

Acórdão: 16.555/04/3^a Rito: Sumário
Impugnação: 40.010112483-43
Impugnante: Novo Nordisk Produção Farmacêutica do Brasil Ltda.
Proc. S. Passivo: Cláudia Horta de Queiroz
PTA/AI: 02.000207077-77
Inscr. Estadual: 433.136584.00-70
Origem: DF/Pouso Alegre

EMENTA

IMPORTAÇÃO – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - IMPORTAÇÃO INDIRETA – Comprovado nos autos que a mercadoria foi importada por contribuinte localizado em outra unidade da Federação com o objetivo prévio de destiná-la à Autuada, estabelecida neste Estado. Infração caracterizada nos termos do artigo 155, § 2º, inciso IX, alínea "a", da CF/88, c/c artigo 61, inciso I, subalínea "d.3" do RICMS/02 e artigo 1º, incisos I, II e IV da IN Conjunta SLT/SRE/SCT n.º 03/01. Exigências fiscais mantidas. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em nome da empresa Biobrás S/A, posteriormente sucedida pela Novo Nordisk Farmacêutica do Brasil Ltda. (fl. 63).

A acusação é de importação indireta do produto ‘Novolin N 100 ml *tender’, que estava sendo transportado, aos 19.02.04, acobertado pela NF n.º 024280, de emissão da empresa Novo Nordisk Farmacêutica do Brasil Ltda..

A importação indireta restaria caracterizada pela interdependência entre as duas empresas, Novo Nordisk – emitente e Biobrás S/A – destinatária, nos termos do art. 222, IX, do RICMS/MG, haja vista ser a NN Holding sócia daquela e detentora de 95 % das ações desta.

Nas importações realizadas por estabelecimentos interdependentes, sendo a mercadoria remetida ao Estado de MG, o ICMS é devido a este (destino das mercadorias). No presente caso, as mercadorias objeto da importação (DI 04/0162283-0) teriam sido integralmente remetidas para Minas Gerais.

É de se notar que o estabelecimento paulista da Novo Nordisk Farmacêutica do Brasil Ltda., emitente da nota, não possuiria autorização da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa, para manipular, comercializar, depositar ou mesmo importar os produtos objeto deste trabalho fiscal, fato que demonstraria a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

impossibilidade jurídica desta empresa promover a comercialização dos mesmos, evidenciando o objetivo prévio de destiná-lo à empresa mineira, a qual possui tal autorização.

Ressaltam os fiscais que, embora as mercadorias tenham sido importadas em nome da Novo Nordisk (estabelecimento do Paraná), foram embarcadas, no exterior, com destino ao Aeroporto de Guarulhos/SP e, desembarcadas, seguiram diretamente para Minas Gerais, sem terem ingressado fisicamente no estabelecimento emitente da nota fiscal (Novo Nordisk/SP) ou do importador (estabelecimento paranaense).

Informam, ao final, que “o estabelecimento exportador é o sócio e acionista majoritário de ambas as empresas”.

Consideraram infringidos os artigos 33 § 1º I.1.2 da lei 6763; 85 VIII e 61 I d.2 d.3 do Decreto 43080/02; sendo imposta a penalidade do art. 56 II daquela lei.

Instruíram o Auto os documentos de fls. 05 a 43.

Inconformada a Autuada apresenta, tempestiva e regularmente, a Impugnação de fls. 44 a 61.

Fala, inicialmente, da impossibilidade de descaracterização do negócio jurídico realizado entre as empresas paulista e mineira – operação interestadual de compra e venda -, seja em decorrência 1) da aplicação do art. 116 do CTN (não ocorreu a prática de ato elisivo); ou 2) de desconsideração da personalidade jurídica, dando lugar à unicidade de operações (não houve dolo, fraude ou simulação, imprescindíveis ao ato).

Explica que:

- a Impugnante e a Novo Nordisk Farmacêutica do Brasil Ltda. são empresas notoriamente distintas;
- a Novo Nordisk Farmacêutica do Brasil Ltda. sempre realizou a importação desta mercadoria da Dinamarca, para revenda no mercado interno (junta cópia da autorização da Anvisa), atividade vedada à Impugnante, que é a única produtora nacional de insulinas;
- a importadora é detentora de exclusividade da atividade, em decorrência de contrato firmado com a exportadora dinamarquesa em julho de 1992;
- a operação de compra do capital social da Impugnante foi submetida à apreciação do CADE, através do Ato de Concentração n.

08012.007861/2001-81, que ensejou a aplicação de Medidas Acautelatórias (Ofício n. 654 Gabin/Seae/MF), no qual se lê que as partes deverão se abster da prática de atos que alterem a estrutura/as condições/ as características do mercado, tais como “alteração das estruturas e práticas de distribuição e comercialização; alteração de relações contratuais com terceiros; adoção de políticas comerciais uniformes”. (fl. 88)

Entende não deter o Estado de Minas Gerais competência para a exigência do ICMS/importação, cabendo este ao Estado onde se localiza o estabelecimento importador, no caso, o Paraná. Cita decisão do STJ.

Argumenta que não pode a Fazenda Estadual pretender a ocorrência de importação indireta se ocorreu, inegavelmente, entre as partes uma operação de transferência de titularidade das mercadorias, de natureza interestadual, a qual configura fato gerador de ICMS.

Suscita a necessidade de revisão do Auto de Infração, para que se investigue ‘todas as circunstâncias que se constituem na condição determinante à cobrança do tributo’.

Argüi, por fim, a ilegalidade da aplicação da taxa Selic, por configurar abusiva e capaz de majorar indevidamente a pretensa exigência fiscal.

Carreia aos autos os documentos de fls. 62 a 273.

Discordando dos termos da defesa, o Fisco apresenta a Manifestação de fls. 275 a 297.

Inicialmente, sintetiza os fatos ocorridos, enfatizando que os medicamentos foram embarcados no aeroporto de Copenhagen/Dinamarca com destino a Guarulhos/SP, de onde saíram diretamente para o estabelecimento da Autuada, em Minas Gerais, sem passar fisicamente pelos estabelecimentos da Novo Nordisk Farmacêutica do Brasil Ltda., no Paraná ou em São Paulo, mesmo porque este último se situa no 12º andar de um edifício, o qual não comportaria o volume importado.

Enfatiza a interdependência das empresas envolvidas na operação.

Em tópico intitulado ‘Da definição legal de local da operação nas importações’, apresenta os dispositivos legais que amparam o entendimento fiscal de que o ICMS/importação é devido ao Estado destinatário da mercadoria ou bem, e conclui que estas normas estão em consonância com o parágrafo único do art. 116 do CTN, pelo qual “a autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária”.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Transcreve excertos de vários acórdãos do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Pede seja considerada improcedente a impugnação apresentada.

DECISÃO

O presente processo teve origem em Auto de Infração lavrado em decorrência da constatação de importação indireta do produto 'Novolin N 100 ml *tender*', acobertado, em trânsito, pela NF n.º 024480, emitida por Novo Nordisk Farmacêutica do Brasil Ltda., estabelecimento sediado em São Paulo.

A importação indireta restaria caracterizada pela interdependência entre as duas empresas - Novo Nordisk: emitente e Biobrás S/A: destinatária -, nos termos do art. 222, IX, do RICMS/MG, haja vista ser a NN Holding sócia daquela e detentora de 100 % das ações desta. E pelo fato de que embora as mercadorias tenham sido importadas em nome da Novo Nordisk (estabelecimento do Paraná), foram embarcadas, no exterior, com destino ao Aeroporto de Guarulhos/SP e, desembarcadas, seguiram diretamente para Minas Gerais, sem terem ingressado fisicamente no estabelecimento emitente da nota fiscal (Novo Nordisk/SP) ou do importador (estabelecimento paranaense).

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 operação versada no presente processo, por entender que tal transação foi promovida por empresa coligada e que as mercadorias estavam predestinadas ao estabelecimento do contribuinte mineiro; por seu turno, a Impugnante alega que adquiriu as mercadorias, em operação interestadual, junto à uma empresa paulista, distinta, que, por seu turno, a teria recebido do estabelecimento paranaense, que foi o efetivo importador das mesmas.

Relativamente ao tema, o cerne da discussão reside, fundamentalmente, em conhecer quem é, de fato, o estabelecimento importador das mercadorias.

Nos termos da Constituição Federal de 1988, o ICMS incidente sobre a importação de mercadoria é devido ao Estado onde estiver situado o estabelecimento destinatário da mercadoria (artigo 155, § 2º, inciso IX, alínea "a").

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"):

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

I – em se tratando de mercadoria ou bem:

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

Da análise do dispositivo supra, temos que a citada Lei Complementar utilizou-se do critério da entrada física, para determinar o verdadeiro importador e para estabelecer a que Estado é devido o imposto relativo à operação de importação.

Esse entendimento foi também adotado pelo legislador mineiro, que assim se posicionou na Lei 6763/75:

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.1.1 - que, direta ou indiretamente, promover a importação;

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;

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

i.1.4. onde ocorrer a entrada física da mercadoria ou do bem, nas demais hipóteses.

O Regulamento do imposto basicamente reproduz a norma acima. Confira-se:

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.1 - o do estabelecimento que, direta ou indiretamente, promover a importação, desde que

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

com o fim de consumo, imobilização, comercialização ou industrialização pelo próprio estabelecimento;

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;

d.3 - o do estabelecimento destinatário da mercadoria ou do bem, quando a importação promovida por outro estabelecimento, ainda que situado em outra unidade da Federação, esteja previamente vinculada ao objetivo de destiná-lo àquele, ressalvada a hipótese prevista na subalínea "d.1";

d.4 - o do domicílio do adquirente, quando não estabelecido;

d.5 - onde ocorrer a entrada física da mercadoria ou bem nas demais hipóteses, observado o disposto no § 1º deste artigo.

A Instrução Normativa Conjunta SLT/SRE/SCT nº 03, de 14.11.01, estabelece situações para caracterização da importação indireta, às quais subsume-se à perfeição o caso ora *sub judice*. Dentre estes, a interdependência das empresas envolvidas na operação e a saída da mercadoria diretamente de Zona Primária, com destino ao contribuinte mineiro.

Salienta-se a interdependência das empresas envolvidas na operação sob análise, segundo conceito legal trazido pelo inciso I do parágrafo único do art. 17 da LC 87/96:

"considerar-se-ão interdependentes duas empresas quando: uma delas, por si, seus sócios ou acionistas, e respectivos cônjuges ou filhos menores, for titular de mais de 50% do capital da outra".

É de se notar que a Novo Nordisk Pharmaceuticals A/S é sócia da Novo Nordisk Farmacêutica do Brasil Ltda. (fl. 25) e também da NN Holding do Brasil Ltda. (fl. 24), que, por sua vez, detém 100% das ações da Biobras (fl. 22).

Demonstrou-se, também, que foram operados investimentos para o crescimento da antiga Biobrás S/A, hoje, Novo Nordisk do Brasil Ltda.

Na linha da legislação supra citada, as Câmaras Cíveis Reunidas do TJMG, em 07.06.1995, já assentara que "o ICMS sobre importação de mercadorias cabe ao Estado sede do estabelecimento destinatário final e usuário real da mercadoria importada, não ao da mera liberação aduaneira, quando firma do mesmo grupo

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

empresarial, estabelecida em outro Estado da Federação, se titule como importadora, valendo-se de incentivos fiscais deste Estado”.

Confira-se os documentos carreados aos autos:

- NF 024280 (fl. 06), emitida por Novo Nordisk Farmacêutica do Brasil Ltda. (São Paulo), em 19.02.04 (sem data de saída), tendo como destinatária Biobrás S/A (Montes Claros/MG) → natureza da operação: venda merc. ad. nco. contrib. → quantidade: 250.000 unidades. → destacado ICMS/op. Própria;

- CTCR 002281 (fl. 07) emitido por Transvec Transportes e Armazéns Gerais Ltda. → remetente: Novo Nordisk Farmacêutica do Brasil Ltda. (SP) e destinatário: Biobrás S/A (MG) → local da coleta: *dry port* (Guarulhos) e de entrega: Montes Claros (MG) → observações: recebimento de volumes com avarias – amassado, rasgado, refitado / serviço oriundo de subcontratação pela Belemar Desp. Aduan. Transp. Ltda.;

- DI 04/0162283-0 (fl. 08-11) → importador: Novo Nordisk Farmacêutica do Brasil Ltda. → exportador: Novo Nordisk AS (Dinamarca) → descrição da mercadoria: Insulina Novolin N 100 ml – 250.000 unidades → desembaraço aduaneiro em 19.02.04;

- GNRE (fl. 12) pagamento efetuado ao Estado do Paraná (R\$ 273.597,68);

- Informações de vôos/aeroportos (fls. 13-20);

- Composição acionária da Biobrás e informações complementares (fls. 22-37);

- NF de entrada n.º 8878 (fl. 38), emitida por Novo Nordisk Farmacêutica do Brasil Ltda. (SP), em 19.02.04 – 250.000 unidades de Novolin – natureza da operação: compras para comercialização (CFOP 3102);

- NF de saída n.º 8879 (fl. 39), emitida por Novo Nordisk Farmacêutica do Brasil Ltda. (PR), em 19.02.04 – destinatário: Novo Nordisk Farmacêutica

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

do Brasil Ltda. (SP) – 250.000 unidades de Novolin – natureza da operação: outras saídas (CFOP 3102);

- Ato de Concentração n. 08012.007861/2001-81 (fls. 82 a 116);
- Autorização Anvisa – Resolução RE n. 2037, de 21.10.2002 (fl. 120);
- Novo Nordisk Farmacêutica do Brasil Ltda. (PR);
- Acordo de Fornecimento, firmado entre Novo Nordisk Farmacêutica do Brasil Ltda. (PR) e Novo Nordisk AS (Dinamarca) (260 a 266) – item 1-a) exclusividade de fornecimento.

Esta documentação demonstra que as mercadorias não transitaram pelos estabelecimentos da Novo Nordisk, no Paraná ou em São Paulo. Os produtos foram remetidos diretamente do local do desembaraço para o estabelecimento da Autuada, neste Estado, para serem por esta comercializados, restando claro que é ela a importadora de fato das mercadorias.

Tal conclusão é reforçada por não ser razoável se imaginar que houve uma operação comercial normal entre duas empresas independentes (e concorrentes), no mercado interno, vez que a transferência do produto, do estabelecimento paranaense para o paulista, ocorreu por valor superior (R\$ 1.520.000,00) ao de venda desta última para a empresa autuada (R\$ 1.300.000,00).

Anota-se que a terminologia legal utilizada – entrada física no estabelecimento -, não significa, por certo, a mera passagem da mercadoria pelo estabelecimento do importador direto, mas seu ingresso no ativo mobilizado da empresa, juntando-se às demais mercadorias ali elencadas, para vendas futuras.

Incontestável é a condição de sujeito passivo da empresa Impugnante, haja vista que as mercadorias importadas foram destinadas ao seu estabelecimento para fins de comercialização. Desta forma, encontra-se na condição de responsável pelo recolhimento do ICMS devido pela operação de importação questionada, nos termos da legislação supra citada.

Deve-se mencionar que não ocorre, no caso, bitributação. De fato, não resta dúvida de que o pagamento extingue a obrigação tributária. Mas, é o pagamento a quem de direito, não a um terceiro não detentor do crédito. Se foi efetuado pagamento ao Paraná, este foi feito erroneamente. E se assim ocorreu, não se desincumbiu o contribuinte perante o Estado de Minas Gerais. Compete requerer, junto ao Estado do Paraná, a restituição do que lhe fora recolhido indevidamente.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Não procede, também, o questionamento da utilização da taxa Selic, na correção do crédito tributário, já que é o indexador expressamente previsto na legislação mineira, razão pela qual utilizado pelos fiscais autuantes.

Com efeito, dispõe o art. 127, da lei 6763/75, *in verbis*:

Art. 127 - Os débitos decorrentes do não recolhimento de tributos e multas no prazo legal terão seu valor corrigido em função da variação do poder aquisitivo da moeda, segundo critérios adotados para correção dos débitos fiscais federais.

A Resolução n.º 2.880/97, que disciplina a cobrança de juros de mora incidentes sobre os créditos tributários do Estado, estabelece, em seu art. 1º, que "os créditos tributários, cujo vencimentos ocorrerão a partir de janeiro de 1998, serão expressos em reais e, quando não pagos nos prazos previstos em legislação específica, acrescidos de multa e de juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de liquidação e Custódia (Selic), estabelecida pelo Banco Central do Brasil".

Tendo em vista que a aplicação da taxa Selic, para correção de créditos tributários, está prevista na legislação tributária mineira, é vedado a este Conselho de Contribuintes negar a sua aplicação, nos termos do art. 88, I, da CLTA/MG.

O mesmo se diz em relação às demais questões que implicam incidência de princípios constitucionais para afastar a norma estadual, porventura trazidas aos autos.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Pela Impugnante, sustentou oralmente a Dra. Cláudia Horta de Queiroz e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Célio Lopes Kalume. Participaram do julgamento, além das signatárias, os Conselheiros José Eymard Costa (Revisor) e Luiz Fernando Castro Trópia.

Sala das Sessões, 17/08/04.

Cláudia Campos Lopes Lara
Presidente

Juliana Diniz Quirino
Relatora

JDQ/EJ