

Acórdão: 14.251/00/3^a
Impugnação: 40.10057255-34 - 40.10057254-61 - 40.10057819-65
Impugnante: Telemig Celular S/A (Autuada)
Coobrigado: Promon Eletrônica Ltda.
Advogado: João Dácio de Souza Pereira Rolim/ouros
PTA/AI: 02.000149539-74 - 02.000155897-02 - 02.000155909-30
Inscrição Estadual: 062.728155.0080 (Autuada)
Origem: AF/Pouso Alegre
Rito: Ordinário

EMENTA

Responsabilidade Tributária - Coobrigado - Nos PTAs nº 02.000155897-02 e 02.000155909-30 foi erroneamente eleita para compor a sujeição passiva a empresa paulista Promon Eletrônica Ltda., remetente das mercadorias. Porém, somente podem ser eleitos sujeitos passivos da obrigação tributária aqueles que a lei assim determinar, e no presente caso, nenhum dispositivo legal atribui ao remetente das mercadorias importadas responsabilidade solidária pelo crédito tributário. Exclui-se da lide a empresa coobrigada.

Importação - Falta de Recolhimento do ICMS - Comprovado nos autos que a Autuada, empresa mineira, realizou importação indireta de mercadorias, sem recolhimento do imposto devido a este Estado. Exigências fiscais mantidas. Lançamentos Procedentes. Decisões Unâнимes.

RELATÓRIO

Motivos das autuações: A autuada foi destinatária de mercadorias importadas do exterior pela Promon Eletrônica Ltda., empresa com sede em Campinas, SP, levando o fisco mineiro a apontar as operações como sendo importação indireta, sem o recolhimento do ICMS devido a Minas Gerais.

Da Impugnação

Inconformada com as exigências fiscais, a Autuada impugna tempestivamente os Autos de Infração, por intermédio de procuradores regularmente constituídos, requerendo, ao final, a procedência das Impugnações.

Descreve o contrato de fornecimento e instalação de equipamentos celebrado com a Promon Eletrônica Ltda., afirmando que é decisão da contratada

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

importá-los, mantendo-os estocados em armazéns gerais ou remetendo-os para clientes em todo o Brasil, e não só para a TELEMIG CELULAR.

Apresenta consulta formulada pela coobrigada à Consultoria Tributária do Governo de São Paulo, cujo entendimento é de que o ICMS na operação de importação, por contribuinte paulista, seguida de revenda da mercadoria para adquirente de outra unidade da Federação, deve ser recolhido àquele Estado.

Busca no CTN a definição de sujeito passivo e de contribuinte – aquele que tem relação pessoal e direta com o fato impositivo – considerando ser inconstitucional as construções legislativas que adotam o critério de entrada física para criar novas formas de competência, em especial o artigo 61 do RICMS/96, por introduzir matéria contrária ao ordenamento jurídico.

Considera *estabelecimento destinatário* mencionado no art. 155, § 2º, IX, “a” da Lei Maior, como sendo o que realizou o negócio mercantil no exterior, ou seja, o que pagou, sendo no caso a coobrigada, pois foi esta quem celebrou o contrato de compra e venda.

Alega que o entendimento do Fisco desconsidera o negócio jurídico celebrado entre a Promon e as empresas estabelecidas fora do Brasil, sendo vedado ao Fisco desconsiderar o ato jurídico perfeito, a não ser que se trate de negócio simulado.

Observa que a operação não se trata de importação indireta, porque a importação não foi realizada por estabelecimento de mesmo contribuinte em outro Estado, além do que a Promon presta serviços para todo o Brasil, não podendo a fiscalização afirmar que aquelas importações estariam vinculadas à ora Impugnante.

Defende a hipótese de ter havido, após a importação, uma operação subsequente, em que os bens importados foram destinados a Minas Gerais, ou seja, outro negócio jurídico passível de nova tributação que não a que incide sobre a importação da mercadoria ou bem.

Cita as Consultas N.º 127/98 e N.º 157/98 respondidas pela DLT/SRE, afirmando que o fisco procedeu de maneira contrária ao entendimento assentado pelo próprio Estado de Minas Gerais.

Requer por fim que sejam julgadas procedentes suas impugnações.

Da Manifestação Fiscal

O Fisco, em suas manifestações, refuta as alegações da defesa, requerendo a improcedência das Impugnações.

Afirma que as importações não se deram ao alvitre da Promon, mas sim após a definição das especificações técnicas da TELEMIG, sendo pois, vinculadas a necessidade de consumo da Impugnante.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Cita decisão do Tribunal de Impostos e Taxas de São Paulo que confirma competência ao Estado de destino para cobrar o ICMS devido na importação de mercadoria do exterior, o que confirma que tal entendimento não é exclusivo de Minas Gerais.

Apresenta também texto do Professor José Eduardo Soares de Mello, para defender a ocorrência de uma única operação jurídica de ingresso de bens para o contribuinte mineiro.

Reproduz decisões deste Conselho e do Judiciário que demonstram a relevância do domicílio do importador para a cobrança do imposto, tal qual a adotada no presente feito fiscal.

Inferre ser irrelevante as Consultas juntadas pela Impugnante para elidir-se do feito fiscal, haja vista que as mesmas esclarecem a adoção do critério de se utilizar o destinatário físico da mercadoria para fins de determinação do sujeito ativo na operação.

Da Instrução Processual

A Auditoria Fiscal determinou a abertura de vista dos autos ao sujeito passivo, que resultou em novas manifestações, tanto da Autuada quanto do Fisco.

A Autuada reitera os argumentos já apresentados nas impugnações, principalmente quanto ao objeto do contrato firmado entre ela e a Promon Eletrônica Ltda. e seu entendimento da norma constitucional relativa à sujeição passiva do ICMS.

O Fisco manifesta-se ratificando alguns itens já contestados, buscando demonstrar a vinculação entre as mercadorias importadas e as necessidades da Autuada.

A Auditoria Fiscal apresenta pareceres, nos quais analisa questões preliminares, quando existentes e no mérito, opina pela improcedência das impugnações.

Decisão

Inicialmente, no que se refere ao PTA nº 02.000155909-30, há uma preliminar de nulidade do Auto de Infração a ser enfrentada. Com relação às infringências, foi incorretamente mencionado pelo Fisco, no Auto de Infração, o artigo 61, inciso VIII do RICMS/96, quando o correto seria o inciso I, alínea "d" do mesmo artigo.

Contudo, consoante ao disposto no § 1º do artigo 58 da CLTA/MG, tal incorreção não é motivo para se declarar nulo o Auto de Infração, visto que há elementos suficientes para determinar com segurança a natureza da infração e as pessoas envolvidas. Portanto, em preliminar, deve ser rejeitada a arguição de nulidade do Auto de Infração inserta na impugnação nº 40.10057819-65.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ainda em preliminar, deve-se ressaltar que nos PTAs nº 02.000155909-30 e 02.000155897-02 foi incluída na sujeição passiva a empresa paulista Promon Eletrônica Ltda, responsável pela importação das mercadorias. Contudo, somente podem ser eleitos sujeitos passivos da obrigação tributária aqueles que a Lei assim determinar e, no caso, não há, nenhum dispositivo legal que atribua ao remetente, responsabilidade solidária pelo crédito tributário exigido, razão pela qual a empresa coobrigada deve ser excluída da lide.

Do Mérito

Considerando os bem elaborados pareceres da Auditoria Fiscal, os mesmos serão utilizados como motivação das presentes decisões, tendo em vista que, no mérito, as autuações consubstanciadas nos três Autos de Infração são semelhantes.

"O legislador constituinte, no que se refere à circulação de mercadoria, determinou que o ICMS incide sobre a operação, não sobre a simples movimentação física. Logo, o fato gerador é o negócio jurídico, inclusive na importação, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o estabelecimento que o realizou, que promoveu a operação. Estabelecimento é aquele em que se localiza o sujeito passivo da obrigação tributária, assim entendido o responsável pela entrada da mercadoria no país. Regra geral, na hipótese de importação, para definição da competência tributária, não importa o local do desembarço, nem o destino físico imediato da mercadoria, mas sim onde esteja situado o estabelecimento importador.

Parece haver uma certa imprecisão na expressão “*cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o estabelecimento destinatário da mercadoria ou serviço*” do artigo 155, § 2º, inc. IX, “a”, da Constituição Federal, o que leva às vezes à eleição errônea dos sujeitos da obrigação tributária. A legislação infraconstitucional adotou como parâmetro para definição do polo passivo, não como a pessoa que participou do ato, mas sim a localização do estabelecimento desta pessoa. O que define pois, a competência, é o aspecto espacial do fato gerador.

A interpretação dada pela Instrução Normativa DLT/SRE 02/93, incorporada ao RICMS/96, no artigo 61, inciso I, “d”, considera que o imposto é devido ao Estado de Minas Gerais não só quando o estabelecimento importador nele situar-se, mas também quando for a importação promovida por estabelecimento situado em outra unidade da Federação, seja aquele pertencente ao mesmo titular ou que com ele mantenha relação de interdependência, ou ainda quando a importação seja vinculada ao objetivo de destinar a mercadoria a este Estado.

O cerne da questão está em se definir os aspectos do fato gerador do ICMS na operação de importação, para que se encontre os sujeitos da obrigação tributária. Trata-se pois de resolver conflito de competência, que a regra *mater* incumbiu ao legislador complementar.

A Lei Complementar 87/96, entre outras coisas, definiu o contribuinte do ICMS, entendendo como tal a pessoa que realiza a operação ou prestação

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

Parágrafo Único – É também contribuinte a pessoa física ou jurídica que, mesmo sem habitualidade:

I – importe mercadorias do exterior, ainda que as destine a consumo ou ativo permanente do estabelecimento;(…)

O mesmo diploma informa o local da operação, para efeitos de cobrança do imposto e definição de estabelecimento responsável:

Art. 11 -…

I-tratando-se de mercadoria ou bem:

(…)

d) importado do exterior, o do estabelecimento onde ocorrer a entrada física.

O entendimento que o Fisco de Minas Gerais defende foi externado, sempre no mesmo sentido, através das respostas dadas às Consultas N.º 093/98, 133/98, 157/98 e 172/99. Consideramos que o artigo 11 da Lei Complementar 87/96 não deva ser interpretado de maneira literal, pois não se chegaria ao objetivo real que se quer alcançar com a norma, ou seja, tributar a atividade de maneira eficaz. Se no caso o contribuinte fosse definido de maneira restritiva como sendo apenas o destinatário físico da mercadoria ou do bem, estaria subtraindo à tributação o valor agregado da cadeia comercial, todas as vezes em que fosse feita a entrega da mercadoria importada diretamente ao cliente do importador.

Conclui assim a resposta dada pela DOT/DLT/SRE à Consulta N.º 133/98, de mesmo entendimento das citadas pela Impugnante:

“a) regra geral, na operação de importação, para definição da competência tributária, não importa o local do desembarço, mas sim o local onde esteja situado o estabelecimento importador. ... ;”

…

“c) o fato do importador remeter a mercadoria importada diretamente do local do desembarço para o seu cliente, por si só, não retira do importador a condição de contribuinte do ICMS. ... ;”

…

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

“e) a norma constante da alínea “d” do inciso I do artigo 11 da Lei Complementar 87/96 aplica-se apenas nas seguintes hipóteses: (...)

– quando se busca evitar a “simulação” por meio de triangulação da importação, ou seja, quando o bem for prévia e especificamente destinado a pessoa diversa daquela que a importou e a ela for diretamente destinada quando do desembaraço aduaneiro, considera-se contribuinte do ICMS o destinatário físico.” (grifos nossos)

Embora haja espaço para que se defina o contribuinte como aquele que pratica o ato jurídico, a legislação mineira considera o local da entrada física da mercadoria determinante na eleição dos sujeitos passivo e ativo, no caso da importação indireta.

A Lei Estadual 6.763/75, consonante com a Lei Complementar, e abalizando o entendimento interno, define o local da operação para efeito de pagamento do imposto, através do artigo 33, *in verbis*:

Art.33...

§ 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.1.1 – quem, direta ou indiretamente, promover a importação;

i.1.2 – destinatário, onde ocorrer a entrada física da mercadoria ou 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;

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

Portanto, são duas as hipóteses em que a entrada física é fator relevante para a determinação da competência tributária ao Estado de Minas Gerais:

- quando a pessoa importa por um de seus estabelecimentos, mas destina a outro, também seu, diverso daquele que consta, na documentação, como importador;

- quando houver claro indício de que o bem tenha por destino pessoa diversa daquela que o importou.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Da análise da lei mineira, sendo o bem prévia e especificamente destinado a pessoa diversa daquela que a importou, e tendo a ela sido remetida logo após o desembaraço aduaneiro, esta pessoa será considerada contribuinte do ICMS devido pela importação. Estando o destinatário físico localizado em território mineiro, o tributo caberá a Minas Gerais.

O fato determinante da lide se fundamenta na questão de ter sido ou não a importação dos equipamentos do exterior, promovida pelo estabelecimento situado em São Paulo, vinculada ao objetivo de destinar a mercadoria ou o bem à Impugnante. Se a situação fática se encaixa na hipótese prevista tanto na Constituição quanto na legislação complementar e ordinária, caberá o imposto ao Estado de Minas Gerais.

A contratada, empresa paulista, importou determinados equipamentos do exterior, os quais foram desembaraçados na EADI de Santos e Campinas, São Paulo, conforme Declarações de Importação N.º 98/0338358-2 e 98/0394458-4, registradas respectivamente em 14/04/1998 e 28/04/1998. Em 30/04/1998 as mercadorias foram remetidas à Impugnante. Na nota fiscal emitida para a “venda” desses equipamentos, consta o número da primeira Declaração de Importação.

A importação e a subsequente transferência da mercadoria para terceiro de outro Estado, a princípio caracterizam negócios jurídicos e fatos geradores distintos. Isto se não houver simulação na importação, fruto de acordo de vontades anterior, que determine o destino do produto a outro estabelecimento que não o do importador.

Essas operações decorreram do contrato firmado entre a TELECOMUNICAÇÕES DE MINAS GERAIS S/A e a PROMON ELETRÔNICA LTDA. em 29 de abril de 1996 (fls. 81 a 84), do qual transcrevemos as seguintes cláusulas consideradas relevantes:

Cláusula Primeira :

“1.1 – O presente Instrumento tem por objeto o fornecimento e instalação de equipamentos e materiais necessários à expansão do Sistema Móvel Celular da Região Metropolitana de Belo Horizonte e interior, totalizando 166 ERB’s novas, e 69 ERB’s a serem ampliadas, sendo 60 na RMBHE e 09 no interior conforme discriminado na Planilha de Preços – ANEXO 05.

...

Cláusula Terceira :

“3.1.1 – Equipamentos e materiais: R\$ 118.674.074,00 (cento e dezoito milhões, seiscentos e setenta e quatro mil, setenta e quatro reais), incluído os descontos e impostos incidentes (ICMS, IPI e Imposto de Importação);”

O item transcrito da cláusula primeira revela que a contratada tem por obrigação o fornecimento de equipamentos e materiais, cujos preços e condições de pagamentos já foram previamente ajustados na cláusula terceira. Os pagamentos, conforme essa cláusula, deverão ser efetuados parceladamente, não simplesmente

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

contra entrega dos equipamentos, mas observando: a) 10% após o termo da mobilização e do planejamento físico; b) 25% após a entrega de projeto preliminar; c) 45% após o desembarque dos equipamentos no Brasil; d) 10% após o término dos serviços de instalação e testes dos equipamentos; e) 5% após termo de aceitação de campo; f) 5% após termo de aceitação inicial. Ressalta-se o item 3.2.1.3 do Contrato, correspondente à letra “d” anterior, que remete ao item 6.8 do mesmo, o qual condiciona a liberação do pagamento à entrega dos equipamentos na TELEMIG.

O contrato de fornecimento contínuo celebrado entre as partes, e os respectivos termos aditivos se aproximem do contrato de compra e venda, conclui-se que as importações, ao menos naquela ocasião em que se deu a autuação, foram vinculadas às necessidades da Impugnante. Apesar de serem os produtos fungíveis, ficou muito bem caracterizada que aquela importação tinha por destino o ativo permanente da TELEMIG CELULAR em Minas Gerais.

Como se depreende da exposição acima, o Fisco mineiro, ao entender que a Impugnante procedeu de maneira a infringir os dispositivos citados no Auto de Infração, não o fez de maneira contrária ao entendimento assentado pelo Estado de Minas Gerais através das respostas às Consultas 127/98 e 157/98, haja vista que todas esclarecem a adoção dos critérios utilizados para a determinação da sujeição ativa e passiva.

Quanto ao questionamento de inconstitucionalidade das normas mineiras, em princípio discordamos do posicionamento da Impugnante por entender que não há nelas pontos que contrariem o artigo 155, § 2º, inc. IX, “a”, da Constituição Federal. Mas, em razão do disposto no artigo 88 da CLTA/MG, tal questionamento não merece aqui maiores considerações.”

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

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em preliminar, em rejeitar a argüição de nulidade do Auto de Infração nº 02.000155909-30. Ainda em preliminar, também, à unanimidade, deliberou a Câmara pela exclusão do Coobrigado do pólo passivo. No mérito, à unanimidade, julgaram-se procedentes os lançamentos, mantendo-se as exigências fiscais. Pela Fazenda Estadual sustentou oralmente o Dr. Ronald Magalhães de Sousa. Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros Luiz Fernando Castro Trópia, Edwaldo Pereira de Salles e Sauro Henrique de Almeida.

Sala das Sessões, 08/08/00.

**Mauro Heleno Galvão
Presidente/Relator**

L