscais comprobatórios do regime de “drawback”, modalidade suspensão, ocasião em que foram indicadas exportações equivocadas, ou seja, aquelas ocorridas antes da chegada das matérias-primas necessárias à industrialização da MIPA, portanto, vinculadas a insumos importados anteriormente e regularmente submetidos à tributação. Disse que esses equívocos formais foram corrigidos e os documentos juntados na impugnação do auto de infração relativo ao IPI e II. Com base no AI lavrado para a cobrança dos impostos federais o Estado formalizou a exigência do ICMS, via lançamento de ofício ora impugnado. Transcreveu dispositivos do Regulamento Aduaneiro, para afirmar que efetivamente a autuação não pode prevalecer, pois a verdade material dos fatos comprova a efetiva exportação

das mercadorias nos exatos termos do Ato de concessão e de seus aditivos, devendo o fisco pautar-se pela verdade dos fatos, nos termos do que estabelecem as regras e princípios que regem o processo administrativo, ressaltando, ainda, que o procedimento do contribuinte não causou qualquer prejuízo ao erário público reivindicando, se for o caso, a aplicação de penalidade por descumprimento de obrigação formal. Aduziu que não obstante todas as razões que conduzem ao cancelamento da autuação, ainda assim, se admitíssemos a ocorrência de infração, os valores apurados pelo fisco estariam incorretos, vez que: (i) considerou imprestáveis as exportações realizadas antes da importação do isopropanol; (ii) excluiu-as do total de exportações indicado no ato concessório e respectivos aditivos, encontrando um determinado “percentual inadimplido” (0,123871); (iii) aplicou esse percentual às importações realizadas para encontrar o volume de insumos importados que não poderiam ter se beneficiado da suspensão. Ressaltou que este raciocínio só poderia ser aplicado ao isopropanol, jamais ao catalisador de cobalto pois este insumo fora importado anteriormente às exportações glosadas.

Por último, postulou pela impossibilidade de aplicação da taxa SELIC sobre o débito tributário, sustentando a ilegalidade flagrante do uso daquele índice, por violação aos princípios da estrita legalidade, idelegabilidade de competência e da segurança jurídica, além das disposições contidas no art. 161, § 1º do CTN e a jurisprudência assente nos tribunais, entre eles, as súmulas do extinto TRF (Tribunal Federal de Recursos). Quanto a esta matéria, a JJF limitou-se a declarar sua incompetência para analisar a “constitucionalidade do direito posto”.

Ao final formulou os seguintes pedidos:

- a) sobrestamento do feito até decisão final na esfera federal dos autos do processo administrativo em curso na Receita Federal;
- b) reforma da decisão “a quo”, na parte recorrida, Para julgar improcedente o Auto de Infração e, por conseguinte, reconhecimento da inexistência do suposto crédito, pelo motivos aduzidos na peça recursal;
- c) reconhecimento do pagamento das infrações 1 a 3.

A Procuradoria Estadual (PGE/PROFIS), às fls. 685 a 689, exarou parecer nos autos. No que concerne à ocorrência de decadência do direito do fisco estadual de constituir o crédito tributário, observou que não assiste razão ao autuado, conforme disposto no art. 173, I, do CTN e no art. 965, inc. I, do RICMS, da forma como foi explicitado no julgamento de 1ª Instância. Da mesma forma, não cabe ao órgão julgador administrativo declarar a inconstitucionalidade de leis, razão pela qual não é cabível afastar a aplicação da taxa SELIC. Quanto ao sobrestamento do presente procedimento administrativo, da mesma forma insubsistente as alegações recursais, porquanto a constituição do crédito tributário, mediante a expedição do auto de infração, é perfeitamente legítima. Sustenta a PGE, que esse ato jurídico tem o condão de evitar os efeitos da decadência, marcando os termos da futura exigibilidade do crédito tributário caso seja reconhecida a ilegalidade do procedimento do contribuinte pelo órgão federal. Coerente com a decisão recorrida, conclui pelo cabimento da autuação fiscal, fazendo remissão à apreciação das provas pela Receita Federal. Ao final, opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

Reconheceu a procedência, na petição recursal, a procedência dos itens 1 a 3, efetuando o respectivo pagamento.

A empresa epigrafada sofreu autuação fiscal em virtude de falta de recolhimento do ICMS, apurado através levantamento quantitativo de estoques; falta de recolhimento do diferencial de alíquota; recolhimento a menos do ICMS na importação; falta de recolhimento do imposto na importação por drawback (infração 4).

O contribuinte foi intimado e apresentou defesa, tendo a douta JJF julgado a autuação parcialmente procedente, reduzindo o valor devido quanto à infração 1, fato que ensejou o encaminhamento do Recurso de Ofício.

O contribuinte apresentou Recurso Voluntário alegando, em síntese, a decadência, a necessidade de sobrestamento do procedimento administrativo fiscal, a legalidade do procedimento de drawback adotado e a inconstitucionalidade da taxa SELIC.

Os autos seguiram para julgamento dos Recursos Voluntário e de Ofício, tendo a d 2ª CJF decidido pela Extinção do processo quanto ao Recurso Voluntário em razão do reconhecimento pelo contribuinte da infração 4, fls. 701 a 704, com o pedido de parcelamento do débito. A Decisão foi fundamentada nas informações prestadas às fls. 699v e 700, que indicavam que não foi dado Provimento ao Recurso de Ofício.

Após Decisão de 2ª Instância, todavia, a repartição de origem do processo informou que o contribuinte não requereu parcelamento do débito relativo a infração 4, (docs. fls 771/772), sugerindo que os autos sejam encaminhados para novo julgamento.

Com isso, a PGE/PROFIS conclui que houve um erro na Decisão que apreciou o Recurso Voluntário, pois não há motivos para considerar o Recurso prejudicado, já que, como informado pela INFAZ de origem, não houve reconhecimento da infração.

Diante do vício insanável constante dos autos, qual seja, a Extinção do contencioso administrativo por reconhecimento do débito, a Procuradoria submete novamente o processo a julgamento, via Representação, para que se restabeleça a legalidade do procedimento, postulando pelo retorno do processo à fase anterior, visando à apreciação do Recurso Voluntário.

VOTO

De início, cabe a homologação do pagamento efetuado pelo contribuinte em relação aos itens 1 a 3 do Auto de Infração, implicando no correspondente reconhecimento da exigência fiscal, conforme declarado pelo próprio contribuinte na peça recursal, nos termos do que foi decidido no Acórdão nº 0402-12/05.

Em relação ao apelo empresarial, resta para exame o item 4 da autuação. Quanto a preliminar de decadência, em conformidade com o entendimento manifestado pelo julgador de 1º grau, não acato a tese defensiva. Aplica-se à lide em exame o art. 173, I, do CTN e não as disposições do § 4º, do art. 150 da Lei Complementar Tributária. Ademais, o § 1º, do art. 28 do Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº 3.951/81), estabelece que o prazo de decadência começa a ser contado a partir do 1º dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser efetuado. No caso vertente, o contribuinte foi intimado em 28/12/04 em relação a fatos ocorridos no exercício de 1999. O “*dies a quo*” do prazo decadencial se verificou em 01/01/2000, encerrando-se em 31/12/04. Portanto, o lançamento foi formalizado dentro prazo legal.

Importante ressaltar que a situação em exame se reveste de características peculiares, pois apesar das importações terem se verificado no exercício de 1998, houve deslocamento do lapso temporal da exigência tributária, visto que o inadimplemento do compromisso assumido pelo contribuinte beneficiário do regime de “drawback”, constitui o momento a partir da qual o fisco poderia efetuar o lançamento para formalizar a cobrança administrativa. Em virtude da condição suspensiva imposta pelo regime não há como se contar o prazo, para efeito do lançamento, a partir das importações, mas tomando por base o descumprimento da condição definida da lei, conforme estabelece o art. 117 do CTN.

Quanto ao pedido de sobrestamento do presente procedimento administrativo não há como se acolher a tese recursal. Em adesão ao parecer da Procuradoria Estadual entendo que a constituição do crédito tributário, mediante a expedição do auto de infração, é perfeitamente legítima, pois esse ato jurídico tem o condão de evitar os efeitos da decadência, marcando os termos da futura exigibilidade do crédito tributário, caso seja reconhecida a ilegalidade do procedimento do contribuinte pelo órgão federal.

No que se refere à taxa SELIC, não pode o órgão julgador administrativo deixar de aplicar o direito posto no ordenamento nem mesmo declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, razão pela qual não é cabível afastar a aplicação da taxa SELIC.

No mérito, as questões levantadas são relacionadas à prova material dos fatos atinentes ao “drawback”, matéria que se encontra em discussão na órbita do fisco federal. Em concordância como o voto do relator de 1ª instância é importante frisar que o RICMS/BA prevê, no § 4º do art. 575, que o tratamento tributário de isenção nas operações de importação sob o regime de “drawback” é condicionado à observância das normas federais, no que couber. O lançamento do ICMS é feito para evitar que, em virtude do decurso do tempo, decaia o direito da fazenda estadual. Evidentemente, tendo a empresa recorrido da decisão das autoridades do fisco federal no que diz respeito ao IPI e ao Imposto sobre a Importação, caso venha a lograr êxito em seu recurso, tal desfecho terá repercussão no que concerne ao ICMS. Porém, por precaução, é legítimo o lançamento do imposto estadual, tendo em vista que, de acordo com a informação prestada pela SECEX, através do Relatório de Comprovação de Drawback, não foi cumprida a condição suspensiva, ficando conseqüentemente, prejudicada a isenção prevista no art. 575 do RICMS/BA, tornando-se devido o imposto. Todavia, sobrevindo decisão favorável ao sujeito passivo na esfera federal, não passível de reforma, poderá o autuado ingressar com pedido no processo administrativo, em qualquer fase que se encontre, ainda que no controle da legalidade a cargo da Procuradoria Estadual, para requerer a declaração de improcedência da presente autuação. Em decorrência, pode a Procuradoria, enquanto não resolvida a questão pendente perante o fisco federal, deixar de proceder à inscrição na Dívida Ativa do débito vinculado à infração nº 4.

Em razão do acima exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter inalterada a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 021057.0031/03-6, lavrado contra **AIR PRODUCTS BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$249.704,90**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$196.727,77 e 70% sobre R\$52.977,13, previstas no art. 42, II, “a” e “f”, e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes, devendo serem homologadas as quantias já pagas, observando, no que se aplica, os benefícios da Lei nº 8.887/03.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros Tolstoi Seara Nolasco, Helcônio de Souza Almeida, Nelson Antonio Daiha Filho e Álvaro Barreto Vieira.

VOTO VENCIDO: Conselheiro Fauze Midlej.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de abril de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ANA CAROLINA ISABELLA MOREIRA – REPR. PGE/PROFIS