

A. I. Nº - 210320.100416-1
AUTUADO - INNOV SERVIÇOS E COMPUTADORES S.A.
AUTUANTE - JACKSON ROCHA DOS SANTOS
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTENRET 28.12.2016

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0221-02/16

EMENTA: ICMS. IMPORTAÇÃO. DIFERIMENTO DO IMPOSTO. NÃO ATENDIDAS AS CONDIÇÕES PARA A FRUIÇÃO DO BENEFÍCIO. O contribuinte beneficiário do deferimento previsto no art.1º § 1º, inciso I, do Decreto nº 4.316/95 necessita de prévia habilitação para diferimento. Sem o atendimento da aludida condição, não há fruição do benefício do diferimento, indevidamente utilizado pelo sujeito passivo, que deveria recolher o tributo até o momento do despacho aduaneiro, conforme art. 332 do RICMS/2012. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 20/04/2016, reclama o valor de R\$61.239,00, acrescido da multa de 60%, em razão do cometimento de infração à legislação do ICMS, decorrente falta de recolhimento do ICMS no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas, cujo importador seja estabelecido no Estado da Bahia. Consta que a empresa importou de Portugal Tablets e Notebooks conforme Declaração de Importação n. 16.0592660-6 de 19.04.2016, não recolheu o ICMS na ocasião do desembaraço aduaneiro, em contrapartida solicitou exoneração por diferimento, através de GLME N 201601532, porém, sua habilitação está INAPTA perante o cadastro da SEFAZ-BA.

O sujeito passivo, em sua defesa, fls. 27 a 35, após descrever a infração diz não merecer prosperar a multa aplicada devendo ser anulada pelos fatos e fundamentos que passa a expor.

Afirma que a empresa é beneficiário do deferimento previsto no art.1º §1º, inciso I, do Decreto n. 4.316/95, cujo teor transcreve. Assim, visando atender ao mencionado Decreto percebe-se através dos documentos anexados que a empresa protocolou em 15.04.2016 requerimento para renovação de sua habilitação de diferimento numero 6999000-0.

Diz que foi exarado um parecer intermediário por um preposto fiscal, opinando pelo indeferimento do pedido de renovação da habilitação de diferimento. Posteriormente foi emitido um opinativo pelo deferimento do pedido, conforme trecho que transcreveu.

Acrescenta que através de consulta no sistema desta Secretaria da Fazenda percebe-se que a empresa possui o certificado de diferimento válido até 06.05.2017.

Entende que a empresa, com o certificado ativo e com vencimento em 06.05.2017, não poderia estar com sua habilitação INAPTA perante o cadastro desta Secretaria, já que atendeu aos requisitos previstos no Decreto 4.316/95, conforme atestado em 11/05/2016 pelo Auditor Fiscal desta Secretaria de Fazenda.

Aduz que caso seja mantida a habilitação inapta da empresa, não será possível que esta realize a aquisição de insumos com diferimento do ICMS, onerando a carga tributária, que a partir de 01/05/2016, encontra-se no percentual de 18% (dezoito por cento), conforme alíquota geral do

ICMS, causando prejuízos irreparáveis nos contratos firmados e nas operações financeiras realizadas pela empresa.

Observa que a solicitação de exoneração por diferimento feita pela INNOV através de GLME n. 201601532 deve ser considerada e, por conseguinte, a isenção no recolhimento do ICMS na ocasião do desembaraço aduaneiro. Consequentemente, o valor de R\$97.982,40 referente ao ICMS e multa aplicada, torna-se desarrazoada, eis que a INNOV atendeu a todos os requisitos previstos no Decreto nº 4.316/95, devendo, portanto, o Auto de Infração ora ser integralmente cancelado.

Ressalta ainda que o auto de infração fora lavrado com multa de 60%, o que afronta os princípios da legalidade, razoabilidade e da proporcionalidade.

Fala sobre o princípio da proporcionalidade, de acordo com o entendimento do STF, e doutrina constitucional moderna, concluindo que na análise deste princípio aplicado às multas fiscais, vislumbra-se que uma lei que estabeleça uma multa elevada para combater a sonegação fiscal deve ser graduada em percentual proporcional ao seu objetivo de punir e reprimir o ato ilícito. Assim, no seu entendimento, verifica-se que a aplicação de multa de 60% mostra-se desproporcional e desarrazoada, o que afronta consequentemente os princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade.

Acrescenta que o estabelecimento de multas fiscais não pode induzir à violação ao princípio do não-confisco e no presente caso, a multa de 60% tem caráter confiscatório. Transcreve trechos sobre o tema de Vittorio Cassone, para afirmar que a não observância de uma proporcionalidade na previsão das multas fiscais pode levar à aplicação de multas confiscatórias, ensejando, se assim for, a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade por violação expressa ao art. 150, IV, da CF/88.

Fala sobre a capacidade contributiva asseverando que a base fundamental do princípio da capacidade contributiva está bem explicitado por Luciano Amaro no sentido de que *"a capacidade contributiva inspira-se na ordem natural das coisas: onde não houver riqueza é inútil instituir imposto, do mesmo modo que em terra seca não adianta abrir poço à busca de água."*

Interpreta que o princípio da capacidade tributária visa a que a tributação incida sobre a riqueza existente, evitando-se que as exações recaiam naqueles que não tem possibilidade de contribuir para as despesas do Estado e a justiça das leis tributárias depende da observância deste princípio.

Conclui que o legislador deve, na edição de leis tributárias observar os limites da retirada da riqueza do contribuinte, sob pena de incorrer em tributação injusta, que, no presente caso, chega a valores estratosférica, o que deve ser rechaçado pelo Poder Judiciário.

Finaliza solicitando o cancelamento do Auto de Infração, com a consequente anulação do valor de R\$ 97.982,40 no que se refere ao ICMS e multa, tendo em vista que, conforme parecer emitido por Auditor Fiscal desta Secretaria de Fazenda, a empresa INNOV atendeu todos os requisitos previstos no Decreto nº 4.316/95, devendo ser deferido o pedido de renovação de habilitação de diferimento pretendida pela empresa.

Caso não seja este o entendimento, o que se admite apenas por amor ao debate, requer, alternativamente, a redução da multa aplicada, eis que desproporcional e desarrazoada, o que afronta consequentemente os princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade.

Ressalta que sendo mantida a autuação, fica configurada a não observância de uma proporcionalidade na previsão das multas fiscais, levando a aplicação de multas confiscatórias, ensejando, se assim for, a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade por violação expressa ao art. 150, IV, da CF/88.

O autuante ao prestar a informação fiscal às fls. 53 a 54 após transcrever a descrição dos fatos e fazer um resumo dos argumentos defensivos presta os seguintes esclarecimentos:

1. Na função Fiscalizadora exercida em Posto Fiscal, cabe ao Preposto Fiscal análise de situação cadastral da empresa no momento do visto, ou seja apreciar seu pedido e reclamar o crédito devido. Não possui outro procedimento administrativo para sanar irregularidade fiscal, pois se o importador possui alguma pendência perante a SEFAZ é de sua responsabilidade o cumprimento de suas obrigações acessórias para que o seu processo de despacho aduaneiro na importação ocorra sem vícios e em conformidade com o Regulamento do ICMS-Ba.
2. Na autuação ficou caracterizado que na ocasião momento da lavratura do presente Auto de Infração a sua habilitação nº 6999000-0 para operar no regime de diferimento estava INAPTA desde 04/04/2014 e o auto foi lavrado e dado ciência em 20/04/2016, conforme hardcopy, documento obtido em sistema interno da SEFAZ-BA (fl 15 e 16).
3. O indeferimento da Habilitação é condição suficiente para o impugnante não usufruir o benefício concedido nas importações, pois conforme o Decreto 4.316/95, que instituiu este programa incentivo, no Art. 9º determina que o estabelecimento habilitado para operar com o tratamento tributário previsto neste Decreto que inobservar qualquer das disposições nele contidas terá cassada a sua habilitação pela Secretaria da Fazenda, portanto nada mais cabe para justificar, haja vista que a própria SEFAZ-Ba já determinara sua INAPTIDÃO.
4. O sujeito passivo não recolheu o tributo alegando diferimento, contudo não apresentou Certificado de Habilitação de Diferimento ativo específica para operar com o regime do diferimento, não cabendo também a aplicação da regra genérica de dispensa de habilitação prevista no art. 287, §1º, VII do RICMS/BA. Sem o atendimento da aludida condição, observando a obrigatoriedade de habilitação junto à SEFAZ, conforme, acima alinhado, não há fruição do benefício do diferimento, indevidamente utilizado pelo sujeito passivo, que deveria recolher o tributo até o momento do despacho aduaneiro, conforme art. 332, IV do RICMS/2012.
5. Determina o RICMS-BA, art. 287, supra citado, que nas operações com mercadorias enquadradas no regime de diferimento a fruição do benefício é condicionada a que o adquirente ou destinatário requeira e obtenha, previamente, sua habilitação para operar nesse regime perante a repartição fiscal do seu domicílio tributário; portanto o gozo de tal benefício depende obviamente do cumprimento de uma obrigação acessória, e o certificado de habilitação, que é condição imprescindível para usufruto do regime tributário.

Transcreve o teor do Art.113 do Código Tributário Nacional, CTN para esclarecer o que ocorre quando se descumpre uma obrigação acessória e no caso presente, a importação fez com que ocorresse o fato gerador e o conseqüente surgimento da obrigação principal, que é o pagamento do ICMS incidente na entrada de bens importados do exterior, a ser recolhido no momento do desembarço aduaneiro, conforme determina o inciso V, do artigo 2º, combinado com o inciso IX, artigo 4º, da Lei nº 7.014/96, regulamentada pelo Decreto 13.780/2012 (RICMS-Ba).

Traz decisões deste Conselho que concluiu pela procedência da exigibilidade da habilitação ativa para fruição do benefício do regime de diferimento.

Ressalta que o presente lançamento tributário encontra-se dentro da legalidade e opina pela sua procedência, e peça aplicação da multa de 60% (sessenta por cento) prevista no inciso II, alínea "F", do art. 42, da citada Lei nº 7.014/96.

Quanto a inconstitucionalidade arguída pela Autuada, há de se inferir que não existe competência no âmbito do Conselho da Fazenda Estadual (CONSEF) para a sua discussão.

Em relação a arguição de que as multas aplicadas têm caráter confiscatório, esta não subsiste pois a lei 11899/2010 no seu art. 45-B, I, contempla uma redução de 90% do valor cobrado, fugindo totalmente da característica confiscatória.

Lembra que este órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual, assim como não lhe cabe competência para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, no presente caso àqueles relativos à aplicação das aludidas multas, em conformidade com o art. 167 do RPAF/BA.

Opina pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, observo que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e não se encontram os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para determinar a nulidade do presente Auto de Infração.

No mérito, o presente Auto de Infração trata da exigência de ICMS, em razão da falta de recolhimento do referido imposto no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas, cujo importador seja estabelecido no Estado da Bahia, constando na descrição dos fatos, que o autuado efetuou a importação de Tablets e Notebooks conforme Declaração de Importação nº 16.0592660-6 de 19.04.2016, não recolheu o ICMS na ocasião do desembaraço aduaneiro, em contrapartida solicitou exoneração por diferimento, através de GLME N 201601532, porém, sua habilitação está INAPTA perante o cadastro da SEFAZ-BA.

O defendente alegou que goza do benefício de diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS, nas importações, previsto no art.1º § 1º, inciso I, do Decreto nº 4.316/95. Disse que para atender ao disposto no referido Decreto protocolou em 15/04/2016 requerimento para renovação de sua habilitação de diferimento numero 6999000-0, que inicialmente foi indeferido, entretanto, posteriormente, o seu pedido foi acatado e de acordo com consulta no sistema desta Secretaria a empresa possui o certificado de deferimento válido até 06/05/2017.

Para melhor entendimento da questão a ser decidida, vale reproduzir o dispositivo da legislação pertinente à matéria.

Decreto nº 4.316/95:

Art. 1º - Ficam diferidos o lançamento e o pagamento do ICMS relativo ao recebimento, do exterior, de:

II - produtos de informática, por parte de estabelecimento comercial filial de indústria, ou empresa por ela controlada, instaladas no Distrito Industrial de Ilhéus, mesmo que tenham similaridade com produtos fabricados pelos referidos estabelecimentos, observada a disposição do § 1º deste artigo.

(...)

§ 1º - Para usufruir do benefício de que trata o inciso II deste artigo o contribuinte, devidamente habilitado para operar no referido regime na conformidade do art. 344 e seguintes do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, deverá:

I - renovar anualmente a habilitação concedida pela Secretaria da Fazenda;

Da leitura do citado dispositivo verifica-se que há um requisito a ser observado para fruição do benefício previsto no § 1º. O requisito é que o contribuinte esteja devidamente habilitado para operar no referido regime e que tal habilitação seja renovada anualmente.

De acordo com os documentos anexados aos autos constato que na data da ocorrência do fato gerador não foi apresentado o Certificado de Habilitação de Deferimento Ativo, fato reconhecido pelo autuado ao afirmar que em 15/04/2016, foi protocolado junto a esta SEFAZ requerimento para renovação de sua habilitação, entretanto, o mesmo foi indeferido. De acordo com cópia de extrato emitido por sistema desta secretaria, anexado pelo próprio contribuinte à fl. 31, somente em 11/05/2016, data posterior a lavratura do Auto de Infração a empresa obteve habilitação para operar no regime de diferimento.

Assim, inexistindo comprovação de que foi obedecido pelo sujeito passivo o mencionado requisito, resta violada a regra contida no art. 332, IV RICMS-BA/2012, abaixo reproduzido. Neste caso, caracterizada a ocorrência do fato gerador do imposto e não tendo sido realizado o recolhimento devido, não pode prosperar a alegação defensiva.

“Art. 332. O recolhimento do ICMS será feito:

[...]

IV - até o momento do despacho aduaneiro da mercadoria ou bem, nas importações do exterior e nas arrematações em leilões e nas aquisições em licitação promovidos pelo poder público, de mercadorias ou bens importados e apreendidos ou abandonados;”

Em relação à multa exigida, o defendente alegou exorbitância da penalidade aplicada, em violação ao princípio do não-confisco. Requer a redução da multa imposta, alegando ser desproporcional e desrazoada.

Observo que a aplicação da mencionada multa no percentual de 60% é prevista na Lei nº 7.014/96, art. 42, inciso II, alínea “f”, para a irregularidade apurada, e não se inclui na competência deste órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210320.100416-1** lavrado contra **INNOV SERVIÇOS ECOMPUTADORES S.A.** devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$61.239,00**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de dezembro de 2016.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR