

A. I. N° - 216967.0010/13-2
AUTUADO - ULMA HANDLING SISTEMAS AUT. DE ARMAZENAMENTO DO BRASIL LTDA.
AUTUANTE - CARLOS NICOLLAS MACEDO DE CASTRO
ORIGEM - IFMT METRO
INTERNET - 15/05/2014

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0094-03/14

EMENTA: ICMS. EXTINÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. ESCOLHA DA VIA JUDICIAL PELO SUJEITO PASSIVO. ESGOTADA A INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. A escolha da via judicial pelo sujeito passivo implica renúncia à faculdade de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação, conforme dispõe o art. 117 do RPAF-BA/99. Extingue-se o processo administrativo fiscal, em decorrência de ingresso do sujeito passivo em juízo relativamente à matéria objeto da lide. Mantida a multa aplicada. Defesa **PREJUDICADA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 17/10/2013, refere-se à exigência de R\$138.072,76 de ICMS, acrescido da multa de 60%, pela falta de recolhimento do imposto sobre importação, relativo a mercadorias e/ou bens procedentes do exterior, destinados fisicamente a este Estado, no caso o importador é estabelecido em outra unidade da Federação e o desembarque aduaneiro ocorreu em Estado diverso de seu domicílio.

De acordo com a descrição dos fatos, o autuado recolheu equivocadamente o imposto para o Estado da São Paulo. A mercadoria se destina à Construtora NM Ltda. CNPJ 74.190.620/0001-77, estabelecida no Estado da Bahia, conforme declaração por telefone e *e-mail* acostado aos autos, ficando caracterizado que o destino físico é o Estado da Bahia.

O autuado, por meio de advogado com procuraçāo às fls. 61/62, apresentou impugnação às fls. 38 a 43 do PAF. Informa que se trata de empresa estabelecida no Estado de São Paulo e tem por objeto social, dentre outras atividades, projetar, fabricar, montar, comercializar e prestar serviços de assistência técnica de sistemas e elementos de sistemas de logística industrial; comercializar produtos de informática destinados a esses sistemas, fabricar, comercializar e prestar assistência técnica de empilhadeiras. Diz que celebrou contrato de prestação de serviços e fornecimento de equipamentos com a Construtora NM Ltda., relacionados à instalação do sistema de transporte e manuseio de bagagens nas obras de reforma e adequação do terminal de passageiros do Aeroporto Internacional de Salvador. Por meio desse contrato, o defensor fornecerá e instalará uma série de equipamentos relativos ao sistema de transporte de bagagens, e para racionalizar o custo logístico relativo a essa operação, o defensor iniciou e concluirá a importação de parte dos componentes e equipamentos oriundos do exterior através do Porto de Salvador, providenciando o seu transporte para o canteiro de obras do cliente diretamente da repartição aduaneira, sem a necessidade do ingresso físico das mercadorias no Estado da São Paulo para posterior retorno ao Estado da Bahia.

Alega que houve dúvida a respeito de qual seria a Unidade da Federação competente para exigir o ICMS incidente sobre a importação dessas mercadorias, tendo o defensor, num primeiro momento, por ocasião do registro da Declaração de Importação (DI) nº 13/1879308-6, equivocadamente recolhido o imposto estadual para o Fisco da Bahia, o que foi corrigido mediante o devido pagamento a São Paulo.

No desembaraço seguinte, objeto da DI nº 13/1976105-6, o defendente deparou-se com um intransponível impasse perante as autoridades fiscais da Bahia, as quais não acataram o recolhimento do ICMS efetuado ao Estado da São Paulo e exigiram formalmente o pagamento do imposto por meio do presente Auto de Infração, sendo aplicada multa de 60%, com fundamento no art. 42, inciso II, alínea "f" da Lei 7.014/96.

O defendente informa que, diante da situação e impossibilitado de ter acesso às suas mercadorias, ajuizou ação cautelar nº 0392909-19.2013.8.05.0001, na qual foi reconhecida a ilegalidade da apreensão e determinada a liberação da carga. Na sequência, ajuizou ação principal nº 0397733-21.2013.8.05.0001, na qual pretende seja solucionada a incerteza jurídica relativa à Unidade da Federação competente para cobrança do ICMS sobre as referidas importações.

Entende que apesar do disposto no art. 117 do RPAF/BA, tem cabimento a impugnação apresentada para que, mesmo que seja o Estado da Bahia declarado competente para a cobrança do ICMS sobre a DI nº 13/1976105-6, fique afastada a exigência da multa constante no Auto de Infração, em razão da falta de tipicidade do art. 42, inciso II, alínea "f". Afirma que a referida penalidade somente poderia ser aplicada se não fosse o caso de enquadramento da sua conduta ilegal em outro dispositivo do art. 42. Pergunta, porque não foi aplicada a multa de 50%, prevista no inciso I, para a falta de imposto declarado eletronicamente?

Salienta que a jurisprudência de alguns Tribunais administrativos fiscais brasileiros sempre foi contra a aplicação de sanções quando não houver uma perfeita identificação do fato concreto verificado com o tipo previsto na norma punitiva. Cita exemplos e diz que apesar de o percentual não afrontar a razoabilidade, essa penalidade foi objeto de inúmeros processos administrativos fiscais perante o extinto Conselho de Contribuintes e sua Câmara Superior de Recursos Fiscais, nos quais sempre foi afastada a sua aplicação, em respeito aos princípios da tipicidade e da reserva legal.

Entende que cabe ao órgão de julgamento competente neste Estado afastar, no presente caso, a aplicação da multa prevista no art. 42, inciso II, alínea "f", da Lei 7.014/96. Por fim, pede que seja excluída a multa aplicada, permanecendo a cobrança do ICMS propriamente dito, sujeito à decisão judicial a ser firmada na ação ordinária nº 0397733-21.2013.8.05.0001.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 66 a 74 dos autos, dizendo que o presente Auto de Infração foi lavrado obedecendo aos moldes legais, pois indicou, na página um, o fato gerador do imposto, o infrator, a infração cometida, o embasamento legal, o valor do imposto e as cominações legais. Informa que ficou caracterizado como o local da ocorrência do fato gerador do imposto, o local do destino físico da mercadoria importada do exterior. O destino físico dos bens importados é a CONSTRUTORA NM LTDA, CNPJ 74.190.620.0001-77, sediada no território do Estado da Bahia.

Frisa que a Constituição Federal, no artigo 155, inciso XII, estabelece que cabe à Lei Complementar: a) definir seus contribuintes ; d) fixar para efeito de cobrança e definição do estabelecimento responsável, o local das operações relativas à circulação de mercadorias e prestações de serviços. Neste caso, cita que a Lei Complementar 87/96, define no art. 11 qual é o Estado a quem cabe o imposto devido por importação.

Diz que o citado diploma legal trata do estabelecimento do destino físico da mercadoria e não do local do desembaraço aduaneiro. Em palavras simples: a mercadoria ou bem poderá ser desembaraçada em qualquer local do País, mas o imposto estadual é devido ao Estado para onde se destinem as mesmas.

Salienta que a definição da competência do sujeito ativo nas importações se encontra expressa na LC 87/96 que positivou que o imposto cabe ao Estado do destino físico, reforçando o direito do Estado da Bahia, e que as vastas decisões proferidas pelos diversos órgãos de julgamentos

sempre ratificam o entendimento de que o local da ocorrência do fato gerador é o destino físico das mercadorias ou bens importados do exterior.

Também ressalta que o Estado da Bahia, lastreado na LC 87/96 combinada com o artigo 332, inciso III e artigo 435, inciso I, do RICMS, publicado pelo decreto nº 13.780/2012, que determinam o prazo e o estabelecimento obrigado a recolher o ICMS sobre as operações de importação. Diz que o imposto será recolhido pelo importador, em favor da unidade federada em cujo território tiver ocorrido a entrada física das mercadorias ou bens, por meio de documento de arrecadação previsto em sua legislação ou da Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais (GNRE). No presente caso, afirma que restou comprovado que as mercadorias destinaram-se fisicamente ao Estado da Bahia, caracterizando assim a responsabilidade tributária do autuado, quanto ao recolhimento do ICMS incidente sobre a operação de importação. Também informa que a jurisprudência pátria pacificou o entendimento sobre a matéria objeto da lide, através da decisão transitada em julgado, proferida pelo STJ em julgamento feito em 16/12/2008.

Para comprovar competência do Estado da Bahia para cobrança do ICMS relativo a importação, transcreve o art. 102 do Código Tributário Nacional. Cita diversas decisões do CONSEF sobre a matéria em questão, transcrevendo uma ementa referente ao Acórdão JJF Nº 1214/99 e trecho do Acórdão JJF nº 0055-02/06. Finaliza pedindo a procedência do presente Auto de Infração.

VOTO

O Auto de Infração refere-se à exigência de ICMS, pela falta de recolhimento do imposto sobre importação, relativo a mercadorias e/ou bens procedentes do exterior, destinados fisicamente a este Estado, no caso o importador é estabelecido em outra unidade da Federação e o desembarque aduaneiro ocorreu em Estado diverso de seu domicílio.

De acordo com a descrição dos atos, o autuado recolheu equivocadamente o imposto para o Estado da São Paulo. A mercadoria se destina à Construtora NM Ltda. CNPJ 74.190.620/0001-77, estabelecida no Estado da Bahia, conforme declaração por telefone e e-mail acostado aos autos, ficando caracterizado que o destino físico é o Estado da Bahia.

Nas razões de defesa o autuado informa que ingressou em Juízo mediante ação cautelar nº 0392909-19.2013.8.05.0001, na qual foi reconhecida a ilegalidade da apreensão e determinada a liberação da carga. Na sequência, ajuizou ação principal nº 0397733-21.2013.8.05.0001, na qual pretende seja solucionada a incerteza jurídica relativa à Unidade da Federação competente para cobrança do ICMS sobre as referidas importações.

Observo que a escolha da via judicial pelo sujeito passivo implica renúncia à faculdade de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação, conforme dispõe o art. 117 do RPAF-BA/99. Extingue-se o processo administrativo fiscal, em decorrência de ingresso do sujeito passivo em juízo relativamente à matéria objeto da lide. Assim, nos termos do art. 122, incisos II e IV do RPAF/99, considero extinto o presente processo administrativo fiscal.

Em relação à multa aplicada, também questionada pelo defensor, requerendo a sua exclusão, entendo que está correta a multa de 60%, com base no art. 42, inciso II, alínea “f”, da Lei 7.014/96, e esta Junta de Julgamento Fiscal não tem a competência para apreciação de pedido de dispensa ou redução da multa por infração de obrigação principal, haja vista que esta competência é da Câmara Superior deste CONSEF, consoante o art. 159, do RPAF/99. Mantida a multa aplicada.

Face ao exposto, voto no sentido de considerar PREJUDICADA a defesa referente ao Auto de Infração em lide, ficando, em consequência, extinto o Processo Administrativo Fiscal, o qual deverá ser remetido à PGE/PROFIS para adoção das providências de sua alçada.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PREJUDICADA** a defesa referente ao Auto de Infração nº 216967.0010/13-2,

lavrado contra **ULMA HANDLING SISTEMAS AUT. DE ARMAZENAMENTO DO BRASIL LTDA.**, no valor de **R\$138.072,76**, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, inciso II, "f" da Lei nº 7.014/96, devendo o autuado ser cientificado da presente decisão e os autos deverão ser remetidos à PGE/PROFIS para adoção das medidas cabíveis.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de abril de 2014

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA