

A. I. Nº - 281074.0076/09-3
AUTUADO - IMAGE MEMORIAL LTDA.
AUTUANTE - JEZONIAS CARVALHO GOMES
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET 04.09.09

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0256-05/09

EMENTA: ICMS. IMPORTAÇÃO. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO. FALTA DE PAGAMENTO NO MOMENTO DO DESEMBARAÇO ADUANEIRO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. De acordo com o artigo 2º, inciso V, da Lei nº 7.014/96, é devido o pagamento do ICMS, no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas do exterior. A multa por descumprimento da obrigação principal, proposta pelo autuante, é a prevista no artigo 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e se aplica ao presente caso, pois o imposto deixou de ser recolhido tempestivamente. Não acolhida a arguição de nulidade. Correta a exigência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 23/04/09, exige ICMS no valor de R\$557.131,82, acrescido da multa de 60%, pela falta de recolhimento do imposto no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas, cujo importador é estabelecido no Estado da Bahia. Acompanha o auto o Termo de Apreensão e Ocorrências nº 124157.0019/09-0, fl. 6.

Consta, na descrição dos fatos do Termo de Apreensão a constatação da seguinte irregularidade: Aquisição de produtos importados (Sistema de Diagnóstico por Ressonância) por contribuinte inscrito no Estado da Bahia, sem o devido comprovante do pagamento do ICMS devido, conforme DI nº 08/2002360-9 de 16/12/2008, fato que caracteriza o ilícito fiscal de acordo com o RICMS/BA.

O autuado, através de seu representante legal, em sua defesa às fls. 22 a 43, impugna o lançamento inicialmente tratando da tempestividade e arguindo a nulidade do Auto de Infração dizendo que além da capitulação do art. 573 estar incompleta, não foram citados os dispositivos relativos ao “Termo de Apreensão e Ocorrências”, que serve para fundamentar o Auto de Infração, nem ao menos é informado se há essa previsão legal.

Aduz que o Auto de Infração está eivado de vício formal, haja vista que foi omitida a citação a dispositivos infringidos para o correto suporte ao lançamento e que propiciam o acesso ao contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes. Reproduz o art. 5º, inciso LV da CF/88, art. 2º e 18, IV, do RPAF e art. 142 do CTN. Fala que foram lavrados dois termos de ocorrências, ambos referentes ao mesmo equipamento, um Sistema de Diagnóstico por Ressonância, descrito na DI nº 08/2002360-9, sendo que o primeiro aponta como fiel depositário o motorista do caminhão placa DTD 3147, de São Paulo, Sr. Edson Pereira Campos e o segundo, lavrado minutos depois, nomeia o motorista do caminhão placa CYR 3316, de São Paulo, Sr. José Edinalson da Silva, questionando quem de fato é o depositário do bem, com o que entende cerceada em seu direito à ampla defesa e ao contraditório e requer, por esse motivo, seja o auto declarado nulo, por conter vícios formais, de acordo com o artigo 18, alínea “a” do RPAF.

Adentrando na discussão do mérito diz que o equipamento importado foi adquirido através de contrato de arrendamento mercantil e que conforme o art. 3º, inciso VIII da Lei Complementar

87/96, é hipótese de não incidência de ICMS, não podendo ser compelida a pagar e muito menos apresentar guias de comprovante de pagamento de um imposto cujo fato gerador não se concretiza e, para reforçar tal argumento agrega excertos doutrinários de Roque Antonio Carraza, Alcides Jorge Costa além de decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

A seguir, com relação à multa de 60% do valor do tributo diz não poder subsistir já que não houve descumprimento de obrigação principal, uma vez que a importação foi efetivada através de arrendamento mercantil, não sendo devido o ICMS, consequentemente não houve a ocorrência do fato gerador da multa.

Expressa que o percentual aplicado sobre o suposto débito se revela como verdadeiro confisco do patrimônio da impugnante. Nesse sentido transcreve: a) trechos doutrinários do Prof. Sampaio Doria, Sacha Calmon Navarro Coelho e Rafael Bielsa; b) artigo 150, inciso IV da CF/88; c) jurisprudência do STF.

