

A. I. Nº - 271351.1301/13-5
AUTUADO - AMIGO SOCIAL
AUTUANTE - LAUDIONOR BRASIL PEDRAL SAMPAIO
ORIGEM - INFAS/VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 27.02.2014

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0029-01/14

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. Não acolhidas as argüições preliminares. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 21 de fevereiro de 2013 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$ 719.766,03, bem como multa no percentual de 60%, pela constatação da seguinte infração:

Deixou de recolher o 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*".

Informa, ainda, que "*o ICMS devido não foi recolhido no momento do desembarque 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*".

Tempestivamente, a autuada apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 180 a 186, onde argüi em sua defesa, que não concorda com o lançamento, destacando, inicialmente, a título de preliminar, que o Auto de Infração e cobrança de ICMS decorre do controverso entendimento da inspetoria Fazendária que o mesmo incida sobre bens importados por contribuinte não habitual.

Esclarece que a cobrança no prazo estipulado no Auto de Infração (30 dias) deve ser declarada suspensa, visto que está discutindo a lide constante naqueles Autos de Infração, que têm como objeto principal a não incidência do tributo sobre contribuinte não habitual.

Informa que 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, sendo concedida liminar suspendendo a incidência do tributo, 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.

Dessa forma, até o trânsito em julgado não se pode exigir a incidência ou não do tributo em debate, que se falar em cobrança, e o crédito apurado mediante o Auto de Infração acima referido não pode ser cobrado nesta fase processual por estar suspensa a sua exigibilidade, na forma do artigo 151, do Código Tributário Nacional (CTN).

Requer a suspensão da cobrança do crédito tributário constante do Auto de Infração nos termos da documentação que anexa e de acordo com o artigo do CTN mencionado, até julgamento final do processo informado.

Quanto ao mérito, entende que a notificação não têm esteio tributário e ainda, que as multas exponenciais significam um enriquecimento ilícito do Estado, em ofensiva à igualdade das partes, sendo tal igualdade garantida pela Constituição Federal Brasileira.

Alega que improcede a incidência e por consequência a multa, pois, embora ingressando 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 no local adequado, pois tratam-se de equipamentos muito sensíveis. Como se verifica no documento emitido pela Receita Federal – Alfândega que apenas, o equipamento e acessórios constantes nas DI's informadas no lançamento não foram desembaraçados, portanto, na hipótese de haver incidência do ICMS a contribuintes não habituais, o momento de sua incidência se dá 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, 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 em razão da natureza jurídica da recorrente – entidade civil sem fins lucrativos, qualificada como OSCIP – bem como pela natureza dos equipamentos e acessórios importados, haja vista que os mesmos não tem 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.).

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 para perímento, o que afasta a incidência do tributo em discussão, portanto, mais um aspecto desconsiderado pelo Fisco na lavratura do Auto de Infração.

Embora entenda não haver incidência do tributo no presente caso, logo totalmente improcedente deve ser o Auto de Infração, devido aos fatos e argumentos já apresentados serem exaustivos quanto a irregular cobrança, há de se verificar de forma imediata que os valores cobrados não estão em acordo com o regramento aplicado para os casos em que há incidência do referido tributo, pois os mesmos tem como base de cálculo a incidência de tributos federais, porém, no caso em tela, independente da natureza da entidade importadora – o que no presente caso tem que ser considerada – alguns impostos federais não incidem, pois trata-se, como já informado, de equipamentos e acessórios sem similar nacional.

Outra irregularidade flagrante que aponta é a alíquota que fora aplicada de 17% nos produtos que compõe as DI's objeto do Auto de Infração. Por se tratar de produtos sem similar nacional, a alíquota que, em tese, incidiria, seria de 4% (quatro por cento), pois os referidos produtos compõem a lista prevista na Resolução 13/2012 do Senado Federal, que determinou a Câmara do Comércio Exterior a editá-la, informando quais seriam os produtos sem similar nacional que incidiriam a citada alíquota, conforme Resolução da CAMEX 79/2012, na qual faz referência a outras resoluções que compõe os produtos beneficiários de tal redução, estando os produtos do Auto de Infração elencados na Resolução 94 de 8 de dezembro de 2011, no Capítulo 90, item 90.22.

A exigibilidade do tributo enfocado pela notificação restará suspensa visto o disciplinado, quer pela legislação Estadual, quer pelo artigo 151 do CTN, em vigor, transscrito.

Além disso, estando suspensa e exigibilidade do tributo e face a interposição da presente defesa, as multas aplicadas pelo Auto de Infração devem necessariamente permanecer com a exigibilidade suspensa, sendo vedada sua inscrição em dívida ativa.

Aborda, a seguir, o que denomina "tumulto legislativo" ao qual estão submetidas as empresas nacionais, no tocante a importação e conseqüente sujeição a tributação do não menos confuso ICMS, sobretudo quando se trata daquelas que não se caracterizam como contribuintes habituais, o que levou a apreciação deste fato na Suprema Corte sobre a não incidência de tal tributo sobre as empresas que se enquadram nesta situação.

