

A. I. N º - 020983.0013/07-1
AUTUADO - FAFEN ENERGIA S/A.
AUTUANTE - LUIZ OTAVIO LOPES
ORIGEM - IFMT/METRO
INTERNET - 27. 03. 2008

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0079-01/08

EMENTA: ICMS. IMPORTAÇÃO. RETORNO DE BEM REMETIDO AO EXTERIOR PARA CONSERTO, FORA DO PRAZO LEGAL. ENCERRAMENTO DA FASE DE SUSPENSÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO NO MOMENTO DO DESEMBARAÇO ADUANEIRO. A suspensão da incidência do ICMS, de que cuida o art. 626 do RICMS/BA, é condicionada a que as mercadorias ou bens ou os produtos industrializados resultantes, retornem real ou simbolicamente ao estabelecimento de origem, dentro de 180 dias, contados da data da saída do estabelecimento autor da encomenda, se nesse prazo não for realizada a transmissão de sua propriedade, sendo que esse prazo poderá ser prorrogado até duas vezes, por igual período. Ultrapassado o prazo de 180, sem que haja a prorrogação, fica encerrada a fase de suspensão, devendo, no caso de retorno da mercadoria ou o produto após o encerramento da suspensão, ser recolhido o ICMS no desembaraçado aduaneiro. Ficou demonstrado que o autuado não solicitou a prorrogação e não recolheu o imposto no retorno do produto. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 31/08/2007, atribui ao sujeito passivo a falta de recolhimento do ICMS, no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas, no valor de R\$ 796.361,09, cujo importador é estabelecido no Estado da Bahia.

Consta que o contribuinte exportou com prazo determinado para retorno do equipamento, mas não solicitou à SEFAZ-BA a prorrogação do prazo da suspensão do ICMS, conforme preceitua o art. 626, §2º do RICMS-BA.

O autuado apresentou defesa tempestiva, às fls. 29 a 42, alegando que realizou exportação temporária em 28/12/2006, com a finalidade de reparo, de um Motor para Turbina, destinado à empresa Rolls Royce Pwer Engieneering PLC, no Reino Unido, para execução dos aludidos reparos.

Concluídos os serviços retornou o bem consertado em 19/06/2007, sendo desembaraçado em 01/08/2007. Assevera que, neste momento, em razão do valor agregado pelo reparo efetuado, o autuado efetuou o devido recolhimento do ICMS incidente sobre tal parcela, bem como solicitou a competente Guia de Liberação de Mercadorias GLME N° 200711474.

Relata que a referida solicitação foi negada pela SEFAZ, sob o argumento de que não houve a prorrogação do prazo da suspensão, conforme o art. 626, §2º do RICMS/BA, uma vez que tal prazo teria vencido. Assim, segundo ele, o auto de infração foi lavrado para exigir a falta de

recolhimento do ICMS no momento do desembarque aduaneiro de mercadoria importada, cujo importador seja estabelecido no Estado da Bahia.

Entende o autuado que atendeu ao dispositivo regulamentar que exigia o retorno em 180 dias, haja vista que o retorno do bem exportado iniciou-se em 19/06/2007, conforme data da emissão da nota fiscal do remetente, já que a exportação temporária efetuada por ele ocorreu em 27/12/2006. Razão inclusive, conforme seu entendimento, pela qual o auto de infração não foi lavrado com base no inciso III, §3º do art. 626 do RICMS/BA.

O autuado entende que o autuante enquadrhou a infração no inciso I, §3º do art. 626 do RICMS/BA, em virtude de um lapso na interpretação do dispositivo em questão.

Argumentou que, em função do enquadramento legal, o autuado deveria observar a necessidade de efetuar o retorno do bem no prazo de 180 dias, o que, segundo ele, aconteceu com a saída dos bens do estabelecimento prestador dos serviços no dia 19/06/2007.

Conforme sua interpretação deveria, ainda, efetivamente dar entrada em seu estabelecimento do bem, demonstrando a efetividade da operação de reparo e que nenhum desvio ocorreu. Condição esta, segundo o autuado, que foi adimplida com recebimento dos bens em 01/08/2007.