Concluindo, requer o acolhimento da preliminar de nulidade do auto de infração e, subsidiariamente, o julgamento pela improcedência.

O autuante, em sua informação fiscal (fls. 72 a 77) inicialmente discorre sobre os fatos e a peça defensiva, para depois afirmar sobre a correção e suficiência da tipificação legal.

Quanto à emissão de dois Termos de Apreensão para a mesma DI informa ser devido ao fato de a mercadoria estar sendo transportada em dois caminhões, com paradas em distintos horários no posto fiscal da autuação, mas que considerou para efeito de cobrança do imposto apenas o primeiro Termo, o de nº 124157.0019/09-0.

Diz que o fato gerador da obrigação tributária ocorreu quando do desembaraço e transporte do produto do EADI – Betim – MG para o Estado da Bahia, como destino final do produto importado.

Quanto à alegação de que a multa é excessiva e tem efeito confiscatório, também não se sustenta em decorrência de a mesma estar regulamentada, permitindo inclusive reduções quando efetuada dentro de determinados prazos e circunstâncias tipificadas no RICMS.

Aduz que não se pode falar em cerceamento de defesa quando todos os documentos relacionados à ação fiscal foram disponibilizados para a autuada, concedendo-lhe os prazos regulamentares para apresentação de defesa, como de fato ocorreu.

Quanto à alegação de que se trata de produto importado sob o regime de arrendamento mercantil, nada consta nos documentos acostados ao processo que indique a condição de importação nessa modalidade, vez que o que de fato fica caracterizado é a efetivação da importação e os pagamentos de tributos relativos à DI conforme as fls. 11 e 12 do processo.

Afirma tratar-se de situação de fato e a importação fez com que ocorresse o fato gerador e conseqüente surgimento da obrigação de pagar o ICMS incidente na entrada de mercadorias ou bens importados do exterior, a ser recolhido no momento do desembaraço aduaneiro, em conformidade com o que preceitua a CF/88 no art. 155, §2º, inc. IX, “a”, que reproduz, acrescentando que a própria LC nº 87/96 ao definir os contribuintes no art. 4º e parágrafo único incluiu importador na condição da autuada.

Por outro lado, diz tratar-se de situação de fato e que a importação originou o fato gerador e o surgimento da obrigação principal a ser extinta com o pagamento do ICMS no momento do desembaraço em conformidade com o preceito do art. 155, §2º, inciso IX, “a” da Constituição Federal seguindo por transcrever o art. 4º e § único que define os contribuintes do ICMS.

Expõe que não tem consistência o argumento defensivo que diz tratar-se de operação de arrendamento mercantil (leasing) por estar este desprovido de prova material. Expressa que,

mesmo supondo tardia apresentação de prova material, cola em sua Informação decisão do Pleno do STF (RE 206.069-1 SP) que fixa entendimento favorável à incidência do ICMS nas aquisições de bens importados destinados ao ativo imobilizado mesmo em caso de leasing ainda citando outras decisões do STJ no mesmo sentido.

Diz que pela infração o autuado se submete à multa no percentual de 60% prevista no art. 42, inciso II, “f” da Lei nº 7.014/96 e que os procedimentos fiscais se fundamentam, dentre outros, nos artigos 26, I e IV; 28, incisos IV e VI; 38 e 41, inciso I do RPAF, e que a ação fiscal se encontra amparada nos artigos 142, 143 e 144 do CTN além dos artigos 924; 925 § único; 934, 940, inciso I, §7º; 941 e 945 do RICMS-BA.

Finalizando, pede seja o auto julgado procedente.

Às fls. 82 a 103, a autuada volta aos autos para, basicamente, repetir os argumentos defensivos em seu inteiro teor.

VOTO

O Auto de Infração em lide exige ICMS relativo à importação de mercadoria (Sistema de Diagnóstico por Ressonância).

Antes de adentrar ao mérito da questão, devo apreciar a preliminar de nulidade que a impugnante suscita com base no art. 2º c/c o art. 18, inciso IV do RPAF.

Disse a autuada que a capitulação do art. 573 está incompleta e que não foram citados os dispositivos ao Termo de Apreensão e Ocorrências”, nem ao menos é informado se há previsão legal entendendo que o Auto de Infração está eivado de vício formal que lhe impede o contraditório e a ampla defesa, pois que não sabe do que está sendo acusada. Além disso, alega que o fato de ter sido lavrado dois termos de apreensão põe-lhe a dúvida de quem, de fato, é o depositário fiel.

Examinando os autos vejo que para capitulação da infração o autuante registra o enquadramento no art. 572, § 7º c/c com o art. 573 do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97.

Pois bem, o art. 572 diz que o ICMS incidente no desembaraço aduaneiro de mercadorias ou bens importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, será recolhido no momento do despacho aduaneiro da mercadoria ou bem, e o seu § 7º determina que o transporte das mercadorias importadas deverá ser acompanhado, além dos documentos fiscais exigidos, da guia de recolhimento do ICMS, se devido, ou da Guia a que se refere o inciso II do § 3º (Guia para Liberação de Mercadoria Estrangeira sem Comprovação do Recolhimento do ICMS, quando a operação estiver sujeita à isenção, não incidência, diferimento ou outro motivo).

Ora, como se vê, a infração acusada se subsume plenamente nesses dispositivos legais e o art. 19 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal-RPAF, dispõe que a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal. Neste caso, não há erro da indicação e a descrição do fato tanto no Auto de Infração quanto no Termo de Apreensão e Ocorrências que integra o lançamento se integram nas disposições legais tipificadas.

No que se refere ao Termo de Apreensão e Ocorrências, o art. 28, inciso IV do RPAF determina que deve ser lavrado para documentar e constituir prova de infração, o que, neste caso, viu-se pertinente e necessário. Quanto ao fato de ter sido lavrado dois termos, forma outra não poderia ser em face da constatada justificativa de transporte da mercadoria importada e objeto de uma única DI em caminhões distintos transitando em horários diferentes pelo Posto da ação fiscal.

Isto posto, constato que o PAF está revestido das formalidades legais, considerando que estão determinados o contribuinte autuado, o montante do débito tributário e a natureza da infração apurada, não estando presentes os motivos elencados na legislação, inclusive o incisos I a IV do art. 18 do RPAF/BA, também não havendo falar em cerceamento ao contraditório e à ampla defesa até porque a autuanda se manifestou em oportunas e diversas ocasiões sobre toda a matéria apreciável sem ver-se nos autos qualquer dificuldade na apresentação de suas razões. Por isso, fica rejeitada a preliminar de nulidade requerida nas razões de defesa.

Concluída a análise da preliminar, passo a apreciar o mérito da questão.

Neste aspecto, efetuado o desembaraço aduaneiro de mercadoria ou bem importado do exterior, a lei considera contribuinte qualquer pessoa física ou jurídica que realize com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial operações de circulação de mercadorias, ainda que as operações se iniciem no exterior ou, ainda que não contribuinte, importe mercadorias que se destine a consumo ou ativo permanente do estabelecimento. Isto é o que se deduz do art. 4º e seu § único da Lei Complementar nº 87/96 e é nesta situação que se enquadra este caso.

No que se refere à incidência há que se observar o art. 2º, § 1º, inciso I da LC nº 87/96 que em consonância com a regra constitucional do artigo 155, § 2º da CF estabelece que o imposto também incide sobre a entrada de mercadoria ou bem importados do exterior, por pessoa física ou jurídica ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade.

O art. 2º, V da Lei Estadual de nº 7.014/96, reproduz o mesmo teor da regra acima transcrita da Lei Complementar 87/96.