Afirma que ao proceder a importação de produtos, a empresa é obrigada a recolher a alíquota de ICMS sobre o valor da mercadoria, para depois creditar-se deste valor em seus livros fiscais, quando são contribuintes habituais, e os que não são, não compensar tais valores quando?, questiona, para asseverar que esta é mais uma prova do tratamento desigual entre as empresas e o Estado.

Esta confusão tributária torna-se mais grave ainda no presente caso, visto a preliminar acima argüida, e aos valores que incidiram sobre a obrigação principal, conforme demonstram as razões expostas, pois o valor alocado pela notificação e as multas impostas, são reveladores da integral incapacidade de pagamento, quer pelo patrimônio empresarial, quer pelo patrimônio pessoal, enfatizando a prática, vedada pela Constituição Federal, de ofensa aos direitos dos contribuintes e ainda, de defesa do consumidor.

Cita e transcreve o teor do artigo 150, inciso IV da Constituição Federal que sedimenta o pretendido pela autuada, e que as multas aplicadas na autuação, acrescidas aos valores principais da obrigação, sofreram a incidência dos juros moratórios, criando assim uma capitalização indevida e uma onerosidade ilícita.

Defende ponto de vista de que as multas, conforme legislação atualmente em vigor, somente poderiam ser de 2% (dois por cento) sobre o valor corrigido, e não no percentual que restou imposto a notificada, o qual não consta no Auto de Infração, e que aceitar a imposição de tal penalidade que, ao seu ver, escapa a capacidade contributiva, quer da autuada, quer das empresas brasileiras, estar-se-ia no império de Luiz XV onde O Estado é o Rei, tudo podendo.

Entende que os juros de mora atingem o valor corrigido da obrigação tributária acrescida da multa, restando visível que foram praticados em excesso, dado que os juros convencionais das penalidades brasileiras, conforme disposto pelo Código Tributário Nacional, é de 1% (um por cento) ao mês.

Cita doutrina ao seu amparo, para assegurar que a onerosidade atribuída ao débito é facilmente verificada quando da análise das planilhas que anexa, nas quais o tributo devido pela empresa autuada foi corrigido de acordo com os índices preconizados em lei, somando-se ao total corrigido com juros, as multas pela infração, expurgando assim a capitalização e a cascata financeira.

Assevera que não sendo permitida a capitalização na execução fiscal, também não é permitida no Auto de Infração, que posteriormente poderá ser inscrito em dívida ativa e fundamentar procedimento executório fiscal, e que por tal motivo, a penalidade da multa, se mantida a notificação, o que, vistas as provas anexas, entende inviável, precisa e deve ser reduzida aos parâmetros legais e convencionais do artigo 96 do CTN, também transcrito.

Postula que estas penalidades, caso mantidas, deverão ser reduzidas ao suportável pela capacidade contributiva, e existindo cobrança a maior, o Auto de Infração perde os requisitos da liquidez e certeza, necessários para a configuração da obrigação tributária passível de cobrança, e restando impossível a manutenção dos gravames, devendo estes seguirem ao arquivo administrativo da repartição fazendária.

Em caso de entendimento contrário, mister se faz a elaboração de nova planilha contábil, expurgando-se a capitalização, reduzindo as multas e os juros incidentes sobre o valor principal aos

índices preconizados em lei, primando pela observância dos dispositivos legais e conferindo à autuada notificada a mais perfeita justiça.

Finaliza, requerendo que, pelos motivos acima expostos, seja declarada a nulidade da autuação, com o seu arquivamento, suportando, posteriormente, o notificante, os custos havidos pela empresa na produção da presente defesa escrita, ou ainda, se assim não entendido, ou caso adentrado no mérito da presente defesa, constatando-se a incidência do tributo, multas e juros superiores aos previstos legalmente, procedendo-se aos recálculos do real valor devido, expurgando-se ainda dos cálculos a capitalização e os demais acréscimos ilícitos, intimando-se a aqui notificada de todo o andamento do processo administrativo para regular exercício da ampla defesa.

Informação fiscal prestada à fl. 202 pelo autuante argumenta 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, anexados às fls. 198 a 200 do processo, 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, previamente 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.

Dante 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 7.014/96.

Dante do acima exposto, requer que o Auto de Infração seja julgado nulo.

VOTO

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 da autuada 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 á 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 autuada 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 desembarque 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), inocorrendo, 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 desembarque 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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 271351.1301/13-5 lavrado contra AMIGO SOCIAL.

Esta Junta, recorre de Ofício de sua decisão, para uma das Câmaras de Julgamento, nos termos do artigo 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Sala de Sessões do CONSEF, 11 de fevereiro de 2014.

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR