

PROCESSO - A. I. Nº 117926.0014/15-6
RECORRENTE - AXT TELECOMUNICAÇÕES LTDA. (MDX DO NORDESTE)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3º JF nº 0028-03/16
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 17/02/2017

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0008-12/17

EMENTA: ICMS. IMPORTAÇÃO DE MERCADORIA. FALTA DE PAGAMENTO. A habilitação para diferimento, à época do fato gerador, encontrava-se baixada, cuja habilitação prévia e ativa é condição necessária para fruição do regime de diferimento do lançamento e pagamento do imposto, sendo devido naquele momento do desembaraço aduaneiro. Indeferido o pedido de nulidade. Falta de competência para apreciação pedidos de redução/cancelamento ou caráter confiscatório da multa. Razões recursais insuficientes para à reforma da Decisão. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 3ª JF (Acórdão JF nº 0028-03/16), que julgou Procedente o Auto de Infração, em epígrafe, lavrado em 13/07/2015, para exigir o ICMS no valor de R\$243.782,62, acrescido de multa de 60%, sob a acusação de “falta de recolhimento do ICMS no momento do desembaraço de mercadorias importadas, cujo importador seja estabelecido no Estado da Bahia”.

Consta do campo “Descrição dos Fatos” que o autuado “... efetuou a importação de 6.450 caixas de papelão com aparelhos de telefone digital sem fio, no valor aduaneiro de R\$814.157,98 (oitocentos e quatorze mil, cento e cinquenta e sete reais e noventa e oito centavos), através da DI nº 15/1057188-6, data de registro 12/06/2015 e desembaraço em 15/06/2015, ocorrido no recinto aduaneiro Intermarítima Terminais Ltda., GLME 201510129; NF-e representada pelo DANFE nº 049114. Nesta operação de importação a Autuada não comprovou o recolhimento do ICMS, apresentando a GLME acima descrita para obtenção da exoneração do mencionado tributo Estadual, indicando como tratamento tributário o benefício fiscal do diferimento através da Habilitação nº 003290.000-7. Contudo, esta Habilitação de diferimento acima mencionada, encontra-se BAIXADA nesta data, no sistema da Secretaria da Fazenda (SEFAZ). Assim, não restou comprovado o recolhimento tempestivo do ICMS, cuja alíquota aplicada é de 17%, no momento do desembaraço aduaneiro”.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração procedente, após rejeitar a preliminar de nulidade do Auto de Infração, pois entende que estão presentes todos os elementos constitutivos do lançamento tributário. No mérito, a JF teceu as seguintes considerações:

[...]

No mérito, cinge-se a lide na aplicação do Regime de Substituição Tributária, por Diferimento, em operação de importação de mercadorias pelo sujeito passivo, conforme documentos acostados nas fls. 10 a 21, em virtude do Certificado de Habilitação para Diferimento nº 003290.000-7, o que permitiria o não pagamento do ICMS no momento do desembaraço aduaneiro.

Ocorre que, ao pesquisar o citado certificado no banco de dados desta SEFAZ/BA, constato a concessão do Regime de Diferimento em 23/07/2015, data posterior ao momento do desembaraço aduaneiro - 15/06/2015. Logo, surge a ocorrência do fato gerador do ICMS nos termos do art. 4º, inciso IX, da Lei nº 7.104, 04 de dezembro de 1996, pela inaplicabilidade da respectiva habilitação.

Nesta senda, são inaplicáveis as disposições contidas no Decreto nº 6.734, de 09 de setembro de 1997, para concessão do Regime de Diferimento, diante da ausência dos códigos de atividade econômica do sujeito passivo,

bem como da falta das mercadorias descritas no DANFE de entrada nº: 49.114, de 15/06/2015, fl. 10, na referida norma complementar.

Portanto, não acolho os argumentos defensivos referentes ao mérito da questão posta. Destarte, considero subsistente o lançamento tributário promovido.

Quanto à análise relacionada com caráter confiscatório da multa proposta, defendido pelo impugnante, fica prejudicada em virtude da falta de competência fixada pelo art. 167, inciso I, do RPAF/BA.

Não acolho os pleitos voltados à redução e ao cancelamento da multa proposta, por ser decorrente do inadimplemento de obrigação tributária principal, em virtude da interpretação do art. 158 do RPAF/BA, acerca da falta de competência desta Junta de Julgamento Fiscal.

A decisão administrativa, oriunda da 4ª Câmara do Conselho de Contribuintes de São Paulo/SP, não possui o condão de incidir na relação jurídica entre o Estado da Bahia e o autuado. Logo, não acolho a sua aplicação ao presente PAF.

São inaplicáveis, também, as decisões judiciais apresentadas por falta de comprovação do efeito vinculante das medidas prolatadas, descumprindo, assim, o art. 141 do RPAF/BA.

Os argumentos defensivos referentes ao excesso de exação não são acolhidos, pois, além da disposição legal conferida pelos art's. 42, inciso II, alínea "f", da Lei nº 7.014/96, e 142, Parágrafo único, do CTN, a multa proposta se coaduna com a vontade do legislador estadual, nos exatos sentidos da prevenção – geral e especial - conferidos à sanção administrativa, com intuito de assegurar a conduta do sujeito passivo para cumprir a obrigação tributária principal, através da intimidação junto à sociedade na prática infracional, eleita pela norma jurídica, para o fiel cumprimento do ordenamento jurídico; respeito aos seus determinados valores e, sobretudo, evitar novo cometimento de conduta ilícita em face da legislação tributária posta.

No tocante ao pleito defendente para que as intimações sejam efetivadas em nome de PAULO ROSENTHAL, OAB/SP, sob o nº 188.567 e VICTOR SARFATIS METTA, OAB/SP, sob o nº 224.384, ambos com escritório profissional na Rua Lisboa, nº 500, São Paulo – SP, recomendo os respectivos envios na forma requerida, ressaltando-se, contudo, que não implicará vício algum se as intimações forem feitas diretamente ao próprio sujeito passivo, consoante previsão expressa do art. 108 do RPAF-BA/99.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do lançamento de ofício em tela.

Não se conformando com a Decisão de 1ª Instância, o sujeito passivo apresentou Recurso Voluntário, às fls. 103 a 119 dos autos, onde, preliminarmente, arguiu a nulidade soa a alegação de ***“... que o lançamento em questão não demonstra com clareza, exatidão e perfeição todos os elementos exigidos pela legislação tributária para perfeita configuração do ato praticado. Desta forma, o auto de infração há de ser considerado natimorto, justamente porque aponta como infração procedimento legítimo realizado pela Recorrente de acordo com a legislação.”***

O recorrente aduz que, conforme restará demonstrado, os valores apontados no Auto de Infração não são devidos, já que goza dos benefícios do regime de diferimento de ICMS, o qual lhe permite não recolher o imposto no momento da nacionalização da mercadoria, mas apenas em um momento posterior. Assim, o fisco deveria ter lhe notificado para a apresentação e verificação dos livros e documentos fiscais, o que afastaria qualquer dúvida a respeito do pagamento das referidas obrigações tributárias.

Diz que, em que pese seus argumentos, efetivamente demonstrou com a documentação, juntada à peça recursal, que goza dos benefícios do regime de diferimento de ICMS no Estado da Bahia no exercício de 2015. Transcreve artigos 257 e 288 do RICMS/12 para aduzir que atendeu todas as hipóteses, conforme denota-se do DMD do mês 06/15 e a respectiva Nota Fiscal de importação que deu ensejo à autuação para, por fim, afirmar que não ocorreu qualquer fato lesivo à Fazenda, conforme, inclusive, é o entendimento pacífico do colendo STJ, que já firmou posição de que o diferimento tributário não constitui um benefício fiscal, até porque não há dispensa do pagamento do tributo (como ocorre com a isenção ou com a não incidência), mas uma mera técnica de arrecadação, o que, **SEQUER IMPORTARIA A NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO.**

Ressalta que, como exposto na impugnação, o equívoco ocorreu em razão de o contribuinte ter seu benefício suspenso por curto período, motivo qual o levou a requerer sua renovação, conforme parecer datado de 27 de abril de 2015, posteriormente acatado pela Administração Fazendária. Assim, aduz o recorrente, nesse caso, ser pacífico na doutrina e jurisprudência que o ato

declaratório que concedeu o benefício retroage até a data do fato por ele declarado ou reconhecido.

Sustenta que em nenhum momento tornou-se devedor do fisco, haja vista estar amparado pelo benefício do diferimento previsto no art. 2º, inciso XVI, do Decreto nº 6.734/97, e o fisco não incorreu em qualquer prejuízo, vez que o recorrente não deixou de recolher a obrigação tributária, mas o faria em momento oportuno. Assim, entende ter cumprido todas as exigências fiscais, logo, não há que se falar em autuação.

Em seguida, o apelo recursal passa a tecer considerações sobre o caráter confiscatório da multa aplicada, do que cita normas constitucionais, doutrina e jurisprudência, concluindo ser evidente a arbitrariedade praticada pela autoridade fiscal, vez que, além de não haver irregularidade praticada, foi aplicada multa com caráter inequivocamente de confisco, devendo ser anulada e, caso assim não entende este colegiado, deve a multa ser reduzida ou, ainda, relevada.

Por fim, em face de todo o exposto, requer seja julgada nula de pleno direito; ou caso não seja este o entendimento, requer que a autuação seja julgada totalmente improcedente, em razão do benefício do diferimento que goza, com o imediato arquivamento do presente feito. Ainda, requer seja reduzida ou relevada a penalidade aplicada, principalmente em relação às multas excessivamente confiscatórias pelos motivos já expostos.

Por derradeiro, requer seja intimado o órgão autuante para se manifestar acerca do Recurso e, sob pena de nulidade dos atos processuais, requer que todas as intimações sejam efetivadas em nome dos seus patronos, com escritório profissional na Rua Lisboa, nº 500, São Paulo.

A PGE/PROFIS, através de sua Procuradora, Dr.^a Ana Carolina Moreira, às fls. 142 a 147 dos autos, opina pelo improvimento do Recurso Voluntário, pois, no que tange a nulidade arguida, se coaduna com o fundamento proferido no julgamento de piso para afastar a nulidade.

Quanto a alegação de que, em virtude de desfrutar do regime de diferimento do imposto não precisaria recolher o ICMS no momento do desembaraço aduaneiro, o opinativo é de que não lhe assiste razão haja vista que o Certificado de Habilitação para Diferimento, se encontrava cancelado / baixado na data da ocorrência e a nova concessão para gozar do regime em questão só foi deferida em 23.07.2015, portanto, em momento posterior ao desembaraço aduaneiro da mercadoria que se deu em 15.06.2015, data do fato gerador da presente obrigação tributária.

Quanto ao argumento de que foi realizado o pagamento do imposto, o recorrente não carrega aos autos nenhuma prova.

Em relação ao fato de que o regime de diferimento não constitui um benefício fiscal, posto que não há dispensa do pagamento, o que segundo o recorrente, sequer importaria a necessidade de autorização para a fruição do regime, o Parecer da PGE/PROFIS é de que não merece azo tal alegação, tendo em vista que o art. 7º, §3º, da Lei do ICMS nº 7.014/96, prevê que o regulamento poderá estabelecer exigências e condições para autorizar o contribuinte a operar no regime de diferimento e, nesse contexto, o art. 287 do RICMS/BA, determina que nas operações 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, não se encontrando o recorrente dentre as hipóteses de dispensas previstas no §1º do citado dispositivo legal.

Portanto, é necessário a autorização para fruição do regime, a qual é condicionada ao requerimento do contribuinte para a concessão do mesmo, tanto é assim que, após ter o regime cancelado, logo cuidou de renovar seu requerimento, deferido em 23.07.2015.

Quanto à menção do recorrente ao fato de restar pacífico na doutrina e na jurisprudência que o ato declaratório que concede o “benefício”, retroage à data do fato por ele declarado ou reconhecido, o parecer aduz que não se colacionou aos autos a respectiva doutrina e jurisprudência, como também inexistente previsão legal, nem regulamentar, disciplinando este modo de concessão.

Inerente a exigência da multa e seu caráter confiscatório, a PGE/PROFIS diz ser importante frisar que

as multas aplicadas e incidentes sobre os lançamentos tributários derivam e têm previsão expressa na Lei nº 7.014/96, não cabendo na seara administrativa discutir sobre o possível caráter exacerbado da imputação sancionatória, sob pena de desrespeito ao princípio da harmonia entre os poderes.

Quanto ao pedido de redução da multa aplicada, opina desfavoravelmente, tendo em vista que não se enquadra na hipótese prevista no art. 42, §7º, da Lei nº 7.014/96, uma vez que o enquadramento legal da multa aplicada foi no art. 42, inciso II, alínea “f”, da citada Lei, por descumprimento de obrigação tributária principal, ou seja, falta de recolhimento do imposto, não cabendo, portanto, a redução pleiteada, prevista apenas às multas por descumprimento de obrigações acessórias.

Diante do exposto, a PGE/PROFIS opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo, previsto no art. 169, I, “b”, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância que julgou procedente o Auto de Infração, lavrado para exigir o ICMS no valor de R\$243.782,62, acrescido de multa de 60%, em decorrência da falta de recolhimento do ICMS no momento do desembaraço de mercadorias importadas, ocorrido, em 15/06/2015, visto que não comprovou o recolhimento do ICMS, em razão da Habilitação para Diferimento nº 003290.000-7, constante da GLME para obtenção da exoneração do mencionado tributo estadual, encontrar-se BAIXADA nesta data, no sistema da Secretaria da Fazenda (SEFAZ).

Preliminarmente, rejeito o pedido de nulidade arguido pelo recorrente, uma vez que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa do contribuinte.

Igualmente, deixo de acatar os pleitos nos sentidos de que seja intimado o “órgão autuante” para se manifestar acerca do recurso e, sob pena de nulidade dos atos processuais, que todas as intimações sejam efetivadas em nome dos seus patronos, pois, quanto ao primeiro pedido inexistente previsão legal neste momento processual e, quanto ao segundo, apesar de recomendar o atendimento do pedido, o seu descumprimento não ensejará qualquer nulidade do ato, desde que sejam observadas as condições previstas nos termos do art. 108 do RPAF, no qual estabelece que “*A intimação do sujeito passivo ou de pessoa interessada acerca de qualquer ato, fato ou exigência fiscal, quando não for prevista forma diversa pela legislação, deverá ser feita pessoalmente, via postal ou por meio eletrônico, independentemente da ordem*”.

Quanto ao mérito, o núcleo das razões recursais é o fato de o contribuinte ter seu benefício *suspense* quando do fato gerador do imposto da operação de importação, levando o sujeito passivo a requerer sua renovação, do que sustenta o recorrente que, nesse caso, ser pacífico na doutrina e jurisprudência que o ato declaratório que concedeu o benefício retroage até a data do fato por ele declarado ou reconhecido.

Portanto, o próprio contribuinte confessa que, no momento do fato gerador do imposto da operação de importação, se encontrava com sua habilitação de diferimento “suspensa” e que se trata de “benefício fiscal” ao pleitear que “*o ato declaratório que concedeu o benefício retroage...*”, o que de pronto já se contradiz ao asseverar que “*o regime de diferimento não constitui um benefício fiscal, posto que não há dispensa do pagamento*”.

Há de convir que o Certificado de Habilitação para Diferimento, nº 3290000-7, para importação do exterior de produtos informáticas, elétricos, eletrônicos e bens do ativo imobilizado, constante da GLME (fls. 12), se encontrava BAIXADO na data do desembaraço aduaneiro da mercadoria, que ocorreu em 15.06.15, conforme se pode verificar à fl. 11 dos autos, e a regularização da habilitação para gozar do citado regime só foi deferida em 23.07.15, consoante documento à fl. 44 dos autos, inexistindo qualquer observação sobre efeito retroativo de modo a abarcar o fato gerador relativo ao desembaraço aduaneiro da mercadoria, sob análise, ocorrido em 15.06.2015, cuja habilitação prévia e ativa é condição necessária para fruição do regime de diferimento, nos termos do art. 7º,

§3º, da Lei nº 7.014/96, combinado com o art. 287 do RICMS/BA. Por sua vez, o art. 38 da mesma Lei estabelece que: “*quando o reconhecimento do benefício do imposto depender de condição, não sendo esta satisfeita, o imposto será considerado devido no momento em que ocorreu a operação ou prestação*”.

Sendo assim, comungo do entendimento exarado no Parecer da PGE/PROFIS de *que é necessária a autorização para fruição do regime, a qual é condicionada ao requerimento do contribuinte para a concessão do mesmo, tanto é assim que, após ter o regime cancelado, logo cuidou de renovar seu requerimento, deferido em 23.07.2015.*

Portanto, indubitável o fato de que, à época do desembaraço aduaneiro, o Certificado de Habilitação para Diferimento do ICMS se encontrava BAIXADO, restando apenas ao sujeito passivo verificar o devido processo legal de tal suspensão do benefício, fato este sequer questionado nos autos, e, caso necessário, constatada a existência de vício insanável ou ilegalidade flagrante, poderá apelar à PGE, para nos termos do art. 113, § 5º, I, do RPAF/BA, face ao Controle da Legalidade, exercido por este órgão, representar ao CONSEF, para novo exame do crédito tributário.

No tocante aos pedidos de redução/cancelamento da multa por descumprimento de obrigação tributária principal e do caráter confiscatório da penalidade aplicada deixo de analisá-los, pois falece competência este órgão julgador tais apreciações, conforme previsto, respectivamente, no art. 42, §7º, da Lei nº 7.014/96 e no art. 125, I, da Lei nº 3.956/81 (COTEB).

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **117926.0014/15-6**, lavrado contra **AXT TELECOMUNICAÇÕES LTDA. (MDX DO NORDESTE)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$243.782,62**, acrescido das multas de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de janeiro de 2017.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAUJO – PRESIDENTE/RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS