

Acórdão: 15.104/01/1^a
Impugnação: 40.010102082-67
Agravo Retido: 40.030103155-70
Impugnante/Agravante: LM Comercial E Distribuidora Ltda
Proc. S. Passivo: José Ribeiro da Silva Arantes
PTA/AI: 01.000136704-31
Origem: AF/Lagoa da Prata
Rito: Ordinário

EMENTA

RECURSO DE AGRAVO – PERÍCIA – Dispensável a perícia requerida, vez que da análise dos quesitos propostos no pedido de prova pericial, os mesmos se revelam desnecessários para elucidar a questão ou supríveis por outras provas produzidas nos autos. Recurso de Agravo não provido. Decisão unânime.

IMPORTAÇÃO – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – LOCAL DA OPERAÇÃO – Caracterizado nos autos que a mercadoria foi importada por contribuinte localizado em outra unidade da Federação com o objetivo prévio de ser destinada à Autuada neste Estado, sem contudo recolher o ICMS devido a Minas Gerais, de acordo com os preceitos contidos no art. 155, parágrafo 2º, inciso IX, alínea “a”, da Constituição Federal de 1988 e artigo 1º, item 1, subalínea B.2, da Instrução Normativa DLT/SRE número 02/93, não se sustentando o argumento da Autuada de ter ocorrido operação interestadual na espécie. Contudo há que se deduzir da base de cálculo para apuração do crédito, os valores das notas fiscais representativas de mercadorias remetidas diretamente pelas empresas importadoras a terceiros. Exigência fiscal parcialmente mantida.

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – IMPOSTO NÃO RECOLHIDO NA ENTRADA DA MERCADORIA IMPORTADA – Constatou-se o aproveitamento de créditos relativos a operações de importação indireta, como se fossem operações interestaduais, e sem o recolhimento do imposto devido a Minas Gerais. Infração caracterizada.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – FALTA DE EMISSÃO DE NOTA FISCAL DE ENTRADA – Inaplicável à espécie, a multa isolada prevista no artigo 57 da Lei 6763/75, com fundamento no artigo 20, inciso VI, Anexo V do RICMS/96 (Decreto 38.104/96). Exigência fiscal cancelada.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre as seguintes irregularidades apuradas pelo Fisco:

- 1) importação indireta de mercadorias do exterior, no período de 01/01/98 a 31/05/2000, promovidas por outras empresas intermediárias, sediadas no Espírito Santo, sem que fosse efetuado o pagamento do imposto devido a Minas Gerais;
- 2) aproveitamento indevido de créditos, no mesmo período, provenientes de simulação de operações interestaduais, decorrentes da importação indireta, cujos valores foram levados à recomposição da Conta Gráfica do Contribuinte, resultando em recolhimento a menor de ICMS;
- 3) falta de emissão de notas fiscais de entrada para acobertar as mercadorias importadas indiretamente do exterior.

DA IMPUGNAÇÃO:

Inconformada com as exigências fiscais, a Autuada impugna tempestivamente o Auto de Infração (fls. 1020/1037), por intermédio de procurador regularmente constituído, em síntese argumentando.

Em preliminar, argüi a nulidade do auto de infração, sustentando a inexistência da alínea “a”, parágrafo 3º do artigo 30 da Lei 6763/75.

No mérito, prossegue dizendo:

O Fisco quer lhe atribuir a condição de importadora de produtos que comercializa, já nacionalizados e adquiridos no mercado interno;

Improcede o feito fiscal, uma vez que a própria Autoridade lançadora admite que os importadores são empresas sediadas em Vitória/ES, conforme atestam as declarações de importações anexas aos autos;

A admissão das mercadorias no país se deu de forma regular, acobertadas por notas fiscais emitidas pelo real importador, situado no Estado do Espírito Santo, com o pagamento do IPI e Imposto de Importação, sendo o ICMS diferido, nos termos da legislação tributária vigente naquele Estado;

Inaplicáveis os dispositivos legais elencados no Auto de Infração, só admissíveis nos casos de importação por estabelecimento mineiro, o que não ocorre no caso em tela;

A questão ora discutida já foi objeto de diversos Pareceres, entre eles o exarado pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, de número PGFN/CAT/1093/97, o qual conclui que o destinatário da mercadoria ou bem, na

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

importação, é o próprio estabelecimento importador, cujo domicílio fiscal define a Unidade da Federação competente para cobrar o ICMS;

Prossegue a Impugnante dizendo, que este também tem sido o entendimento predominante no Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo, o qual reconhece ser irrelevante o fato de o estabelecimento importador não dar a entrada da mercadoria importada em seu estabelecimento, enviando-a diretamente da alfândega para contribuinte adquirente;

O próprio CC/MG já decidira pela improcedência de lançamentos, em casos idênticos ao autuado, conforme se vê dos acórdãos 885/99/5^a, 930/00/4^a, 931/00/4^a, 938/00/4^a, 949/00/4^a e 970/00/5^a;

Diz que a Instrução Normativa DLT/SRE nº 02, de 12/11/93, bem como o art. 11, I, "d", da LC 87/96 são inconstitucionais, vez que a primeira é contrária ao disposto no artigo 155, parágrafo 2º, inciso IX, alínea "a", da CF/88 e o segundo dispositivo inovou quanto ao local de ocorrência do fato gerador, alterando o entendimento quanto ao Ente tributante;

Argumenta que corrente doutrinária defende a inconstitucionalidade do art. 11, I, "d", da LC 87/96, concluindo que o ICMS incidente sobre as importações é devido à Unidade da Federação onde estiver situado o estabelecimento do importador e que a destinação jurídica e não a física é que deve determinar a titularidade ativa do tributo;

Sustenta que cópia do Ofício SEF/GAB/SEC/95/326 evidencia que a própria Fazenda Pública Mineira tem dúvida sobre a matéria ora discutida;

Requer a realização de prova pericial, a fim de comprovar o conteúdo de suas alegações, formulando, para isso, os quesitos elencados às fls. 1027/1028 e, ao final, pede o julgamento da procedência da Impugnação interposta.

O Fisco manifesta às fls. 1660/1680, refutando as alegações da Impugnante.

O pedido de prova pericial é indeferido pela Auditoria Fiscal, conforme despacho de fls. 1683.

Inconformada, a Autuada interpõe, tempestivamente, o Recurso de Agravo de fls. 1686/1688.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 1690/1698, opina em preliminar, pelo não provimento do Recurso de Agravo e pelo não acolhimento das arguições de nulidade do Auto de Infração. Quanto ao mérito, opina pela procedência parcial do lançamento, para excluir a Multa Isolada, por inaplicável à espécie, mantendo as demais exigências.

Tendo o processo vindo a julgamento na data de 20/03/2001 nesta 1ª Câmara do CC/MG, foi o mesmo convertido em diligência, conforme decisão de fls. 1714.

O Fisco atende a diligência proposta às fls. 1715/1719.

É concedida vistas dos autos ao contribuinte, conforme ofício de fls. 1720.

A Auditoria Fiscal volta a se manifestar às fls. 1723/1726, mantendo sua posição anterior.

DECISÃO

DAS PRELIMINARES:

1 – Quanto ao Recurso de Agravo retido nos autos

o pedido de prova pericial suscitado pela Impugnante, a bem da verdade, não envolve questões que requeiram propriamente a produção de prova pericial, vez que os quesitos propostos são desnecessários para elucidar a questão, como ocorre com aqueles formulados nas letras “a”, “b”, “c”, “d”, “e”, “f”, “i” e “j”, e os demais, “g” e “h”, supérveis por outras provas produzidas nos autos.

Assim, o requerimento de perícia foi corretamente indeferido, com fundamento no art. 116, incisos I e II da CLTA/MG.

2 – Nulidade do Lançamento

Não procede a argumentação do Sujeito Passivo de nulidade do lançamento, por capitulação de dispositivo infracional inexistente, dado que a alínea “a”, do parágrafo 3º, do artigo 30 da Lei 6763/75 fora incluída pela redação do artigo 1º, da Lei 9.758, de 10/02/89, em vigor desde 13/03/89.

DO MÉRITO

A presente autuação versa sobre falta de recolhimento de ICMS incidente sobre operação de importação indireta de mercadorias do exterior, destinadas a contribuinte mineiro, realizada por empresas intermediárias, sediadas em outra Unidade da Federação; aproveitamento indevido de crédito de ICMS originário de importação indireta, destacado em notas fiscais de operações interestaduais, contrariando os itens 2 e 4, da Instrução Normativa DLT/SRE nº 02/93 e, ainda, falta de emissão de Notas Fiscais de Entrada para acobertar a aquisição de mercadorias importadas do exterior.

1 – da Importação Indireta

Nos termos da Constituição Federal de 1988, o ICMS incidente sobre a importação de mercadoria do exterior é devido ao Estado onde estiver situado o estabelecimento destinatário da mercadoria (art. 155, parágrafo 2º, inciso IX, alínea “a”).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Nessa mesma linha de raciocínio, a Lei Complementar 87/96, em seu art. 11, alínea “d” estabelece que, o local da operação, na importação, será aquele onde estiver localizado o estabelecimento que promover a entrada física da mercadoria.

Esse entendimento foi também adotado pelo legislador mineiro, que assim se posicionou na Lei 6763/75, com redação posterior à Lei Complementar 87/96:

“Art. 33 ...

parágrafo 1º - considera-se local da operação ou da prestação, para efeitos de pagamento do imposto:

1 - tratando-se de mercadoria ou bem:

...

i - importados do exterior:

i.1 - o do estabelecimento:

...

i.1.3 - destinatário, onde ocorrer a entrada física de mercadoria ou bem, quando a importação for promovida por outro estabelecimento, ainda que situado em outra unidade da Federação, esteja previamente vinculada ao objetivo de destiná-los aquele.

O cerne da discussão administrativa em comento reside, fundamentalmente, em conhecer quem é, de fato, o estabelecimento importador das mercadorias objeto da presente ação fiscal.

O relatório fiscal anexo às fls. 08 a 10, bem como a vasta documentação trazida aos autos, dão conta de que as mercadorias importadas não transitaram pelos estabelecimentos tidos como “revendedores” das mercadorias. Ao contrário, os produtos foram, em sua maioria, remetidos do local de desembarço diretamente para o estabelecimento da Autuada, real destinatária das mercadorias, revelando que, ao contrário do que argumenta o Sujeito Passivo, a importação não foi efetuada pelas empresas Capixabas, sediadas em Vitória/ES, mas por conta e ordem da Impugnante.

Os documentos trazidos aos autos evidenciam a nítida intenção premeditada da empresa mineira em efetuar a importação, utilizando das emitentes das notas fiscais autuadas tão somente como intermediadoras dos serviços afetos à importação. Essa conclusão é retratada em diversos documentos apreendidos no estabelecimento autuado, amplamente exemplificados na manifestação fiscal de fls. 1665/1667, dos quais destacaremos os mais relevantes:

- 1) – Diversas DI’s, acostadas pela Autuada, consignam no campo “dados complementares”, a expressão “OPERAÇÃO – FUNDAP – LM COMERCIAL DISTRIBUIDORA LTDA”, e em seguida, o número do

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

CGC da Impugnante, conforme denotam os documentos de fls. 714, 736, 759, 860, 1236, 1245, 1255, 1263, 1292, 1298, 1314, 1330, 1564 ou simplesmente, trazem números de processo com o formato LM xxx/xx, número este que é citado na nota fiscal interestadual correspondente (fls. 177/1298, 211/1324).

- 2) – Consultas “Alertas/Erros” de diversas DI’s indicam como “erro não impeditivo”, a seguinte observação: CGC do importador e do comprador da moeda estrangeira diferentes (fls. 1237, 1256, 1356, 1518).
- 3) – A escrita contábil e alguns documentos de caixa revelam que a Autuada arcara com despesas aduaneiras (fls. 60, 62, 1002 a 1010 e 1014), somente justificáveis ao importador.
- 4) – Extratos bancários apontam diversos débitos a título de operação de câmbio, contabilmente lançados a débito da conta “Fornecedores”, ora à empresa BRASUSA, ora à BARTER (fls. 944 a 981). Intimado a apresentar os referidos contratos de câmbio, a Impugnante informa, simplesmente, que não os possuía e que os débitos eram relacionados a “adiantamentos a Fornecedores” (fls. 941 a 943). Estes débitos representam um indicativo a mais, de que efetivamente ocorreram operações internacionais envolvendo a Autuada/Impugnante.
- 5) – Diversos comprovantes de pagamento efetuados pelo Sujeito Passivo aos supostos “Fornecedores” capixabas, constam informações manuscritas “PIS”, “COFINS”, “ICMS” (fls. 80, 82, 83, 132, 135, 137, 138), seguidos do nome do fornecedor estrangeiro, demonstrando que arcara com despesas atinentes à importação, à diferença do IPI, calculada com base no IPI cobrado na importação e o destacado na nota fiscal interestadual, como demonstrado pelo Fisco às fls. 675, 707 e 717, e, ainda, reembolsava às empresas de Vitória/ES, o ICMS destacado na operação interestadual, conforme comprovam os documentos de fls. 83, 133, 136, 139, 159, 168 entre outros.
- 6) – As planilhas de fls. 1678/1680, anexas à Manifestação do Fisco, elaboradas com base na compilação de dados contidos nos autos, revelam que os valores das mercadorias consignados nas notas fiscais de saída, emitidas pelas empresas capixabas, correspondem, praticamente, aos das notas fiscais de entrada a que se referem e, em alguns casos, sequer perfazem a quantia correspondente à importação, assim entendidos, o valor do bem CIF+II+IPI+despesas aduaneiras, sem nenhuma margem de lucro, o que é inconcebível para uma operação de revenda, no mercado interno, como quer fazer crer a tese defensiva.
- 7) – Da análise do conjunto de provas carreados aos autos, fica evidente que embora nas declarações de importação constem como estabelecimentos importadores as empresas capixabas, as importações foram realizadas com o objetivo prévio de destinar as mercadorias ao

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

estabelecimento mineiro, sendo pois, devido a Minas Gerais o ICMS incidente sobre as operações. Neste ponto, cabe contudo uma ressalva ao feito fiscal, como passamos a expor:

7.1) – por várias notas fiscais juntadas pela Autuada, quando de sua Impugnação, fica demonstrado pela mesma, que parte das mercadorias relativas a algumas DI's foram encaminhadas pelas empresas intermediárias da importação, localizadas no Estado do Espírito Santo, diretamente para outras empresas, que não a Impugnante.

7.2 – os argumentos e provas juntados pelo Fisco, não lograram esclarecer de forma inequívoca, qual o papel desempenhado por estas outras empresas que também receberam mercadorias diretamente das empresas localizadas naquele Estado.

7.3 – este papel poderia ser representativo de uma triangulação, na qual a Autuada seria a efetiva importadora, como sustenta a tese defendida pelo Fisco. Mas também, não seria menos razoável, admitir-se que as destinatárias outras que não a Autuada/Impugnante, tiveram participação equivalente à da mesma, nos procedimentos junto às empresas Fundapianas, que levaram à importação. O fato de nos autos não terem sido carreadas provas que permitissem concluir pela 2ª hipótese, não a excluem, visto que as notas fiscais emitidas pelas empresas Fundapianas e destinadas à Impugnante, representam um importante elemento para a formação da convicção quanto à caracterização da irregularidade.

7.4 – os elementos apontados pelo Fisco nos autos, efetivamente demonstram que a Autuada/Impugnante manteve relações comerciais com as outras empresas, que também receberam mercadorias diretamente das empresas Fundapianas situadas no Estado do Espírito Santo. Contudo estes elementos não permitem concluir de forma inequívoca, que naquelas situações em que houve a emissão de nota fiscal direta para estas terceiras empresas, tenha ocorrido de fato uma triangulação, onde a Autuada seria a efetiva importadora indireta, pelo menos em relação à parcela de mercadorias a elas destinadas.

7.5 – o crédito tributário deve estar respaldado pela necessária certeza, como um importante elemento a garantir a sua validade. Assim, diante da dúvida que as notas fiscais emitidas pelas empresas Fundapianas destinando parte das mercadorias importadas diretamente a outras empresas trazem, no tocante a estas parcelas desmembradas das DI's, e que não foram devidamente dissipadas pelos elementos disponíveis nos autos, impõe-se que a decisão afaste a possibilidade de prejuízo que poderia ser acarretado à Impugnante, no tocante a este aspecto abrangido pela dúvida.

7.6 – deverão assim, ser excluídos da base de cálculo do crédito tributário (importação indireta), os valores das notas fiscais trazidas aos autos, que reúnem elementos suficientes para se concluir que aquela parte das

mercadorias importadas através das DI's autuadas, foram destinadas a outras empresas que não a Impugnante LM COMERCIAL E DISTRIBUIDORA LTDA.

7.7 – frisamos que esta decisão objetiva tão somente afastar do crédito tributário, quaisquer aspectos capazes de gerar dúvidas quanto a sua certeza. Contudo, se demonstra inabalável a conclusão da vinculação da Impugnante, não só em relação àquelas DI's para as quais a totalidade da mercadoria foi a ela destinada, mas também ao remanescente daquelas DI's em que se comprovou que parte das mercadorias foram remetidas pelas empresas importadoras situadas no Estado do Espírito Santo a terceiros.

2 – Do Aproveitamento Indevido de Crédito

A infração apontada no item 3.2 do Auto de Infração em apreço, refere-se a aproveitamento indevido de crédito de ICMS, destacado em notas fiscais de operações interestaduais, emitidas por empresas intervenientes, na importação indireta, inobservando os itens 2 e 4 da Instrução Normativa DLT/SRE nº 02/93, cujos valores, levados à recomposição da conta gráfica do Contribuinte, resultaram em recolhimento a menor do ICMS, conforme demonstrativo anexo às fls. 51.

Esta segunda exigência apontada no auto de infração corresponde a um desdobramento da primeira. Verificada a ocorrência de importação indireta nas situações em análise, descaracterizadas estão as operações de venda interestadual, levando em consequência a se ter como indevidos os créditos aproveitados decorrentes de tais operações.

Corretas se apresentam as exigências fiscais neste item, uma vez que o procedimento irregular da Autuada/Impugnante penalizou duplamente o erário mineiro, a uma, por não ter recebido o imposto que constitucionalmente lhe é devido pelas importações indiretas e, a duas, por ter a Impugnante reduzido seus débitos com a apropriação de créditos indevidos, originários da simulação de operações interestaduais.

3 – Da Falta de Emissão de Notas Fiscais de Entrada

Quanto à multa isolada exigida em face da não emissão de Notas Fiscais de Entrada, a luz da legislação tributária que trata sobre a matéria, entendemos ser a mesma indevida.

Assim dispõe o artigo 20, inciso VI do Anexo V, do RICMS/96:

“Art. 20 - O contribuinte emitirá nota fiscal sempre que em seu estabelecimento entrarem, real ou simbolicamente, bens ou mercadorias:

...

VI - importados diretamente do exterior, arrematados em leilão ou adquiridos em

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

concorrência promovidos pelo Poder Público, observado o disposto no parágrafo 1º;”

Ao que se vê, a exigência da nota fiscal de entrada, na hipótese mencionada diz respeito a importação direta do contribuinte mineiro com o fornecedor do exterior e não aos casos dos autos, que conforme a acusação fiscal, refere-se a importação indireta, assim entendida aquela efetuada com a interveniência de outra empresa.

Ademais, ainda que se pretenda exigir a nota fiscal de entrada também nas importações indiretas, ampliando o sentido do dispositivo supracitado, estaríamos diante de uma infração para a qual já existe penalidade específica, ou seja, por dar entrada a mercadoria desacompanhada de documento fiscal, ensejando a cobrança da multa isolada prevista no artigo 55, inciso XXII da Lei Estadual 6763/75.

Por essas razões, deverá ser excluída a Multa Isolada prevista no art. 57 da Lei n.º 6.763/75, por inaplicável à espécie.

Relativamente às questões levantadas pela Impugnante, no que tange à inconstitucionalidade da Instrução Normativa DLT/SRE número 02/93, e ainda do artigo 11, inciso I, alínea “d” da Lei Complementar 87/96, deixamos de nos pronunciar, face o disposto no artigo 88, inciso I da CLTA/MG (Decreto 23.780/84), que dispõe:

“Art. 88 - Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

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

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

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, negou-se provimento ao Recurso de Agravo retido nos autos. Também à unanimidade, em preliminar, rejeitou-se a arguição de nulidade do Auto de Infração. No mérito, também à unanimidade, julgou-se parcialmente procedente o lançamento, para excluir do crédito tributário os valores relativos às notas fiscais emitidas pelas empresas Fundapianas BRASUSA TRADING e BARTER LTDA, destinadas a outras empresas que não a empresa autuada LM COMERCIAL E DISTRIBUIDORA LTDA, excluindo-se ainda a exigência referente à multa isolada, inaplicável à espécie. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. José Ribeiro da Silva Arantes e, pela Fazenda Estadual, o Dr. José Roberto de Castro. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Luciana Mundim de Mattos Paixão e José Eymard Costa.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Sala das Sessões, 14/08/01.

**Francisco Maurício Barbosa Simões
Presidente**

**Mauro Rogério Martins
Relator**

CC/MIG