

Acórdão: 16.343/04/3^a Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010110750-82
Impugnante: Fertilizantes Fosfatados SA Fosfertil
Proc. S. Passivo: Marciano Seabra de Godoi/Outros
PTA/AI: 01.000141575-09
Inscr. Estadual: 701.225041.0470
Origem: DF/Uberaba

EMENTA

IMPORTAÇÃO – RECOLHIMENTO A MENOR DE ICMS. Constatou-se que o sujeito passivo, no exercício de 2002, realizou diversas operações de importação de mercadorias do exterior, tendo recolhido o ICMS incidente a menor, por não incorporá-lo na própria base de cálculo, deixando de observar o disposto no art. 13, § 15 da Lei 6.763/75. Corretas as exigências de ICMS e MR. Lançamento procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre recolhimento a menor de ICMS na importação de mercadorias para uso/consumo do estabelecimento durante o exercício de 2002, por não inclusão do imposto na sua própria base de cálculo (cálculo por dentro), conforme determinação da EC 33/01. Irregularidade redundante na exigência de ICMS complementar e respectiva MR.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 196/220, repetida às fls. 651/680, após reformulação do crédito tributário, tendo comprovado o recolhimento da taxa de expediente à fl. 195.

O Fisco, em manifestação de fls. 229/234, refuta as alegações da defesa.

A Auditoria Fiscal determina a realização da Diligência de fl. 237, que resulta na retificação do levantamento, para maior, com reabertura de prazo para impugnação e nova manifestação fiscal, o que se vê às fls. 238/685.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 687/692, opina pela procedência do lançamento.

DECISÃO

Os fundamentos expostos no parecer da Auditoria Fiscal foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e por esta razão passarão a compor o presente Acórdão, salvo pequenas alterações.

Versa a presente autuação sobre recolhimento a menor de ICMS na importação de mercadorias do exterior, no exercício de 2002, por não inclusão do imposto na sua própria base de cálculo.

Em fase de saneamento e instrução, a Auditoria verificou que o Fisco alterara alguns valores das despesas aduaneiras, divergindo em parte daqueles apresentados pelo sujeito passivo, sem qualquer menção no AI, extrapolando, pois, o simples cálculo do tributo “por dentro”.

Sob orientação, o Fisco refez os cálculos das despesas aduaneiras, conforme planilha de fl. 646, para composição da BC do imposto e apuração da diferença não recolhida, conforme fl. 645.

Intimou a Autuada da aludida reformulação efetuada para maior, reabrindo o prazo de 30 dias para pagamento ou aditamento à impugnação interposta. Note-se que a planilha de fls. 646, que descreve detalhadamente a composição das despesas aduaneiras, foi também enviada à Autuada.

A Impugnante, em nova manifestação (fls. 651/680) sequer menção fizera ao fato, atendo-se à contestação da inclusão do tributo em sua própria base de cálculo, relativamente à importação.

De qualquer forma, os valores das despesas aduaneiras inseridos na base de cálculo do imposto, tal como relacionados na planilha de fls. 646, foram extraídos dos documentos apresentados pela Autuada, após intimação.

A defesa da Impugnante alicerça-se na interpretação de que a alínea “i” acrescida ao inciso XII do § 2º do art. 155 da CF veio inovar, no sentido de autorizar a ampliação da BC do ICMS na importação de mercadoria do exterior e que, por conseguinte, não seria auto-aplicável, mas dependeria de normatização em LC e disposição correlativa na Lei Estadual, o que se fizera em 2002. Ademais, que por força do princípio da anterioridade tais disposições não poderiam ensejar aplicação no mesmo exercício.

O Fisco, a seu turno, defende a tese de que, por regra geral, o ICMS incorpora sua própria base de cálculo em qualquer circunstância, mesmo na importação, apresentando as alterações referidas mera explicitação, ou seja, caráter simplesmente declaratório.

Preambularmente, há aflorar que o conceito de “operação de importação” não se restringe ao contrato mercantil de compra e venda internacional, que terá ocorrido no exterior, mas a todo o plexo de procedimentos que envolvem a transação,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

encerrando-se com a tradição efetiva da mercadoria/bem nas mãos do importador. A operação não se limita a um contrato de compra e venda.

A entrada da mercadoria importada é eleita pelo legislador como fato exteriorizador da concretização da hipótese de incidência, para considerar-se nascida a obrigação tributária respectiva a partir desse instante.

A CF, em seu art. 146, III, dispôs caber à LC estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente quanto à definição de tributo e suas espécies e, quanto aos já discriminados, dos fatos geradores, da base de cálculo e dos contribuintes.

Ao tratar especificamente do ICMS, a CF, no art. 155, § 2º, XII, não restringiu o papel da LC a apenas estabelecer normas gerais quanto às definições acima. Determinou ainda competir a ela dispor sobre ST, disciplinar o regime de compensação do imposto, fixar local de operação/prestação, prever casos de manutenção de crédito (quando da remessa para outro Estado e exportação para o exterior, de serviços e mercadorias), regular a forma de concessão de benefícios, isenções e incentivos.

Pela EC 33/01, ao predito inciso XII foram acrescentadas duas alíneas: “h” e “i”.

Quanto à primeira, parece realmente inovação (*h*) *definir os combustíveis e lubrificantes sobre os quais o imposto incidirá uma única vez, qualquer que seja a sua finalidade, hipótese em que não se aplicará o disposto no inciso X, b;),* tanto que expressamente exige Lei Complementar para torná-la aplicável, autorizando, todavia, no art. 4º da referida Emenda, em caráter provisório, a fixação de normas sobre a matéria através de convênios interestaduais.

Já concernente à alínea “i” (*i*) *fixar a base de cálculo, de modo que o montante do imposto a integre, também na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço),* parece que a CF quis dizer que a LC não tem apenas o papel de, através de normas gerais, definir a base de cálculo, mas de expressamente “fixar” que esta deva conter o montante do imposto em si incorporado, em qualquer circunstância, até mesmo se se tratar de importação do exterior de bens, mercadorias e serviços.

A ausência desta alínea na CF não significa que o montante do imposto não devesse incorporar sua própria base de cálculo, até porque a LC 87/96, em seu § 1º, I, já o determinava.

A matéria, de há muito, fora objeto de questionamento no Judiciário e ensejou manifestação do STF no sentido da constitucionalidade “do cálculo por dentro” (RE 212.209-2 – Rio Grande do Sul).

A inclusão, no texto, da expressão “também na importação” possivelmente deveu-se ao intuito de se evitarem questionamentos por parte dos especuladores

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

doutrinários, que enxergam a incidência do ICMS na importação de mercadorias/bens do exterior como uma “anomalia jurídica”.

De ver-se que a Impugnante reconhece a propriedade da inclusão do ICMS na base de cálculo quando das operações internas, independentemente da época em que se iniciou sua inserção.

Ora, a alínea “i” acima referida foi toda incluída no texto constitucional pela EC 33/01 e não apenas a expressão “também na importação”.

A validar-se a inteligência impugnatória, ter-se-ia admitir que antes dela (EC 33/01), em circunstância nenhuma se poderia calcular o “ICMS por dentro”.

Alicerçando-se na LC 95/98, é de inferir-se que a norma geral insculpida na LC 87/96, redação original, mais exatamente em seu art. 13, § 1º, I (§ 1º - *Integra a base de cálculo do imposto: I – O montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle*), anterior, portanto, à EC 33/01, não comportava exceção, alcançando todas as operações/prestações, inclusive na importação, sujeitas ao tributo. Diverso fosse o alcance da norma, estaria a importação excepcionada.

Preexistente a norma na LC 87/96 à EC 33/01, preexistente outrossim no ordenamento jurídico estadual – art. 13, § 15 da Lei 6.763/75 e no RICMS (art. 49).

Tocante alterações na redação do § 1º do art. 13 da LC 87/96 (pela LC 114/02) e no § 15 do art. 13 da L. estadual 6.763/75, para acrescer a observação de que a incorporação se deve inclusive nas importações, nada mais natural.

Se o constituente entendeu necessário devesse esclarecer que o ICMS incorpora sua própria base de cálculo em qualquer circunstância (até mesmo na importação) e que isso precisa constar também de lei complementar, por evidência que os instrumentos legais seriam alterados. No entanto, isso não significa acréscimo de tributo, mas simples alteração dispositiva.

De nenhuma valia a alegação de que o texto constitucional não se fez acrescer para explicitar. A nada fere.

Em 05/07/02, com ratificação em 23/07/02, publicou-se o Convênio ICMS 77/02. Diversas Unidades da Federação, dentre as quais MG, foram autorizadas a “*não exigir o débito tributário relativo à parcela do ICMS devido na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço, cujo fato gerador tenha ocorrido até o dia 31 de dezembro de 2001, decorrente de base de cálculo obtida sem que o montante do imposto a tivesse integrado*”.

O teor do conveniado retrata o entendimento de todos os convenientes, de que a BC do ICMS na importação devesse incorporar o próprio imposto. **Contrario sensu**, não haveria “dispensa” a autorizar.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Implicitamente, o Convênio afirma que antes da EC 33/01 já era devida a incorporação do ICMS na própria base de cálculo em qualquer circunstância.

O mesmo se diga do Decreto 42.874/02, art. 7º, que dispensa o pagamento de créditos tributários vinculados à não incorporação até 31/12/01.

O sentido da EC 33/01 foi o de evidenciar que o ICMS incorpora sua BC desde que nascera, não passando a alínea “i” acrescida ao inciso XII do § 2º do art. 155 da CF de mera explicitação adicional, obviamente em ordem a dissipar qualquer dúvida, não só quanto às operações de importação, mas em caráter geral.

A omissão histórica do Fisco, em exigir dita incorporação nas importações, não valida a concepção impugnatória, de que antes da EC 33/01 não fosse devida.

Sob tal enfoque, não há falar em respeito ao princípio da anterioridade, tocante as alterações na LC 87 e na Lei 6.763/75.

Conclusivamente, não se trata, na espécie, de auto-aplicabilidade da EC 33/01, pois que nada instituíra de novo, donde também não se poder invocar o respeito ao princípio da anterioridade em virtude das correspondentes alterações na LC 87 e na lei ordinária 6.763/75.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, em julgar procedente o lançamento, nos termos do parecer da Auditoria Fiscal. Vencida a Conselheira Juliana Diniz Quirino, que o julgava improcedente. Pela Impugnante assistiu ao julgamento a Dra. Daniela Silva de Guimarães Souto e pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Francisco de Assis Vasconcelos Barros. Participaram do julgamento, além da signatária e da retro citada, os Conselheiros Glemer Cássia Viana Diniz Lobato (Revisora) e José Eymard Costa.

Sala das Sessões, 16/03/04.

Cláudia Campos Lopes Lara
Presidente/Relatora