Lembra que a Constituição Federal conferiu à União competência privativa para legislar sobre comércio exterior, conforme art. 22, VIII.

Argumenta que ao ensejar a cobrança de tributo sobre a importação de bem já nacionalizado por irreal descumprimento de legislação estadual, criou-se, neste Auto de Infração, uma nova e equivocada hipótese de incidência tributária, extrapolando os limites impostos a ele constitucionalmente.

Como se sabe, continua o impugnante, o bem em questão já havia sido importado no passado, de modo que já faz parte da economia nacional.

Assevera que, ao adquirir o bem em questão, já arcou com toda a tributação incidente na operação de importação e que, da mesma forma, quando viu a necessidade de efetuar reparos neste bem, arcou com o imposto incidente sobre o valor agregado por tal operação, na forma da lei.

Entende que não se justifica, contudo, que a Autuado suporte novo ICMS incidente sobre o valor total do bem, na medida em que implicaria na cobrança de ICMS sem o respectivo lastro econômico, em nítida ofensa ao princípio da capacidade contributiva.

Aduz que, situação idêntica à pretensão fiscal ora impugnada é vivenciada pela União com relação ao Imposto sobre Importação (II) e sua relação com a Exportação Temporária. A União, por meio do art. 93 do Decreto-Lei nº 37, de 18 de novembro de 1966, que dispõe:

“Art 93. Considerar-se-á estrangeira, para efeito de incidência do imposto, a mercadoria nacional ou nacionalizada reimportada, quando houver sido exportada sem observância das condições deste artigo.”

Afirma que as condições as quais se refere o mencionado artigo também fazem menção ao prazo de retorno do bem exportado temporariamente. Entretanto, o artigo 93 do referido Decreto-Lei está com sua execução suspensa por força da Resolução nº. 436/87 do Senado Federal.

Ademais, segundo ele, a jurisprudência tem se manifestado favoravelmente aos realizadores de exportações temporárias, ainda que eles tenham eventualmente perdido o prazo para interposição de pedido de prorrogação do período. Passando a apresentar os acórdãos CSRF/03-02.748, 303-3-797 e 301-33.733 do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Ao argumentar ofensa ao Princípio da Razoabilidade, afirma que o Auto de Infração pretende a cobrança do ICMS com base apenas no vencimento do prazo de 180 dias para retorno do bem

remetido para conserto com suspensão do ICMS, tivesse realmente deixado de observar tal prazo, é evidente que se trataria de um mero atraso de alguns dias, algo que não modifica a natureza da operação em questão, consubstanciando verdadeiro excesso a cobrança em questão, o que é vedado.

Conclui que a presente cobrança de imposto não procede, também, por ofensa ao princípio da razoabilidade. Segundo ele, esta é a posição do Colendo STJ expressada em casos análogos, que passou a transcrevê-los.

Assevera que não é só a cobrança do imposto que está em desacordo com o aludido primado constitucional, pois a multa no patamar em que foi estipulada também contraria o primado não confisco.

Lembra que o Supremo Tribunal Federal já decidiu que: “a multa excessiva, de feição confiscatória, deve ser reduzida a proporções razoáveis”.

Assim, conclui que deve ser cancelada a penalidade aplicada ou, caso não entenda possível, pede que a multa seja relevada, aplicando-se a equidade, consoante autorizado no artigo 108, inciso IV, do artigo 112, ambos do Código Tributário Nacional, a fim de que seja, ao menos, reduzida.

Pede, por fim, que seja cancelado e arquivado o presente processo.

O autuante, às fls. 62 a 65 dos autos, apresenta a informação fiscal, afirmando que se fundamenta, entre outros, no art. 26, inciso I e VI, art 28, IV e VI, todos do Processo Administrativo Fiscal - Dec. 7.629/99 que regulamentou a Lei 3.996/81, alterada pela Lei 7.438/99.

A ação fiscal encontra amparo nos artigos 1º, inciso I, § 2º, , inciso V, art. 2º, inciso XI, art. 36, §1º, inciso II, c/c o art. 626, §2º e 3º, inciso II, §4º, inciso II, todos do RICMS/BA, Dec. 6.284/97.

Assevera que a empresa exportou o equipamento para conserto em 28/12/2006, conforme RE nº 06/704748-001, através da nota fiscal de saída nº 1026, emitida em 27/12/2006. A mercadoria (motor) retornou ao estabelecimento de origem, em 01/08/2007, conforme DI 07/1016908-8. Conclui, assim, que a mercadoria retornou depois de mais de 08 (oito) meses, ultrapassando e muito os 180 dias.

Afirma que a empresa não pediu a prorrogação do prazo na inspetoria da sua jurisdição (na SEFAZ), corno determina a legislação.

Entende que o art. 626, §2º do RICMS/Ba., é muito claro; “A suspensão prevista neste artigo é condicionada a que as mercadorias ou bens retornem real ou simbolicamente ao estabelecimento de origem, dentro de 180 dias, contados da data da saída, se neste prazo não for realizada a transmissão de sua propriedade, sendo que esse prazo poderá ser prorrogado duas vezes, por igual período, em face de requerimento escrito do interessado, dirigido à repartição fiscal a que estiver vinculado”.

Afirma que o §3º do art. 626 diz que “Considera-se encerrada a fase de suspensão da incidência do imposto com a verificação de qualquer das seguintes situações, e seu inciso III, complementa” o não atendimento da condição de retorno, no prazo regulamentar. Sendo que o §4º do mesmo artigo, determina que “Decorrido o prazo estipulado no §2º, salvo prorrogação autorizada pelo fisco, sem que ocorra a transmissão da propriedade ou o retorno das mercadorias ou bens ou dos produtos industrializados ao estabelecimento de origem, real ou simbólica, complementado pelo seu inciso II, que diz “caso venha ocorrer o retorno das mercadorias ou bens do exterior aos o evento que cuida este parágrafo, será exigido o imposto no desembarço aduaneiro”.

O autuante observa que o contribuinte não pediu a prorrogação do prazo em tempo hábil na Receita Federal, só o fazendo posteriormente, razão pela qual a Receita concedeu , em caráter especial, uma prorrogação determinando um novo prazo com vencimento em 03/08/2007. Este

prazo, segundo o autuante, também foi ultrapassado, conforme demonstra o documento a fl. 23 do PAF.

Em relação às multas, faz alusão ao que dispõe o §1º do art. 911 do RICMS/BA e complementa afirmando que a multa aplicada, inclusive, é uma das mais baixas.

VOTO

O Auto de Infração em questão, atribui ao sujeito passivo a falta de recolhimento do ICMS, no momento do desembaraço aduaneiro, de mercadorias importadas, cujo importador seja estabelecido no Estado da Bahia.

Conforme ficou apurado o autuado exportou o equipamento para conserto em 28/12/2006, conforme RE nº 06/704748-001, através da nota fiscal de saída nº 1026, emitida em 27/12/2006. A mercadoria (motor) retornou ao estabelecimento de origem, em 01/08/2007, conforme DI 07/1016908-8. Foi, portanto, ultrapassado em mais de 30 dias o prazo da suspensão de incidência do ICMS, que é de 180 dias, para estes casos, e o autuado não solicitou à SEFAZ-BA a sua prorrogação, nos termos do §2º do art. 626 do RICMS/BA.

Estes fatos foram narrados pelo autuante, com detalhes, no corpo do auto de infração, especificamente, no campo “Descrição dos Fatos”.

Vejamos o que o RICMS/BA, que regulamenta a Lei 7014/96, determina:

“Art. 626. É suspensa a incidência do ICMS nas saídas, para o exterior, de mercadorias ou bens remetidos para industrialização, conserto, restauração, recondicionamento ou beneficiamento, quando desembaraçados sob o regime de exportação temporária, bem como nos respectivos retornos, sendo que, no recebimento do produto, por ocasião do desembaraço aduaneiro, será efetuado o recolhimento do imposto sobre o valor acrescido.

....

§ 2º A suspensão de que cuida este artigo é condicionada a que as mercadorias ou bens ou os produtos industrializados resultantes retornem real ou simbolicamente ao estabelecimento de origem, dentro de 180 dias, contados da data da saída do estabelecimento autor da encomenda, se nesse prazo não for realizada a transmissão de sua propriedade, sendo que esse prazo poderá ser prorrogado até duas vezes, por igual período, em face de requerimento escrito do interessado, dirigido à repartição fiscal a que estiver vinculado.

§ 3º Considera-se encerrada a fase de suspensão da incidência do imposto, com a verificação de qualquer das seguintes situações:

I - o recebimento em retorno real ou simbólico da mercadoria ou bem ou dos produtos resultantes ao estabelecimento de origem;

II - a transmissão da propriedade da mercadoria ou bem ou dos produtos resultantes da industrialização, pelo autor da encomenda, estando ainda em poder do industrializador;

III - o não atendimento da condição de retorno, no prazo regulamentar.

§ 4º Decorrido o prazo estipulado no § 2º, salvo prorrogação autorizada pelo fisco, sem que ocorra a transmissão da propriedade ou o retorno das mercadorias ou bens ou dos produtos industrializados ao estabelecimento de origem, real ou simbólico:

I - a saída será considerada definitiva, sem incidência, porém, do imposto;

II - caso venha a ocorrer o retorno das mercadorias ou bens do exterior após o evento de que cuida este parágrafo, será exigido o imposto no desembaraço aduaneiro, tomando-se como base de cálculo a prevista no art. 58.”

Conforme já mencionado, ficou confirmado que o retorno do bem (motor) - que saiu com suspensão do ICMS de 180 dias, para conserto em outro país - só ocorreu com mais de 210 dias,

sem que tenha o autuado pedido prorrogação do prazo a que alude a citada legislação. Cabe observar, que não tem acolhimento a argüição do autuado de que o retorno do bem teve início em 19/06/2007, portanto, obedecida ao prazo estabelecido, uma vez que não é o que dispõe o §2º do art. 626 do RICMS/BA. Na verdade, é de claro o entendimento de que, os aludidos dispositivos, se referem ao efetivo retorno do bem ao estabelecimento de origem. Não fosse esse o entendimento não haveria um prazo para que os bens retornassem, pois desde que o início da saída para retorno não ultrapassasse os 180 dias, ficaria definitivamente em aberto o prazo para o efetivo reingresso do bem no estabelecimento de origem.

Segue a análise dos dispositivos regulamentares que disciplinam a presente operação, juntamente com as providências ou falta delas, adotadas pelo autuado.

Com observância do caso em tela, o “caput” do art. 626, garante a suspensão da incidência do ICMS nas saídas, conserto, sendo que, no recebimento do produto, por ocasião do desembaraço aduaneiro, será efetuado o recolhimento do imposto sobre o valor acrescido. Ficou demonstrado que o bem saiu com suspensão do ICMS, destinado à Rolls Royce Pwer Engieneering PLC, no Reino Unido, para execução dos aludidos reparos.

O § 2º do art. 626, condiciona a concessão da suspensão ao retorno do bem, dentro de 180 dias contados da data da saída do estabelecimento autor da encomenda, se nesse prazo não for realizada a transmissão de sua propriedade, sendo que esse prazo poderá ser prorrogado até duas vezes, por igual período, em face de requerimento escrito do interessado, dirigido à repartição fiscal a que estiver vinculado. O autuado ultrapassou os 180 dias e não solicitou a mencionada prorrogação do prazo.

O inciso III, § 3º do mesmo art. 626, determina que se considera encerrada a fase de suspensão da incidência do imposto, o não atendimento da condição de retorno, no prazo regulamentar. Ficou evidenciado, conforme item anterior, que o autuado não atendeu à condição de retorno no prazo estabelecido, encerrando, portanto, a fase de diferimento.