A regra matriz do ICMS, prevista no art. 155, II da CF, engloba no campo de hipóteses de incidência, a existência de “operações relativas à circulação de mercadorias”. Vale ressaltar que o art. 4º, Parágrafo Único da LC 87/96, estabelece que também é contribuinte a pessoa física ou jurídica, que mesmo sem habitualidade, importe mercadorias do exterior, ainda que as destine a consumo ou ativo permanente do estabelecimento. É certo que a pessoa física ou pessoa jurídica, ao importar mercadorias é compelida pela legislação tributária, a pagar o ICMS correspondente. O pagamento do imposto nesta situação é feito, não na condição de contribuinte habitual e sim na condição de consumidor final, tendo em vista que como regra geral, o imposto é desonerado na exportação e o imposto pago na importação corresponde ao montante que deixou de ser tributado no país de origem (exportador). Esta regra, do pagamento do ICMS na importação por pessoa física ou pessoa jurídica não contribuinte do ICMS, foi inserida na legislação tributária para proporcionar condição de igualdade de competição com as empresas nacionais. Na situação presente, caso o impugnante adquirisse o mesmo equipamento de um fabricante nacional, na condição de consumidor final, a operação seria tributada aplicando-se a alíquota prevista para as operações internas do ICMS. Por isso, a legislação prevê a incidência do ICMS na importação, mesmo que o importador não pratique com habitualidade, operações com incidência do imposto, caso contrário, deixaria de comprar o produto no mercado nacional, para usufruir da desoneração do imposto na importação do mesmo produto, o que certamente causaria condições desiguais de competição para a indústria do país.

Pelo exposto, mesmo que o estabelecimento autuado não pratique com habitualidade operações de prestação de serviços que estejam incluídas nas hipóteses de incidência do ICMS, é legal a exigência do imposto na importação de bens destinados ao seu ativo imobilizado, tendo em vista que a Lei Complementar o define como contribuinte ao importar mercadorias do exterior. Concluo que é devido o ICMS da operação objeto da autuação, sendo que o seu recolhimento deve ocorrer no momento do desembaraço aduaneiro.

Também o autuado argumenta subsidiariamente que em sua operação não há incidência de ICMS porque o equipamento importado foi adquirido através de contrato de arrendamento mercantil, que conforme o art. 3º, inciso VIII, da Lei Complementar nº 87/96, é hipótese de não incidência de

ICMS, acrescentando que não pode ser compelido a pagar e muito menos apresentar guias de comprovantes de pagamento de um imposto que não é devido, por expressa determinação legal, ao tempo que, para apoio, transcreve decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Rebatendo tal argumento, o autuante, na Informação Fiscal, expõe que a tributação em operações de *leasing* é um tema polêmico que tem suscitado controvérsias entre o Fisco e contribuinte, ensejando extensa discussão judicial e também transcreve decisões dos tribunais superiores no sentido de que incide ICMS sobre a entrada de mercadoria importada do exterior não importando a natureza jurídica do negócio internacional do qual decorre a importação, entre eles a decisão do Tribunal Pleno do STF no RE 206.069-1 de São Paulo afirmando que o disposto no art. 3º, inciso VIII, da Lei Complementar nº 87/96, aplica-se exclusivamente às operações internas de *leasing*.

Sobre esse tema, ainda que, de fato, seja polêmico, sem pacificação a favor de qualquer das partes, no caso presente pesa contra o impugnante dois aspectos: primeiro que a declaração de fl. 11 indica que o regime de tributação dos demais tributos incidentes sobre a importação se deu no regime de recolhimento integral não se justificando uma não incidência no que diz respeito ao ICMS e, segundo, que não há nos autos qualquer documento que comprove ocorrência de real operação de *leasing* da mercadoria que importou, situação que bem se subsume ao previsto nos artigos 142 e 143 do RPAF, o primeiro expondo que a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária e o segundo patenteando que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Quanto à aplicação da multa de 60%, saliento que a multa sugerida é legal, tendo em vista que é prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96 e conforme disposto no art. 167, I do RPAF/99.

Destaco que o art. 39 do RPAF/99 estabelece que o Auto de Infração deve conter a identificação, endereço e a qualificação do autuado; a descrição dos fatos considerados infrações de obrigações tributárias principais e acessórias; a alíquota e o percentual da multa cabível, etc. Dessa forma, o Fisco não pode efetuar o lançamento do crédito tributário com a lavratura de Auto de Infração por descumprimento de obrigação principal, sem a indicação da multa correspondente.

Assim sendo, voto pela PROCEDÊNCIA do auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281074.0076/09-3**, lavrado contra **IMAGE MEMORIAL LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$557.131,82**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de agosto de 2009.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – PRESIDENTE

JORGE INÁCIO DE AQUINO – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA