

Acórdão: 17.295/05/1^a Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010111985-91
Impugnante: Companhia Vale do Rio Doce
Proc. S. Passivo: Sacha Calmon Navarro Coelho/Outros
PTA/AI: 01.000144072-54
Inscr. Estadual: 317.024161-1253
Origem: DF/Ipatinga

EMENTA

IMPORTAÇÃO – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – IMPORTAÇÃO INDIRETA. Constatou-se que a Autuada promoveu importação de mercadorias através de empresa sediada em outra unidade da Federação, sem recolher o ICMS devido a este Estado, descumprindo o disposto no artigo 61, inciso I, alínea d, subalínea d.1 do RICMS/96. Reformulado o crédito tributário, alterando-se a alíquota do imposto de 12% para 18%. Infração plenamente caracterizada.

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – IMPORTAÇÃO INDIRETA. Legítima a glosa de créditos de ICMS relativos a operações de importação, acobertadas por notas fiscais emitidas por empresa estabelecida em outra unidade da Federação, em virtude das disposições contidas no item 2 da Instrução Normativa DLT/SRE n.º 02/93. Infração plenamente caracterizada.

Lançamento procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre acusação de importação de mercadorias do exterior, nos exercícios de 1998 e 1999, sem o recolhimento do ICMS devido ao Estado de Minas Gerais e de aproveitamento indevido de créditos destacados em notas fiscais interestaduais, referentes às operações de aquisição de tais mercadorias.

Exigências de ICMS e Multa de Revalidação.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 207/213, contra a qual o Fisco, em manifestação de fls. 258/261, refuta as alegações da defesa.

A Auditoria Fiscal determina a realização da Diligência de fls. 265, que resulta na juntada de documentos de fls. 266/290, com reformulação do crédito tributário às fls. 292/295 (reproduzida, também, às fls. 308/311).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Intimada da reformulação, conforme documentos de fls. 296/297 e 312/314, a Autuada se manifesta às fls. 299 a 305 e 317 a 324.

O Fisco, por sua vez, se pronuncia às fls. 325/327.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 331/336, opina pela improcedência do lançamento.

Em Sessão de Julgamento de 30/11/04, a 2ª Câmara converte o julgamento em diligência e interlocutório para que as partes prestem informações e/ou anexem documentos (fls. 342). O Fisco anexa documentos às fls. 348/365, manifestando-se às fls. 366. A Autuada anexa documentos às fls. 368/394.

O Fisco novamente comparece aos autos às fls. 407/414.

Por fim, às fls. 416/420, a Auditoria Fiscal ratifica parecer anterior, opinando pela improcedência do lançamento.

DECISÃO

Versa o presente feito fiscal sobre acusação de falta de recolhimento de ICMS incidente sobre operações de importação indireta de mercadorias do exterior, realizadas no período de outubro/98 a agosto/99 e aproveitamento indevido de créditos de ICMS destacados em notas fiscais de operações interestaduais, emitidas pela empresa CEXT - Comércio Exterior Ltda, sediada em Vila Velha/ES.

Exigências de ICMS e Multa de Revalidação (MR).

De início, faz-se necessário analisar a tese defendida pelo Sujeito Passivo relacionada à perda do direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário, referente às operações ocorridas no exercício de 1998, bem como em relação às parcelas anteriores a junho/99, oriundas da majoração do crédito tributário, decorrentes da alteração da alíquota do imposto de 12% para 18%, invocando, no primeiro caso, inobservância ao disposto no art. 150, § 4º e, no segundo, ofensa à regra do art. 149, parágrafo único do CTN.

Convém assinalar que o art. 150 do CTN trata dos casos sujeitos ao lançamento por homologação, assim entendido aquele em que o Sujeito Passivo tem o dever de antecipar o pagamento, sem prévio exame da autoridade administrativa, que tomando conhecimento da atividade exercida pelo contribuinte, expressamente o homologa.

Em se verificando a não antecipação do pagamento do tributo, pelo Sujeito Passivo, e sendo o lançamento efetuado "de ofício", como no caso dos autos, ou nos casos onde se verifique a presença de dolo, fraude ou simulação, a regra aplicável para a contagem do prazo decadencial já não se dá na forma do art. 150 retrocitado, mas nos moldes previstos no art. 173, inciso I, do CTN, ou seja, 05 (cinco) anos, contados do

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Portanto, o prazo para a Fazenda Pública formalizar o crédito tributário, oriundo dos fatos geradores ocorridos em 1998, somente se extinguiria em 31/12/2003, ao passo que o Sujeito Passivo foi notificado do presente auto de infração em 30/12/2003, conforme indica o AR (fls. 06-verso), logo, quando ainda não havia esgotado o direito de a Fazenda Pública constituir o lançamento.

Quanto ao crédito tributário em si, observa-se que as operações objeto da autuação foram listadas na planilha de fls. 07/08, quadro reformulado pelo Fisco às fls. 292, ocasião em que se deu a alteração das parcelas de ICMS e MR, em função da alteração da alíquota do imposto de 12% para 18%.

Percebe-se da análise da documentação apensa aos autos que a autuação teve como ponto de partida a "Denúncia Espontânea" apresentada pela Cia Vale do Rio Doce - CVRD (cópias fls. 229/232), instruída pelas planilhas de fls. 22/24 e 27 e DAE (fls. 25/26), quando, mediante Termo de Acordo celebrado com o Estado de Minas Gerais (cópia fls. 233/244), aquela empresa se comprometeu a efetuar a quitação de diversos débitos tributários para com a Fazenda Pública Mineira, entre eles, os oriundos da falta de recolhimento de ICMS incidente sobre importações de material de uso e consumo e de bens do ativo imobilizado, efetuadas no período compreendido entre julho/98 e maio/99, realizadas através de seus estabelecimentos localizados em outras unidades da Federação e através de aquisições da CEXT - Comércio Exterior Ltda, sediada em Vila Velha/ES, conforme evidencia a cláusula VII do Termo de Autodenúncia (fls. 231).

Contudo, das planilhas e DAE que compõem a citada denúncia espontânea, quitada com os benefícios da Lei 14.062/01, verifica-se que o Contribuinte denunciou somente as operações realizadas pelo estabelecimento sediado em Governador Valadares, conforme se observa dos documentos de fls. 13/17, 22/24, 25/26, e o demonstrativo elaborado pelo próprio Fisco, anexo à fls. 262, esquecendo-se, no entanto, das operações realizadas pelo estabelecimento de Itabira, o ora Autuado.

Eis a razão que motivou a autoridade fiscal a buscar, no estabelecimento de Itabira/MG, informações acerca das operações de aquisição de mercadorias, oriundas da CEXT Comércio Exterior Ltda, conforme noticia o Termo de Intimação n.º 06/2003 (fls. 09).

No processo de investigação, o Fisco teve acesso a algumas notas fiscais de entrada, emitidas pela CEXT, cópias de declarações fornecidas pela Autuada por meio de arquivos eletrônicos – “An VII - Nota Fiscal” (exemplo fls. 66 e fls. 127), bem como cópias de extratos de Declarações de Importação (DI), extraídas de arquivos eletrônicos da Receita Federal.

De fato, tal como assegura o Autuante, todas as Declarações de Importação apensas aos autos apontam mercadorias semelhantes às das notas fiscais de entrada, emitidas pela CEXT, listadas nas planilhas de fls. 7/8.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A autuação encontra-se fundamentada no art. 61, inciso I, alínea “d”, subalínea “d.1” do RICMS/96, a seguir transcrito:

“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;”

Outrossim, o documento de fls. 377, anexado pela Autuada, requerendo à Secretaria de Estado da Fazenda do Espírito Santo, o abatimento do ICMS devido na importação de mercadorias, com créditos acumulados, reforça que as importações realizadas pela CVRD, situada à Av. Dante Michelini, n.º 5.500, não se destinavam àquele estabelecimento, mas sim a outras unidades da Federação.

Importante a transcrição de parte da fundamentação do citado requerimento (fls. 377):

“1 – Considerando a possibilidade de geração de ICMS, no Estado do Espírito Santo, através de operações de importação de bens e mercadorias oriundas do exterior, principalmente nas operações destinadas a estabelecimentos da Requerente situados em outros Estados.” (gn).

A forma de agir da Impugnante, consubstanciada pela denúncia espontânea levada a efeito, demonstra, inequivocamente, que faltaram na citada denúncia as operações referentes ao estabelecimento de Itabira, ora exigidas pelo Fisco neste Auto de Infração.

Cumprе salientar que as importações, cujo imposto é exigido neste trabalho fiscal, foram realizadas pela empresa “Fundapiana” CEXT Comércio Exterior Ltda., dentro do período denunciado (julho/98 a maio/99), cujo imposto não foi recolhido em dezembro/2001 pela Autuada, com os benefícios da Lei 14.062/2001.

Percebe-se que a infração é reconhecida pela própria Autuada, ao protocolar a denúncia espontânea supracitada.

Em sua peça defensiva, argumenta a Impugnante que grande parte dos valores cobrados já teriam sido pagos por ocasião de “Acordo” celebrado com o Estado de Minas Gerais. Naquela oportunidade anexa aos autos cópias da “Denúncia Espontânea”, “Termo de Acordo” assinado com a SEF/MG e DAEs. de fls. 254/256.

Constata-se do exame dos documentos acostados aos autos (na fase de Impugnação) que:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

1 – Os DAE anexados referem-se, em sua maioria, a pagamentos efetuados por outros estabelecimentos da empresa, localizados em Governador Valadares e Ouro Preto. Aqueles concernentes ao estabelecimento autuado (situado em Itabira) não são relativos a ICMS na importação.

2 – O item VII da “Denúncia Espontânea” (fls. 231), que trata do não recolhimento do ICMS incidente sobre as operações de importação de material de uso e consumo e bens do ativo imobilizado, refere-se ao período compreendido entre julho/98 e maio/99, realizadas pela empresa CEXT Comércio Exterior Ltda. Não obstante, na denúncia espontânea não foram contempladas as operações de importação destinadas à ora Impugnante.

Quanto ao estorno do crédito do imposto destacado nas notas fiscais emitidas pela CEXT destinando as mercadorias para a ora Impugnante, verifica-se sua legitimidade, tendo em vista as disposições contidas no item 2 da Instrução Normativa DLT/SRE n.º 02/93.

O artigo 155, parágrafo 2º, inciso IX, alínea “a”, da Constituição Federal/88, determina que o ICMS incidirá também:

“sobre a entrada de mercadoria importada do exterior ... cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o estabelecimento destinatário da mercadoria ou do serviço” (Grifado)

Nesse sentido, foi editada, em 12/11/93, a Instrução Normativa DLT/SRE n.º 02/93 a respeito do tratamento tributário a ser dispensado nas operações com mercadorias importadas do exterior.

O item 1 da referida norma estabelece que:

“É devido ao Estado de Minas Gerais o ICMS correspondente à importação de mercadoria ou bem do exterior, promovida:

a - direta ou indiretamente por estabelecimento situado em território mineiro;

b - por estabelecimento situado em outra unidade da Federação:

b.1 - pertencente ao mesmo titular, ou que mantenha relação de interdependência com o estabelecimento mineiro, destinatário da mercadoria ou do bem, ou

b.2 - quando a importação seja vinculada ao objetivo de destinar a mercadoria ou o bem a este Estado.” (grifo nosso)

O seu item 2 assim dispõe:

“Nas hipóteses descritas no item anterior, não é admitido aproveitamento do crédito do ICMS, pago a outro Estado, referente à entrada da mercadoria

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

no estabelecimento mineiro, quando remetida por estabelecimento localizado em outra unidade da Federação." (gn)

Já o item 3 é ainda mais contundente e estatui que:

"O contribuinte que tiver aproveitado crédito do imposto em desacordo com o item anterior deverá, espontaneamente:

a - estornar o crédito;" (gn)

Nesse sentido, o procedimento fiscal em estornar os valores destacados nas notas fiscais de saída emitidas pela empresa CEXT – Comércio Exterior Ltda., do Espírito Santo, encontra-se plenamente respaldado na legislação estadual em vigor, estando corretas as exigências fiscais (ICMS e MR) apuradas após a recomposição da conta gráfica.

Por derradeiro vale lembrar que, em face do disposto no artigo 88, inciso I da CLTA/MG, não cabe a esta Casa a apreciação de questões relativas a inconstitucionalidade ou negativa de aplicação de lei, decreto ou ato normativo, argüidas pela Impugnante.

Portanto, de todo o acima exposto, verifica-se que restaram plenamente caracterizadas as infringências à legislação tributária, sendo, por conseguinte, legítimas as exigências constantes do Auto de Infração em comento, considerando-se a reformulação do crédito tributário realizada pelo Fisco alterando a alíquota de 12% para 18%.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, em julgar procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco às fls. 292/295. Vencida a Conselheira Juliana Diniz Quirino (Revisora) que o julgava improcedente. Participou do julgamento, além dos signatários e da vencida, a Conselheira Regina Beatriz dos Reis. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Carlos Victor Muzzi Filho.

Sala das Sessões, 26/09/05.

Roberto Nogueira Lima
Presidente

Edwaldo Pereira de Salles
Relator

Acórdão: 17.295/05/1^a Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010111985-91
Impugnante: Companhia Vale do Rio Doce
Proc. S. Passivo: Sacha Calmon Navarro Coelho/Outros
PTA/AI: 01.000144072-54
Inscr. Estadual: 317.024161-1253
Origem: DF/Ipatinga

Voto proferido pela Conselheira Juliana Diniz Quirino, nos termos do art. 43 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

Trata o presente feito de autuação em razão de supostas operações de importação indireta, através da empresa CEXT – Comércio Exterior Ltda., sediada no Estado do Espírito Santo e inscrita no Fundap, no período de out./1998 a agosto/1999.

Foi exigido ICMS e multa de revalidação, no total de R\$ 2.028.281,19

** AI lavrado em 29.12.2003 (fl. 03-04) e recebido em 30.12.2003 (fl. 06)

** TIAF 10.030000443.77, de 01.03.03 (fl. 02)

** demonstrativo das aquisições (fls. 07-08) – das DI (fls. 11-12)

** outros documentos – fls. 28-206

A acusação fiscal se baseia em denúncia espontânea formalizada pela Companhia Vale do Rio Doce, em função do Acordo celebrado com o Estado de Minas Gerais.

O Fisco pretendeu, demonstrando um suposto '*modus operandi*' da empresa, estender a todas as operações realizadas com a CEXT – Com. Exterior Ltda. a pecha de importação indireta.

Entretanto, ausentes estão os elementos necessários à comprovação da materialidade da importação indireta.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Esta deficiência foi detalhadamente narrada pela auditora Sônia Maria Silva Fernandes, em Parecer juntado a fls. 331-336, do qual se extrai os seguintes excertos:

“No processo de investigação, o Fisco teve acesso a algumas notas fiscais de entrada, emitidas pela CEXT, cópias de declarações fornecidas pela Autuada por meio de arquivos eletrônicos (...), bem como cópias de extratos de Declarações de Importação (DI), extraídas de arquivos eletrônicos da Receita Federal, restando ausentes algumas das notas fiscais elencadas na planilha de fls. 07/08, as de n. 000035, 000343, 000385 e 001322.

De fato (...), todas as Declarações de Importação apenas aos autos apontam mercadorias semelhantes às das notas fiscais de entrada, emitidas pela CEXT, listadas nas planilhas de fls. 7/8.

Todavia, as cópias das notas fiscais ou em alguns casos os extratos de arquivos magnéticos do contribuinte, ‘An. VII – notas fiscais’ (ex. fl. 66 e 127) bem como as DI anexas aos autos não se constituem elementos materiais suficientes à comprovação da importação indireta das mercadorias, haja vista a inexistência de qualquer dado indicativo, seja nas DI, seja nas notas fiscais, da prévia destinação das mercadorias ao estabelecimento mineiro.

A Autoridade Autuante assegura que os documentos de fls. 28/40 demonstram, de forma irrefutável, a prática da operação de importação indireta e evidenciam o esquema de sonegação.

Entretanto, o que ali se vê é uma importação efetuada pela CEXT – Com. Exterior Ltda., com a observação de que a operação se refere a ‘ação FUNDAP entre as empresas CEXT e a Cia. Vale do Rio Doce’, sediada no Rio de Janeiro, conforme apontam os dados complementares da DI de fls. 31; já no Conhecimento de Transporte Aéreo (fl. 34) e na *Commercial Invoice* (fl. 35), indicam o estabelecimento da CVRD de Vitória/ES, ou seja, nenhum destes documentos trazem qualquer menção ao estabelecimento de Itabira.

(...) os elementos trazidos aos autos não são suficientes para se afirmar, com absoluta certeza e exatidão, que as operações descritas nas notas fiscais arroladas a fls. 07/08 referem-se à importação indireta”.

Esta manifestação é completada, à perfeição, pela fala do auditor Afrânio Moraes Vilaça, que também opina pela improcedência do lançamento (Parecer de fls. 416-420):

“(…) O Fisco, na busca da verdade material, poderia solicitar os documentos necessários à comprovação das operações ditas triangulares junto ao Fisco Capixaba, utilizando-se da mútua colaboração entre os Fiscos.

Entretanto, o que restou configurado foi uma acusação não comprovada. Há que salientar que cabe ao acusador, no caso o Fisco, apresentar as provas necessárias à materialidade do ilícito.

Os documentos de fls. 28/40 não são caracterizadores de operações de importação, com o envolvimento do estabelecimento da Impugnante localizado em Itabira”.

Não se pode confundir a existência de indícios e a possibilidade de lançamento baseado em presunções com o uso da analogia para imposição de tributos.

Esta é expressamente proibida pelo Código Tributário Nacional, art. 108, §1º, c/c art. 112, II:

Art. 108 - (...)

§ 1º - O emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei.

(...)

Art. 112 -A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:

(...)

II - à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos

Embora vedado, é o que pretendeu o agente fiscal ao afirmar que o contribuinte confessou a importação indireta e pagou o crédito (Acordo) – “*só esqueceu de estendê-lo ao estabelecimento ora autuado*” (fls. 407-413). Assim, fê-lo pela empresa, sem maiores preocupações em comprovar documentalmente que tal extensão era possível.

O ônus da prova é regulado, no ordenamento jurídico brasileiro, pelo Código de Processo Civil:

Art. 333 - O ônus da prova incumbe:

I - ao Autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Com efeito, como ensinam Tipke e Kruse, também no direito tributário prevalecem as regras do ônus da prova, que impõem o dever de provar o alegado à parte em favor de quem a norma corre – exceptuando-se os casos em que a lei dispuser de forma diferente.

O indício somente serve como prova indireta se a sua ocorrência não permitir senão a hipótese da ocorrência do fato a ser provado. Se for possível a alegação de que poderia não ter ocorrido o fato a ser provado (ainda que haja toda probabilidade de que ele tenha de fato acontecido), não se estará diante de uma prova indireta, mas de uma mera presunção. (Luiz Eduardo Schoueri. *Processo Administrativo Fiscal*)

No caso em tela, a ocorrência do fato que motivou a glosa dos créditos da empresa autuada é apenas provável e não certa, já que seria possível a ocorrência de situação diversa da descrita pelo fiscal.

A razão por que não cabe a autuação é elementar: estando o sistema tributário brasileiro submetido à rigidez do princípio da legalidade, a subsunção dos fatos à hipótese de incidência tributária é mandatória para que se dê o nascimento da obrigação do contribuinte. Admitir que o mero raciocínio de probabilidade por parte do aplicador substitua a prova é conceber a possibilidade de que se exija um tributo sem que necessariamente tenha ocorrido o fato gerador.

Pelo exposto, voto pela improcedência do lançamento, nos termos dos Pareceres de fls. 331-336 e 416-420.

Sala das Sessões, 26/09/05.

Juliana Diniz Quirino
Conselheira