

A. I. Nº - 124157.0346/12-1
AUTUADO - FULLCOMEX IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.
AUTUANTE - ANTÔNIO JOSÉ DOS SANTOS
ORIGEM - IFMT METRO
INTERNET - 12/09/2013

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0209-03/13

EMENTA: ICMS. EXTINÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. DISCUSSÃO JUDICIAL DA LIDE. O processo administrativo extingue-se com a desistência da defesa ou do recurso, inclusive em decorrência de ingresso do sujeito passivo em juízo relativamente à matéria objeto da lide, antes de proferida ou de tornada irrecorrível a decisão administrativa. Defesa do Auto de Infração **PREJUDICADA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 26/01/2012, lançou ICMS no valor de R\$34.931,50, acrescido da multa de 60%, em decorrência da falta de recolhimento do ICMS sobre importação, relativo a mercadorias e/ou bens procedentes do exterior, destinados fisicamente a este Estado no caso do importador ser estabelecido em outra unidade da Federação e o desembaraço aduaneiro ocorrer ou não em Estado diverso de seu domicílio.

Consta na “Descrição dos Fatos” “Falta de recolhimento do ICMS importação relativo às bens tributados pelo ICMS, constantes dos Danfes nº 2579 e 2580, procedentes do exterior e destinadas fisicamente para a Empresa MOURA DUBEUX ENGENHARIA E EMPREENDIMENTOS S/A, contribuinte inscrito no CAD-ICMS do Estado da Bahia sob o nº 82.946.209, sendo que a importadora (FULLCOMEX IMP. E EXPORTAÇÃO LTDA.), é estabelecida na cidade de Recife no Estado de Pernambuco, caracterizando assim, a entrega em local diverso do importador, contrariando os preceitos do RICMS/BA Decreto 6.284/97, motivando o ilícito fiscal.”

O autuado apresenta impugnação ao lançamento de ofício às fls. 34 a 38.

Destaca inicialmente que o presente Auto de Infração já é alvo de apreciação pelo Poder Judiciário do Estado da Bahia, por meio da 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador - BA, processo nº 0308271-87.2012.8.05.0001, cujo juízo, por meio de decisão interlocutória determinou: a) Imediata liberação do equipamento que se encontrava apreendido no posto fiscal de Honorato Viana; e b) a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, fls. 57 a 70.

Informa que pela acusação fiscal foi colocado na posição de infrator e autuado por inadvertida presunção de que estaria promovendo importação indireta de mercadoria de uma GRUA - equipamento utilizado para a elevação e movimentação de cargas.

Diz que baseada em mera presunção a fiscalização ao averiguar carga e documentos transportados, lavrou o Auto de Infração, considerando que a mercadoria havia sido importada por uma empresa do Estado da Bahia, de forma indireta, ou seja, através de seu estabelecimento localizado no Estado de Pernambuco.

Esclarece que é distribuidora de mercadorias importadas, ou seja, não se trata de importação indireta, mas de operação comercial interestadual, amparada por correta documentação, ou seja, a Impugnante é empresa importadora e distribuidora de artigos como fios têxteis, cosméticos, batata congelada, pneus, equipamentos para construção civil, etc., atuando nos termos de seu

contrato social, fls. 40 a 43. Entre os equipamentos para construção civil, a mesma importa e distribui um objeto denominado GRUA - utilizado para a elevação e movimentação de cargas e materiais pesados, a fim de mover cargas além da capacidade humana.

Observa que importa um grande número de guas por ano, as quais chegam ao Estado de Pernambuco - local onde funciona seu estabelecimento, sendo posteriormente distribuídas para seus clientes, algumas vezes, em outros Estados da Federação.

Diz que no caso presente, importou duas guas, conforme se depreende através da Declaração de Importação e das Notas Fiscais em anexo, sendo uma distribuída para a empresa Fercunha Cia. de Montagem Ltda., localizada na cidade de Recife - PE e a outra para a Moura Dubeux Engenharia S/A - empresa com inscrição no Estado da Bahia.

Menciona que por ocasião do transporte da mercadoria acima mencionada, do Estado de Pernambuco para este Estado da Bahia, a mercadoria foi apreendida/retida de forma abusiva no Posto Fiscal Honorato Viana - BA, tendo sido autuada sem qualquer fundamento lógico, entendendo o agente fiscalizador que houve falta de recolhimento do ICMS. Sustenta que não ocorrera tendo em vista que, conforme já exposto, é distribuidora de mercadorias importadas, para tanto, basta observar documentação comprobatória de vendas do mesmo produto ora apreendido, estas também importadas do exterior pela impugnante e revendidas aos mais diversos clientes em vários Estados da Federação, como atestam a documentação em anexo.

Desse modo, resta claro que Auto de Infração combatido, trata-se de mera presunção da autoridade fiscalizadora, conforme já exposto, uma vez que, na maioria das vezes, o fisco, em qualquer esfera de poder se vale de presunções, para eles, ditas legais, mas que na verdade, não passam de meros “achismos”, no intuito de arrecadar aquilo que não lhe é devido.

Frisa que a prova inequívoca da inexistência de ilegalidade por parte da empresa Impugnante, é o recolhimento do ICMS da mercadoria importada por ela, no estado onde a mesma exerce as suas atividades.

Assegura que não é devedora de ICMS em favor do Estado da Bahia, pois como já exaustivamente esclarecido e provado ser importadora e distribuidora e, portando, quando adquiriu/importou o equipamento sequer imaginava para quem iria vender/comercializar a mercadoria objeto da autuação ora combatida.

Diz que a lavratura do Auto de Infração, afronta a legalidade e, para corroborar esse seu entendimento transcreve trecho de julgado sobre essa matéria, proferido pelo Supremo Tribunal Federal, de autoria do Ministro César Peluso.

Sustenta que a situação foi mal interpretada pela fiscalização de trânsito, pois, não se trata de importação indireta, mas de operação comercial interestadual, amparada pelo correto procedimento e pela devida documentação, já que se tratava de mercadoria sendo transportada em caráter de revenda de seu importador, sediado no Estado de Pernambuco, para comprador no estado da Bahia.

Reproduz a Súmula 473 do STF para, sob o fundamento de que a Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos fundamentar requerer que o Auto de Infração seja cancelado.

Por fim, protesta pela posterior juntada de documentos a servirem de prova, e requer, por fim, que todas as intimações sejam realizadas no endereço: Avenida Conselheiro Rosa e Silva nº 1460, salas 701/703, Bairro Jaqueira, Recife - PE, CEP 52.050-020.

O autuante presta informação fiscal às fls.73 e 74.

Informa que o autuado sediado em Recife no Estado de Pernambuco, importou bens - Guindastes KKI TOWER tributadas pelo ICMS, destinados ao Estado da Bahia, sem que os mesmos tivessem transitado pelo seu estabelecimento no Estado de Pernambuco, deixando de recolher o imposto

devido em favor deste Estado, contrariando a legislação em vigor, mais especificamente os preceitos contidos nos artigos 572, §7º, 47, inciso X, 573, 911 e 913 do RICMS-BA/97.

Afirma que procedera à lavratura do Auto de Infração em 26/01/2012, com vistas à exigência do crédito tributário no valor de R\$34.931,50 de imposto, mais a respectiva multa, em virtude do não recolhimento do ICMS devido no momento do desembaraço aduaneiro das mercadorias importadas referente aos Danfes nº 2579 e 2580, cuja destinatária é a Empresa MOURA DUBEUX ENGENHARIA E EMPREENDIMENTOS S/A., estabelecida no Estado da Bahia, inscrita no CAD-ICMS/BA sob nº 82.946.209, conforme CTRC nº 002434, fl. 14.

Frisa que de acordo com o art. 573, inciso I, do RICMS-BA/97, cabe o recolhimento do imposto incidente nas operações de importação de mercadorias procedentes do exterior, onde estiver situado o estabelecimento em que ocorrer a entrada física das mercadorias, quando destinadas a unidade federada diversa da do domicílio do importador, no caso de transmissão de sua propriedade, sem que os bens transitem pelo estabelecimento do importador.

Assevera restar claro que esta operação está enquadrada na regra estabelecida na legislação, constatando-se que embora o fato gerador do ICMS ocorra no ato do desembaraço aduaneiro (aspecto temporal), a lei o considera ocorrido no local do estabelecimento onde se realizar a entrada física da mercadoria ou bem importado do exterior (aspecto espacial), que no caso em tela, é o Estado a Bahia.

Menciona ante a não apresentação pelo autuado de argumentos ou documentação suficientes para descaracterizar a sua condição de responsável pelo pagamento do imposto exigido pelo fisco do Estado da Bahia, em que pese considerar o real destino físico das mercadorias este Estado, fica caracterizado o ilícito como prova em desfavor da autuada, conforme prevê a legislação vigente.

Conclui mantendo a autuação.

VOTO

Da análise do processo, constato que o auto de infração foi lavrado em cumprimento às formalidades inerentes ao procedimento de fiscalização de mercadoria em trânsito, no Posto Fiscal Honorato Viana, pelo não recolhimento do ICMS sobre importação, relativo a mercadorias e/ou bens procedentes do exterior, destinados fisicamente a este Estado no caso do importador ser estabelecido em outra unidade da Federação e o desembaraço aduaneiro ocorrer ou não em Estado diverso de seu domicílio, sendo identificado o sujeito passivo, descrita a infração, lavrado o termo de ocorrência e depósito, fls. 06 e 07, ficando a mercadoria sob guarda e responsabilidade do destinatário das mercadorias e o cálculo do ICMS lançado também está demonstrado no procedimento, fls. 02 e 10, não havendo portanto, vício formal que venha ensejar a nulidade formal do lançamento tributário.

Constato que a matéria de que cuida o presente Auto de Infração é objeto de Ação Anulatória de Débito Fiscal com Pedido de Antecipação dos Efeitos de Tutela nº 0308271-87.2012.8.05.0001, fls. 58 a 70, tendo sido prolatada decisão interlocutória pelo Juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública, concedendo “a antecipação dos efeitos de tutela para (1) determinar a imediata liberação das mercadorias mencionadas na petição inicial e (2) suspender a exigibilidade do crédito tributário.” fls. 69 e 79.

Por conseguinte, a lavratura do Auto de Infração objetivou constituir o crédito para resguardar a Fazenda Pública dos efeitos da decadência, lançando além do ICMS, multa de 60% por descumprimento da obrigação principal, estando o ato de ofício, embora *sub judice*, amparado na legislação vigente no Estado da Bahia, corroborada por decisão do STJ, que por ocasião do julgamento dos embargos de divergência, ERESP 572.603/PR, assegurou a possibilidade da Fazenda Pública realizar o lançamento do crédito tributário, mesmo quando verificada uma das

hipóteses previstas no art. 151 do CTN. Para que não haja dúvidas a esse respeito, segue excerto da decisão do STJ:

“a suspensão da exigibilidade do crédito tributário impede a Administração de praticar qualquer ato contra o contribuinte visando à cobrança do seu crédito, tais como inscrição em dívida, execução penhora, mas não impossibilita a Fazenda de proceder à sua regular constituição para prevenir a decadência do direito de lançar” (Rel. Min. Castro Meira, DJ de 5.09.05).

No que diz respeito ao julgamento do mérito, vejamos o que diz art. 126, do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB:

“Art. 126 - Escolhida a via judicial pelo contribuinte, fica prejudicada sua defesa ou Recurso Voluntário, importando tal escolha à desistência da defesa ou do recurso interposto, considerando-se esgotada a instância administrativa, devendo o processo administrativo ser remetido à Procuradoria da Fazenda Estadual para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis.”

Neste sentido, o art. 125, II do mesmo Código, com redação dada pela Lei nº 7.438, de 18/01/99, estabelece que não se inclui na competência dos órgãos julgadores, questão sob apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida.

Também nos termos do art. 122, IV, do RPAF-BA/99, o processo administrativo extingue-se com a desistência da defesa ou do recurso, inclusive em decorrência de ingresso do sujeito passivo em juízo relativamente à matéria objeto da lide antes de proferida ou de tornada irrecorrível a decisão administrativa, razão pela qual, com fundamento no art. 117 do RPAF, a impugnação ao lançamento fica **PREJUDICADA**, por conseguinte, **EXTINTO** o processo na via administrativa, devendo os autos ser encaminhados à PGE/PROFIS, ficando suspensa a exigibilidade do Crédito Tributário até a decisão final da lide pelo Poder Judiciário.

Quanto ao pedido do impugnante para que as intimações relativas ao presente feito sejam dirigidas diretamente, por via postal, ao seu endereço na Avenida Conselheiro Rosa e Silva nº 1460, salas 701/703, Bairro Jaqueira, Recife - PE, CEP 52.050-020, ressalto que nada obsta o atendimento de seu pleito e que o órgão competente da Secretaria da Fazenda possa enviar as intimações e demais comunicações concernentes ao andamento deste processo para o endereço apontado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADA** a defesa apresentada e declarar **EXTINTO** o Processo Administrativo Fiscal relativo ao de Auto de Infração nº **124157.0346/12-1**, no valor de **R\$ 110.621,26**, lavrado contra **FULLCOMEX IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.**, devendo este ser encaminhado à PGE/PROFIS para adoção das medidas cabíveis. Suspensa a exigibilidade do Crédito Tributário até a decisão final da lide pelo Poder Judiciário.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de agosto de 2013.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

HELCONIO DE SOUZA ALMEIDA - JULGADOR