



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO-CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS-CRT
4ª CÂMARA DE JULGAMENTO

RESOLUÇÃO Nº.: 0253 /2018

59ª SESSÃO ORDINÁRIA DE 20.11.2018 – 13h 30min

PROCESSO Nº.: 1/2928/2015 AUTO DE INFRAÇÃO Nº.: 1/2015.10603-3

RECORRENTE: COMERCIAL DE HORTIFRUTIGRANJEIROS LESSA LTDA.

CGF Nº.: 06.945.284-9

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA.

CONSELHEIRO RELATOR: JOSÉ WILAME FALCÃO DE SOUZA

EMENTA: ICMS – IMPORTAÇÃO - FALTA DE RECOLHIMENTO. O contribuinte realizou operações de importação de alho e cebola e não recolheu o ICMS devido nessa operação. Alega que fez o recolhimento apenas do ICMS Substituição Tributária por estar acobertado por liminar em mandado de segurança para assim proceder. Nos autos não foi detectada a liminar que ampara o procedimento adotado, que mesmo se estivesse identificada não seria óbice ao lançamento, pois é pacífico na jurisprudência que a liminar suspende apenas a inscrição em dívida ativa, a execução fiscal e a penhora de bens. Em situação dessa natureza o Fisco não fica impedido de constituir o lançamento, pelo contrário, em se tratando de atividade vinculada, a autoridade fiscal tem a obrigação legal de fazê-lo para evitar a decadência do crédito. O ICMS IMPORTAÇÃO e o ICMS ST nas importações possuem hipóteses de incidência distintas, isto é, o primeiro incide sobre a operação de importação e é de obrigação direta do importador, enquanto o segundo incide sobre as operações comerciais subsequentes, e o importador figura como responsável na qualidade de contribuinte substituto. A alegação de aplicação de multa confiscatória não é conhecida à míngua de competência legal do julgador administrativo para ingressar nessa seara, conforme art. 48, § 2º da Lei nº 15.614/2014. Penalidade aplicada é a prevista no art. 123, I, "d" da Lei nº 12.670/96. Recurso ordinário conhecido em parte. Ratificada, por unanimidade de votos, a decisão de **PROCEDÊNCIA** proferida em 1ª Instância, de acordo com o parecer da Assessoria Processual Tributária, adotado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.

PALAVRAS CHAVE: ICMS – IMPORTAÇÃO - FALTA DE RECOLHIMENTO

RELATÓRIO:

O auto de infração em lide, peça inicial do processo ora em análise, apresenta a seguinte situação como infração à legislação do ICMS:

"FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO NA FORMA E PRAZO REGULAMENTARES QUANDO AS OPERAÇÕES, AS PRESTAÇÕES E O IMPOSTO A RECOLHER ESTIVEREM REGULARMENTE ESCRITURADOS. O CONTRIBUINTE PROMOVEU A IMPORTAÇÃO DE MERCADORIAS DO EXTERIOR E NÃO RECOLHEU O ICMS NORMAL DEVIDO EM RELAÇÃO A ESTAS OPERAÇÕES, NOS TERMOS EXIGIDOS PELA LEGISLAÇÃO E CONFORME AS INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES EM ANEXO".

R

O agente fiscal aponta os dispositivos infringidos: artigos 73 e 74 do Decreto nº 24.569/97; impõe a penalidade aplicável ao caso: art. 123, I, "d", da Lei 12.670/96; indica os valores do ICMS e da MULTA, respectivamente, R\$114.389,46 e R\$57.194,72 e o período da infração: 03/2014, 05/2014, 07/2014 e 09/2014.

Nas Informações Complementares, fls.03 a 08, a autoridade fiscal apresenta os fundamentos do lançamento em questão, valendo destacar o seguinte:

"...constatou-se, durante os procedimentos de fiscalização, que o contribuinte atuado promoveu importação de mercadorias, conforme Declarações de Importação discriminadas na planilha anexa e não recolheu o **ICMS NORMAL** devido referente a estas operações" (fl.04).

"Cientificado do início da ação fiscal, o contribuinte atuado apresentou decisões judiciais em ações de mandado de segurança, nas quais são concedidas medidas liminares para que o fisco abstenha-se de exigir o ICMS relativo às importações realizadas, aceitando-se a cobrança exclusivamente do imposto calculado conforme a Instrução Normativa 12/2004 (ICMS referente a substituição tributária)" (fl.04).

(...)

"Ora, o recolhimento do ICMS previsto na Instrução Normativa 12/2004, refere-se apenas à antecipação do imposto DEVIDO NAS OPERAÇÕES SUBSEQUENTES À IMPORTAÇÃO, por tratar-se de regime de substituição tributária, conforme se pode depreender do fundamento deste ato normativo (artigo 18 da Lei 12.670/96 e artigos 457 e 458 do RICMS). O que se está a exigir neste lançamento é tão somente o imposto incidente na operação de importação, de obrigação do estabelecimento importador. SÃO FATOS GERADORES DISTINTOS: O DA IMPORTAÇÃO E O(S) DA(S) SAÍDA(S) SUBSEQUENTE(S). A primeira exigência está em perfeita consonância com o disposto na legislação de regência: artigos 2º, IV, 3º, VI, X, XI, 14, § 1º, I e II da Lei 12.670/96" (fl.07).

Vê-se às fls. 09/10 a planilha que deu suporte ao lançamento fiscal e nessa são indicadas as Declarações de Importação referentes ao imposto reclamado. A documentação que embasou o trabalho de fiscalização repousa às fls. 16 a 45 dos autos.

O contribuinte ingressa com defesa às fls. 50 a 69 dos autos, na qual apresenta, em síntese, os seguintes fundamentos:

- "Inicialmente, em sede de preliminar, pugna-se pelo reconhecimento de inépcia do Auto de Infração em comento, tendo em vista que o mesmo sequer apresenta, de forma detalhada, quais as declarações de importação que originaram o presente processo administrativo, o que ocasionou manifesto prejuízo à defesa dessa Recorrente" (fl.51).

(...)

- A suspensão da exigibilidade do tributo e multa em face da interposição da presente defesa administrativa, nos termos do art. 151, III, do CTN (fl.53).

(...)

- Nulidade do auto de infração por falta de clareza quanto a descrição da infração ocasionando cerceamento do direito de defesa (fl.53/54).

(...)

N

- “Notória a ilegalidade do ato conferido pelo fisco estadual, em que, por mera deliberalidade e arbitrariedade, taxa em 17% os produtos advindos de importação, adicionados à alíquota da Substituição Tributária, o que caracteriza a cumulatividade tributária” (fl.57).

- Que a multa aplicada tem efeito confiscatório o que é vedado pelo art. 150, IV, da Constituição Federal de 1988 (fls.59 a 63).

Distribuído o processo no âmbito da Primeira Instância, a julgadora monocrática profere o Julgamento nº 2578/2017 (fls.72 a 76) e decide conforme emoldurado na ementa a seguir transcrita (fl.72):

“ICMS – FALTA DE RECOLHIMENTO – IMPORTAÇÃO – DESEMBARAÇO ADUANEIRO NO ESTADO DO CEARÁ – PROCEDÊNCIA. A importação de que se cuida operacionalizou-se sem o recolhimento do ICMS referente a importação de bens do exterior, tendo em vista que era o destinatário final da importação efetuada por conta e ordem, através de empresa importadora. Em se tratando de operação de importação por conta e ordem de terceiros, o importador de fato é o adquirente, aquele que efetivamente faz vir a mercadoria de outra país em virtude da compra internacional, embora o faça através de uma empresa importadora por conta e ordem, que é uma mera mandatária do adquirente. Nesse tipo de operação é o adquirente que pactua a compra internacional e dispõe de capacidade econômica para o pagamento pela via cambial da importação e mesmo que a empresa importadora por conta e ordem efetue os pagamentos antecipados ou não ao fornecedor estrangeiro, não se caracteriza uma operação própria, por sua própria conta, mas sim, entre o exportador estrangeiro e a empresa adquirente, pois é dela que se advém os recursos financeiros. Desse modo, o documento fiscal deve ser emitido e o imposto recolhido pela empresa adquirente, uma vez a trading é apenas prestadora de serviços. Infringência aos artigos 73 e 676 do Decreto 24.569/97, com penalidade prevista no artigo 123, inciso I, alínea “c” da Lei 12.670/96. Autuação **PROCEDENTE. DEFESA TEMPESTIVA”**.

Abre-se aqui um parêntese para noticiar que a julgadora singular citou na ementa, de forma equivocada, como penalidade a prevista no art. 123, I, “c”, da Lei nº 12.670/96, quando na fundamentação do julgamento a sanção aplicada ao caso é a do art. 123, I, “d” da Lei nº 12.670/96, nos moldes sugeridos no auto de infração.

Inconformado com a decisão de 1ª Instância, o contribuinte ingressa com Recurso Ordinário (fls. 82 a 93) onde alega, em síntese, o seguinte;

1. Preliminarmente:

“A exigibilidade do tributo e da multa objeto do presente processo administrativo deve ser suspensa por força das DEZENAS DE DECISÕES exaradas por diversos Magistrados consoante se ver nas ações listadas em apenso, entre os quais os feitos se encontram pendentes de trânsito em julgado” (fl.84).

“A exigibilidade do Tributo enfocado pela Notificação restará suspenso visto o disciplinado, quer pela legislação Estadual, quer pelo Art. 151 da Lei nº 5.172/66 (Código Tributário Nacional), este ainda em vigor: ... (fl.84).

1. Mérito:

- “Na verdade, o contribuinte não se insurgiu contra o recolhimento de imposto, a empresa é favorável ao recolhimento DO ICMS BASEADO NA ALÍQUOTA

ADVINDA DA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 12/2004, NA QUAL TAXA R\$1,00 (um real) por saca de CEBOLA de 20Kgs, R\$2,00 (dois reais) por caixa de ALHO de 10 Kgs e R\$3,00 (três reais) por caixa de 20Kgs de MAÇA e m virtude disso buscou, através do Poder Judiciário, AFASTAR O IMPOSTO ARBITRÁRIO DE 17% SOBRE A IMPORTAÇÃO por configurar o bis in idem tributário **(fls.85/86)**.

- "Notória a ilegalidade do ato conferido pelo fisco estadual, em que, por mera deliberalidade e arbitrariedade, taxa em 17% os produtos advindos de importação, adicionados à alíquota da Substituição Tributária, o que caracteriza a cumulatividade tributária" **(fl.86)**.

- Alega o efeito confiscatório da multa, o que é vedado pelo art. 150, IV, da Constituição Federal de 1988 **(fl. 88)**.

- Que "As multas, conforme legislação atualmente em vigor, somente poderiam ser de 2% (dois por cento) sobre o valor corrigido, e não no percentual que restou imposto à recorrente, o qual não consta no auto de infração" **(fl.88)**.

Por meio do Parecer nº 169/2018, fls.99 a 102, a Assessoria Processual Tributária ratifica os fundamentos do julgamento monocrático e sugere a manutenção da decisão de PROCEDÊNCIA proferida na instância singular, no que teve o aval do representante da Procuradoria Geral do Estado, conforme despacho de fl. 103.

Eis, em síntese, o relatório.

VOTO DO RELATOR

Trata-se de recurso ordinário interposto contra decisão condenatória proferida em primeira instância. Preenchidas as condições legais para a admissibilidade, razão que impõe o prosseguimento do presente processo.

Conforme já relatado, o auto de infração em lide versa sobre falta de recolhimento do ICMS normal incidente na importação de produtos sujeitos a substituição tributária, ocorrida nos meses de 03/2014, 05/2014, 07/2014 e 09/2014, no valor total de R\$114.389,46 (cento e catorze mil, trezentos e oitenta e nove reais e quarenta e seis centavos).

Nas Informações Complementares o agente fiscal esclarece que fez o lançamento do ICMS normal de importação não recolhido para evitar a decadência do direito do Fisco de constituir o crédito tributário, pois o contribuinte apresentou, no curso da ação fiscal, decisões judiciais que lhe asseguram o direito de recolher apenas o ICMS devido por substituição tributária.

Nesse sentido, será analisado, preliminarmente, o pedido de suspensão do auto de infração até decisão de mérito nas ações judiciais em trâmite no Poder Judiciário. No caso em apreço, a autoridade fiscal afirma nas Informações Complementares que o contribuinte apresentou decisões judiciais em ações de mandado de segurança, nas quais são concedidas medidas liminares para que o fisco se abstenha de exigir o ICMS relativo às importações, porém não indica os números dos respectivos processos judiciais.

A recorrente, por sua vez, requer de forma clara a suspensão do processo em razão de várias decisões obtidas em processos judiciais, ainda sem trânsito em julgado, sob o fundamento que as liminares concedidas lhe desobrigam de recolher o ICMS importação. Apesar de afirmar que apresenta essas decisões em anexo ao recurso, no processo em questão não constam as tais decisões, nem sequer a indicação dos números dos processos no âmbito do Poder Judiciário.

Por esse argumento, a suspensão do processo não pode ser concedida posto que não há certeza que o procedimento defendido pela empresa autuada, isto é, o não recolhimento do ICMS sobre a importação comprovada pela fiscalização não foi realizado em face de liminar em mandado de segurança.

Todavia, mesmo que nesse processo houvesse a certeza que o contribuinte não recolheu o tributo em questão amparado por liminar em Mandado de Segurança, esta situação não impediria o ato de lançamento, pois é pacífico o entendimento de que a suspensão da exigibilidade defendida pela recorrente obsta a inscrição em dívida ativa, o ajuizamento de ação de execução fiscal e a penhora de bens, mas não impede que a Fazenda Pública proceda à constituição do crédito para resguardar o seu direito, para prevenir a decadência do direito de efetuar o lançamento.

Esse posicionamento é respaldado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em sede recurso especial. Vejamos:

“A liminar concedida em mandado de segurança (art. 151, IV, CTN), bem assim as demais hipóteses do mesmo art. 151 não impedem que a Fazenda constitua o seu crédito e aguarde para efetuar a cobrança. (*Resp 575991/SP, Relatora Ministra Eliana Calmon, 2ª Turma*)”.

De qualquer forma, o simples fato de se encontrar em andamento o presente processo administrativo discutindo o referido crédito é razão suficiente para a suspensão de sua exigibilidade até decisão final transitada em julgado, tal como disciplinado no artigo 151, inciso III, do CTN, *in verbis*:

Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

(...)

III – as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;

Por tudo que foi exposto, é preciso afirmar, sem nenhuma dúvida, que o lançamento ora em análise não atentou contra os princípios e regras que disciplinam o processo administrativo, portanto, trata-se de um ato revestido de legalidade. N

No mérito, também não se sustenta a alegação recursal de ilegalidade na cobrança do ICMS normal sobre a importação de produtos sujeitos à substituição tributária. Nas operações de importação há a previsão legal de cobrança do ICMS normal sobre as importações, devido pelo estabelecimento importador. Se os produtos importados forem sujeitos a substituição tributária

esse imposto também será devido pelo importador, na condição de contribuinte substituto, pelo pagamento do imposto devido nas operações posteriores. A situação acima relatada está disciplinada nos artigos 2º, inciso IV, do Decreto nº 24.569/97 (sobre o ICMS importação) e nos artigos 431 e 432, do Decreto nº 24.569/97 (ICMS substituição tributária). Vejamos:

- ICMS normal na importação - artigo 2º, inciso IV, do Decreto nº 24.569/97:

Art. 2º São hipóteses de incidência do ICMS:

(...)

IV – a entradas de mercadoria ou bem importados do exterior, por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja sua finalidade;

- ICMS substituição tributária – artigos 431 e 432 do Decreto nº 24.569/97:

Art. 431. A responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS, na condição de contribuinte substituto, poderá ser atribuída, em relação ao imposto incidente sobre uma ou mais operações ou prestações sejam antecedentes, concomitantes ou subseqüentes, inclusive ao valor decorrente da diferença dentre as alíquotas interna e interestadual, nas operações e prestações interestaduais que destinem bens e serviços a consumidor final localizado neste Estado, que seja contribuinte do ICMS.

Art. 432. A responsabilidade de que trata o artigo anterior poderá ser atribuída:

(...)

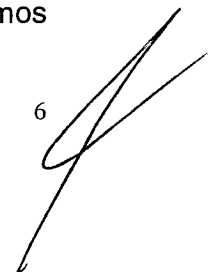
II – ao produtor, extrator, gerador, inclusive de energia, ao industrial, importador, distribuidor ou comerciante, pelo pagamento do imposto devido nas operações posteriores.

Vale esclarecer que em análise as Declarações de Importação relacionadas na planilha de fls. 09/10, vê-se que as mercadorias importadas são alho e cebola, produtos sujeitos à substituição tributária, conforme disposto no art. 457 do Decreto nº 24.569/97, que assim disciplina:

Art. 457. As operações com (omissis), **alho**, (omissis), **cebola**, quando **procedentes** de outras unidades da Federação ou **do exterior**, **ficam sujeitas ao pagamento do ICMS incidente nas operações subseqüentes**, por ocasião da passagem no primeiro posto fiscal de entrada neste Estado.

Diante do exposto, vê-se que sobre as operações de importação realizadas pela autuada incidem, efetivamente, o ICMS normal na importação, que é o alvo do auto de infração em apreço, e o ICMS ST, que o contribuinte não se opôs a recolher, portanto, no mérito não resta dúvida da legalidade da cobrança do crédito fiscal reclamado na peça exordial, tributo que a recorrente afirma não ter recolhido por discutir no âmbito judicial a legalidade da cobrança.

Quanto ao argumento de que a multa aplicada no auto de infração tem caráter confiscatório, é preciso dizer que o julgador administrativo não tem competência legal para ingressar na seara de constitucionalidade, nos termos



do art. 48, § 2º da Lei nº 15.614/2014. Nesse sentido, essa questão não será conhecida pela Câmara de Julgamento.

Em face de todo o exposto, voto por conhecer em parte do Recurso Ordinário, negar-lhe provimento, para ratificar a decisão de PROCEDÊNCIA, proferida na 1ª Instância.

DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Base de cálculo: R\$672.879,17

ICMS: R\$114.389,46 (17%)

MULTA: R\$ 57.194,72 (art. 123, I, "d" da Lei nº 12.670/96)

TOTAL: R\$171.584,18

Eis o voto.

DECISÃO:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos em que é **RECORRENTE** COMERCIAL DE HORTIFRUTIGRANJEIROS LESSA LTDA e **RECORRIDO** a CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª. INSTÂNCIA

Resolvem os membros da 4ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, conhecer em parte do Recurso Ordinário, e tomar as seguintes deliberações: **1-** Quanto à suspensão do auto de infração, arguida pela autuada, até as decisões de mérito das ações listadas em seu recurso, ações estas que suspendem a exigibilidade dos tributos e da multa (trânsito em julgado), os senhores conselheiros afastam haja vista que o autuado não apresentou ao fisco a decisão judicial aludida ao caso, bem como corroboram com o entendimento deste Contencioso de que o AI, mesmo estando sob Liminar concedida em Mandado de Segurança, não impede o Lançamento de Ofício do Crédito Tributário e, que o processo pode ser julgado administrativamente; **2 - No mérito**, resolvem conhecer do recurso ordinário, negar-lhe provimento, para confirmar a decisão **CONDENATÓRIA** exarada em 1ª Instância. Decisão nos termos do voto do Conselheiro Relator, de acordo com o parecer da Assessoria Processual Tributária, adotado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado. **3 -** A Câmara não conhece do Recurso na parte referente à alegação de que a penalidade aplicada descumpra a vedação constitucional ao confisco, entendendo que não compete a este órgão de julgamento administrativo afastar a aplicação de norma sob o fundamento de inconstitucionalidade, nos termos do art. 48, § 2º da Lei nº 15.614/2014, ressalvadas as hipóteses ali previstas.

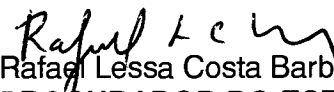
SALA DAS SESSÕES DA 4ª. CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 10 de Dezembro de **2018**.


Abílio Francisco de Lima
PRESIDENTE


José Wilame Falcão de Souza
CONSELHEIRO RELATOR


Lúcio Flávio Alves
CONSELHEIRO


José Augusto Teixeira
CONSELHEIRO


Rafael Lessa Costa Barboza
PROCURADOR DO ESTADO
Ciência em 10/12/2018


Rodrigo Portela Oliveira
CONSELHEIRO


Alice Gondim Salviano de Macedo
CONSELHEIRA


Diogo Morais Almeida Vilar
CONSELHEIRO