

ESTADO DE SANTA CATARINA

SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA

Tribunal Administrativo Tributário

Câmara Especial de Recursos

Nº Processo 1170000049481

Tipo de petição Recurso Especial

Ementa

RECURSO ESPECIAL. ICMS. IMPORTAÇÃO. REGIME ESPECIAL. DIFERIMENTO. PORTOS. UNIDADES DA FEDERAÇÃO.

1. Deixar de submeter operações tributáveis à incidência do imposto, relativas a importações de mercadorias do exterior do país destinadas à comercialização, realizadas sem o recolhimento do imposto devido por ocasião do desembarço aduaneiro e sem o atendimento do disposto no art. 148-A, § 3º do Anexo 2, do RICMS/SC-01 em virtude da utilização portos localizados em outras Unidades da Federação.
2. Os recintos alfandegados de uso público, denominados de "portos secos", não se equiparam a portos, aeroportos e ou pontos de fronteiras alfandegados, situados neste Estado, para efeitos de aplicação do regime especial concedido pela Receita Estadual. A expressão "porto seco" trata-se de simples denominação inserida no Regulamento Aduaneiro, que não tem o condão de alterar a essência do estabelecimento a que diz respeito, nem de produzir efeitos em norma tributária estadual, o que caracterizaria invasão de competência.
3. O visto do fisco na Guia de Exoneração de ICMS na importação não tem efeito homologatório (RICMS/SC, Anexo 6, art. 192, §1º).
4. Recurso especial desprovido. Notificação parcialmente mantida. Acórdão confirmado. Maioria.

Julg. 06/08/2013

Relatório

Versam os autos sobre ato fiscal lavrado por "deixar de submeter operações tributáveis à incidência do ICMS, relativas à importação de mercadorias para comercialização, acobertadas pelas Declarações de Importação (DI) registradas no SISCOMEX, sem o recolhimento do imposto devido por ocasião do desembarço aduaneiro, e sem o atendimento do disposto previsto no § 3º do art. 148-A do Anexo 2 do RICMS/SC/01, conforme anexo J".

O Recurso Ordinário protocolado pelo contribuinte foi conhecido e não provido pela Terceira Câmara de Julgamento deste Tribunal Administrativo, ficando assim ementado:

"RECURSO ORDINÁRIO. ICMS. DEIXAR DE SUBMETER OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS À INCIDÊNCIA DO IMPOSTO, RELATIVAS A IMPORTAÇÕES DE MERCADORIAS DO EXTERIOR DO PAÍS DESTINADAS À COMERCIALIZAÇÃO, REALIZADAS SEM O RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DEVIDO POR OCASIÃO DO DESEMBARAÇO ADUANEIRO E SEM O ATENDIMENTO DO DISPOSTO NO ART. ART. 148-A, § 3º DO ANEXO 2, DO RICMS/SC-01 EM VIRTUDE DA UTILIZAÇÃO PORTOS LOCALIZADOS EM OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO ENQUANTO A LEGISLAÇÃO EXIGIA A UTILIZAÇÃO DE PORTOS LOCALIZADOS NO ESTADO DE SANTA CATARINA.

INFRAÇÃO CARACTERIZADA. EXCLUSÃO DE VALORES INDEVIDAMENTE EXIGIDOS NO ATO FISCAL. NOTIFICAÇÃO MANTIDA PARCIALMENTE. DECISÃO CONFIRMADA. MINERVA."

O voto vencido, do relator, tem como fundamento os seguintes fatos:

1. Que houve três notificações lançadas sobre a mesma mercadoria, havendo triplicidade de cobrança do imposto e da multa;
2. Que o fato gerador do imposto ocorre no momento do desembarço aduaneiro e o Julgador Singular não observou que o regime especial concedido ao recorrente não distinguia, como não distingue, os recintos alfandegados em primário e secundário, bem como de ter ocorrido o despacho aduaneiro dentro do Estado de Santa Catarina e em recinto alfandegado devidamente autorizado;
3. Que a mercadoria foi desembarçada em PORTO SECO, segundo os termos do Regulamento Aduaneiro, aprovado pelo Decreto nº 6759, de 05/02/2009, e que a legislação estadual não faz distinção sobre a NATUREZA do PORTO, pelo contrário, há norma federal expressa que equipara os recintos alfandegados;
4. Que o regime especial não exclui e nem especifica, desta forma, não cabe ao interprete realizar tal exclusão, em razão do que dispõem os artigos 111 e 112 do CTN;
5. Que o próprio sujeito ativo liberou a operação sob a guarida de Protocolo de Liberação de Mercadoria (que substitui a Guia de Liberação de Mercadoria Estrangeira sem comprovação do recolhimento do ICMS);
6. Que somente a revogação do regime especial concedido permitiria que os seus efeitos fossem cassados;
7. Que não houve dano ao erário público, pois o tributo foi recolhido na etapa seguinte;
8. Que não pode o fisco realizar revisão de ofício de lançamento de qualquer tributo gerado por importação de mercadorias por "erro de direito", mas apenas por erro de fato, e que é inequívoco que se desembarçar mercadoria aceitando os procedimentos tributários adotados pelo sujeito passivo, sem ressalva alguma, pratica a homologação expressa da atividade empreendida por ele. A discussão se o regime especial foi devidamente utilizado pelo contribuinte é um erro de direito, que configuraria uma mudança de critério jurídico, o que é vedado nos termos de jurisprudência citada. E o Conselheiro Relator Neri votou por conhecer de ambos os recursos, negando provimento ao de ofício e dando provimento ao voluntário para cancelar o ato fiscal. Foi acompanhado no voto pelos Conselheiros Felipe e Eduardo.

O Conselheiro Marcilino, voto vencedor, votou por conhecer de ambos os recursos, negando-lhes provimento para manter a decisão singular por seus próprios fundamentos. Foi acompanhado no voto pelos Conselheiros Velocino e Edson.

O Sr. Presidente, em voto de desempate, acompanhou o Conselheiro Marcilino e o designou para redigir o acórdão.

O contribuinte, no prazo legal e com base no que dispõe o artigo 30 da Lei Complementar nº 465/2009, apresenta recurso especial, alegando, sob a admissibilidade do recurso, que houve voto de qualidade na decisão do acórdão recorrido.

Submetido o Recurso Especial para apreciação do Presidente deste Tribunal, em atendimento ao disposto no § 4º, do art. 30, da LC 465/2009, este exarou despacho dando seguimento ao mesmo. O recurso especial do contribuinte pautou-se exatamente nos fundamentos do voto vencido do acórdão recorrido, que já foram relatados acima, tornando-se dispensável que se faça novamente menção aos mesmos.

A Representação da Fazenda manifesta-se no sentido de que o acórdão recorrido deva ser mantido pelos seus próprios fundamentos.

É o relatório.

Preliminares

Não há.

Mérito

O primeiro argumento da defesa é de que existiu triplicidade de lançamento sobre as mesmas mercadorias, notificando-se o diferimento pela entrada, o diferimento parcial pela saída e o crédito presumido, também pela saída. Sob este aspecto entendo que não houve a triplicidade, mas que se constata uma descon sideração ao princípio constitucional da não cumulatividade do imposto, conclusão a que chegou o Conselheiro Velocino Pacheco Filho, ainda que sem fazer menção ao mesmo, ao julgar os dois outros processos citados pela recorrente, que se referem ao diferimento parcial pela saída, e ao crédito presumido. O concurso formal de infrações, entendo eu e salvo melhor juízo, entre esses dois processos citados não ocorreu, pois que o objetivo dos dois procedimentos, em seu conjunto, é propiciar uma redução na tributação pela saída, a fim de se atingir uma alíquota efetiva de 3% de carga tributária. Ao se notificar ambas as situações está se restabelecendo a alíquota cheia de 17% para a operação de saída.

No meu modo de ver a situação, o correto seria cancelar a notificação que ora se discute, do diferimento pela entrada, visto que, se houve o lançamento do imposto pela saída das mercadorias importadas, isto praticamente validou o diferimento pela entrada, já que tal diferimento justamente pressupõe o pagamento na etapa seguinte da circulação com a mercadoria, que foi justamente o objeto dos outros dois lançamentos acima referenciados. Com isto evita-se transgredir o princípio constitucional da não cumulatividade do imposto.

Ocorre que no julgamento daqueles processos, o Conselheiro Velocino votou pelo cancelamento parcial de imposto e multa nos dois processos. Vejamos as ementas dos respectivos acórdãos:

Nº Processo 1170000049483

Nº da Notificação 116030369080

"ICMS. CRÉDITO PRESUMIDO. SAÍDA SUBSEQUENTE DO ESTABELECIMENTO DO IMPORTADOR DE MERCADORIAS IMPORTADAS POR PORTO, AEROPORTO OU PONTO DE FRONTEIRA ALFANDEGADO SITUADO EM OUTRO ESTADO.

1. Tratando-se da mesma operação (saída do estabelecimento do importador), o crédito presumido deverá ser considerado no cálculo do imposto devido de que trata o Processo 1170000049485;
2. A multa deve ser cancelada, pois, restou caracterizado o concurso formal de infrações, devendo ser aplicada a penas a multa mais grave, a teor do disposto no art. 65 da Lei 5.983/1981.

NOTIFICAÇÃO CANCELADA. DECISÃO REFORMADA. MAIORIA."

O voto do Conselheiro Velocino foi nos seguintes termos:

"O CONSELHEIRO VELOCINO VOTOU: conheço e dou provimento ao recurso para cancelar (1) a parte relativa à multa, tendo em vista ocorrência de concurso formal de infrações, conforme dispõe o art. 65 da Lei 5.983/1981, e (2) a parte relativa ao imposto que será cobrado no Processo 1170000049485. Foi acompanhado no voto pelos Conselheiros Eduardo, Edson, Bresolin e Marcilino."

Nº Processo 1170000049485

Nº da Notificação 116030369099

"ICMS. DIFERIMENTO PARCIAL DO IMPOSTO RELATIVO À SAÍDA SUBSEQUENTE DO ESTABELECIMENTO DO IMPORTADOR DE MERCADORIAS IMPORTADAS POR PORTO, AEROPORTO OU PONTO DE FRONTEIRA ALFANDEGADO SITUADO EM OUTRO ESTADO. REDUÇÃO DA PARCELA RELATIVA AO IMPOSTO.

1. Verificado concurso formal de infrações, aplica-se a multa mais grave, conforme determina a regra do art. 65 da Lei 5.983/1981;

2. O imposto cobrado de ofício, relativo ao desembaraço aduaneiro da mercadoria importada, deve ser considerado como crédito na operação de saída da mesma mercadoria para o mercado interno, por força do disposto no art. 33, III, "a" da Lei 10.297/1996 que prevê apuração do imposto devido na constituição de ofício do crédito tributário.

NOTIFICAÇÃO PARCIALMENTE CANCELADA. DECISÃO REFORMADA. MAIORIA."

O voto do Conselheiro Velocino foi nos seguintes termos:

"O CONSELHEIRO VELOCINO VOTOU: conheço e dou provimento parcial ao recurso para reduzir a parte correspondente ao imposto a R\$ 25.506,45 (vinte e cinco mil quinhentos e seis reais e quarenta e cinco centavos), esclarecendo-se ao sujeito passivo que tem o direito de transferir ao adquirente da mercadoria o crédito correspondente ao imposto cobrado de ofício.

Como não está perfeitamente clara a correspondência entre as mercadorias saídas do estabelecimento e as importadas por porto, aeroporto ou ponto de fronteira alfandegado, situados em outros Estados, teve-se de proceder à imputação dos valores respectivos, levando-se ainda em conta que não é permitida a reformatio in pejus, já que os órgãos julgadores não têm competência para constituir o crédito tributário. Foi acompanhado no voto pelos Conselheiros Eduardo, Edson, Bresolin e Marcilino."

Não entrando no mérito do que foi decidido nos processos acima citados, cumpre-nos apenas observar o que foi decidido quanto ao processo nº 1170000049485, que o imposto cobrado de ofício, relativo ao desembaraço aduaneiro da mercadoria importada, que é justamente o imposto lançado no lançamento ora discutido, deve ser considerado como crédito na operação de saída da mesma mercadoria para o mercado interno. E por este motivo foi cancelado parte do imposto lançado naquela notificação, o que impõe que o mesmo seja mantido aqui, para fazer valer o crédito lá considerado.

Observe-se que as decisões foram por maioria de votos, com voto contrário apenas do relator, o Conselheiro Neri, restando com isto demonstrado que os conselheiros da Terceira Câmara de Julgamento, em sua maioria, concordam em que a infração restou caracterizada.

Considerando-se então que, diante das circunstâncias, o lançamento ora discutido deva ser mantido, resta entrar na discussão do seu mérito.

Um segundo elenco de argumentos da recorrente tem como fundamento central a questão do "PORTO SECO", que segundo a recorrente e o voto vencido do acórdão recorrido é um "PORTO", que a legislação não distinguiu entre zona primária ou secundária, e que onde a legislação não distingue não cabe ao intérprete da lei distinguir, e que os trâmites para liberação das mercadorias foram acompanhados pelo fisco, e que a discussão sobre a correta aplicação do regime especial seria matéria de direito, que se equivaleria a uma mudança de critério jurídico, o que a jurisprudência abominaria.

A expressão "PORTO SECO" para designar os recintos alfandegados de uso público é apenas uma denominação criada por decreto do Poder Executivo Federal. Assim como chamou de porto seco, poderia não chamar de nada, ou simplesmente chamar pelo que ele é: recinto alfandegado. Portanto, não é de se admitir que, por força de uma simples escolha de um nome, se venha produzir efeitos em norma tributária estadual que concede benefícios.

O momento ou o local de ocorrência do fato gerador do tributo na importação da mercadoria também é irrelevante do ponto de vista da aplicação do regime especial. Não interessa onde ou quando ocorre o fato gerador do imposto, o importante é que para a aplicação do regime especial a mercadoria deve ser importada por intermédio de portos, aeroportos ou pontos de fronteira alfandegados situados neste Estado.

Outra questão levantada é a de que a legislação não distinguiu onde seria feito o despacho aduaneiro, se em zona primária ou secundária, e que não caberia ao intérprete da lei distinguir. Mas justamente não foi distinguido na norma porque não é este o escopo do regime especial. Na verdade, quem está interpretando é a recorrente, e tentando alargar o seu escopo é a recorrente, quando procura dar o "status" de essência, àquilo que é apenas uma designação inventada, um apelido.

Nesta mesma linha se contraponha os argumentos da recorrente de que a liberação das mercadorias importadas sem pagamento do imposto representou verdadeira homologação do lançamento, e que posterior análise da aplicação do regime especial representou mudança de critério jurídico. Primeiro que a liberação da mercadoria importada sem o comprovante de recolhimento do imposto jamais pode ser interpretada como homologação do lançamento. Até porque, assim prevê o RICMS/SC: Anexo 6, art. 192, §1º. Segundo, a verificação fiscal, no prazo decadencial, da simples observância do cumprimento das condições impostas no regime especial não representa mudança de critério jurídico.

O regime especial concedido à recorrente é repleto de condicionantes, e não poderia ser diferente, pois que não visa apenas o aumento da arrecadação, mas também o incremento da atividade econômica, geração de empregos, incremento nas atividades portuárias, etc. Portanto, seria irracional supor-se que o fisco estivesse impossibilitado, inclusive, de verificar os elementos mais aparentes da operação, como a via em que se deu a importação das mercadorias.

A mudança de critério jurídico, se houve, é decorrência da própria interpretação da recorrente, ao querer incluir recinto alfandegado na condição de porto, apenas em função de uma denominação que lhe foi atribuída por força de um decreto federal, e que, se aceita, representaria uma verdadeira invasão de competência, com um decreto federal ampliando a abrangência de norma tributária estadual, em decorrência da simples escolha de um nome.

Nesses termos,

O CONSELHEIRO RELATOR ANGELO VOTOU: conheço do recurso especial e nego-lhe provimento para manter o acórdão recorrido por seus próprios fundamentos. Foi acompanhado no voto pelos Conselheiros Deonísio, Lauro, Oscar, Cássio, Eduardo, Marcilino, Neander, Bertoncini e Diogo.

O CONSELHEIRO NERI VOTOU: conheço do recurso especial e dou-lhe provimento para cancelar o ato fiscal. Foi acompanhado no voto pelo Conselheiro Telini.

Acórdão

Isso posto,

ACORDAM os membros da Câmara Especial de Recursos do Tribunal Administrativo Tributário, por unanimidade de votos, conhecer do recurso especial e por maioria, negar-lhe provimento para manter o acórdão recorrido por seus próprios fundamentos.

Intime-se o contribuinte para no prazo de 15 (quinze) dias contados da data da ciência deste acórdão dar cumprimento à decisão proferida por este Tribunal Administrativo, recolhendo o crédito tributário mantido, ressalvada a hipótese do cabimento de novo recurso nos termos e prazos da Lei Complementar Estadual nº 465, de 3 de dezembro de 2009.