

Acórdão: 16.836/05/3^a Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010112775-30
Impugnante: Brinquemolde Licenciamento Indústria e Comércio Ltda.
Proc. S. Passivo: Luigi Mingrone/Outros
PTA/AI: 01.000144941-14
Inscr. Estadual: 694.125784-0000
Origem: DF/Varginha

EMENTA

IMPORTAÇÃO – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – IMPORTAÇÃO INDIRETA – Constatou-se que a Autuada promoveu importação indireta de mercadorias, através de empresa sediada em outra unidade da Federação, sem recolher o ICMS devido ao Estado mineiro, descumprindo o disposto no artigo 33, § 1º, item 1, alínea i, subalínea i.1.3 da Lei nº 6. 763/75. Os documentos acostados aos autos comprovam que as mercadorias importadas foram remetidas, em sua totalidade, ao estabelecimento mineiro, diretamente da Zona Alfandegária.

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – IMPORTAÇÃO – Legítima a glosa de créditos de ICMS relativos as operações de importação indireta, 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.

Lançamento procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre as seguintes irregularidades:

1 – Falta de recolhimento do ICMS devido sobre operações de importação de mercadorias do exterior, consignadas nas Declarações de Importação - DI de n.º 03/1029287-0 e 03/1098503-4 do mês de dezembro/2003, em virtude da Autuada ter efetuado tais operações de forma indireta, através de empresa beneficiária do FUNDAP - “MG9 Trading Ltda.” situada no Estado do Espírito Santo.

2 – Aproveitamento indevido de créditos de ICMS destacado nas notas fiscais emitidas pela empresa capixaba supra citada, referentes as aquisições das mercadorias importadas.

Lavrado em 01/04/04 - AI exigindo ICMS e MR.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 47/56.

O Fisco se manifesta às fls. 74/77, refutando as alegações da Impugnante.

A Auditoria Fiscal solicita diligências às fls. 80, que resulta na manifestação fiscal de fls. 81 e 82, bem como na juntada dos documentos de fls. 83/120.

Concedida vista dos autos ao Sujeito Passivo (doc. de fls. 122/123 e fls. 129/130), face a juntada de documentos, este não comparece aos autos.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 132/140, opina procedência do Lançamento.

DECISÃO

Irregularidade 1 do Auto de Infração

O tratamento tributário dado à entrada de mercadoria importada do exterior, advém da determinação contida no Artigo 155, § 2º, IX, Alínea "a", da CF/88, que estabelece:

" IX - incidirá também:

a) sobre a entrada de mercadoria importada do exterior, ainda quando se tratar de bem destinado a consumo ou ativo fixo do estabelecimento, assim como sobre o serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o estabelecimento destinatário da mercadoria ou do serviço;"

Resta evidente, então, a importância do "*estabelecimento destinatário*" para a definição do Ente Tributante.

Já o legislador complementar, ao definir o *local da operação* e o *estabelecimento responsável*, identifica como contribuinte, no que tange à importação, o estabelecimento ao qual se destinar fisicamente a mercadoria (e não aquele que efetuou, juridicamente, a importação), conforme previsão contida no Art. 11 da Lei Complementar n.º 87, de 13/09/96, "*in verbis*":

"Art. 11 - 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) importado do exterior, o do estabelecimento onde ocorrer a entrada física;

(...) " (gn)

Na verdade, tem-se claro que tal dispositivo visa resolver conflito de competência tributária, função original da Lei de natureza "Complementar", como bem estabelece o inciso I do art. 146 da Constituição Federal vigente.

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

pessoa diversa daquela que o importou, de modo que, embora conste a empresa “A” na Declaração de Importação, o verdadeiro importador é “B”.

Em âmbito estadual, esse foi o entendimento adotado pelo legislador mineiro, estampado no artigo 33, §1º, item 1, alínea “i.1.3”, da Lei n.º 6.763/75, *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 - o do estabelecimento:

(...)

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;” (**Efeitos a partir de 07/08/03.**)

Retornando aos dispositivos da legislação tributária mineira, vemos que o legislador cuidou de caracterizar detalhadamente a *importação indireta* – esta ocorre quando a importação é promovida por outro estabelecimento, ainda que situado em outra unidade da Federação, quando há o objetivo precípuo de destinar as mercadorias ao estabelecimento situado em território mineiro.

Corroborando este entendimento, a IN SLT/SRE/SCT 03 de 14/11/01 estabelece os procedimentos que devem ser observados pelo Fisco quanto ao levantamento de elementos necessários à materialização dos fatos ocorridos em face das operações triangulares de importação que possam configurar importação indireta, sendo que o presente caso inclui-se no inciso XIII do artigo 1º da referida norma legal, que ora se transcreve:

Art. 1º - É elemento necessário à comprovação da ocorrência de operação de importação indireta, dentre outras, a constatação, pelo Fisco, de uma das seguintes ocorrências:

(...)

XIII - existência de mercadoria considerada importada, com início do transporte em Zona Primária ou Secundária, e destinada diretamente a contribuinte mineiro, inclusive quando a totalidade da carga for, mesmo que remetida em lotes, determinada na Declaração de Importação (DI).

As provas a seguir mencionadas evidenciam que as mercadorias foram importadas com objetivo prévio de serem destinadas ao estabelecimento do Sujeito Passivo:

1 - As notas fiscais 003084, 003085, 003090 e 003092 (fls. 27/37) mencionam no campo reservado aos dados adicionais que se referem à DI

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

03/1029287-0, sendo que nelas estão relacionadas todas as mercadorias por meio dela importadas, conforme se verifica às fls. 88/92; há ainda menção ao Processo n.º 041/03, também mencionado no campo “**Dados Complementares**” da documentação relativa à mencionada DI (fls. 85).

2 - A nota fiscal 003112 (fls. 38/44), obviamente por um lapso do emitente, também faz referência no campo reservado às informações complementares à DI 03/1029287-0, mas à evidência está plenamente vinculada com a DI 03/1098503-4, pois nela consta a totalidade das mercadorias através dela importadas, ou seja, 36.750 peças, com peso líquido de 17.692,20 kg, conforme se verifica às fls. 108/113.

3 - Ambos os documentos mencionam como destinatária a Autuada, constando nos dados adicionais que a mercadoria deveria ser entregue por conta e ordem do destinatário a “Brinquemolde Armazéns Ltda.” situada em Itapira/SP. Em relação a este fato, o Fisco esclarece que a Autuada é signatária de Regime Especial com a SEF/MG (PTA 16.000091084.63), que lhe permite realizar operações mediante (e para) armazém geral situado em SP, no caso aquele descrito nas notas fiscais constantes do AI em questão – Brinquemolde Armazéns Gerais Ltda. – Rua Roupen Tilkian, 375, bloco B – Itapira, SP – CNPJ 03.837.873/0001-41, IE 374.114944.115.

4 – As mercadorias constantes da DI n.º 03/1029287-0 foram desembaraçadas em 03/12/03 (fls. 12), tendo sido enviadas para a Autuada em 04/12/03 e 05/12/03, através das notas fiscais mencionadas no item 1.

5 - Relativamente à DI de n.º 03/1098503-4 (fls.104) constata-se que o desembaraço aduaneiro das mercadorias ocorreu em 18/12/03 e no dia seguinte (19/12/03) foi emitida por MG9 Trading Ltda. a nota fiscal n.º 003.112 para acobertar a saída de referidas mercadorias para Autuada.

6 – Mediante exame das DI's percebe-se que a empresa consignada como importadora das mercadorias (MG9 Trading Ltda.) estava estabelecida à Av. Nossa Senhora da Penha n.º 595, sala 1.012, Torre II, Praia do Canto, Vitória/ES. Tal fato comprova que as mercadorias saíram diretamente da “Zona Alfandegada”, posto que referida sala não comportaria a enorme quantidade de mercadorias importadas, cujo peso superava a 12 toneladas, em cada DI.

Constata-se, portanto, a ocorrência da importação indireta preconizada nos dispositivos legais já transcritos que embasam o presente Auto de Infração.

A Impugnante se defende afirmando que adquiriu as mercadorias em operação interestadual e que não participou do processo de importação, que foi totalmente levado a efeito pela empresa MG9 Trading Ltda.

No entanto, não procedem as alegações da Impugnante, conforme restou fartamente demonstrado.

Irregularidade 2 do Auto de Infração

A relação das notas fiscais cujo imposto destacado, apropriado como crédito pela Autuada, foi objeto de estorno, encontra-se anexada às fls. 26 (notas fiscais emitidas pela empresa MG9 Trading Ltda., relativas às mercadorias importadas através das DI's objeto da autuação).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A planilha de fls. 25 consolida os valores apropriados objeto do estorno e a recomposição da contra gráfica foi efetuada conforme VFA – Verificação Fiscal Analítica de fls. 23 e 24.

O procedimento fiscal ao estornar os créditos destacados nas notas fiscais de saídas emitidas pela empresa supra citada, situada no Estado do Espírito Santo, encontra respaldo no item 2 da Instrução Normativa DLT/SRE n.º 02/93, *in verbis*:

“ 2 - Nas hipóteses descritas no item anterior, não é admitido o aproveitamento do crédito do ICMS, pago a outro Estado, referente à entrada da mercadoria no estabelecimento mineiro, quando remetida por estabelecimento localizado em outra unidade da Federação.”

Legítimas, por conseguinte, as exigências fiscais constantes do vertente Auto de Infração.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, em julgar procedente o Lançamento. Vencida a Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão (Revisora) que o julgava improcedente. Designada relatora a Conselheira Aparecida Gontijo Sampaio (Revisora). Participaram do julgamento, as Conselheiras retro mencionadas e os Conselheiros José Eymard Costa e Luiz Fernando Castro Trópia.

Sala das Sessões, 01/03/05.

Aparecida Gontijo Sampaio
Presidenta/Relatora

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 16.836/05/3^a Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010112775-30
Impugnante: Brinquemolde Licenciamento Indústria e Comércio Ltda.
Proc. S. Passivo: Luigi Mingrone/Outros
PTA/AI: 01.000144941-14
Inscr. Estadual: 694.125784-0000
Origem: DF/Varginha

Voto proferido pela Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão, nos termos do artigo 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.

Por meio do presente lançamento exige-se ICMS e MR em face da imputação fiscal feita ao Contribuinte de ter cometido as seguintes irregularidades:

01. falta de recolhimento do ICMS devido na importação de mercadorias do exterior, tendo em vista que as mesmas foram desembaraçadas por empresa situada em outra unidade da Federação (Espírito Santo), beneficiária do FUNDAP e, segundo o Fisco estavam previamente destinadas ao estabelecimento mineiro, caracterizando importação indireta;

02. aproveitamento indevido de créditos de ICMS relacionados com operações de importação indireta de mercadorias do exterior, realizadas através de empresa situada no Espírito Santo, beneficiária do FUNDAP, sem que o imposto tenha sido recolhido para o Estado de Minas Gerais.

A discussão posta nos presentes autos refere-se a ocorrência de importação indireta, uma vez considerar o Fisco que a ora Impugnante teria deixado de recolher o ICMS devido na importação de mercadorias do exterior, tendo em vista que as mesmas foram desembaraçadas em outra unidade da Federação mas estariam previamente destinadas ao estabelecimento mineiro.

Dispõe o artigo 155, inciso II e §2º, inciso IX, alínea “a”, da Constituição Federal de 1988 que:

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

.....

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

.....

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

.....

IX - incidirá também:

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 destinatário da mercadoria, bem ou do serviço;

.....”

Estabelece, portanto, a Constituição Federal de 1988 a repartição da competência tributária, deixando a cargo dos Estados e do Distrito Federal a instituição do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e contempla, também, a operação de importação. Impõe, ainda, que o imposto caberá ao Estado onde estiver situado o estabelecimento destinatário da mercadoria ou do serviço.

A Lei Complementar n.º 87/96 veio regulamentar a matéria posta na Constituição Federal, e entre outros pontos, determinou que, o local da operação é o estabelecimento que efetuou, juridicamente, a importação. Senão, vejamos:

“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 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.

Sustenta a Fiscalização a ocorrência de operação de importação indireta, ou seja, a mercadoria importada é prévia e especificamente destinada à pessoa diversa daquela que a importou e a ela seja diretamente destinada, quando do desembaraço. Assim, no entender da Fiscalização, tal operação teria como destinatária final a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

empresa Impugnante e como intermediária a empresa do Estado do Espírito Santo, MG9 Trading Ltda., sendo que o ICMS considerando o critério da entrada física da mercadoria, seria devido ao Estado de Minas Gerais.

Não se contesta na presente lide, a ocorrência da importação, mesmo porque a gama de documentos carreados aos autos evidencia a certeza da ocorrência desta operação, mas sim a competência para a arrecadação do imposto.

Dos documentos acostados aos autos depreende-se claramente que o importador é, de fato, a empresa localizada no Estado do Espírito Santo, qual seja, MG9 Trading Ltda., tendo em vista que nenhum dos documentos relativos à importação faz menção à ora Impugnante.

Acrescente-se que as mercadorias foram remetidas para Minas Gerais pela própria empresa importadora o que por si só já deixa dúvidas quanto à afirmação do Fisco de ocorrência de importação indireta. Como bem observa a Impugnante, os documentos fiscais acostados aos autos comprovam que a operação questionada se deu após a nacionalização da mercadoria caracterizando, consequentemente, uma operação interestadual.

Sendo assim, a empresa MG9 Trading Ltda. procedeu à negociação com a empresa localizada em outro país, bem como efetivou a seu encargo a compra e a importação de mercadorias e, por fim, após concluídas as operações anteriormente descritas, e após efetivada a nacionalização da mesma em seu nome, promoveu a revenda das mesmas. Não há nos autos provas que desconstituam a certeza destas afirmações.

Em face das inúmeras discussões surgidas em torno da importação indireta, em novembro de 2001, foi editada a Instrução Normativa n.º 03/01, estabelecendo procedimento a ser observado quanto ao levantamento de elementos necessários à materialização dos fatos ocorridos em face das operações triangulares de importação que possam configurar importação indireta. E, da análise das regras constantes desta Instrução Normativa verificamos que a operação em questão não apresenta os elementos necessários à materialização da importação indireta.

O artigo 1º da Instrução Normativa n.º 03/2001 elencou diversos elementos que, uma vez presentes, comprovariam a ocorrência de operação de importação indireta. Conforme já exposto, no caso dos autos não é possível a perfeita verificação da existência destes caracterizadores.

Os documentos acostados ao presente processo e relativos à importação, tais como a Declaração de Importação, a Guia para Liberação da Mercadoria Estrangeira, a GNRE, dentre outros, em momento algum apresentam em seu corpo referência ao contribuinte mineiro.

Acrescente-se ainda que não foram apenas estes os elementos listados na Instrução Normativa n.º 03/2001 que não foram encontrados na operação objeto do

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

presente feito fiscal, verificamos que nenhum documento pertinente a importação trouxe em seu corpo dados da Impugnante.

Ademais, temos também que não restou demonstrado que o contribuinte mineiro pagou valores referentes às despesas aduaneiras, ou que estava assumindo quaisquer ônus advindos da operação de importação, ou mesmo que realizou diretamente o pedido de compra para o fornecedor estrangeiro, etc.

Vale ressaltar que o simples fato de toda a mercadoria importada vir para o Estado de Minas Gerais, especialmente, para o estabelecimento da Impugnante não é elemento suficiente por si só para configurar a importação indireta.

Voltamos aqui a enfatizar que a Declaração de Importação não faz qualquer menção à empresa Impugnante, o que já demonstra o seu não envolvimento na operação de importação e sim a sua condição de simples adquirente, em operação interestadual, das mercadorias importadas.

Acrescentamos ainda que o fato de constar nas notas fiscais 003084, 003085, 003090 e 003092 (fls. 27/37), no campo reservado aos dados adicionais, referência à DI 03/1029287-0, por si só não é suficiente para comprovar a prévia destinação, até porque estes documentos fiscais foram emitidos após a internação das mercadorias.

Ressaltamos também nossa discordância, devido a total falta de comprovação e materialidade fática, quanto a afirmação de que a citação de outra DI no corpo da nota fiscal 003112 (fls. 38/44), teria ocorrido por lapso do emitente.

Frise-se que é exatamente o fato de estas notas fiscais constarem como destinatária a ora Impugnante que levou à autuação. E, não poderia ser diferente pois claramente é esta a operação que os documentos descrevem.

Cumpramos ainda lembrar que há menção nos dados adicionais que a mercadoria deveria ser entregue por conta e ordem do destinatário a “Brinquemolde Armazéns Ltda.” situada no município de Itapira - Estado de São Paulo.

O esclarecimento prestado pelo Fisco de ser a Impugnante signatária de Regime Especial com a SEF/MG (PTA 16.000091084.63), que lhe permite realizar operações mediante (e para) armazém geral situado em São Paulo, no caso aquele descrito nas notas fiscais constantes do Auto de Infração sob análise, qual seja, Brinquemolde Armazéns Gerais Ltda. – Rua Roupem Tilkian, 375, bloco B – Itapira, SP – CNPJ 03.837.873/0001-41, IE 374.114944.115, só não altera a conclusão aqui exposta mas a reforça.

No que se refere ao item 2 quanto ao alegado aproveitamento indevido de créditos de ICMS decorrente de operação interestadual temos a acrescentar que a relação das notas fiscais cujo imposto destacado, apropriado como crédito pela Impugnante, foi objeto de estorno, encontra-se anexada às fls. 26. Deste rol depreende-se que tratam-se das notas fiscais emitidas pela empresa MG9 Trading Ltda., relativas às mercadorias importadas através das DI's objeto da autuação.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O procedimento fiscal ao estornar os créditos destacados nas notas fiscais de saídas emitidas pela empresa supra citada, situada no Estado do Espírito Santo, está fundado no item 2 da Instrução Normativa DLT/SRE n.º 02/93, que estabelece não ser “admitido o aproveitamento do crédito do ICMS, pago a outro Estado, referente à entrada da mercadoria no estabelecimento mineiro, quando remetida por estabelecimento localizado em outra unidade da Federação.”

Nesta linha, e consoante nosso entendimento de que a importação indireta não restou demonstrada, não há que se falar em estorno dos créditos a ela relativos por inocorrência da operação interestadual pois ao nosso ver a mesma ocorreu de forma correta.

Diante disso, julgo improcedente o lançamento.

Sala das Sessões, 01/03/05.

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Conselheira