Vem, por fim, o inciso II do § 4º, também do mesmo artigo, e fixa a exigência de que, decorrido o prazo estipulado no § 2º, salvo prorrogação autorizada pelo fisco, sem que ocorra a transmissão da propriedade ou o retorno das mercadorias ou bens ou dos produtos industrializados ao estabelecimento de origem, real ou simbólico, caso venha a ocorrer o retorno das mercadorias ou bens do exterior após o evento de que cuida este parágrafo, será exigido o imposto no desembaraço aduaneiro. Quanto a este dispositivo, o prazo estipulado no §2º, que é de 180 dias, foi ultrapassado pelo autuado, não houve a prorrogação do mesmo, não houve, dentro do aludido prazo o retorno do bem nem a transmissão de sua propriedade, só ocorrendo o referido retorno ao estabelecimento de origem após os 180 dias, o que resultou, como dispõe o citado inciso, na exigência do imposto no momento do desembaraço aduaneiro, conforme efetuou autuante, no presente Auto de Infração.

Não há como aproveitar o pedido de prorrogação do benefício do regime aduaneiro de Exportação Temporária para Aperfeiçoamento do Passivo, concedido pela Receita Federal, haja vista que, além de ter sido concedido de forma excepcional, pois o autuado efetuou o aludido pedido de prorrogação após a expiração do prazo concedido pela Legislação Tributária Federal, a Legislação Tributária deste Estado não encerra o benefício de suspensão da incidência do ICMS com base no encerramento do benefício concedido pelo citado órgão Federal, como também não baliza a sua prorrogação com base no que dispõe aquela legislação, uma vez que legisla dentro da competência que lhe foi concedida pela Constituição Federal, amparado nos controles necessários, peculiares ao ICMS, com vistas à garantia do crédito tributário.

Quanto à alegada falta de indicação, por parte do autuante, do inciso III, §3º do art. 626 do RICMS/BA, a descrição detalhada dos fatos, alinhada no corpo do Auto de Infração, bem como a

citação do inciso II do §4º do mesmo artigo e regulamento, dispensa, ou ainda, não traz nenhum prejuízo ao enquadramento legal da infração, ou mesmo ao entendimento da imputação foi atribuída ao sujeito passivo.

A alegação de impossibilidade da cobrança do imposto não é cabível, visto que a suspensão da incidência do ICMS, concedida na saída do bem para outro país, destinada a conserto é condicionada a um prazo de retorno, este prazo não foi atendido, e, sendo assim, foi encerrada a aludida suspensão, com a exigência do imposto sobre o valor do bem, que retornou fora do prazo, no qual estava amparado pela já mencionado benefício.

Quanto à argüição de que a multa aplicada têm caráter confiscatório, é importante lembrar que, apesar de não ter sido expressamente citado, o art. 150, IV da CF, que ampara esta interpretação, é dirigido ao legislador, o qual não pode criar tributo excessivamente oneroso, expropriatório do patrimônio ou da renda. Alinho meu entendimento ao da Professora Mizabel Derzi, em notas de revisão da obra de Aliomar Baleeiro, “Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar”, 7º edição, à fl. 519, quando afirma que o referido dispositivo constitucional não impede, entretanto, a aplicação de sanções e execuções de créditos. Não se pode abrigar no princípio que veda utilizar tributo com efeito de confisco o contribuinte omisso.

No presente caso não há competência deste órgão julgador para, em nome do princípio da razoabilidade, ou mesmo da proporcionalidade, mitigar ou mesmo deixar de aplicar disposição expressa da Legislação Tributária Estadual, assim como não lhe compete afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual, bem como não lhe cabe decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, não só em relação ao que dispõe o art. 626, do RICMS/BA, como em relação à aplicação das aludidas multas (sob a alegação de que são confiscatórias), em conformidade com o art. 167 do RPAF/BA.

Já em relação ao pedido de redução da multa, que o autuado alega ser autorizada no artigo 108, inciso IV, e no artigo 112, ambos do Código Tributário Nacional, cabe ressaltar que, na esfera administrativa, apenas a Câmara Superior, deste CONSEF, pode apreciar o aludido pedido, bem como decidir sobre o seu acolhimento ou não, na forma do art. 156 do RPAF/BA.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 020983.0013/07-1, lavrado contra **FAFEN ENERGIA S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 796.361,09**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões CONSEF, 12 de março de 2008.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR