

PROCESSO - A. I. Nº 210320.0030/17-7
RECORRENTE - BCI BRASIL CHINA IMPORTADORA S/A
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF Nº 0068-03/18
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 28/08/2018

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0220-12/18

EMENTA: ICMS. IMPORTAÇÃO. DESEMBARAÇO ADUANEIRO NESTE ESTADO. MERCADORIA DESTINADA FISICAMENTE AO ESTADO DA BAHIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Nas operações de importação de mercadorias, quando destinadas à unidade federada diversa daquela do domicílio do importador, sempre que houver transmissão de sua propriedade sem que as mesmas transitem pelo estabelecimento importador, o imposto caberá à unidade onde estiver situado o estabelecimento em que ocorrer a entrada física das mercadorias. Restou comprovado que as mercadorias foram importadas pelo autuado localizado em outra unidade da Federação, e o destino físico das mercadorias foi o Estado da Bahia, sendo devido o imposto a este Estado nos termos do artigo 435, I, do RICMS/2012. Infração subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário interposto pela autuada em razão do Acórdão 3ª JJF Nº 0068-03/18, que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 14/11/2017, para exigir ICMS no valor histórico de R\$3.898.539,25, relativos à infração descrita da forma abaixo.

Infração 01 – Falta de recolhimento do ICMS, no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas, cujo importador seja estabelecido no Estado da Bahia.

A 3ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia 09/05/2018 (fls. 101 a 105) e decidiu pela Procedência, por unanimidade. O acórdão foi fundamentado nos seguintes termos:

“VOTO

Versa o Auto de Infração em lide sobre o cometimento de infração à legislação do ICMS imputada ao autuado, decorrente de falta de recolhimento do ICMS, relativo a mercadorias procedentes do exterior, destinadas fisicamente a este Estado, no caso do importador ser estabelecido em outra unidade da Federação e o desembaraço aduaneiro ocorrer ou não, em Estado diverso de seu domicílio.

Consta na descrição dos fatos que autuado importou dos Estados Unidos 5.978,972 m3 de óleo diesel, cujo desembaraço aduaneiro ocorreu através do Porto VOPAK na Bahia, conforme Declarações de Importação – DI's nºs 17/1961478-6, 17/1956383-9 e 17/1956073-2, registradas respectivamente em 10, 11 e 13/11/2017, recolheu indevidamente o ICMS através de GNRE's para o Estado de Goiás, porém a mercadoria teve sua destinação física para a própria empresa BCI Brasil China Importadora S/A, localizada no Estado da Bahia, conforme comprovam as Notas Fiscais Eletrônicas de Entrada – DANFE's nºs 0209, 0210 e 0211, todos com data de emissão de 13/11/2017, neste Estado da Bahia, sem que as mercadorias transitassem por outro estabelecimento caracterizando assim, importação direta sem o devido recolhimento do ICMS.

Inicialmente verifico que foram observados os requisitos que compõem o Auto de Infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

O autuado não contestou o mérito da exigência, insurgindo-se apenas contra a autuação, sob alegação de que efetuou o recolhimento integral do montante cobrado antes da lavratura do Auto de Infração. Aduziu que efetuou o pagamento dos DAE's no dia 16/11/2017, e que a ciência, pela empresa, da lavratura do A.I. se deu no dia seguinte, dia 17/11/2017. Dessa forma, e ainda acrescentando que recolheu os acréscimos legais devidos

pelo atraso, entende ter praticado uma denúncia espontânea, devendo ser afastada a incidência da multa pelo descumprimento de obrigação principal.

Da análise dos elementos constitutivos do processo, verifico que não assiste razão ao impugnante, tendo em vista que de acordo com o que dispõe o art. 26, I, do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, considera-se iniciado o procedimento fiscal no momento da apreensão ou arrecadação de mercadoria, bem, livro ou documento. Ocorre que segundo o Termo de Apreensão nº 2103201037/17-5, à fl. 04, lavrado em 14/11/2017, consta no verso que o representante legal do autuado assumiu o papel de fiel depositário da mercadoria apreendida, neste mesmo dia da lavratura. Dessa forma, e ainda com base nos artigos 31-E e 95, que abaixo transcrevo, do mesmo diploma legal acima mencionado, resta evidenciado que ao efetuar o recolhimento do imposto no dia 16/11/2017, o contribuinte já se encontrava sob ação fiscal, o que invalida a espontaneidade do pagamento ora guerreado:

Art. 31-E. A apreensão de mercadorias, bens, livros ou documentos constitui procedimento fiscal destinado a documentar a infração cometida, para efeito de constituição de prova material do fato.

Art. 95. No caso de o contribuinte, antes do início de qualquer procedimento fiscal, procurar espontaneamente a repartição fazendária de sua circunscrição para comunicar irregularidade ou recolher tributo não pago na época própria... (grifo nosso).

Portanto, considero correto o procedimento fiscal, bem como a aplicação da multa prevista no art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96, observando, ainda, que as decisões administrativas e judiciais invocadas pelo impugnante não estabelecem qualquer efeito vinculante quanto à matéria de que cuida o Auto de Infração em lide.

Diante do exposto, considerando que nas operações de importação de mercadorias destinadas a unidade da Federação diversa da do domicílio do importador, sempre que houver transmissão de sua propriedade sem que estas transitem pelo estabelecimento importador, o imposto caberá a unidade onde estiver situado o estabelecimento em que ocorrer a entrada física das mercadorias, no caso em exame, o Estado da Bahia, a infração é subsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores já recolhidos.”

Inconformado, com fundamento no art. 169, I, “b” do Decreto nº 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), o contribuinte interpôs Recurso Voluntário às fls. 119 a 130, mediante o qual aduz as seguintes razões.

Afirma que, antes mesmo da intimação do auto de infração, efetuara o recolhimento do ICMS em favor do Estado da Bahia, através de DAE’s. Defende não caber a exigência de multa, haja vista tratar-se de denúncia espontânea do Contribuinte. Alega, todavia, que o órgão julgador, mesmo reconhecendo a existência de pagamentos, julgou procedente a exigência fiscal.

Relata que a decisão de piso não reconheceu a espontaneidade do recolhimento, ao fundamento de que ocorrera retenção das mercadorias antes da lavratura do auto de infração, o que caracterizaria início do procedimento fiscal.

Argumenta, contudo, que a retenção da mercadoria não é meio hábil para cobrança de tributo, conforme tem entendido a jurisprudência, sendo que a liberação da mercadoria foi, inclusive, determinanda judicialmente. Ademais, alega que a retenção das mercadorias se refere a fatos anteriores ao auto de infração, sendo que, quando da intimação, já havia sido feito o recolhimento do DAE.

Conclui, assim, que, considerando que a intimação do auto de infração se deu apenas em 17/11/2017 e o recolhimento integral foi efetuado em 16/11/2017, não há qualquer penalidade a ser recolhida pela Recorrente.

Narra, às folhas 121/122, que já havia feito o recolhimento do imposto lançado, detalhando cada uma das parcelas com a sua vinculação às DI’s e às notas fiscais respectivas, destacando que o valor recolhido é superior àquele objeto do presente lançamento, por força dos juros e acréscimos moratórios, em 16/11/2017. Transcreve julgado deste CONSEF, relativo a outro processo, no qual ficou consignado que o débito exigido fora alvo de denúncia espontânea, em data anterior à lavratura do auto de infração.

Assim, requer, com base nos comprovantes de recolhimentos acostados ao processo, que seja

reconhecida a regularidade de todos os pagamentos efetuados, julgando improcedente o presente lançamento.

Em face do integral recolhimento do tributo lançado, requer, igualmente, que seja afastada a exigência da multa de 60%, haja vista restar caracterizado o instituto da denúncia espontânea. Após reproduzir o texto do art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei 7.014/96, conclui que a sua conduta não se encontra tipificada na norma citada, por falta de adequação dos fatos.

Destaca que o termo de retenção é meio inviável para a cobrança de tributos conforme já assentou a jurisprudência, tendo, o STF, editado a Súmula 323, cujo enunciado transcreve. Informa que a apreensão de mercadorias que ensejou a lavratura do presente AI foi objeto de mandado de segurança, impetrado pela Recorrente, devendo ser declarado nulo, sem produção de quaisquer efeitos no mundo jurídico. Acosta ementa de julgados em apoio aos seus argumentos.

Diante do exposto, pugna que seja dado provimento ao recurso para anular o auto de infração, reconhecendo-se a inexistência de saldo a pagar, bem como excluindo a multa aplicada, em face da denúncia espontânea.

Nestes termos, pede deferimento.

VOTO

Não foram deduzidas questões preliminares, em face do que adentro diretamente ao mérito do presente recurso.

A acusação fiscal é de “*Falta de recolhimento do ICMS, no momento do desembarço aduaneiro de mercadorias importadas, cujo importador seja estabelecido no Estado da Bahia*”. Trata-se de importação de óleo diesel, destinada fisicamente ao Estado da Bahia, conforme consta à folha 01 do processo.

O Sujeito Passivo se opôs ao lançamento, alegando que o valor lançado já havia sido objeto de pagamento, um dia antes, em face do que pede que seja reconhecida a espontaneidade do recolhimento do imposto.

Examinando os elementos do processo, é possível notar que o auto de infração foi lavrado no dia 14/11/2017, conforme consta à folha 01 do processo. À folha 02 consta que o Sujeito Passivo foi cientificado do lançamento no dia 17/11/2017. É possível notar, ainda, que, embora o Auto de Infração tenha sido lavrado no dia 14/11/2017, houve lavratura de Termo de Apreensão das mercadorias, datado de 14/11/2017, tendo sido designado fiel depositário nesta mesma data, cujo signatário é o próprio representante do Contribuinte autuado, conforme folha 04, verso. Observa-se, também, que o Contribuinte efetuou pagamento do que alega ser relativo aos valores lançados, no dia 16/11/2017, conforme folhas 78, 80, 82, 84, 86 e 88 do processo.

Ora, embora o Sujeito Passivo tenha efetuado o pagamento dos valores lançados em 16/11/2017, não é possível reconhecer neste ato uma “denúncia espontânea”, pois somente é possível fazê-lo antes do início da ação fiscal, que foi desencadeada com a lavratura do Termo de Apreensão de mercadorias (ocorrido em 14/11/2017), conforme regra disposta no art. 26, inciso I, do RPAF/99, abaixo reproduzida.

“Art. 26. Considera-se iniciado o procedimento fiscal no momento da:

I - apreensão ou arrecadação de mercadoria, bem, livro ou documento;
...”

Assim, tendo tido oportunidade de recolher o tributo devido no momento do desembarço aduaneiro e não o tendo feito antes da lavratura do termo de apreensão das mercadorias (com nomeação do próprio Contribuinte como fiel depositário das mercadorias apreendidas), não poderia a empresa BCI Brasil China Importadora S/A promover o recolhimento “espontâneo” do tributo incidente na operação, cujo vencimento se dera no ato do desembarço aduaneiro, ou seja, dias 10, 11 e 13, conforme cópias das notas fiscais às folhas 21, 28 e 37.

Destaque-se que tal fato não guarda qualquer relação com o uso indevido da apreensão de mercadorias para cobrança do tributo devido, pois a lavratura do Termo de Apreensão é instrumento legítimo, previsto no art. 28 do RPAF/99, conforme abaixo.

“Art. 28. A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso:

...

IV - Termo de Apreensão, Termo de Liberação ou Termo de Depósito, para documentar a apreensão de mercadorias, bens, livros ou documentos que constituam prova material de infração, bem como sua liberação ou depósito em poder de terceiro, nos termos da legislação do ICMS;

...”

Destina-se, portanto, como se lê, a documentar a infração à legislação para fins de prova material do ocorrido, não guardando relação com qualquer ato ilícito.

Entendo, por conseguinte, que o lançamento tributário pautou-se na legislação aplicável, restando caracterizada a infração. Não merece reparo, por isso, a decisão de piso.

Nego, portanto, provimento ao Recurso Voluntário.

Considerando que os valores recolhidos não se encontram vinculados ao presente Auto de Infração, a despeito da menção feita nos DAE's ao número das DI's, o processo deve ser encaminhado à Diretoria de Arrecadação – DARC, para apropriação dos valores citados, somente depois devem ser homologados.

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 **210320.0030/17-7**, lavrado contra **BCI BRASIL CHINA IMPORTADORA S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$3.898.539,25**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo, após as providências sugeridas acima, pela DARC, ser homologados os valores já recolhidos através dos DAES's às folhas 78, 80, 82, 84, 86 e 88 do processo.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de julho de 2018.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS