

A. I. N° - 108595.0811/09-7
AUTUADO - QUALYTÊXTEL S.A.
AUTUANTES - MARIA CÉLIA RICCIO FRANCO e SÉRGIO PITANGUEIRA FURQUIM DE ALMEIDA
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
INTERNET 04.04.2011

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0041-05/11

EMENTA: ICMS. 1. PROGRAMA DESENVOLVE. PARCELA NÃO SUJEITA À DILAÇÃO DE PRAZO. RECOLHIMENTO A MENOS. SUSPENSÃO DO BENEFÍCIO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Pagamento a menos das parcelas não sujeitas à dilação de prazo. Infração reconhecida e paga com benefício da Lei nº 11.908/10. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. Operações interestaduais de remessa de mercadorias importadas, por conta e ordem do estabelecimento autuado, cuja destinação física era o Estado da Bahia. Destaque indevido do imposto e apropriação de crédito fiscal, em desacordo com a norma contida no art. 573, § 4º, do RICMS/Ba. Infração mantida, devendo ser homologados os valores pagos com benefícios da Lei nº 11.908/10. Rejeitadas a preliminar de decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 28/09/2009, exige ICMS que totaliza o valor histórico de R\$1.274.569,04, em razão das seguintes irregularidades:

1. Recolhimento a menos do ICMS em razão de uso indevido de incentivo fiscal – dilação de prazo para pagamento do ICMS – relativo às operações próprias, em desacordo com a legislação do DESENVOLVE, modificando as características essenciais da obrigação tributária principal, de modo a reduzir o montante do imposto devido, evitando, assim, o seu pagamento. O benefício fiscal só é atribuído à produção do estabelecimento. Diferença de alíquota e venda de mercadorias adquiridas de terceiros não estão contempladas com o incentivo fiscal - Valor histórico: R\$7.846,43; percentual de multa aplicada: 100%;
2. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a mais nos documentos fiscais. As operações descritas no art. 573, § 4º, do Decreto nº 6.824/97 – não comportam destaque do imposto, entendimento ratificado pelos artigos: 93, §5º, I e 97, VII do referido Diploma Legal, e 86, III, § 1º, da Instrução Normativa nº 247/02 da Receita Federal c/c art. 155, § 2º, incisos I e IX da CF/88. As notas fiscais em destaque referem-se a transferências das mercadorias importadas por conta e ordem de terceiros, com cópias anexas ao PAF. Vale observar que está destacado nas notas fiscais esta situação - Valor histórico: R\$1.266.722,61; percentual de multa aplicada: 60%.

O autuado, por meio de patrono, ingressa com a peça defensiva, fl. 160/176, e impugna as infrações pelos seguintes motivos:

Alega que o crédito tributário foi atingido pela decadência no período anterior a 05/10/2004, bem como que na infração 1, houve equívocos no levantamento e na multa aplicada de 100%. Já na infração 2, arguiu que o STF decidiu que o ICMS na importação é devido ao Estado onde ocorrer o desembaraço aduaneiro, assim o recolhimento do ICMS é do Estado de Pernambuco. Pediu a procedência parcial, após esses levantamentos.

Disse que, ao identificar os fatos geradores das obrigações tributárias em relação ao ICMS a menos, calculou o montante e antecipou o respectivo pagamento, só que no momento da notificação fiscal (05/10/2009), o fisco perdeu o direito de reaver os lançamentos devido à homologação relativo aos fatos geradores anteriores a 05/10/2004, conforme o dispositivo do art. 150, § 4º do CTN.

Citou também o art. 173, I do CTN, para completar a sua defesa em relação aos tributos cujo lançamento se faz por homologação, quando há pagamento antecipado, conta-se o prazo decadencial a partir da ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN).

Na argumentação defensiva citou a obra da ilustre ministra Eliana Calmon (REsp nº 733915-SP) de 16/08/2007, que foi confirmado pelo STJ. Sustentou que o art. 173 do CTN, é aplicado aos tributos sujeitos ao lançamento por declaração, de forma que, o prazo decadencial se inicia a partir “do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”, assim, há um tempo hábil para que as informações se atualizem para o devido lançamento pelo Fisco.

Alegou erro de apuração na infração 1, referente ao Programa Desenvolve, pois constatou equívocos da fiscalização referentes à exclusão do benefício de notas fiscais, de mercadorias industrializadas. Assim elaborou um demonstrativo (doc. 02) autoexplicativo, no qual revelou os equívocos da apuração do DESENVOLVE, além de apontar os itens da infração reconhecidos pela própria empresa.

Também, alegou erro na determinação da multa aplicada de 100%, pois o autuante apenas citou o art. 42, IV, “j”, da Lei nº 7.014/96, sem qualquer esclarecimento ou justificativa adicional.

Explica que não cometeu nenhum ato fraudulento, pois houve apenas uma interpretação equivocada do benefício do DESENVOLVE, sem qualquer comportamento doloso, e, sim uma falha decorrente de uma orientação equivocada. Assim, o enquadramento não pode prosperar, o que tem que afastar a multa de 100% e aplicar o percentual de 60% sobre o saldo devedor.

Quanto à infração 2, alegou que o recolhimento do ICMS é de obrigação do Estado onde ocorrer o desembaraço aduaneiro (Pernambuco), e que foi remetida a matéria-prima para o Estado da Bahia, para a confecção dos produtos do impugnante (tecido a base de aramida). Na verdade, há uma discussão jurídica que decorreu através da redação pouco clara do art. 155, §2º, IX, “a”, da Constituição Federal de 1988.

Sustentou que a interpretação do artigo citado é uma “questão melindrosa” e uma “matéria polêmica”, o que o próprio julgador José Bizerra Lima Irmão disse que “segundo a Constituição, cabe o imposto ao Estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário da mercadoria (CF, art. 155, §2º, IX, “a”)” e “....a Constituição fala em destinatário da mercadoria. O texto da Constituição é de uma **vagueza lastimável. Quem é o destinatário da mercadoria?** (Acórdão JJF 0315-03/09).”

Citou julgamentos dos Recursos Extraordinários no STF nºs 299.079-5 (29/06/2004), e o 268.586-1/SP relatado pelo ministro Marco Aurélio, e levantou pontos do voto do ministro que referenciam a justificativa de sua peça defensiva, onde destacou o seguinte: “É extremo de dúvida que, ante os precedentes mencionados, o Colegiado Maior decidiu ser credor do tributo o Estado onde aportada a mercadoria, ficando mitigada a referência a Estabelecimento destinatário”. Assim, aduziu que “o ICMS incidente sobre as operações de importação é devido exclusivamente ao **Estado de Pernambuco**, uma vez que as mercadorias foram desembaraçadas no **Porto de Suape**, conforme comprovam os documentos anexos ao Auto de Infração”.

Concluiu ao pedir a improcedência da infração 2, que o imposto tem que ser cobrado onde ocorreu o desembaraço das mercadorias importadas.

Ao final de sua peça defensiva, pede a procedência parcial do Auto de infração.

Os autuantes prestam informação fiscal (fls. 208/212), e informam que, na infração 1, ao examinar o demonstrativo autoexplicativo do autuado (fls. 204/205), fez os cálculos dos itens reconhecidos e achou valores maiores do que o valor autuado, razão por que mantém a infração.

Na infração 2, apontam diversos recursos recentes do STF que determinam que o imposto seja recolhido para o estado destinatário das mercadorias, conforme acórdão prolatado no Agravo Regimental no RE nº 590.243/MG, que transcrevem.

Esclarecem, também, que a autuação desta infração, é decorrente da utilização de crédito de mercadorias importadas pelo estabelecimento autuado, através da empresa International Commerce Recife, desembaraçadas no Estado de Pernambuco e com o recolhimento do ICMS para aquele Estado, sendo, posteriormente, emitidas notas fiscais com o destaque do imposto para o real destinatário das mercadorias no Estado da Bahia.

Citam o art. 573 do RICMS/BA, que veda o destaque do imposto, entendimento ratificado pelos arts. 93, § 5º, I e 97 VII do mesmo Diploma Legal, e art. 86, III § 1º da Instrução Normativa nº 247/02 da Secretaria da Receita Federal combinado com o art. 155, § 2º, I e IX da CF/88

Concluem a informação fiscal, mantém a autuação e solicitam a Procedência do Auto de Infração.

No compulsar dos autos, esta relatora verificou que o autuante ao prestar a informação fiscal, de fls. 208 a 212, com relação à infração 01, informou “examinei o demonstrativo auto explicativo do autuado, pag. 204 e 205 do PAF, fiz o somatório dos itens reconhecidos e achei valores maiores que o valor autuado. Assim, sendo retifico e mantenho o valor autuado.”

Contudo, foi juntado ao PAF, o demonstrativo de fl. 08, sem a juntada dos documentos fiscais de onde os dados foram extraídos.

Por outro lado, o sujeito passivo, por meio de seu patrono, aponta na peça de defesa, que teria ocorrido erro na apuração do Desenvolve, como, por exemplo, exclusão do benefício de notas fiscais referentes às mercadorias industrializadas pelo impugnante. Em consequência, elaborou um demonstrativo autoexplicativo, no qual revela os equívocos da fiscalização, na apuração do DESENVOLVE, além de apontar os itens da infração reconhecidos pela empresa.

Diante do demonstrativo de fls. 204 e 205, que itemiza os valores de diferencial de alíquota e de venda de mercadorias adquiridas de terceiros, e que não foi combatido pelo autuante na informação fiscal, esta 5ª JF deliberou que o PAF retornasse à inspetoria de origem, para que o autuante procedesse ao que segue:

1 – Analisasse cada item do demonstrativo de fls. 204/205, justificando a aceitação ou não das razões da defesa.

2 – Prestasse deste modo a informação fiscal, na forma prevista no art.127, § 6º do RPAF/99: “A informação fiscal deverá ser prestada com clareza e precisão, abrangendo todos os aspectos da defesa com fundamentação.”

3 – Caso necessário elaborasse novos demonstrativos, inclusive o de débito.

Na conclusão da diligência, fl. 225, os autuantes informaram que, ao examinar o demonstrativo autoexplicativo da impugnação, apresentado pelo autuado, não se deram conta do erro da soma, mas consertaram o erro e acataram as alegações da impugnação na infração 1, sendo reduzida de R\$7.846,42 para R\$3.324,31, conforme demonstrativo anexo (fl.226).

Na infração 2, mantém e ratificam o valor de R\$1.266.722,61,sem questionamento na diligência.

O autuado junta documentos fiscais, fls. 229/233, referentes ao reconhecimento parcial de débito, consoante demonstrativo de débito reconhecido para pagamento pela Lei nº 11.908/10, no qual se constatou pagamento em espécie no valor de R\$872.498,32, pago em 31/05/2010, pelo Benefício da Lei de Anistia, fls. 237/239.

O sujeito passivo cientificado da diligência fls. 234/235, não se manifestou.

VOTO

Ressalto que em relação à preliminar de decadência, o CONSEF vem decidindo, de forma reiterada, pela aplicação das disposições contidas no Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº 3.956/81 – art. 107-A, inc. I). Nessa linha de entendimento, foi exarado o Acórdão nº 0009-12/08, originário da 2ª Câmara de Julgamento, lavrado nos seguintes termos:

“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.”

Diante disso, opto em seguir a diretiva contida no julgado acima transcrito, que representa a jurisprudência assente neste CONSEF, e sem me alongar nas disputas doutrinárias e jurisprudenciais que cercam o tema, afasto a preliminar de decadência suscitada pela defesa, quanto aos fatos geradores que se verificaram no exercício de 2004, nos meses anteriores a 5/10/2004, posto que os fatos geradores relativos ao exercício de 2004, têm o prazo para constituição do crédito tributário até 31/12/2009. Como o presente auto de infração foi lavrado em 28/09/2009, nesta data ainda não havia se configurado a decadência do prazo para lançamento do tributo.

A infração 1 foi reconhecida pela empresa, consoante os benefícios da Lei nº 11.908/10 (Lei da Anistia Fiscal).

Na infração 2, o sujeito passivo reconheceu as parcelas relativas às ocorrências de 31/10/2004 a 31/10/2005, com os benefícios da Lei nº 11.908/10.

Contudo, permanecem em discussão os valores referentes às ocorrências anteriores a 05/10/2004, que segundo o argumento do contribuinte estariam atingidos pela decadência, mas, consoante a preliminar de decadência acima analisada, o entendimento deste CONSEF é no sentido de que tal fato não ocorreu, haja vista que a Fazenda Pública teria até o dia 31/12/2009, para lançar o ICMS relativo ao exercício de 2004, e a lavratura do presente Auto de Infração ocorreu em 28/09/2009, (art. 173, I do CTN). Isto posto, ficam mantidas as parcelas anteriores a 05/10/2004, o que resulta na procedência da infração, devendo ser homologados os valores reconhecidos com o benefício da Lei nº 11.908/10.

Esta infração decorreu da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, em razão de destaque de imposto a mais nos documentos fiscais.

Trata-se de mercadorias importadas, pelo estabelecimento autuado, por meio da empresa International Commerce Recife, desembaraçadas no Estado de Pernambuco, e com recolhimento do imposto para aquele Estado. Posteriormente, foram emitidas notas fiscais com o destaque do imposto para o real destinatário das mercadorias no Estado da Bahia.

De fato, as notas fiscais em destaque referem-se a transferências de mercadorias importadas por conta e ordem de terceiros, cujas cópias estão anexas ao PAF, fls. Nesta situação, as operações não comportam destaque do imposto, como inclusive está destacado esta informação nos documentos fiscais.

Consoante o entendimento já manifestado nesta corte Administrativa, é de que o ICMS é devido à unidade Federada de destino da mercadoria (princípio da destinação física). Nesta situação está correta a exigência fiscal, visto que a remessa da mercadoria pelo estabelecimento que promoveu a importação, por conta e ordem do estabelecimento autuado, deveria ter sido efetuada sem destaque do ICMS, conforme prescreve o art. 573, § 4º, do RICMS/97:

“Para efeitos de transmissão da propriedade das mercadorias ou bens ou do título que os represente, subsequente à operação de importação de que cuida o inciso I do “caput”, o importador emitirá Nota Fiscal relativa à transmissão para o destinatário, sem destaque do imposto, a qual deverá conter, além dos demais requisitos”.

Isto posto, ficam mantidas as parcelas anteriores a 05/10/2004, o que resulta na procedência da infração, devendo ser homologados os valores reconhecidos com o benefício da Lei nº 11.908/10.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores recolhidos com base na Lei nº 11.908/10, no qual se constatou pagamento em espécie no valor no valor de R\$872.498,32, pago em 31/05/2010, fls. 237/239.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **108595.0811/09-7**, lavrado contra **QUALYTÊXTIL S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.274.569,04**, acrescido da multas de 100% sobre R\$7.846,43 e 60% sobre R\$1.266.722,61, previstas no art. 42, incisos IV, “j” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores pagos, inclusive com base nos benefícios da Lei nº 11.908/2010.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de março de 2010.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA - JULGADOR