

Acórdão: 14.999/01/1^a
Impugnação: 40.010102716-94, 40.010102849-82
Impugnantes: CLL Participações Ltda. (Aut.)
DAMAR - Serviços Marítimos S/C Ltda. (Coob.)
Proc. Sujeito Passivo: Cláudia Mohallem (Coob.)
PTA/AI: 01.000136953-61
Inscrição Estadual: 062.321048.00-60 (Aut.)
CNPJ: 77634012/0001-00 (Coob.)
Origem: AF/Belo Horizonte
Rito: Ordinário

EMENTA

IMPORTAÇÃO - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - Descaracterizado o recolhimento do ICMS efetuado, por não restar comprovada a autenticidade das Guias Nacionais de Recolhimento (GNRE). Excluída a Multa Isolada capitulada no inciso XII, artigo 55 da Lei n.º 6.763/75, por não se enquadrar à hipótese tratada nos autos. Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A atuação versa sobre a imputação fiscal feita à Contribuinte de falta de recolhimento do ICMS incidente nas operações de importação de mercadorias nos meses de agosto e setembro de 1998, tendo em vista que foram descaracterizados os recolhimentos efetuados em via GNRE, uma vez que as autenticações constantes nas guias referentes às Declarações de Importação objeto de autuação não foram processadas pelo Banco do Brasil S/A. .

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente, por seu representante legal, Impugnação às fls. 188/221, aos seguintes fundamentos:

- a descaracterização das Guias Nacionais de Recolhimento de Tributos Estaduais - GNRE, referente aos pagamentos efetuados pelo importador das mercadorias, não pode lhe ser atribuída, pois sempre agiu dentro dos princípios éticos e legais;

- desembolsou, mediante ordem de pagamento e documentos, os valores constantes das GNRE's, e enviou às empresas especializadas no desembaraço aduaneiro das mercadorias toda a documentação e numerário necessário para que estas efetuassem o recolhimento dos tributos devidos;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- após o efetivo pagamento essas empresas lhe enviavam cópias dos documentos de arrecadação devidamente autenticados;
- em nenhuma operação de importação que realizou deixou de efetuar o pagamento do ICMS;
- a falsidade das autenticações somente poderia ser constatada através de perícia grafotécnica;
- a própria fiscalização corroborou com seu erro, o qual é perfeitamente escusável, visto que as mercadorias transitaram livremente por diversas barreiras fiscais sem que tivesse sido levantada qualquer suspeita quanto as referidas autenticações bancárias;
- não houve recolhimento a menor do ICMS como afirma a fiscalização;
- o fisco se equivocou ao exigir o ICMS no momento do desembaraço aduaneiro, por estar essa operação submetida às normas do Decreto-lei n.º 406/68;
- a Constituição Federal de 1988 determina que o ICMS incidirá sobre a entrada de mercadoria importada do exterior;
- o Convênio ICMS n.º 66/88 extrapola os limites da legalidade ao dispor que o fato gerador desse imposto ocorre no recebimento pelo importador da mercadoria, o qual se dá com a declaração firmada pelo importador;
- o fato das mercadorias somente poderem desembarcar após o recolhimento do ICMS fere o direito, já que a importação não constitui seu fato gerador, visto ser este o momento da entrada das mercadorias no estabelecimento importador;
- o ICMS foi integralmente recolhido no momento do repasse das mercadorias aos seus clientes, ele era destacado nas notas fiscais de venda das mesmas, sendo recolhido normalmente, inclusive sobre as despesas de importação, após a recomposição de sua conta gráfica;
- cita decisão do Superior Tribunal de Justiça que diz que a exigência do ICMS no desembaraço aduaneiro não tem fundamentação legal por ocorrer o respectivo fato gerador no momento da entrada da mercadoria no estabelecimento;
- a jurisprudência e a doutrina se firmam no entendimento de que a não cumulatividade deverá sempre ser respeitada independentemente se o imposto tiver sido recolhido em valor inferior ao devido;
- nos termos do artigo 161 do Código Tributário Nacional os juros de mora somente podem incidir à taxa de 1% ao mês. Assim falta suporte jurídico para aplicação da taxa SELIC;

CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- a penalidade aplicada apresenta natureza confiscatória por não ter efetivamente havido lesão ao direito do fisco.

Requer a produção de prova pericial e ao final a procedência da Impugnação.

A Coobrigada também comparece aos autos às fls. 256/265 com as considerações a seguir:

- o processo fiscal não obedeceu as normas legais, artigo 56 da Lei n.º 11.580/96, devendo ser considerado nulo;
- tem como atividade o desembaraço aduaneiro de cargas, tendo inclusive trabalhado para a Autuada;
- por não ser sócia da Autuada, visto que apenas lhe prestou serviços, deve ser excluída do pólo passivo;
- a comunicação da existência da autuação em questão não foi realizada de acordo com as exigências das normas jurídicas;
- por não ter efetuado operações de importação de mercadorias não pode ser obrigada a recolher tributo de cujo fato gerador não participou;
- a carga tributária foi aumentada pelo fisco sem observância dos princípios da legalidade e da anterioridade;
- não foram apresentados os métodos utilizados pela fiscalização.

Requer a nulidade do lançamento com o cancelamento do Auto de Infração.

O Fisco apresenta réplica às fls. 283/297, aos fundamentos seguintes:

Quanto à Coobrigada

- a solidariedade da coobrigada decorre de dispositivo legal, artigo 21, inciso XII da Lei n.º 6763/75, apesar dele não ter relação pessoal e direta com o fato gerador da obrigação tributária;
- o despachante, representante da contribuinte, concorreu para a prática do ato ilícito, ou seja, por ato ou omissão concorreu para o recolhimento a menor do tributo devido;
- a coobrigada não demonstrou em sua defesa que efetivamente não estava envolvida no ilícito;
- o representante da Coobrigada foi devidamente intimado da lavratura do Auto de Infração nos termos da CLTA/MG;

CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- no ato de intimação do sujeito passivo também lhe foram encaminhados os Quadros Demonstrativos dos trabalhos fiscais e o relatório fiscal.

O Fisco requer a improcedência desta impugnação.

Quanto a Autuada

- a Lei Complementar n.º 87/96 determina que o fato gerador do ICMS incidente na importação ocorre no momento do desembaraço aduaneiro das mercadorias;

- a Constituição Federal de 1988 em seus artigos 146 e 155 exige a edição de Lei Complementar para definir as linhas mestras do ICMS;

- o Decreto-Lei n.º 406/68 regulou o ICM durante certo tempo, tendo inclusive adquirido *status* de lei complementar, contudo, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, as regras desse Decreto relativas ao antigo ICM foram por ela recepcionadas e editado o Convênio ICMS n.º 66/88 o qual passou a regular este tributo;

- apenas em 16/09/96 foi editada a Lei Complementar n.º 87/96 conforme previa a Constituição Federal de 1988, e é esta que atualmente rege de forma constitucional o ICMS e deve ser aplicada no presente PTA;

- a decisão do Superior Tribunal de Justiça trazida aos autos diz respeito a uma época em que ainda não havia sido publicada a Lei Complementar n.º 87/96;

- o princípio constitucional da não cumulatividade assegura o direito ao crédito pelo imposto pago nas operações de importação;

- a Impugnante no desembaraço aduaneiro deveria ter recolhido o ICMS sobre o valor da mercadoria e demais despesas da importação, para posteriormente abater deste valor o imposto incidente na etapa seguinte;

- não restou comprovado nos autos o correto pagamento do ICMS, e somente esta comprovação daria à Impugnante o direito de creditar-se do imposto cobrado;

- a Impugnante creditou-se do valor recolhido a menor, o qual foi o efetivamente pago;

- as vendas promovidas pela Impugnante a seus clientes representam fato gerador distinto do que ocorre na importação, artigo 12, incisos I e IX da Lei Complementar n.º 87/96;

- as despesas de importação devem compor a base de cálculo do ICMS e seu recolhimento deve ser feito no momento do desembaraço aduaneiro;

CONSELHO DE CONTRIBUENTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- a multa foi aplicada tendo em vista descumprimento de obrigação tributária principal conforme preceitua o Código Tributário Nacional, não configurando portanto confisco;
- a aplicação dos juros SELIC encontra amparo na Resolução n.º 2.880/97;
- cita o artigo 136 do Código Tributário Nacional;
- os documentos juntados nestes autos demonstram a intenção dolosa para com a Fazenda Pública, caracterizando assim crime contra a ordem tributária;
- existe flagrante contradição nos argumentos apresentados na peça de defesa;
- o pedido de perícia deve ser indeferido por apresentarem os autos as provas necessárias para os devidos esclarecimentos.

Por fim pede a manutenção do feito fiscal.

Indeferido o requerimento de prova pericial à fl. 301, não foi apresentado Recurso de Agravo.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 305/315, opina pela procedência do lançamento.

DECISÃO

A atuação versa sobre a imputação fiscal feita à Contribuinte de falta de recolhimento do ICMS incidente nas operações de importação de mercadorias nos meses de agosto e setembro de 1998, tendo em vista que foram descaracterizados os recolhimentos efetuados em via GNRE, uma vez que as autenticações constantes nas guias referentes às Declarações de Importação objeto de autuação não foram processadas pelo Banco do Brasil S/A. .

Da Perícia

Quanto à perícia requerida ressaltamos que a mesma em nada acrescenta aos fatos não contribuindo para o deslinde da questão.

Ademais, a prova pericial só deve ser realizada quando do conjunto de provas dos autos não for possível definir-se com clareza a infração imputada ao contribuinte.

Nesta linha entendemos que a perícia pleiteada pela Impugnante além de não preencher os pressupostos essenciais à sua realização, ainda que realizada não traria nenhum elemento novo para o deslinde da questão.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Portanto, considerando que a negativa de produção de prova pericial não cerceou o direito de defesa da Impugnante, temos por assegurados os princípios do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988).

Da Preliminar de Nulidade do Auto de Infração

A Coobrigada Impugnante invoca a nulidade do Auto de Infração alegando que sua intimação está eivada de irregularidade por não ter sido o responsável devidamente intimado e recebido os documentos relativos ao trabalho fiscal. No entanto, o responsável foi devidamente intimado da lavratura do Auto de Infração, tendo inclusive recebido a cópia de diversos documentos pertinentes ao mesmo (fls. 186/187).

Assim sendo, não há como ser acolhida a arguição de nulidade pretendida pela Impugnante, eis que os fatos acima descritos demonstram ter sido a intimação regular ao sujeito passivo.

Do Mérito

O trabalho realizado pelos fiscais consistiu na verificação de registros fiscais relacionados às entradas de mercadorias importadas diretamente do exterior e recebidas com notas fiscais de entrada pelo contribuinte fiscalizado.

Foram juntados aos autos os quadros onde se relacionou as notas fiscais de entrada relativas ao período apurado, declarações de importação e demais dados essenciais à verificação fiscal.

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 155, § 2º, inciso IX, alínea 'a' determina que o ICMS incidirá *"sobre a entrada de mercadoria importada do exterior, ainda quando se tratar de bem destinado a consumo ou ativo fixo do estabelecimento, assim como sobre serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o estabelecimento destinatário da mercadoria ou do serviço."*

Relativamente a alegação da Impugnante de que deve ser aplicado o Decreto-lei n.º 406/68 à incidência do ICMS nas operações de importação que realizou, temos a esclarecer que após a edição da Lei Complementar n.º 87/96, segundo a Constituição Federal de 1988, esta passou a ser a lei de regência do ICMS. Sendo assim, os Estados também incorporaram essas regras à sua legislação tributária.

Constitui fato gerador do ICMS nas operações de importação a entrada da mercadoria importada do exterior em território nacional, e por uma determinação legal é considerado entrada de mercadoria importada o seu desembaraço aduaneiro, artigo 2º, inciso I do RICMS/MG. Além disso, a própria Lei Complementar n.º 87/96 assim determina:

"Art. 2º - O imposto incide sobre:

.....

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 1º- O imposto incide também:

I - sobre a entrada de mercadoria importada do exterior, por pessoa física ou jurídica, ainda quando se tratar de bem destinado a consumo ou ativo permanente do estabelecimento;

.....”

RICMS/96

“Art. 2º - Ocorre o fato gerador do imposto:

I - no desembaraço aduaneiro de mercadoria ou bem importados do exterior, observado o disposto no parágrafo único;

.....”

Sendo assim, temos como inegável a ocorrência do fato gerador do ICMS na importação em questão.

A fiscalização constatou que as autenticações bancárias constantes das Guias Nacionais de Recolhimento de Tributos Estaduais – GNRE, referentes às importações realizadas no período fiscalizado, eram falsas e tendo em vista este fato, descaracterizou as mesmas, por não terem sido processadas pelo Banco do Brasil S/A.

Não tendo sido citadas autenticações processadas pelo Banco do Brasil S/A, não temos como comprovar o recolhimento do ICMS incidente nas operações de importação realizadas segundo as Declarações de Importação relacionadas no Auto de Infração.

Alega a Impugnante que desembolsou os valores referentes ao imposto devido, contudo não juntou aos autos os comprovantes deste pagamento e que além disso o Fisco deixou que as mercadorias transitassem livremente sem levantar suspeitas quanto as autenticações bancárias, o que segundo seu entendimento demonstra a inexistência de irregularidade na importação que promoveu.

Com relação a esta observação final, temos a esclarecer que o trânsito livre autorizado pelo Fisco não tem efeito homologatório, permitindo ao mesmo, quando comprovada qualquer irregularidade, exigir o imposto incidente na operação.

“Art. 358 - O ICMS incidente na entrada de mercadoria importada do exterior, por pessoa física ou jurídica, ainda que se trate de bem destinado a uso, consumo ou ativo permanente do estabelecimento, será recolhido no momento do desembaraço aduaneiro:

I - em Documento de Arrecadação Estadual (DAE), modelo 1, previamente visado pelo fisco, quando o desembaraço ocorrer neste Estado;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

II - em Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais (GNRE), quando o desembaraço ocorrer em outra unidade da Federação.

.....

§ 3º - Os vistos de que tratam os parágrafos anteriores não têm efeito homologatório, podendo o fisco, comprovada qualquer irregularidade, exigir o imposto devido com os acréscimos legais;

....."

A Impugnante em uma de suas alegações questiona a constitucionalidade de disposições normativas que a seu ver afrontam a Constituição Federal de 1988 ao afetarem o direito à compensação do ICMS, fazendo assim menção ao princípio da não-cumulatividade.

O RICMS/96 em seu artigo 70 determina que:

"Art. 70 - Fica vedado o aproveitamento de imposto, a título de crédito, quando:

.....

IX - o pagamento do imposto na origem não for comprovado, na hipótese de existência prevista na legislação tributária;

....."

Entretanto, não é de competência deste Conselho declarar a inconstitucionalidade da legislação aplicada ao feito fiscal pelo que se destaca o artigo 88 da CLTA/MG:

"Art. 88 - Não se incluem na competência do órgão julgador:

I - a declaração de inconstitucionalidade ou negativa da aplicação de lei, decreto ou ato normativo;

....."

Como se vê não é o Conselho de Contribuintes hábil a fazer o controle difuso ou direto de constitucionalidade da legislação tributária estadual pelo que rege a Constituição Federal de 1988.

No tocante à afirmação de recolhimento do ICMS nas saídas internas das mercadorias importadas, cumpre lembrar que a cobrança formalizada pelo Auto de Infração em análise diz respeito ao imposto devido pela importação, portanto em operação distinta daquela que se informa o pagamento.

Dispõe o artigo 5º, § 1º, item 5 da Lei n.º 6.763/75 que:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

“Art. 5º - O imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS - tem como fato gerador as operações relativas à circulação de mercadorias e às prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de Comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

§ 1º - O imposto incide sobre:

.....

5) a entrada de mercadoria importada do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que se tratar de bem destinado a uso, consumo ou ativo permanente de estabelecimento, e a aquisição, em licitação promovida pelo poder público, de mercadoria ou bem importados do exterior e apreendidos ou abandonados;

.....”

Da análise do artigo supracitado, temos que basta a ocorrência do fato gerador, para que o imposto seja integralmente devido. Portanto, diante das operações realizadas pela Impugnante, configurada está sua posição de contribuinte e, como não comprovou o recolhimento correto do tributo relativo às Declarações de Importação constantes do Auto de Infração, e aproveitou indevidamente estes valores a título de crédito, restam devidos os valores apurados.

No que tange a taxa de juros SELIC, utilizada pelo Estado e estabelecida pelo Banco Central, devemos ressaltar que a utilização da mesma segue as determinações do artigo 226, parágrafo único da Lei n.º 6.763/75, bem como da Resolução n.º 2.880/97.

Quanto à natureza confiscatória da Multa aplicada, dispõe o artigo 3º do Código Tributário Nacional que:

“Art. 3º - Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade plenamente vinculada.”

Da inteligência do artigo supra, depreende-se que multa não é tributo, tendo em vista que este não constitui uma sanção de ato ilícito. Portanto, considerando que a controvérsia abarca a multa aplicada, improcede a alegação da Impugnante de tributo com efeitos confiscatórios, com base no artigo 150, inciso IV, da Constituição Federal de 1988. Portanto, legítima a exigência fiscal.

No que se refere à penalidade isolada elencada no inciso XII, artigo 55 da Lei n.º 6.763/75, entendemos que a mesma não se coaduna perfeitamente com as provas existentes nos autos. Não se encontra perfeitamente caracterizado nos autos sob

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

análise que os Impugnantes tenham sido os responsáveis pela adulteração das autenticações mecânicas nas GNRE's. Desta forma, não devem ser mantidas as exigências de Multa Isolada capitulada ao artigo 55, inciso XII da Lei n.º 6.763/75.

Relativamente à defesa apresentada pela Coobrigada temos que a mesma não tem como prosperar, visto que nos termos da Lei n.º 6.763/75 são solidariamente responsáveis pela obrigação tributária “qualquer pessoa pelo recolhimento do imposto e acréscimos legais devidos pelo contribuinte ou responsável, quando os atos ou as omissões daquela concorrerem para o não-recolhimento do tributo por estes”. E a Coobrigada foi devidamente autorizada pela Impugnante para atuar junto à Receita Federal.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do Auto de Infração. No mérito, também à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento para excluir a Multa Isolada capitulada no artigo 55, inciso XII da Lei n.º 6.763/75, por não estar perfeitamente adequada às provas dos autos. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros José Eymard Costa (Revisor) e Maria de Lourdes Pereira de Almeida

Sala das Sessões, 03/07/01.

Francisco Maurício Barbosa Simões
Presidente

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Relatora

LMMP/GGAB/ES