

Acórdão: 15.414/01/1^a
Impugnação: 40.10103622-82
Agravo Retido: 40.030105416-18
Impugnante/Agr.: Comercial FH Ltda.
PTA/AI: 01.000136754-84
Inscrição Estadual: 062.014741.00-87(Autuada)
Origem: AF/Belo Horizonte
Rito: Ordinário

EMENTA

RECURSO DE AGRAVO - PERÍCIA. Em face da presença, nos autos, de elementos suficientes ao exame da matéria objeto da lide, prescindível se torna a produção de prova pericial. Decisão unânime.

IMPORTAÇÃO - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. Comprovada a falta de recolhimento/recolhimento a menor do ICMS incidente sobre entradas de mercadorias do exterior. Legítimas as exigências fiscais. Excluída, contudo, a parcela relativa à Nota Fiscal n.º 000101, cujo cancelamento o próprio Fisco admitira.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - DAPI/VALOR INCORRETO. A inserção, em DAPI, de valores de débitos diversos dos lançados no LRAICMS enseja a aplicação da MI de 50% sobre o valor do imposto não declarado. Correta a sanção imposta. ICMS e MR exigidos em Auto de Infração não contencioso.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - FALTA DE REGISTRO DE NOTAS FISCAIS. Não tendo a Impugnante escriturado notas fiscais de entrada de mercadorias adquiridas em importação do exterior, justifica-se a aplicação da penalidade pecuniária de 5% sobre o valor das operações. Todavia, como o próprio Autuante reconheceu que a sanção não alcança o valor da Nota Fiscal n.º 000101 cancelada.

MERCADORIA - ENTRADA DESACOBERTADA - NOTA FISCAL INIDÔNEA. A aquisição de mercadorias com notas fiscais comprovadamente inidôneas autoriza a glosa do imposto creditado e valida a multa do artigo 55, inciso X, da Lei n.º 6.763/75. Sendo o contribuinte detentor de saldo credor na conta gráfica num dos períodos em que a irregularidade se verificara, impende sua recomposição para adequação da exigência de ICMS e MR, conforme planilha elaborada pela Auditoria Fiscal.

MERCADORIA - ENTRADA, ESTOQUE E SAÍDA DESACOBERTADA. Irregularidades constatadas mediante Levantamento Quantitativo por Espécie de Mercadoria. Alegações de erros no Levantamento acatadas em parte pelo Fisco, redundando em sua retificação. Inadmissível, no entanto, argumento

incomprovado de que entradas e saídas de mesmas mercadorias se fizeram com identificação diferenciada. Exigências fiscais parcialmente mantidas.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a imputação fiscal feita à Contribuinte de ter cometido as seguintes irregularidades:

- 1) deixar de recolher o ICMS incidente sobre as operações de importação, conforme declaração de notas fiscais de sua emissão no mês de novembro de 1999;
- 2) deixar de escriturar notas fiscais de entrada no livro próprio;
- 3) informar na DAPI valores diversos dos lançados no Livro Registro de Apuração do ICMS, deixando portanto de recolher valores a título de ICMS;
- 4) receber, dar saída e manter em estoque mercadorias desacobertas de documentação fiscal;
- 5) receber mercadorias acobertas por nota fiscal inidônea, aproveitando indevidamente crédito de ICMS.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu representante legal, Impugnação às fls. 467/490, aos argumentos seguintes:

- inicialmente solicita ampliação do prazo para apresentação da defesa;
- a nota fiscal n.º 000.101 relativa à irregularidade apontada no item 01 foi cancelada e substituída pela de n.º 000.102, devendo portanto ser excluída do presente Auto de Infração;
- o ICMS exigido nas operações de importação foi pago por ocasião do repasse das mercadorias aos seus clientes;
- a exigência do imposto no desembaraço aduaneiro não apresenta fundamentação legal e implicaria na ocorrência de *bis in idem*;
- não escriturou as notas fiscais no Livro Registro de Entradas por serem as mesmas referentes à importação de mercadorias e devido a isso costuma ficar retida na alfândega para conferência e desembaraço da mercadoria;
- a irregularidade apontada no item 04 decorreu do lançamento em duplicidade por parte do Fisco, do fato de terem sido relacionadas entradas de mercadorias com um nome e saídas com outro e por não terem sido consideradas as entradas de 100 caixas de whisky White Horse;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- as notas fiscais consideradas inidôneas foram utilizadas para acobertar o transporte de mercadorias do estabelecimento do vendedor para o comprador, e que não tem como saber se as mesmas são inidôneas ou não;

- os atos declaratórios de inidoneidade são posteriores à celebração e efetivação do negócio jurídico, não lhes cabendo efeitos retroativos;

- a taxa SELIC aplicada pelo Fisco é ilegal e ofende o Código Tributário Nacional, bem como as multas aplicadas tem natureza confiscatória.

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

O Fisco manifesta-se contrariamente ao alegado, às fls. 498/507, aos fundamentos seguintes:

- não cabe prorrogação do prazo para Impugnação;
- admite e entende necessária a exclusão das exigências fiscais relativas à nota fiscal n.º 000.101, que foi cancelada;
- a exigência do imposto incidente na operação de importação tem amparo legal e da análise dos autos temos que o mesmo não foi recolhido da forma devida;
- não tem fundamento o argumento apresentado pela Impugnante para não ter realizado a escrituração da documentação fiscal;
- é necessário o refazimento do Levantamento Quantitativo somente quanto a exclusão da nota fiscal n.º 000.101 e da nota fiscal n.º 001.464;
- a glosa de crédito decorrente da aquisição de mercadorias com nota fiscal inidônea está amparada no artigo 70 do Anexo V do RICMS/MG e da ausência de comprovação de pagamento do imposto na remessa pelo fornecedor.

Pede ao final a manutenção das exigências fiscais face a reformulação que entendeu necessária.

A Auditoria Fiscal indefere o requerimento de prova pericial à fl. 787, contra o qual foi apresentado Recursos de Agravo, às fls. 792/794 e, em parecer conclusivo de fls. 797/804, opina em preliminar pelo não provimento do Recurso de Agravo e no mérito, pela procedência parcial do lançamento.

DECISÃO

A autuação versa sobre a imputação fiscal feita à Contribuinte de ter cometido as seguintes irregularidades:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- 1) deixar de recolher o ICMS incidente sobre as operações de importação, conforme declaração de notas fiscais de sua emissão (nºs 000.101, 000.102, 000.103, 000.105, 000.106, 000.107), em novembro de 1999;
- 2) deixar de escriturar notas fiscais de entrada no livro próprio;
- 3) informar na Declaração de Apuração e Informação do ICMS – DAPI valores diversos dos lançados no Livro Registro de Apuração do ICMS, deixando portanto de recolher valores a título de ICMS;
- 4) dar saída e manter em estoque mercadorias desacobertas de documentação fiscal;
- 5) receber mercadorias acobertas por nota fiscal inidônea, aproveitando indevidamente crédito de ICMS.

Das Preliminares

Da Prorrogação da Impugnação

Inicialmente cumpre-nos fazer menção ao pedido de prorrogação do prazo para apresentação da Impugnação, o qual entretanto não deve ser atendido tendo em vista a ausência de justificativas para que o mesmo possa ser prorrogado.

Da análise dos autos temos que o prazo de 30 dias, estabelecido na legislação estadual, e concedido à Impugnante para apresentação da Impugnação é suficiente para que a mesma refute as irregularidades apontadas pela fiscalização.

Do Recurso de Agravo

A Defendente, em sua Impugnação, requer Perícia, contudo, entendemos ser desnecessária a produção de prova pericial, no caso em tela, já que a gama de documentos acostados aos autos bastam para a perfeita compreensão da matéria aqui tratada e para o pleno convencimento dos julgadores.

Os quesitos de nºs 1 e 2 estão a perquirir se as mercadorias importadas, possivelmente através das notas fiscais de nºs 000101 a 000107, foram objeto de venda a terceiros e se nas respectivas notas fiscais de saída fora destacado o ICMS e levado à conta gráfica. A autuação está a exigir ICMS pelas entradas, quando da importação e penalidade pecuniária pela não escrituração no Livro Registro de Entradas. Sendo assim verifica-se que referidos quesitos não guardam conexão com a matéria dos autos.

O quesito de n.º 3 busca comprovar o cancelamento da NF 000101, fato já admitido pelo Fisco. Logo, também prescindível produção de prova nesse sentido.

Quanto ao quesito de n.º 4, "se diferenças levantadas pela Impugnante existem?", não se trata necessariamente de prova pericial.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A simples alegação de existirem outros equívocos não é razão suficiente para se determinar a produção de prova pericial.

A Impugnante teve 30 (trinta) dias para defender-se das imputações fiscais e deveria, por força do disposto no artigo 98, inciso II e Parágrafo Único, da CLTA/MG, ter alegado toda a matéria objeto da discordância, inclusive quantidades e valores, anexando os documentos de prova.

Ao sujeito passivo se garante direito de ampla defesa na esfera administrativa, por escrito e acompanhada de provas, desde que produzidas na forma e prazos legais.

Finalmente, quanto ao quesito de n.º 5, ressaltamos que este só solicita comentário/esclarecimento a mais a critério do perito.

Destarte, figura correto o indeferimento da perícia requerida, com fundamento no artigo 116, incisos I e IV, da CLTA/MG.

Ademais, a prova pericial deve ser realizada somente nos casos em que for estritamente necessária para o correto entendimento ou elucidação de questões controversas, o que não é o caso.

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).

Do Mérito

Irregularidade 01

De início é importante fazer referência à exclusão pelos próprios Autuantes da Nota Fiscal n.º 000.101 das irregularidade apontadas nos autos tendo em vista que a mesma foi cancelada, e tendo sido juntadas todas as suas vias (fls. 492/495 dos autos).

O Regulamento do ICMS de nosso Estado, bem como a Constituição Federal de 1988 determinam que o ICMS incidirá também na operação de importação de mercadorias, sendo que esta exigência não se descaracteriza face à existência de uma saída posterior também tributada.

Como ressaltado, o ICMS incide sobre a entrada de mercadoria importada do exterior, devendo ser recolhido no momento do desembaraço aduaneiro. A saída subsequente tributada não altera a obrigatoriedade do recolhimento em questão visto que, diante do princípio da não-cumulatividade do ICMS, o valor recolhido anteriormente implicará em direito de crédito para o Contribuinte do imposto.

Restando portanto, caracterizado nos autos o não recolhimento do ICMS incidente nas importações na forma como determinado pela legislação tributária temos por parcialmente corretas as exigências fiscais relativas a esta irregularidade com a exclusão das exigências relativas à Nota Fiscal n.º 000101.

Irregularidade 02

Relativamente à alegação da Impugnante de que não promoveu a escrituração das notas fiscais no Livro Registro de Entradas por serem as mesmas referentes à importação de mercadorias e por ficarem muitas vezes retidas na alfândega para conferência e desembaraço da mercadoria, lembramos que tal fato não é suficiente para justificar a não escrituração das mesmas.

Poderia a Impugnante, mesmo que extemporaneamente lançar as notas fiscais em seu livro de registro, o que não fez. Se realmente a retenção das notas fiscais na alfândega impedisse constantemente a não escrituração ora questionada estaríamos diante de constantes autuações das empresas importadoras, visto que estas não teriam como manter a regularidade de suas escritas fiscais.

Irregularidade 03

A falta de recolhimento do ICMS tendo em vista informações na Declaração de Apuração e Informação do ICMS de valores diversos dos lançados no Livro Registro de Apuração do ICMS não foi refutada pela Impugnante o que enseja a consideração de que esta irregularidade foi efetivamente praticada.

Ao analisarmos os autos e face a ausência de contestação desta irregularidade por parte da Impugnante verificamos estarem as exigências fiscais decorrentes da omissão no recolhimento do imposto corretas.

