

PROCESSO - A. I. N° 271351.1301/13-5
RECORRENTE - AMIGO SOCIAL
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1^a JJF nº 0029-01/14
ORIGEM - INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 28/07/2014

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0172-12/14

EMENTA. ICMS. IMPORTAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Comprovada a não ocorrência do fato gerador do imposto, vez que as mercadorias sequer foram desembaraçadas, tornando-se inviável qualquer cobrança de imposto. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício em razão da Decisão proferida, através do Acórdão nº 0029-01/14, ter desonerado o sujeito passivo do débito a ele imputado, consoante determina o art. 169, § 2º, do RPAF/BA.

O Auto de Infração, lavrado em 21/02/2013, exige ICMS no valor total de R\$719.766,03 em razão da falta de recolhimento do ICMS devido pelas importações tributadas realizadas pelo estabelecimento, conforme demonstrativo elaborado, relativo às Declarações de Importação nº 12/0026336-9, 12/0361380-8 e 12/0619248-0.

Consta na descrição dos fatos que a autuação refere-se a "falta de recolhimento do ICMS devido nas importações tributadas de aparelhos de radioterapia e acessórios realizadas por entidade não certificada como Beneficente de Assistência Social, nos termos da Lei Federal 12.101/2009 (Conv. ICMS 104/89), não atendendo assim, ao requisito exigido na legislação". Também foi informado de que "o ICMS devido não foi recolhido no momento do desembaraço aduaneiro por força de Liminar em Mandado de Segurança, posteriormente cassada em Decisão de Mérito no Processo de Ação de Mandado de Segurança nº 0015109.76.2012.805.0274 do Juízo de Direito da 1^a Vara de Fazenda Pública da Comarca de Vitória da Conquista-Ba, às fls. 09 a 175 deste PAF"

O autuado apresenta impugnação (fls. 180/186 dos autos), quando afirma de que a lavratura do Auto de Infração decorreu de controverso entendimento da Inspetoria Fazendária a respeito da incidência ICMS incide sobre bens importados por contribuinte não habitual.

Ressalta de que a presente cobrança deve restar suspensa na forma do art. 151, do CTN, visto que está discutindo a presente lide no judiciário, pois ingressou com Mandado de Segurança, cuja ação tramita na 1^a Vara da Fazenda Pública da Comarca de Vitória da Conquista-BA, sob o número 0015109-76.2012.805.0274, lhe sendo concedida liminar, que posteriormente foi cassada pela sentença e que voltou a ter eficácia em razão do recebimento do Recurso de Apelação nos efeitos suspensivo e devolutivo, consoante Certidão de Recebimento da Apelação.

Quanto ao mérito, entende que o lançamento fiscal não tem base legal e ainda, que as multas aplicadas significam enriquecimento ilícito do Estado. Relata de que ingressou com Mandado de Segurança preventivo, a fim de evitar, quando do desembaraço, que o equipamento fosse apreendido no Posto Fiscal e assim não pudesse ser armazenado ou instalado em local inadequado, pois se tratam de equipamentos muito sensíveis. E, como se verifica no documento emitido pela Receita Federal – Alfândega, que traz aos autos, o equipamento e acessórios constantes nas DI's base da autuação não foram desembaraçados. Assim, na hipótese de haver incidência do ICMS á contribuintes não habituais, o momento de sua incidência se dará quando

do despacho do desembaraço aduaneiro, pois somente neste instante é que se nacionalizam os produtos, podendo, caso seja objeto do imposto, ser exigida a sua cobrança, conforme preceitua a legislação que disciplina o ICMS no Estado da Bahia (artigo 4º, III da lei 7014/96 c/c 332, IV do RICMS de 2012). Esclarece que os referidos produtos constantes no Auto de Infração estão em entreposto aduaneiro, caracterizado como recinto estrangeiro, sendo que o processo de desembaraço encontra-se na Alfândega de Vitória, ES, a fim de se verificar a isenção/imunidade dos tributos federais em razão da natureza jurídica do recorrente – entidade civil sem fins lucrativos, qualificada como OSCIP – bem como, pela natureza dos equipamentos e acessórios importados, haja vista que os mesmos não possuem similar nacional, o que só por este fato, independente da natureza da entidade, já afasta a incidência dos tributos federais (IPI, II, PIS, COFINS, etc.).

Além do mais, o fato de terem sido registradas as DI's, este fato não caracteriza que os produtos foram desembaraçados, pois ao final do processo, caso não exista o término da nacionalização, os produtos constantes nas DI's irão para perdimento, o que afasta a incidência do tributo em discussão.

Afora todos estes fatos, também os valores cobrados não estão em acordo com o regramento aplicado para os casos em que há incidência do imposto, pois ele tem como base de cálculo a incidência de tributos federais, porém, no caso em tela, alguns impostos federais não incidem. Assim contesta a alíquota aplicada (17%) ao invés daquela de 4%, já que o equipamento compõe a lista prevista na Resolução 13/2012 do Senado Federal e Resolução da CAMEX 79/2012.

Aborda, a seguir, o que denomina "tumulto legislativo" ao qual estão submetidas as empresas nacionais no tocante a importação, insurge-se mais uma vez, contra a multa aplicada e os acréscimos tributários e finaliza requerendo a nulidade da autuação ou, se assim não entendido, que se proceda ao recálculo do real valor devido, expurgando-se ainda a capitalização e os demais acréscimos ilícitos, a notificando de todo o andamento do processo administrativo para regular exercício da ampla defesa.

O fiscal autuante presta sua informação (fl. 202) argumentando que analisando a documentação acostada pelo contribuinte na sua defesa, especialmente os documentos "*Autorização de Entrega Antecipada de Mercadoria (EAM)*", emitidos pela Secretaria da Receita Federal/Alfândega do Porto de Vitória-ES (fls. 198/200) verificou que a Secretaria da Receita Federal do Brasil autorizou a entrega antecipada das mercadorias constantes das DI's do presente Auto até o estabelecimento do importador para posterior desembaraço aduaneiro. Para corroborar tal afirmação, anexa à fl. 203, cópia do Ofício nº 1/2013/DIANA/SRRF05/RFB/MF-BA, de 16/04/2013, onde a Receita Federal do Brasil reafirma que as mercadorias vinculadas às DI's constantes do Auto de Infração em lide foram entregues ao importador mediante procedimento de entrega antecipada, prévia ao desembaraço aduaneiro, que só será realizado quando da definição da classificação fiscal da mercadoria e do reconhecimento ou não da isenção requerida pelo importador dos tributos e contribuições federais.

Diante disso, afirma que no caso em tela o fato gerador do ICMS ainda não ocorreu, já que nas operações de importação de mercadoria ou bem do exterior, considera-se ocorrido o fato gerador do ICMS no momento do desembaraço aduaneiro, conforme preceitua o Inciso II do artigo 4º da Lei nº 7.014/96. Requer que o Auto de Infração seja julgado nulo.

A 1ª JJF prolata a seguinte Decisão em relação a infração ora em questão:

O lançamento constitui-se em uma única infração arrolada pela fiscalização. Analisando a argumentação defensiva, inicio pelas questões preliminares suscitadas.

As mesmas dizem respeito a suspensão da exigibilidade, diante do fato do autuado ter impetrado mandado de segurança preventivo, a fim de não recolher o ICMS pela importação dos produtos. A respeito, verifico, inicialmente, da leitura do documento acostado pelo autuante às fls. 09 a 175 dos autos, que a Decisão judicial ali presente, refere-se, unicamente à DI 12/0619248-0, em relação à qual, foi, inicialmente, concedida medida liminar, para eximir o Fisco de qualquer cobrança dos impostos estaduais, quando da importação das mercadorias nela constantes, nada dizendo a respeito das demais que também se encontram englobadas no

lançamento.

Ademais, o autuante respeitou a medida judicial, na medida em que aguardou a Decisão final de mérito do Poder judiciário, através da Decisão do juiz de direito da Vara de Fazenda Pública na qual o processo se encontrava, para, a partir da Decisão que não somente cassou a medida liminar, como entendeu ser possível a cobrança, efetivar o lançamento ora apreciado.

Assim, não há que se questionar a legitimidade do fisco, quanto a possibilidade de lançar o imposto que entendia devido, até pelo fato de que o Recurso interposto contra a Decisão judicial, ao menos formalmente, não gerou qualquer manifestação do juízo, quanto a impossibilidade de se lançar o tributo relativo à importação, como houvera ocorrido quando da concessão da medida liminar.

Dessa forma, não posso acolher a questão, continuando na análise do feito. Segundo a descrição dos fatos reportada pelo autuante no seu lançamento, a empresa autuado teria deixado de recolher o ICMS devido pelas importações tributadas realizadas, relativo às Declarações de Importação nº 12/0026336-9, 12/0361380-8 e 12/0619248-0, correspondentes à importação de diversos equipamentos de uso médico.

A tese defensiva, é de que as mercadorias, não foram desembaraçadas e nem sofreram despacho aduaneiro, encontrando-se em entreposto aduaneiro, vez que depositadas na Alfândega de Vitória, ES, com o fito de se verificar a isenção/imunidade dos tributos federais em razão da natureza jurídica da defendant, que se apresenta como entidade civil sem fins lucrativos, qualificada como OSCIP, além do fato dos aparelhos, equipamentos e acessórios importados, não possuírem similar nacional, o que afastaria a incidência dos tributos federais, a exemplo do IPI, imposto de Importação, além do PIS, COFINS.

Esclarece que os referidos produtos constantes no Auto de Infração estão em entreposto aduaneiro, o que caracteriza recinto estrangeiro, onde não incide o tributo supostamente exigido, sendo que o processo de desembaraço encontra-se na Alfândega de Vitória, ES, a fim de se verificar a isenção/imunidade dos tributos federais.

Ademais, o fato de terem sido registradas as DI's não caracteriza que os produtos foram desembaraçados, pois ao final do processo (despacho aduaneiro de desembaraço) caso o importador não aceite e não põe termo o desembaraço, os produtos constantes nas DI's vão pra perdimento, o que afasta a incidência do tributo em discussão, portanto, mais um aspecto desconsiderado pelo fiscal na lavratura do Auto de Infração.

Entreposto aduaneiro, é o regime especial que permite, nas operações de importação e exportação, o depósito de mercadorias, em local determinado, com suspensão do pagamento de tributos e sob controle fiscal.

Consiste em uma ferramenta logística fundamental para o gerenciamento de estoques, fluxo de caixa, estratégias de mercado, uma vez que possibilita a suspensão dos impostos, o redirecionamento das mercadorias para outros países e ainda a possibilidade de operações coligadas com outros regimes aduaneiros especiais a exemplo do Drawback, RECOF, DAC, entre outros.

Submetido a tal sistemática, a mercadoria poderá permanecer no regime de entreposto aduaneiro na importação pelo prazo de até um ano, prorrogável por período não superior, no total, de dois anos, contados da data do desembaraço aduaneiro de admissão, sendo que a legislação que dispõe sobre tal regime se encontra disciplinada através de vários diplomas normativos da Receita Federal do Brasil, especialmente a Instrução Normativa SRF 241, de 06 de novembro de 2002.

Tal diploma especifica em seu artigo 16, inciso II, item "d", que:

"A admissão no regime será autorizada para a armazenagem dos bens a seguir indicados, em:

(...)

II - porto organizado e instalações portuárias:

(...)

d) quaisquer outros importados e consignados a pessoa jurídica estabelecida no País ou destinadas a exportação, que atendam às condições para admissão no regime".

As mercadorias deverão ser consignadas a pessoa jurídica estabelecida no país, em cujo nome serão admitidas no regime, que terá como base operacional recinto alfandegado credenciado pela Receita Federal do Brasil.

Feitas tais colocações, claro está que a mercadoria submetida a tal regime, não será onerada pelos tributos relativos à operação de importação, enquanto nela permanecer.

Importante registrar que tal regime, permite que a mercadoria fique "em consignação" na espera da nacionalização ou de outro destino final que lhe seja dado pelo importador. Frise-se que a mercadoria, nesta condição, ainda não pertence ao importador, ou quem o fizer. Este, caso deseje adquirir a mercadoria entrepostada (que continua de propriedade do exportador, repita-se), terá de adquiri-la. No momento em que passa a ser o proprietário haverá também a nacionalização, e a consequente ocorrência do fato gerador dos tributos, especialmente do ICMS.

Ademais, os documentos constantes às fls. 198 a 200, os quais se referem a Autorização de Entrega Antecipada de Mercadoria (EAM), pela Secretaria da Receita Federal, emitidas em 11 de março de 2013, posteriormente à data da autuação, pela Alfândega do Porto de Vitória, autorizam a entrega antecipada das mercadorias identificadas nas DI's 12/0619248-0, 12/0026336-9 e 12/0361380-8 ao estabelecimento importador, no caso, à autuada, "permanecendo ali até ulterior desembaraço aduaneiro, em conformidade com a legislação de regência".

Isso significa dizer que as DI's ali nominadas são exatamente as mesmas mencionadas nos documentos de fls. 05 a 07, o que nos leva à conclusão da não ocorrência do fato gerador do imposto, até o momento da emissão de tais documentos (EAM), inociorrendo, pois, o fato gerador do ICMS importação, e sua imediata implicação que é justamente a impossibilidade de, neste momento, realizar-se qualquer cobrança.

Reforça tal afirmação, a observação constante em tais documentos (EAM) de que "o importador fica nomeado fiel depositário da mercadoria importada não podendo usá-la consumi-la ou vendê-la, enquanto não ocorrer o desembaraço aduaneiro", o que nos leva, também, à conclusão de que efetivamente o fato gerador do imposto não ocorreu até a data da emissão daquele documento.

De tudo quanto exposto, clara está a violação do disposto no artigo 18 do RPAF/99, especialmente o inciso IV, alínea "a", diante da falta de elementos para se determinar com a devida e necessária certeza, a infração e o infrator, razão pela qual, voto no sentido de que deve o lançamento deve ser julgado nulo.

Observo, contudo, que ocorrendo o fato gerador da obrigação tributária, e inexistindo determinação judicial ou impedimento legal, nada impede que seja lavrado novo Auto de Infração contra o contribuinte, visando a cobrança do ICMS sobre as importações realizadas.

A JJF recorre de ofício da presente Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea "a", do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

VOTO

O Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS-Importação, relativo às Declarações de Importação nº 12/0026336-9, 12/0361380-8 e 12/0619248-0.

A base de sustentação da Decisão da JJF é que, como os produtos importados ainda não haviam sido nacionalizados quando da lavratura do Auto de Infração, não existia qualquer irregularidade a ser apurada.

Toda a análise feita pelo julgador de 1ª Instância, que neste momento entendo dispensável voltar a discorrer já que constante do Relatório do presente Acórdão, encontra-se absolutamente correta, uma vez que a ocorrência do fato gerador do ICMS-IMPORTAÇÃO somente se concretiza com a entrada de uma mercadoria no território nacional, conforme determinações do art. 2º, § 1º, I, da Lei Complementar nº 87/96, *in verbis*:

Art. 2º O imposto incide sobre:

[...]

§ 1º O imposto incide também:

I – sobre a entrada de mercadoria ou bem importados do exterior, por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade.

O equipamento ainda não havia sido nacionalizado, portanto, não existia, naquele momento, imposto a ser exigido.

Embora a situação possa passar por uma improcedência e não nulidade da ação fiscal, com base no art. 2º, do RPAF/BA deixo de adentrar neste assunto já que, ao final, as duas decisões seguem o mesmo caminho, pois não existe qualquer impedimento legal de que, ocorrendo o fato gerador da obrigação tributária, e inexistindo determinação judicial ou impedimento legal, que seja realizada uma outra e nova ação fiscal, visando a cobrança do ICMS sobre as importações realizadas, caso o imposto não tenha sido pago.

Por tudo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício interposto, mantendo inalterada a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado que julgou **NULO** o Auto de Infração nº 271351.1301/13-5, lavrado contra **AMIGO SOCIAL**.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de junho de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGF/PROFIS