

A. I. Nº. - 279116.1192/07-5
AUTUADO - TECELAGEM DE SISAL DA BAHIA INDÚSTRIA COMÉRCIO EXPORTAÇÃO
AUTUANTE - ROGÉRIO ALMEIDA SANTOS
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
INTERNET - 03. 03. 2009

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0024-01/09

EMENTA: ICMS. 1. IMPORTAÇÃO. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS NO EXTERIOR, DESTINADAS AO ATIVO IMOBILIZADO, COM APLICAÇÃO DO DIFERIMENTO DO IMPOSTO. FALTA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITOS LEGAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Quando a fruição ou o reconhecimento do benefício fiscal depende de condição, não sendo esta satisfeita, o tributo considera-se devido no momento em que houver ocorrido a operação ou prestação sob condição. Infração caracterizada. 2. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DMA. DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS. MULTA. Infração reconhecida. Não acolhida a arguição de decadência e indeferido o pedido de realização de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do Auto de Infração em lide, lavrado em 25/06/2008, foi constituído o crédito tributário, representando ICMS no valor de R\$109.821,69 e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$140,00, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes infrações:

01 – deixou de recolher o ICMS devido pelas importações tributadas realizadas pelo estabelecimento no mês de fevereiro de 2003, sendo exigido o imposto no valor de R\$109.821,69, acrescido da multa de 60%, conforme Planilha nº. 01 (fl. 10).

02 – declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da DMA (declaração e apuração mensal do ICMS), no mês de janeiro de 2003, sendo aplicada a multa de R\$140,00.

O autuado, por meio de advogados legalmente constituídos, apresentou impugnação às fls. 37 a 47, inicialmente informando que contesta a infração 01 e por essa razão informa que estaria providenciando o recolhimento do valor remanescente.

Registra que a acusação fiscal decorrente dessa infração é um tanto contraditória, pois aponta o art. 343, inciso XLVIII do RICMS, que regula o regime do diferimento do ICMS, especificamente o fato gerador como sendo “o momento em que ocorrer a sua desincorporação”, porém faz a exigência do imposto indicando como data de vencimento aquela concernente à emissão da nota fiscal relativa à importação.

Realça que para ser coerente, ao formalizar a exigência o autuante deveria ter apontado a data precisa da suposta desincorporação dos bens importados (que até hoje não ocorreu, o que poderá ser confirmado por diligência) para compor o ativo permanente do impugnante, uma vez que é esse o fato gerador previsto pela legislação citada como fundamentação legal para a infração.

Afirma que se trata de importação dos seguintes bens: passadeira NCM 8445.90.20, teares NCM 8446.21.00, bobinadeiras NCM 8445.40.18 e fiandeiras NCM 8445.20.00, bens que se destinam a integrar o ativo permanente do autuado, para ampliar sua planta de produção, conforme se conclui da nota fiscal correspondente (Doc. 02 – fl. 53). Entende que por essa razão esses bens não estão sujeitos ao

pagamento do imposto no ato do desembaraço aduaneiro, por gozarem de diferimento, de acordo com o art. 343, inciso XLVIII do RICMS, que transcreveu.

Conclui que tendo em vista que os bens importados permanecem no seu ativo imobilizado, não há que se falar em fato gerador do ICMS pela importação, haja vista que essa obrigação só surgirá quando da sua desincorporação. Argúi se fazer necessária a realização de diligência, para que se comprove que os referidos bens permanecem incorporados ao ativo fixo do autuado.

Assim, não tendo ocorrido o fato gerador do ICMS, não ocorreu nenhuma infração e, por consequência, não existe débito. Contudo, caso a Junta de Julgamento conclua que o fato gerador se deu quando do desembaraço aduaneiro, ressalta que o débito em questão se encontra alcançado pela decadência, conforme passou a demonstrar. Alega que através do presente Auto de Infração foi constituído um crédito referente à suposta ausência de recolhimento de ICMS, sendo este um tributo sujeito ao lançamento por homologação, em relação a fato gerador que teria ocorrido em 19.02.2003.

Ressalta que neste caso o marco temporal que daria origem ao nascimento da obrigação tributária encontra-se precisamente identificado, de forma que o lançamento de ofício poderia ter ocorrido já naquele instante. Não é o caso de se apurar a ocorrência da decadência em relação ao ICMS “corrente” do contribuinte, que este Conselho comumente aplica o art. 965, inciso I do RICMS/BA, que coincide com o art. 173, inciso I do CTN (Código Tributário Nacional), mas a do transcrito art. 150, § 4º do CTN.

Afiança que esse é o entendimento no âmbito do STJ (Superior Tribunal de Justiça), cujos mais recentes acórdãos estabelecem a distinção entre o direito de rever a constituição do crédito feita pelo contribuinte (art. 150, § 4º) e o direito de constituir o crédito tributário (art. 173, I), afirmando que nos tributos cujo lançamento se faz por homologação, havendo pagamento antecipado, conta-se o prazo decadencial a partir da ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN). Nesse sentido, transcreve as ementas relativas aos processos de nº.s 101.407-SP e 733915-SP.

Argumenta que não houve pagamento antecipado porque o autuado gozou do diferimento do ICMS, não tendo sido dita uma palavra sequer contra a fruição desse benefício, expressamente previsto no RICMS/BA, de forma que a situação fática perfeitamente se ajusta na decadência prevista pelo art. 150, § 4º do CTN, que remete ao fato gerador do tributo.

Lembra que já é pacífico o entendimento de que o ICMS relativo às mercadorias importadas é devido, em regra, no ato do desembaraço aduaneiro, entendimento consolidado pela Súmula nº. 661 do STF, que assim dispõe: *“Na entrada de mercadoria importada do exterior, é legítima a cobrança do ICMS por ocasião do desembaraço aduaneiro”*.

Registra que é dever do próprio agente do fisco exigir a comprovação do pagamento para concluir o desembaraço, sob pena de retenção da mercadoria importada, como vem se manifestando a doutrina e a jurisprudência.

Assevera que tendo em vista que o fato tido como gerador pelo autuante corresponde ao dia da ocorrência do desembaraço aduaneiro, ocorrido em 19.02.2003, confirma-se a ocorrência da decadência, pois o contribuinte somente tomou ciência da fiscalização em 26/06/2008, ultrapassando-se o prazo de cinco anos. Acrescenta que este CONSEF, por meio de sua 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, já registrou o momento do fato gerador do ICMS, conforme trecho do Acórdão CJE nº. 0104-12/08 que reproduziu: *“3. IMPORTAÇÃO... No momento do desembaraço aduaneiro de mercadoria ou de bem importado do exterior ocorre o fato gerador do ICMS.”*

Conclui não restar dúvida de que se preservada a autuação mesmo sem que o Auditor Fiscal tenha demonstrado qualquer óbice à fruição do diferimento previsto no RICMS/BA, conforme consignado na nota fiscal, deve ser reconhecida a decadência do direito de rever o lançamento no prazo de cinco anos, na forma do § 4º do art. 150 do CTN.

Pugna pela nulidade do Auto de Infração, pela flagrante omissão do autuante em apontar qualquer hipótese para descon sideração do diferimento do ICMS, ou mesmo pela sua improcedência, pela inexistência do fato gerador consubstanciado na desincorporação dos bens importados, não podendo ser esquecida a decadência, no caso de improvável persistência da cobrança.

Reitera o pedido de diligência fiscal em seu estabelecimento, caso necessário, a fim de se verificar a ino corrência do fato gerador do tributo lançado na infração 01, uma vez que todos os bens importados ainda permanecem integrando o seu ativo permanente.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 71 a 73, quando se utilizou dos seguintes dispositivos do RICMS/97:

- a) artigos 1º, inciso V e 2º, inciso XI, que tratam sobre a ocorrência do fato gerador do ICMS na entrada de mercadorias ou bens importados do exterior;
- b) o inciso XLVIII do art. 343, que versa a respeito do diferimento nas importações de equipamentos destinados ao ativo imobilizado de estabelecimentos industriais, assim como suas alíneas “a”, item 4 e “c”, que versam sobre condições a serem atendidas para a fruição do benefício;
- c) o art. 11 e seu parágrafo único, que estabelecem o momento em que será considerado devido o tributo, bem como os demais encargos, nos casos em que uma condição para o reconhecimento de um benefício não for satisfeita.

Argumenta que no presente caso não foi atendido o disposto no art. 343, inciso XLVIII, alínea “c” (efeitos de 04/03/1998 a 06/05/2003), condição necessária para a utilização do diferimento, uma vez que a legislação exigia declaração firmada pelo contribuinte de que os bens se destinavam exclusivamente à implantação, ampliação ou automação da planta de produção, o que não ocorreu.

Tratando a respeito da arguição de decadência, frisa que a hipótese contida no art. 150, § 4º do CTN somente ocorreria se a lei não fixasse prazo, o que não ocorreu, em função da disposição existente no art. 965, inciso I do RICMS/97, razão pela qual não se pode falar em decadência, o que somente ocorreria em 31/12/2008.

Opina pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

Observo que o autuado suscitou a decadência do crédito tributário, no que se refere à infração 01, sob o entendimento de que tendo em vista que a data de ocorrência se dera em 19/02/2003, teriam se passado mais de cinco anos até a data da ciência do Auto de Infração, que se registrara em 25/06/2008. Constatado que essa alegação se baseou no entendimento de que a contagem do prazo para constituição do crédito tributário por parte da Fazenda Pública, nesse caso, deveria se iniciar na data de vencimento do imposto devido. Entendo razão não assisti-lo. Em primeiro lugar, as regras do art. 173, inciso I do CTN, que são as mesmas previstas no art. 107-A, inciso I do Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº. 3.956/81) e no art. 965, inciso I do RICMS/97, prevêm que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Acrescento que no caso presente não houve pagamento do tributo por parte do contribuinte e nessa situação conforme consta na ementa referente ao processo de nº. 101.407-SP transcrita pelo próprio impugnante, deve ser observada a regra do art. 173, inciso I do CTN: “*Se o pagamento do tributo não for antecipado, já não será o caso de lançamento por homologação, hipótese em que a constituição do crédito tributário deverá observar o disposto no artigo 173, I, do Código Tributário Nacional.*”.

Em segundo lugar, a incidência da regra do art. 150, § 4º do CTN, sugerida pelo impugnante, diz respeito às situações nas quais a lei do ente tributante não fixa prazo à homologação, o que não vem a ser a presente situação, conforme explicitado acima. No caso desta lide, o prazo para a contagem referente ao período objeto do questionamento se iniciou em 01/01/2004, com prazo final em

31/12/2008. Como a ação fiscal se iniciou em 25/04/2004, data de emissão do Termo de Início de Fiscalização e o lançamento ocorreu em 25/06/2008, não há o que se falar em decadência. Na presente situação como o impugnante deixou de recolher o imposto devido no momento regularmente previsto, a fiscalização, de forma acertada, efetuou o lançamento correspondente.

Ressalto, ainda, que tem sido esse o entendimento deste CONSEF em reiteradas decisões, a exemplo dos Acórdãos CJF nºs 0113/12-05, 0102/12-05 e 0004-11/06, sendo que, deste último, transcrevo parte do voto do ilustre relator Fernando Antônio Brito de Araújo:

“Inicialmente rejeito a preliminar de decadência do direito da Fazenda Pública do Estado da Bahia de constituir os créditos tributários relativos ao período de janeiro a junho de 1999, visto que o artigo 965 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, prevê que o aludido direito extingue-se no prazo de cinco anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. No caso concreto, o citado prazo iniciou-se em 1º de janeiro de 2000 e seu termo ocorreu em 31 de dezembro de 2004, sendo que o Auto de Infração foi lavrado em 29 de junho de 2004, portanto antes de operar a decadência.”

Em reforço ao entendimento aqui apresentado, saliento que em outras decisões mais recentes, a exemplo do Acórdão CJF nº. 0009-12/08, de cujo voto do insigne relator Nelson Antonio Daiha Filho transcrevo um trecho, este Conselho de Fazenda continua mantendo o mesmo juízo a respeito dessa discussão:

“Inicialmente, passarei a enfrentar o Recurso Voluntário interposto pelo recorrente, em especial quanto à preliminar de decadência reiterada pelo sujeito passivo em segunda instância.

Rejeito a referida preliminar.

Este CONSEF tem firmado cristalinamente o entendimento de que o caso em apreço se refere a lançamento de ofício, devendo, por tal razão, ser cumprido o quanto disposto no art. 107-A, I do COTEB, instituído pela Lei nº 3.956/81, que em sua essência transcreve o art. 173, I do CTN, e estabelece o prazo de decadência de 5 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Ademais, como ressaltado no primeiro Parecer emitido pela Douta PGE/PROFIS, o STJ, através do Resp 63.529-2/PR, dentre outros julgados, vem decidindo nessa diretiva, sem prejuízo do fato de que o COTEB prevê em seu art. 28, de forma expressa, um prazo diferenciado, razão pela qual deve ser rechaçada a preliminar suscitada pelo autuado.”

Constato que através da presente autuação foi atribuído ao sujeito passivo o cometimento de duas infrações, tendo o impugnante reconhecido expressamente a infração 02, que se referiu à declaração incorreta de dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da DMA, tendo, inclusive, afirmado que efetuará o pagamento do débito correspondente. Ressalto que a exigência fiscal constante desse item do lançamento está devidamente fundamentada em expressa disposição legal, estando embasada no RICMS/97 e na Lei nº 7.014/96, constando dos autos a comprovação de que o contribuinte incorreu na prática da irregularidade que lhe foi atribuída. Portanto, a infração 02 fica mantida integralmente.

No que diz respeito à infração 01, que decorreu da falta de recolhimento do ICMS devido pela importação de equipamentos destinados ao ativo imobilizado do estabelecimento, vejo que o autuado não trouxe ao processo nenhuma prova quanto ao atendimento das condições estabelecidas no art. 343, inciso XLVIII, alíneas “a”, item 3 e “c” do RICMS/97, vigentes à época do fato gerador, para que fosse utilizado o benefício do diferimento. Para um melhor entendimento, apresento tais dispositivos em seguida:

“Art. 343. É diferido o lançamento do ICMS incidente:

XLVIII - nos recebimentos, do exterior, de máquinas e equipamentos importados diretamente por estabelecimentos industriais ou agropecuários localizados neste Estado, destinados ao seu ativo imobilizado, para o momento em que ocorrer a sua desincorporação, observado o seguinte: (efeitos de 01/01/01 a 06/05/03):

a) a fruição do benefício dependerá de que sejam atendidas, cumulativamente, as seguintes condições: (efeitos até 06/05/03):)

...

3. os bens se destinem à implantação ou ampliação da planta de produção, inclusive sua automação; (efeitos de 04/03/98 a 06/05/03);

...

c) o interessado deverá firmar declaração no sentido de que os bens se destinam a utilização exclusiva na implantação, ampliação ou automação da planta de produção, conforme o caso. (efeitos de 04/03/98 a 06/05/03)”

Registro que apesar de a legislação não determinar que a declaração firmada pelo contribuinte para concessão do benefício tinha que ser feita de forma antecipada, o fato é que o autuado também não comprovou que adotou tal procedimento posteriormente. Nessas condições, conforme dispõe o art. 11, do mesmo diploma regulamentar, quando a fruição ou o reconhecimento do benefício fiscal depender de condição, não sendo esta satisfeita, o tributo considera-se devido no momento em que houver ocorrido a operação ou prestação sob condição.

A presente questão, conforme se infere da disposição legal acima reportada, não se trata de análise subjetiva acerca das circunstâncias em que ocorreram os fatos, uma vez que o RICMS/97 em seu artigo 343 trata especificamente das exigências que devem expressamente ser atendidas nas operações com diferimento.

Quanto à argumentação defensiva de que ocorrera contradição na acusação, por mencionar o dispositivo do RICMS/BA que versa sobre o diferimento do pagamento do imposto para o momento em que ocorrer a desincorporação dos equipamentos, porém apontar como data de vencimento aquela concernente à emissão da nota fiscal relativa à importação, saliento que a imputação, conforme já explicitado, decorreu do fato de não terem sido atendidas as condições necessárias à fruição do aludido benefício, razão pela qual passou a ser exigido o pagamento do tributo correspondente à importação dos bens, no momento em que ocorreu a operação.

Assim, tendo em vista a inexistência nos autos de elementos que comprovem o atendimento por parte do autuado da exigência imprescindível para a fruição do diferimento nas importações ora em lide, mantenho a exigência contida na infração 01.

Quanto à alegação defensiva sobre a necessidade da realização de diligência, indefiro o pedido com base no art. 147, inciso I do RPAF/99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para as minhas conclusões acerca da lide. Ademais, o defendente não comprovou a necessidade de realização de diligência.

Diante do exposto, voto pela procedência do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 279116.1192/07-5, lavrado contra **TECELAGEM DE SISAL DA BAHIA INDÚSTRIA COMÉRCIO EXPORTAÇÃO**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$109.821,69**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além da multa por

descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$140,00**, prevista no inciso XVIII, alínea “c” do mesmo artigo e Lei acima citados, com os acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº. 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de fevereiro de 2009.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – JULGADOR