Irregularidade 04

A Impugnante observa que não promoveu a saída, nem manteve em estoque mercadorias desacobertas de documentação fiscal, e que esta diferença foi encontrada tendo em vista erro no lançamento por parte da fiscalização.

No tocante à nota fiscal n.º 000.101 foram promovidas as devidas alterações, o que põe termo à alegação de lançamento em duplicidade.

Relativamente à entrada da mercadoria com um nome e saída com nome diverso segundo o entendimento da Impugnante temos que inexistem nos autos comprovação inequívoca da ocorrência deste fato.

Pelo que dispõe a legislação tributária estadual, as mercadorias, salvo quando existente processo de industrialização, normalmente dão entrada e saída nos estabelecimentos com o mesmo nome. E no caso em tela aduz a Impugnante que a mesma mercadoria entrou com um nome e saiu com o outro, sem contudo comprovar efetivamente esta alegação.

Desta forma não temos elementos capazes de ensejar a exclusão das exigências fiscais pertinentes à saída e estoque de mercadoria desacoberta de documentação fiscal.

Insta aqui observar que a Impugnante também em razão da irregularidade apontada do item 04 aduz que não foram consideradas as entradas de 100 caixas de whisky White Horse, descritas na NF n.º 001.464, e tal como entendeu o Fisco Estadual também somos favoráveis à exclusão desta nota fiscal do presente Auto de Infração.

Irregularidade 05

Da análise dos autos (Anexo V) temos a constatação de que os documentos fiscais que acobertaram diversas aquisições por parte da Impugnante são falsos ou inidôneos nos termos do RICMS/MG e fls. 439/445 dos autos.

No que se refere aos Atos Declaratórios de Inidoneidade, cumpre salientar que os mesmos apenas tornam pública uma situação preexistente. A fiscalização, ao constatar uma situação irregular já prevalecente, mediante diligência específica ou a requerimento do interessado proclama o fato através de Ato Declaratório. Ademais as Notas Fiscais não se tornam inidôneas pela declaração, mas pela irregularidade que se apresenta.

Ensina o ilustre Prof. Aliomar Baleeiro, em sua obra Direito Tributário Brasileiro, que *“Já o ato declaratório não cria, não extingue, nem altera um direito. Ele apenas determina, faz certo, apura, ou reconhece um direito preexistente, espandando dúvidas e incertezas. Seus efeitos recuam até a data do ato ou fato por ele declarado ou reconhecido (ex tunc).”*

Neste sentido, das notas fiscais, objeto do presente feito, depreende-se a legitimidade do procedimento fiscal, tendo em vista que a edição dos Atos Declaratórios se deu em conformidade com a legislação.

Resta, portanto, que as operações em tela foram realizadas desamparadas de documentação fiscal acobertadora, nos termos do artigo 149, inciso I, do RICMS/96:

“Art. 149 - Considera-se desacobertada, para todos os efeitos, a prestação de serviço ou a movimentação de mercadoria:

I - com documento falso ou inidôneo;

.....”

Temos também que não foi anexada nos autos nenhuma prova do recolhimento do imposto.

A Auditoria Fiscal em parecer bem fundamentado observa ser necessária a recomposição da conta gráfica tendo em vista a existência de saldo credor na conta gráfica, posicionamento este que reputamos correto.

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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

No tocante às penalidades apontadas como confiscatórias entende-se que as mesmas são legais e não representam confisco que justifique sua alteração.

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante não são suficientes para descaracterizar integralmente as infrações.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, negar provimento ao Recurso de Agravo. Quanto ao mérito, também à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos moldes do DCMM de fl. 508, porém, com os valores do ICMS/MR das competências abril e julho de 1.999 segundo a planilha de conta gráfica anexa apresentada nos termos do parecer da Auditoria Fiscal. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros José Eymard Costa (Revisor) e Francisco Maurício Barbosa Simões.

Sala das Sessões, 12/12/01.

José Luiz Ricardo
Presidente

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Relatora

LMMP/EJ/jls