

Acórdão: 16.498/04/1ª Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010109343-59
Impugnante: Presença Comercial Ltda
Proc. S. Passivo: Dalmar do Espírito Santo Pimenta/Outros
PTA/AI: 02.000204638-94
Inscr. Estadual: 062.423141.00-61
Origem: DF/Manhuaçu

EMENTA

IMPORTAÇÃO - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - LOCAL DA OPERAÇÃO. Constatado nos autos a importação de mercadoria por contribuinte localizado em outra unidade da Federação, com o objetivo prévio de destiná-la ao estabelecimento da Autuada, sem, contudo, recolher o ICMS devido ao Estado de Minas Gerais, de acordo com os preceitos contidos no Artigo 155, § 2º, Inciso IX, Alínea “a” da Constituição Federal, no Artigo 11, Inciso I, Alínea “d”, da Lei Complementar nº 87/96, e no Artigo 33, § 1º, Item 1, Subitem “i.1.3”, da Lei nº 6.763/75. Exclusão, pelo Fisco, das “despesas aduaneiras” componentes da base de cálculo do imposto, por falta de comprovação da legitimidade do percentual utilizado para seu arbitramento. Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação, no Posto de Fiscalização Móvel de Manhuaçu, a ocorrência da circulação de mercadorias importadas acobertadas pelas Notas Fiscais nºs. 000.328, 000.329 e 000.330, de 20/09/2002, emitidas pela firma “Proad S/A”, situada no município de Vitória, no Estado do Espírito Santo, correspondentes à Declaração de Importação nº 02/0830818-5, de 17/09/2002, com simulação de operações interestaduais destinadas ao contribuinte autuado (“Presença Comercial Ltda.”, identificação esta constante nas embalagens dos volumes transportados), vez que tais produtos foram importados pela referida empresa capixaba com objetivo prévio de remetê-los ao estabelecimento do sujeito passivo, localizado no Estado de Minas Gerais. Exige-se ICMS e MR.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 60 a 68, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 108 a 115.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 118 a 124, opina pela procedência parcial do lançamento, com a exclusão das “despesas aduaneiras” na base de cálculo do ICMS/Importação.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A 1ª Câmara de Julgamento, na sessão do dia 01/07/03(fl.130), deliberou converter o julgamento em diligência, a qual é cumprida pelo Fisco (fls.132 a 135).

A Auditoria Fiscal solicita diligência à fl. 137, que resulta na reformulação do crédito tributário às fls. 143 a 146. Intimada a ter vistas dos autos(fl.147), a Autuada não se manifesta. A Auditoria Fiscal se manifesta a respeito(fl. 151/152), pedindo a procedência parcial do lançamento, conforme reformulação de fls. 145/146 procedida pelo Fisco.

DECISÃO

Reside a lide na controvérsia acerca da natureza das operações objeto deste lançamento: o Fisco as enquadra como importação indireta, atribuindo à Autuada a responsabilidade pelo pagamento do ICMS correspondente à Declaração de Importação nº 02/0830818-5 (fls. 22/30 e 76/86), envolvendo os produtos relacionados nas Notas Fiscais nºs. 000.328, 000.329 e 000.330, todas de 20/09/2002 (fls. 13/15), por entender que tais transações foram predestinadas ao estabelecimento do contribuinte mineiro; já a Impugnante alega que adquiriu as mercadorias, em operação interestadual, junto à empresa capixaba “Proad S/A”, que, por sua vez, foi a importadora das mesmas.

A Magna Carta, ao dispor sobre a incidência de ICMS na entrada de mercadoria importada do exterior (ainda que destinada a “uso, consumo ou Ativo Fixo”), elegeu como ente tributante o Estado onde estiver situado o estabelecimento destinatário (Artigo 155, § 2º, Inciso IX, alínea “a”, CF/88 - transcrito às fls. 63).

Para dirimir possíveis conflitos de competência entre as Unidades Federadas nas importações de bens/mercadorias, estabeleceu a Lei Complementar nº 87/96, como “local da operação”, para fins de cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, aquele onde ocorrer a entrada física (Artigo 11, Inciso I, alínea “d”, reproduzido às fls. 63), e não o que efetuar, juridicamente, a importação.

Ao interpretar a referida norma, o legislador ordinário não o fez de forma literal, mas, sim, buscando alcançar o objetivo real da mesma, definindo o “local da operação”, para efeito de pagamento do imposto, no Artigo 33 da Lei nº 6.763/75, *in verbis*, explicitado, também, na Instrução Normativa DLT/SRE nº 02, de 12/11/93:

"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 - 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 àquele; (g.n.)

O critério da “entrada física” para determinação do verdadeiro importador da mercadoria e, via de consequência, do sujeito ativo da obrigação tributária, aplica-se, dentre outras, quando houver “simulação”, assim considerada a hipótese em que o produto importado tenha destinação específica, ou seja, quando esteja predestinado a pessoa diversa daquela que o importou, independentemente de pertencer ou não ao mesmo titular, de modo que, embora conste a empresa "A" na DI, o verdadeiro importador é "B".

No caso em foco, analisando o conjunto de informações e documentos trazidos aos autos pelas partes, depreende-se que, de fato, ocorreu importação indireta por parte da Acusada, pois as mercadorias descritas nas notas fiscais objeto do feito (correspondentes à DI 02/0830818-5), foram importadas com a pretensão de remessa direta para o estabelecimento mineiro, configurando-se, assim, a ocorrência do fato gerador para este Estado, nos termos do retrocitado Artigo 33, § 1º, Item 1, Subitem “i.1.3”, da Lei nº 6.763/75.

De início, tal imputação fiscal fica caracterizada diante da indicação, nas embalagens que acondicionaram os produtos importados, da designação “PRESENÇA - BRAZIL” e “PRESENÇA COM.” como destinatário (fls. 52/57), que corresponde, no caso, à denominação social da Autuada (“Presença Comercial Ltda.”), conforme estabelece o Artigo 1º, Inciso IX, da Instrução Normativa Conjunta SLT/SRE/SCT nº 03, de 14/11/2001.

Aliada à referida constatação, a ocorrência de importação indireta se confirma diante dos seguintes elementos de prova existentes nos autos, como prevê o *Caput* do Artigo 1º, da dita IN nº 03/2001:

- as notas fiscais autuadas contém a mesma discriminação de mercadorias consignada na Declaração de Importação 02/0830818-5 (quantidade e descrição, inclusive o número de referência), e fazem menção a tal DI no campo de “Informações Complementares” (fls. 13/15 e 25/30);

- as mercadorias foram coletadas pelo transportador em Cariacica/ES, município onde se deu o desembaraço aduaneiro (EADI/Coimex Armazéns Gerais S/A, fl. 22), e não em Vitória/ES (sede da empresa “Proad S/A”), para entrega direta no estabelecimento autuado, localizado em Belo Horizonte/MG (CTRC nº 08324, fl. 16), sem qualquer indicação de trânsito pela referida firma capixaba;

- os documentos fiscais envolvidos foram emitidos na mesma data do desembaraço aduaneiro (por volta das 20:00 horas do dia 20/09/2002, fls. 13/15), a qual figura em um deles, inclusive, como “data de saída” (fl. 15).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ainda que a firma "Proad S/A", de Vitória/ES, tenha formalizado a importação, ela não o fez com o intuito de disponibilizar os aludidos produtos, no mercado nacional, para revenda a quaisquer interessados, mas, sim, de destiná-los prévia e intencionalmente para o contribuinte mineiro autuado.

Estando, portanto, patente a realização da importação indireta, o que atribui cabimento do ICMS correspondente ao Erário mineiro, denotam-se infrutíferos os argumentos da Contestante de que a aludida firma capixaba emitiu os documentos fiscais para a “entrada” dos produtos importados em seu estabelecimento, e que, por ser tal firma a real importadora, o imposto em questão é de competência do Espírito Santo.

Também não merece guarida a assertiva da defesa de inconstitucionalidade do Artigo 61, Inciso I, Alínea “d”, do RICMS/96, pois, além de tal dispositivo reproduzir os ditames do Artigo 33, § 1º, Item 1, Alínea “i”, da Lei nº 6.763/75, que, por sua vez, se coaduna com a definição estabelecida no Artigo 11, Inciso I, Alínea “d”, da Lei Complementar nº 87/96, editada em consonância com a Norma Maior, este não é o foro de discussão para tal embate, conforme prevê o Artigo 88, Inciso I, da CLTA/MG.

Outro equivocado entendimento da Impugnante é o de inocorrência do fato imponible desta autuação pelo fato de terem sido realizadas duas operações distintas (importação e posterior saída interestadual), pois o lançamento não se pautou na movimentação havida após o desembaraço aduaneiro, mas sim na constatação da importação indireta por ela promovida sem o pagamento de imposto ao Erário mineiro, cuja negociação foi intermediada pela mencionada empresa "Proad S/A".

Superada a discussão de mérito, cabe reparar o critério utilizado pelo Fisco na composição da base de cálculo do imposto, no que se refere ao arbitramento e inclusão das despesas aduaneiras.

Segundo o Artigo 142 do CTN, compete à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, tido como procedimento administrativo tendente, dentre outras, a determinar a “matéria tributável” e calcular o “montante do tributo devido”.

No caso da “importação”, definiu o legislador como “base de cálculo” do ICMS o somatório do valor da mercadoria constante no documento de importação, com o IPI, o Imposto de Importação, o Imposto sobre Operações de Câmbio, e com quaisquer despesas aduaneiras (Artigo 13, Inciso V, da LC nº 87/96). Na regulamentação de tal norma, o Fisco mineiro exemplificou algumas destas despesas – “adicional ao frete para renovação da marinha mercante, adicional de tarifa portuária, despachante, armazenagem, capatazia, estiva, arqueação e multas por infração” (Artigo 44, Inciso I, Alínea “d”, Parte Geral, do RICMS/96, vigente à época do fato gerador desta autuação).

É inegável que, no controle e liberação aduaneira da mercadoria, suporta o importador várias destas despesas, cuja inadimplência dificulta e até mesmo

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

impossibilita a nacionalização do produto importado, valendo isto também para a operação em análise.

Por desconhecer tais despesas na importação de que trata a DI 02/0830818-5, o Fisco promoveu o seu arbitramento, com supedâneo no precedente estabelecido pelo Artigo 53, Inciso I, Parte Geral, do RICMS/96, c/c Artigo 51, Inciso I, da Lei nº 6.763/75. Para tanto, utilizou como referência o resultado da multiplicação do percentual de 8% (oito por cento) sobre o valor CIF da mercadoria (fls. 06/09).

Todavia, a própria norma concedente do referido direito impõe que, para tal arbitramento, seja adotado um dos parâmetros disciplinados no Artigo 54, Parte Geral, do RICMS/96, dentre os quais não se encaixa a forma de avaliação retro. A indicação do referido percentual, por si só, não representa parâmetro de arbitramento, mas apenas um indicativo da origem da despesa agregada, que, para ser utilizada como referência, deve estar acompanhada da documentação que levou a autoridade fiscal a apurar a aludida proporção. A condição para tal arbitramento, portanto, há de ser provada, cujo ônus recai sobre o Fisco, como bem destacou o jurista “Paulo Celso Bergstrom Bonilha”, na obra “Da Prova no Processo Administrativo Tributário”:

“São sujeitos da prova, assim, tanto o contribuinte quanto a Fazenda, com o intuito de convencer a autoridade julgadora da veracidade dos fundamentos de suas opostas pretensões. Esse direito de prova dos titulares da relação processual convive com o poder atribuído às autoridades (preparadora e julgadora) de complementar a prova.”

Não está em berlinda a competência legal do Fisco para a promoção do arbitramento, mas, sim, a ausência nos autos dos elementos e/ou documentos por ele utilizados como base para tal procedimento. Sem estas provas, não se assegura ao sujeito passivo o direito à contestação do valor arbitrado, como prevê o Artigo 148 do CTN e o Artigo 13, § 27, da Lei nº 6.763/75.

Assim, em atendimento à diligência proposta pela 1ª Câmara de julgamento (fls. 130), informa o Fisco que o percentual de 8% (oito por cento), utilizado no arbitramento das “despesas aduaneiras” que compuseram a base de cálculo do ICMS referente à importação em apreço (fls. 06/11), originou-se de determinada instrução interna da SEF/MG (fls. 133/134), onde tal proporção é apontada a título exemplificativo. Daí, por não conseguir comprovar a legitimidade de tal mensuração, exclui os ditos valores do crédito tributário, conforme reformulação de fls. 143/146.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco às fls. 143 a 146. Pela impugnante, sustentou oralmente a Dra. Elisângela Inês de Oliveira Silva e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Célio Lopes Kalume. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Mauro Rogério Martins (Revisor) e Luciana

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Mundim de Mattos Paixão.

Sala das Sessões, 25/03/04.

Roberto Nogueira Lima
Presidente

Windson Luiz da Silva
Relator

WLS/EJ

CC/MG