

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 22.401/17/1ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000458484-22
Impugnação: 40.010140864-17
Impugnante: JBS S/A
IE: 344257965.12-46
Proc. S. Passivo: Fábio Augusto Chilo/Outro(s)
Origem: DF/Uberlândia

EMENTA

IMPORTAÇÃO - IMPORTAÇÃO INDIRETA - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - Constatação fiscal de falta de recolhimento do ICMS devido ao estado de Minas Gerais na importação de produtos, realizada por intermédio de estabelecimento sediado em outra unidade da Federação, de mesma titularidade do estabelecimento mineiro, ora Impugnante. Restou evidenciado que o destino final das mercadorias era Minas Gerais, devendo o imposto ser pago a este estado. Infração plenamente caracterizada. Exigências de ICMS e Multas de Revalidação e Isolada previstas na Lei n.º 6.763/75, respectivamente, nos arts. 56, inciso II e 55, inciso XXXIV, sendo esta última majorada nos períodos de janeiro, fevereiro, março e julho, nos termos dos §§ 6º e 7º do art. 53, da mesma lei. Entretanto, deve ser excluída a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXXIV da Lei n.º 6.763/75, por inaplicável à espécie.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre o não recolhimento do ICMS devido relativamente à importação indireta de mercadorias, no período de janeiro a julho de 2013, realizada por intermédio de estabelecimento da Autuada, de mesma titularidade, estabelecido no estado do Mato Grosso do Sul, CNPJ 02.916.265.0004-02.

Exigências de ICMS, Multa de Revalidação e Multa Isolada previstas, respectivamente, nos arts. 56, inciso II e 55, inciso XXXIV, todos da Lei nº 6.763/75, sendo essa última majorada nos períodos de janeiro, fevereiro, março e julho, nos termos dos §§ 6º e 7º do art. 53, da mesma lei.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 167/192, juntando documentos às fls. 193/215.

A Fiscalização, em manifestação de fls. 218/226, refuta as alegações da Defesa.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Assessoria do CC/MG, em parecer de fls. 234/242, opina, em preliminar, pela rejeição das prefaciais arguidas e, no mérito pela procedência parcial do lançamento para excluir a multa isolada por inaplicável à espécie.

Em sessão realizada em 24/01/17, acorda a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. Ainda em preliminar, à unanimidade, em deferir o pedido de vista formulado pela Conselheira Ivana Maria de Almeida, nos termos da Portaria nº 04, de 16/02/01, marcando-se extrapauta para o dia 31/01/17, ficando proferido o voto do Conselheiro Carlos Alberto Moreira Alves (Relator), que julgava procedente o lançamento. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Sérgio Timo Alves.

DECISÃO

Os fundamentos expostos no parecer da Assessoria do CC/MG foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e, por essa razão, passam a compor o presente Acórdão, salvo pequenas alterações.

Da Preliminar

A Impugnante requer que seja declarado nulo o Auto de Infração, pelas seguintes razões:

- a intimação do Auto de Início de Ação Fiscal (AIAF) ocorreu diretamente por via postal. Entende que, nos termos dos art. 75 e 76 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, a intimação deve ser realizada na pessoa do representante legal da empresa e, somente na recusa deste, pode ser procedida a intimação via postal;
- a autuação não especifica a exata capitulação das supostas infrações acarretando cerceamento de defesa.

Entretanto, razão não lhe assiste.

Veja-se os dispositivos citados pela Impugnante:

Art. 75. Na lavratura de Auto de Início de Ação Fiscal, Auto de Apreensão e Depósito, Auto de Retenção de Mercadorias ou Auto de Lacração de Bens e Documentos, em se tratando de intimação pessoal, será colhida a assinatura do sujeito passivo, seu representante legal, mandatário, preposto, ou contabilista autorizado a manter a guarda dos livros e documentos fiscais. (Grifou-se)

Parágrafo único. Para os efeitos do disposto no caput considera-se preposto a pessoa que, no momento da ação fiscal, encontrar-se responsável pelo estabelecimento ou veículo transportador.

Art. 76. Na hipótese de recusa de recebimento de qualquer dos documentos referidos no artigo anterior, será registrado tal fato no próprio documento, procedendo-se à intimação por via

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

postal com aviso de recebimento ou por meio de publicação no órgão oficial.

Verifica-se que o art. 75 estabelece os procedimentos a serem adotados no caso da intimação pessoal, ou seja, o objetivo do legislador, nesse caso, é estabelecer as pessoas autorizadas a receber os documentos elencados no artigo, “em se tratando de intimação pessoal”. Observa-se que o AIAF é apenas um dos documentos elencados no referido artigo e os outros documentos citados - Auto de Apreensão e Depósito, Auto de Retenção de Mercadorias e Auto de Lacreção de Bens e Documentos – são, na maioria das vezes, entregues pessoalmente, uma vez que são procedimentos, normalmente, executados na presença do contribuinte ou pessoa responsável. Daí a importância do legislador referenciar claramente quais as pessoas estão aptas a recebê-los.

Assim, o art. 76, por sua vez, estabelece que na hipótese de tais pessoas autorizadas se recusarem a receber qualquer um desses documentos, procede-se à intimação por via postal ou por meio de publicação no órgão oficial.

Observa-se que em momento algum os artigos supra estabelecem uma ordem para se proceder à intimação do AIAF, tampouco estabelecem a obrigatoriedade da entrega pessoal.

A Fiscalização ressalta, ainda, que, no presente caso, o AIAF foi lavrado unicamente para fins formais, apenas documentando o início da ação fiscal, não havendo qualquer solicitação de documentação ou esclarecimento em que o não atendimento pudesse causar prejuízo processual à impugnante.

Importante lembrar, por oportuno, que o interesse público deve prevalecer sobre o privado. Tem-se, aqui, de um lado, o Fisco na defesa do interesse público e, do outro lado, um contribuinte escusando-se de assumir ilícito tributário comprovado e que teve amplamente respeitado seu direito constitucional de contraditório e de ampla defesa.

Verifica-se que o Auto de Infração contém os elementos necessários e suficientes para que se determine, com segurança, a natureza das infrações. As infringências cometidas e as penalidades aplicadas encontram-se legalmente embasadas. Todos os requisitos foram observados, formais e materiais, imprescindíveis para a atividade do lançamento, previstos nos arts. 85 a 94 do RPTA.

Induidoso que a Autuada compreendeu e se defendeu claramente da acusação fiscal, completa e irrestritamente, conforme se verifica pela impugnação apresentada, que aborda todos os aspectos relacionados com a situação, objeto da autuação, não se vislumbrando, assim, nenhum prejuízo ao exercício da ampla defesa.

O Auto de Infração foi lavrado conforme disposições regulamentares e foram concedidos à Autuada todos os prazos legalmente previstos para apresentar a sua defesa, em total observância ao princípio do contraditório.

O presente lançamento trata de exigência baseada em provas concretas do ilícito fiscal praticado, que será demonstrado na análise de mérito.

Rejeita-se, pois, a arguição de nulidade do lançamento.

Do Mérito

Conforme relatado, a autuação versa sobre o não recolhimento do ICMS devido relativamente à importação indireta de mercadorias, no período de janeiro a julho de 2013, realizada por intermédio de estabelecimento da Autuada, de mesma titularidade, estabelecido no estado do Mato Grosso do Sul (MS), CNPJ 02.916.265.0004-02.

Exigências de ICMS, Multa de Revalidação e Multa Isolada previstas, respectivamente, nos arts. 56, inciso II e 55, inciso XXXIV, todos da Lei nº 6.763/75, sendo essa última majorada nos períodos de janeiro, fevereiro, março e julho, nos termos dos §§ 6º e 7º do art. 53, da mesma lei.

Instruem o presente lançamento, dentre outros, os seguintes documentos: AIAF nº 10.000015925.96 (fls. 02), Auto de Infração (fls. 04/07), Relatório Fiscal (fls. 08/09) e os anexos 1 a 4 (fls. 10/164).

A Fiscalização, com base na documentação acostada aos autos, entende que o remetente das mercadorias, o estabelecimento de mesma titularidade da Autuada, seria o intermediário da importação, uma vez que toda a mercadoria importada constante nas DIs foi transportada integralmente desde o local do desembarço até o destino final em Minas Gerais e por não ter havido o recolhimento do ICMS importação face o estabelecimento importador ser beneficiário de diferimento concedido pelo estado do MS.

Por sua vez, a tese central da defesa é no sentido de que não restou comprovado que a importação se deu com prévia intenção de remessa das mercadorias para a Autuada. Defende que não houve importação indireta, mas sim, duas operações distintas, uma vez que a JBS S/A de Mato Grosso do Sul importou as mercadorias objeto da ação fiscal e, posteriormente, transferiu-as para a ora Impugnante. Portanto, trata-se de operação interestadual. Apresenta às fls. 176 cópias de um CTRC e uma NFe na tentativa de demonstrar que as mercadorias seguiram para o estado do Mato Grosso do Sul. Entende que, da interpretação do art. 155 da CF, o destinatário da mercadoria é quem figura como contraente no negócio jurídico que dá origem à operação de importação. Na tentativa de corroborar sua tese, traz à colação jurisprudências do STF e afirma que para a definição do sujeito passivo da obrigação tributária não interessa onde se deu o ingresso físico da mercadoria.

Não obstante os argumentos apresentados pela Defesa, observa-se que a Constituição Federal de 1988 estabelece, na parte final da alínea “a” do inciso IX do § 2º de seu art. 155, que o ICMS cabe ao estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário do bem ou mercadoria importados, a saber:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

(...)

IX - incidirá também:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

a) sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade, assim como sobre o serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário da mercadoria, bem ou serviço;

Já nos termos do art. 146 da Constituição Federal, compete à lei complementar, dentre outras matérias, dispor sobre conflitos de competência entre os entes tributantes, bem como definir o fato gerador, a base de cálculo e o contribuinte dos impostos nela discriminados. Confira-se:

Art.146 - Cabe à lei complementar:

I - dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

(...)

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

Tem-se, assim, que a definição de contribuintes do imposto é matéria sob reserva de lei complementar, regra geral confirmada e reforçada pela própria Constituição Federal, ao dispor especificamente sobre o ICMS, em seu art. 155, § 2º, inciso XII, alínea “a”, com a seguinte redação:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

(...)

XII - cabe à lei complementar:

a) definir seus contribuintes;

Assim é que, ao tratar da matéria, a Lei Complementar n.º 87/96 definiu como contribuinte do imposto o estabelecimento ao qual se destinar fisicamente a mercadoria importada, e não necessariamente aquele que efetuar, juridicamente, a importação. É o que se depreende da análise de seu art. 4º c/c o art. 11, *in verbis*:

Art. 4º Contribuinte é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 11 - O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável é:

I - tratando-se de mercadoria ou bem:

(...)

d) importado do exterior, o do estabelecimento onde ocorrer à entrada física;

Da análise dos supracitados dispositivos, depreende-se que tanto a Constituição Federal quanto a lei complementar definem como destinatário da mercadoria, para o fim de determinação da sujeição ativa da obrigação relativa ao ICMS incidente na importação, o seu real importador, isto é, aquele estabelecimento a quem a mercadoria realmente se destinar, pouco importando o estado em que tenha sido realizado o desembaraço aduaneiro.

Nesse sentido, o critério da destinação física não diz respeito ao local onde se dá a nacionalização da mercadoria, assim entendido aquele onde deva entrar fisicamente no país para o fim de processamento do seu regular desembaraço aduaneiro, mas àquele em que situado o domicílio ou o estabelecimento de quem efetivamente promova a sua integração ao ciclo econômico nacional, isto é, quem promover, direta ou indiretamente, a importação do bem ou mercadoria, com o fim de consumo, imobilização, comercialização ou industrialização.

O desembaraço aduaneiro, relativamente ao ICMS, apenas marca o momento (e o local) da ocorrência do fato gerador, mas não a sujeição ativa da obrigação decorrente da operação de importação.

Posto isso, o ICMS na importação cabe ao estado onde se der de fato a entrada física da mercadoria, conforme art. 155, § 2º, inciso IX, alínea “a” da Constituição Federal e art. 4º c/c art. 11, inciso I, alínea “d” da Lei Complementar n.º 87/96, razão pela qual, no presente caso, o ICMS é devido ao estado de Minas Gerais.

Seguindo esse entendimento, o legislador mineiro assim regulamentou a matéria, a saber:

Lei n.º 6.763/75:

Art. 33 - O imposto e seus acréscimos serão recolhidos no local da operação ou da prestação, observadas as normas estabelecidas pela Secretaria de Estado de Fazenda.

§ 1º - Considera-se local da operação ou da prestação, para os efeitos de pagamento do imposto:

1) tratando-se de mercadoria ou bem:

(...)

i - importados do exterior:

i.1 - o do estabelecimento:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

i.1.2 - destinatário da mercadoria ou do bem, quando a importação for promovida por outro estabelecimento, ainda que situado em outra unidade da Federação, de mesma titularidade daquele ou que com ele mantenha relação de interdependência;

RICMS/02:

Art. 61 - O local da operação ou da prestação, para os efeitos de cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é:

I - tratando-se de mercadoria ou bem:

(...)

d) importados do exterior:

(...)

d.2) o do estabelecimento destinatário da mercadoria ou do bem, quando a importação for promovida por outro estabelecimento, ainda que situado em outra unidade da Federação, de mesma titularidade daquele ou que com ele mantenha relação de interdependência;

Nesse sentido, cita-se, exemplificativamente, decisão do Supremo Tribunal Federal - STF proferida no RE n.º 268586-1/SP, na qual, apreciando caso similar, considerou sujeito ativo da obrigação o estado, em cujo território se situava o estabelecimento real destinatário das mercadorias importadas, não obstante figurasse como “importador”, na documentação aduaneira, outro estabelecimento, situado em outro estado da Federação.

Assim, ainda que o “importador jurídico” esteja sediado em outra unidade da Federação, se a mercadoria importada for destinada a contribuinte mineiro e por este for utilizada para consumo, imobilização, comercialização ou industrialização, será devido a este estado o imposto relativo à importação.

É exatamente este o caso dos autos, pois a documentação acostada ao processo demonstra que a “importadora jurídica” (o estabelecimento de mesma titularidade da ora Impugnante, situado no estado do Mato Grosso do Sul) nada mais é que uma mera intermediadora da operação, ou seja, o contribuinte mineiro é o real importador das mercadorias.

Não merece prosperar a alegação da Impugnante de que não houve intenção prévia em destinar as mercadorias importadas diretamente ao estabelecimento mineiro e que os documentos de importação não mencionaram a empresa atuada, não cabendo, assim, a acusação de importação indireta.

Conforme verifica a Fiscalização, a empresa JBS S/A., CNPJ 02.916.265/0004-02, estabelecida na cidade Campo Grande/MS, possui Regime Especial de Diferimento do ICMS para suas aquisições de mercadorias importadas do exterior, conforme pode ser comprovado pelas Guias para Liberação de Mercadoria Estrangeira Sem Comprovação do Recolhimento do ICMS acostadas aos autos no Anexo 3 (fls. 29, 42, 57, 91, 110, 118, 136 e 142).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No caso, as mercadorias saíram de portos localizados em outras unidades da Federação diretamente para o destinatário mineiro (filial JBS S/A), e sem passar pela JBS S/A do Mato Grosso do Sul, apesar dos registros de entrada e saída apresentados pela Defesa demonstrarem o contrário, ficando comprovada a simulação.

Torna-se, assim, evidente que as mercadorias jamais seguiram para o estado do Mato Grosso do Sul e que os documentos fiscais foram emitidos visando apenas simular uma operação legal, que na verdade nunca ocorreu, para obtenção do benefício fiscal concedido por aquele estado.

Por tudo isso, a simulação com vistas a não realizar o recolhimento do ICMS devido na importação ao estado de Minas Gerais está demonstrada pela legislação vigente, no âmbito federal e estadual, pelos documentos inseridos nos autos (CTRCs, fls.26, 54, 101, 133, 134, 139 e 143 e CTPIs, fls. 30 e 76, com saídas diretas do recinto alfandegado com destino a Autuada em Contagem MG) e pelo curto tempo entre a emissão das DANFES de entrada e saída, demonstrando-se que a real importadora das mercadorias era a filial localizada em Minas Gerais.

Resta comprovado, portanto, que a remetente (JBS S/A do estado do Mato Grosso) figurou como importadora apenas formalmente, porquanto ser a Autuada a “legítima proprietária” e quem verdadeiramente promoveu a importação das mercadorias com o fim de integrá-las ao ciclo econômico nacional.

Cumprе mencionar, ainda, que esta matéria foi objeto de julgamentos anteriores neste E. Conselho de Contribuintes, em diversos PTAs envolvendo a mesma Contribuinte, ocasião em que as exigências fiscais foram confirmadas por unanimidade, como se pode verificar nos Acórdãos 20.377/12/3ª, 20.794/15/2ª, 20.808/15/2ª e 21.104/16/2ª.

Contudo, a penalidade isolada exigida não se coaduna com o caso dos autos. Para esse item das exigências do ICMS devido na importação dos produtos, a Fiscalização aplicou a Multa Isolada em consonância com o disposto no art. 55, inciso XXXIV da Lei n.º 6.763/75, *in verbis*:

Art. 55. As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II a IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

XXXIV - por promover importação de mercadoria do exterior mediante simulação de operação interestadual promovida por interposta empresa localizada em outro Estado - 40% (quarenta por cento) do valor da operação;

Da análise do dispositivo legal supra, verifica-se que, para que se aplique a multa referida, deve restar caracterizada que a importação indireta foi mascarada pela simulação da ocorrência de uma operação interestadual para fins do não recolhimento do ICMS relativo à importação ao estado de destino final do bem importado e, cumulativamente, essa simulação deverá ser promovida por interposta empresa.

No entanto, no caso dos autos, não ocorre o envolvimento de interposta empresa, pois o estabelecimento do estado do Mato Grosso do Sul é filial da

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Impugnante, portanto, de mesma titularidade do estabelecimento autuado. Assim, exclui-se a multa isolada, sem prejuízo das exigências do imposto e da multa de revalidação. Importa destacar que este Conselho já decidiu em outros PTAs neste mesmo sentido, como pode ser visto, a título de exemplo, nos Acórdãos 21.219/13/3ª e 22.087/16/3ª.

Tendo em vista a exclusão da penalidade isolada, deixa-se de analisar o pedido de redução das penalidades, nos termos do art. 53 da Lei nº 6.763/75, bem como as arguições subsidiárias da Defendente em relação à sua ilegalidade, inconstitucionalidade, *bis in idem*, caráter confiscatório e desproporcional. Ademais, sob este aspecto em particular, cumpre registrar que não cabe ao Conselho de Contribuintes negar aplicação a dispositivos de lei, por força de sua limitação de competência constante do art. 182 da Lei nº 6.763/75 e art. 110, inciso I do RPTA:

Art. 182. Não se incluem na competência do órgão julgador:

I - a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive em relação à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda, nos termos do § 2º do art. 146;

Do evidenciado, resta plenamente caracterizada a legitimidade da exigência do ICMS para o estado de Minas Gerais e que o lançamento observou todas as determinações constantes da legislação tributária, de modo a garantir-lhe plena validade. Ainda, observa-se que os argumentos trazidos pela Impugnante não se revelam capazes de elidir a totalidade das exigências fiscais.

Em razão da aplicação da Portaria nº 04, de 16/02/01, deu-se prosseguimento ao julgamento anterior realizado em 24/01/17. ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. No mérito, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para excluir a multa isolada por inaplicável à espécie, nos termos do parecer da Assessoria do CC/MG. Na oportunidade, o Conselheiro Carlos Alberto Moreira Alves modificou o seu voto. Pela Fazenda Pública Estadual, assistiu ao julgamento o Dr. Sérgio Timo Alves. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Ivana Maria de Almeida e Wagner Dias Rabelo.

Sala das Sessões, 31 de janeiro de 2017.

Manoel Nazareno Procópio de Moura Júnior
Presidente / Revisor

Carlos Alberto Moreira Alves
Relator