

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 17.017/06/2ª Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010114956-77 (Aut.), 40.010115014-48 (Coob.)
Impugnantes: CTBC Celular SA (Autuada)
Huawei do Brasil Telecomunicações Ltda (Coobrigada)
Proc. S. Passivo: Rogério Damasceno Leal (Coob.)/José Roberto Camargo/Outro(s)
PTA/AI: 01.000148834-47
Inscrição Estadual: 702.042559.0063 (Autuada)
CNPJ: 02.975.504/0004-03 (Coobrigada)
Origem: DF/Uberlândia

EMENTA

IMPORTAÇÃO - FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS - LOCAL DA OPERAÇÃO. Restando caracterizada a importação de mercadorias do exterior por estabelecimento situado noutro Estado, mas com prévia destinação a estabelecimento mineiro, conforme contrato de fornecimento anteriormente firmado entre Autuada e Coobrigada, é MG o sujeito ativo do ICMS incidente, porquanto responsável pelo recolhimento o destinatário final (Autuada), nos termos do art. 33, § 1º, I, i.1.1 e i.1.3, da Lei 6.763/75. Crédito tributário retificado pelo próprio Fisco, excluindo a Multa Isolada inicialmente aplicada, capitulada no art. 55, XXVIII, da Lei 6763/75, além da adequação das alíquotas aplicadas. Exigências fiscais parcialmente mantidas. Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Versa a presente autuação sobre importação indireta de bens/materiais do exterior, previamente destinados a Minas Gerais, sem o recolhimento do ICMS devido para este Estado.

A Autuada, **CTBC CELULAR S/A**, pretendendo a instalação de uma rede de telefonia GSM, abrangendo MG, GO, MS e SP, contratou, em 10 de setembro de 2004, com a Coobrigada, **Huawei do Brasil Telecomunicações Ltda.**, o fornecimento de equipamentos e, com **Huawei Serviços do Brasil Ltda.**, a aquisição de softwares e a respectiva prestação de serviços de instalação e manutenção (estas duas estabelecidas no Estado de São Paulo).

A primeira contratada, em vez de importar tais bens diretamente do exterior, utilizou-se, para tanto, da empresa **SAB SP TRADING COMPANY S/A** (que figurou como importadora nos documentos de importação), estabelecida no Espírito Santo, a cuja UF, afirma-se, teria sido recolhido o ICMS da importação.

Concebendo devido o ICMS incidente pela importação a MG, o Fisco autuou a contratante, estabelecendo coobrigação à fornecedora, estando a exigir o

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

imposto, à alíquota de 18%, Multa de Revalidação (50%), Multa Isolada (10 %) e juros moratórios.

Inconformadas com as exigências fiscais, Autuada e Coobrigada apresentam, tempestivamente, através de procuradores regularmente constituídos, Impugnações às fls. 202/223 e 274/305, respectivamente, contra as quais o Fisco se manifesta às fls. 459/477.

Após impugnação, o Fisco houve por bem alterar o crédito tributário, para excluir a Multa Isolada e incluir algumas notas fiscais antes não apresentadas pelo sujeito passivo, adequar a 7% e 12% as alíquotas para algumas mercadorias, em respeito à legislação, e abater o valor de ICMS recolhido a título de diferencial de alíquota (fls. 340/388).

Após ter vista dos autos, a Coobrigada adita sua impugnação às fls. 396/408, oportunidade em que promove a juntada dos documentos de fls. juntando documentos de fls. 409/455.

A Auditoria Fiscal, através do parecer de fls. 480/491, opina pela procedência parcial do lançamento, conforme demonstrativo acostado à fl. 344.

A 2.^a Câmara de Julgamento, em sessão realizado no dia 17/03/06, exara o despacho interlocutório de fl. 493, que resulta na manifestação da Coobrigada às fls. 499/500, na juntada dos documentos de fls. 501/518 e na manifestação fiscal de fl. 522.

A Auditoria Fiscal, através do parecer de fls. 524/526, ratifica seu posicionamento anterior, opinando mais uma vez pela procedência parcial do lançamento, nos termos do demonstrativo de fl. 344.

DECISÃO

Observação Inicial:

Ressalte-se, inicialmente, que os fundamentos expostos nos Pareceres da Auditoria Fiscal (fls. 480/491 e 524/526) foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e, por esta razão, passarão a compor o presente Acórdão, salvo pequenas alterações.

Mérito:

Em 10 de setembro de 2004, Autuada (**CTB Celular S/A**), Coobrigada (**Huawei do Brasil Telecomunicações Ltda.**) e **Huawei Serviços do Brasil Ltda.** (estas duas últimas estabelecidas no Estado de São Paulo) firmaram contrato (**CONT/CEG/023/2004**) no valor de R\$ 56.502.745,00, segundo o qual a segunda forneceria à primeira equipamentos para instalação de uma rede de telefonia GSM, abrangendo MG, GO, MS e SP.

Equipamentos no valor de R\$ 36.183.388,00, compreendendo instalações em todos estes Estados, deveriam ser adquiridos pela Coobrigada diretamente de sua matriz chinesa, sendo que os softwares e serviços de instalação e manutenção dos

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

equipamentos ficariam a cargo da **Huawei Serviços**, conforme contrato anexado às fls. 15/20 (parte) e 226/248 (completo).

A Coobrigada, em vez de importar tais equipamentos e materiais diretamente do exterior, utilizou-se da empresa **SAB SP TRADING COMPANY S/A**, que figurou como importadora nos documentos de importação (fls. 24/55), estabelecida no Espírito Santo, a cuja UF, teria sido recolhido o ICMS da importação.

Cabe ressaltar que nem todos os materiais e equipamentos se destinavam previamente a MG, já que parte ficaria em SP, outra iria para GO e uma terceira para MS.

Materiais e equipamentos foram desembarcados em Viracopos, Campinas – SP, e dali remetidos para a EADI-II – SILOTEC, no ES, onde desembarcados. Supostamente vendidos pela **SAB** para **Huawei do Brasil Telecomunicações Ltda.** (Coobrigada), que os forneceria à Autuada, para instalação nos citados Estados, foram remetidos diretamente do ES para MG, com notas fiscais por conta e ordem da fornecedora (Coobrigada), sendo que diversas dessas remessas tiveram interceptação fiscal no trânsito, com formação de Avulso de Conferência destinado à DF/Uberlândia (fls. 121/200).

A fornecedora dos equipamentos e materiais emitiu notas fiscais de venda para a **CTBC**, notas estas de operação interestadual, sendo que o Fisco tomou daquelas que remetiam equipamentos/materiais especificamente destinados a instalação em MG para, utilizando-se da base de cálculo nelas destacada, exigir o imposto acrescido da MR e da Multa Isolada (por falta de emissão de nota fiscal de entrada). Cópias das notas encontram-se às fls. 56/100 e 381/388.

Entendeu o Fisco que a real importadora era a Autuada e que a Minas Gerais deveria ter sido recolhido o ICMS referente aos itens que para este Estado se destinavam, à vista do que elaborou a planilha de fl. 07, substituída pela de fl. 342/343.

A análise da controvérsia estabelecida centra-se basicamente em três aspectos: fundamento jurídico das exigências, sujeição passiva e base de cálculo.

Os dois primeiros encontram-se, de certa forma, interligados.

É indiscutível, a teor do texto constitucional (art. 155, § 2º, IX), abaixo transcrito, repetido na LC 87/96 (art. 2º, § 1º, I) e na Lei 6.763/75 (art. 5º, § 1º, 5), a incidência do ICMS na operação de importação de bem/mercadoria do exterior.

“Art. 155. (...)

§ 2.º 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário da mercadoria, bem ou serviço;" (G.N.)

A primeira dificuldade que se apresenta é a determinação do sujeito ativo do tributo. Pela CF, é o Estado onde se situar o estabelecimento destinatário da mercadoria ou do serviço. Este destinatário há de ser não necessariamente o estabelecimento que tiver efetuado a importação, mas que, quando dela, como tal (destinatário) se apresentava com ânimo de permanência.

A LC 87/96, cumprindo seu papel de solver conflitos de competência, tentou resolver o impasse, determinando o local da operação, para efeito da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável:

"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;"

Essa entrada física não pode ser simploriamente entendida como aquele local de mero trânsito da coisa importada (portanto, sem o **animus** de permanência ou de inclusão em estoque para revenda), de onde será remetida "de imediato" para o real destinatário, que a mandara importar ou a quem previamente se destinava.

O art. 33, § 1º, 1, i.1.1 e i.1.3 da Lei 6.763/75 precisa esse local de operação para definição do sujeito ativo e do responsável:

"Art. 33 - O imposto e seus acréscimos serão recolhidos no local da operação ou da prestação, observadas as normas estabelecidas pela Secretaria de Estado de Fazenda.

§ 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.1.3. 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;"

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Essa é a legislação em que se alicerçam as exigências fiscais, acrescida da Instrução Normativa SLT/SRE/SCT n.º 3/01:

"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: (...)

IX - comprovação de existência na mercadoria ou embalagem de qualquer identificação própria, selo, etiqueta internacional ou outra, que demonstre destino final o contribuinte mineiro;

(...)

XII - existência de previsão de destino de mercadoria da Zona Primária ou Secundária diretamente ao contribuinte mineiro, em contrato particular firmado entre a Comercial Importadora ou Trading Company e o importador indireto, mesmo localizado em outro Estado;" (G.N.)

Segundo a documentação presente nos autos, parte da mercadoria importada que constou das notas fiscais objeto da ação fiscal previamente se destinava a Minas Gerais.

Os fatos que caracterizam a prévia destinação de parte das mercadorias ao estabelecimento mineiro autuado estão detalhadamente narrados nos itens 6.2 a 6.4, do Relatório Fiscal anexo ao Auto de Infração (fls. 05/06).

Pode-se afirmar que a importação só se fez para cumprimento do contrato CONT/SEG/023/2004 anteriormente mencionado.

O Fisco não se preocupou com o que se destinava a outros Estados, porque seu entendimento é o de que a eles cabe o ICMS pela importação respectiva.

A fornecedora tem como sócia quotista majoritária **HUAWEI TECH. INVETMENT CO. LTD**, empresa estabelecida na República Popular da China, em verdade a exportadora dos equipamentos e materiais a serem fornecidos à Autuada.

Só esse fato basta a colocar em cheque a afirmativa da Coobrigada, de que adquirira tais "mercadorias" já nacionalizadas, portanto, no mercado interno, diretamente da Trading, **SAB**, do ES, para revendê-las à CTBC.

Ininteligível se afigura a qualquer pessoa de bom senso que uma empresa, necessitando adquirir "coisas" de sua sócia majoritária, peça que terceiro o faça em nome próprio e agregue margem de lucro, para depois desta comprá-las, a não ser que algum embuste aí se instale. Admissível, sim, seria que a fornecedora, não possuindo **know how** e autorização específicos, se utilizasse de serviços de terceiro para proceder à importação.

Ao que se afigura, a Coobrigada é a real importadora, executando a operação por intermédio da empresa capixaba, mas com a prévia destinação de fornecimento à CTBC.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Para o Fisco, a remessa das mercadorias importadas até o estabelecimento da empresa capixaba, inclusive figurando esta oficialmente como importadora, só teve por escopo beneficiar-se do FUNDAP.

Fundamental é a certeza da prévia destinação de parte da importação a Minas Gerais, que se comprova não só pelo contrato firmado em 10/09/04 (as mercadorias foram importadas a partir do dia 25/09/04), mas até mesmo por etiquetas colocadas em embalagens para o transporte internacional, como as que podem ser vistas as fls. 21/23.

O objeto da ação fiscal não é determinar com precisão quem é o importador direto, se a Autuada ou se a Coobrigada, mas direcionar ao verdadeiro sujeito de direito o imposto decorrente da importação e determinar quem por ele é o responsável.

Tanto a Autuada, quanto a Coobrigada, intentam excluir-se do pólo passivo obrigacional. A primeira, alegando que nada importou e que o responsável pelo tributo é o importador. A segunda, asseverando que também nada importara, mas adquirira as mercadorias no mercado interno para fornecimento à CTBC.

Materialmente, quem procedeu à importação indireta, ou seja, utilizando-se da Trading, foi a Coobrigada, porque precisava das mercadorias para fornecer à Autuada, em cumprimento ao contrato com esta firmado. Todavia, pela legislação acima transcrita, o local da operação, para efeito de se determinar o sujeito ativo do direito ao ICMS e o responsável pelo seu pagamento, há de ser o do estabelecimento destinatário final, ou seja, da CTBC em MG. Isso quer dizer que Minas Gerais tem direito ao imposto e deve ser pago pela Autuada.

Quanto à Coobrigada, sua inclusão no pólo passivo decorre da norma contida no art. 21, XII, da Lei 6.763/75, **verbis**:

"Art. 21- São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

XII - qualquer pessoa pelo recolhimento do imposto e acréscimos legais devidos por contribuinte ou responsável, quando os atos ou as omissões daquela concorrerem para o não-recolhimento do tributo por estes."

O ser ou não inscrita como contribuinte do ICMS em MG não exclui a possibilidade da Coobrigada figurar no pólo passivo obrigacional, porque vinculada sua participação em fato gerador do tributo até mesmo constitucionalmente previsto como de direito do Estado da situação do destinatário da mercadoria importada, no caso, MG.

Isso posto, figura juridicamente correta a eleição deste Estado como de direito ao tributo, como também a eleição da Autuada e da Coobrigada para responderem por ele.

Questão outra diz respeito à base de cálculo adotada pelo fisco para exigir o ICMS. A Lei 6.763/75 assim estabelece:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

"Art. 6º- Ocorre o fato gerador do imposto:

I - no desembaraço aduaneiro de mercadoria ou bem importados do exterior, inclusive quando objeto de leasing de qualquer espécie;"

"Art. 13- A base de cálculo do imposto é:

I - na hipótese do inciso I do art. 6º, o valor constante do documento de importação, acrescido do valor:

a - do Imposto de Importação;

b - o Imposto sobre Produtos Industrializados;

c - do Imposto sobre Operações de Câmbio;

d - de quaisquer outros impostos, taxas e contribuições;

e - de despesas aduaneiras;"

Acontece que o Fisco não dispõe desses dados. A triangulação promovida pela Coobrigada praticamente impede que o Fisco os conheça. Primeiramente fez parecer que a Importadora era a **SAB SP TRADING COMPANY S/A**, situada no Estado do Espírito Santo e que dela tivesse adquirido as mercadorias para fornecimento à Autuada.

Esta mesma Coobrigada e a Autuada recusaram-se admitir sua inclusão no pólo passivo, todas alegando que não efetuaram importação, mas que adquiriram os equipamentos e materiais no mercado interno, porquanto a verdade pareça outra, quer seja, no exterior, com utilização dos serviços de importação pela Trading.

Foi a Coobrigada quem alegou emprego indevido de base de cálculo, que teria sido majorada por se tomar como tal o valor total das notas fiscais emitidas pelo importador do ES, com agregação de margem de comercialização, IPI, PIS, COFINS e ICMS à alíquota de 12%, caracterizando-se iliquidez e incerteza do crédito tributário.

Como transcrito acima, todos os impostos que incidem sobre a importação do exterior compõem a base de cálculo do ICMS. Também o valor do imposto integra sua própria base de cálculo, ora sendo 7%, ora 12%, ora 18%, como aparece na planilha de fls. 342/343.

Excluindo-se o imposto de 12% e novamente o incluindo com as respectivas alíquotas, chega-se a uma base de cálculo superior à adotada pelo Fisco (15.987.332,29 a 18% + 2.345.837,19 a 12% + 2.749.483,35 a 7% = R\$21.082657.83).

Obviamente não terá havido agregação de margem de lucro pela SAB, mesmo porque não passou de prestadora de serviços de importação das mercadorias necessárias ao fornecimento à CTBC, conforme contrato.

De atentar-se que o autuante apenas tomou da base de cálculo que aparece nas notas fiscais de venda da Coobrigada para a Autuada, conforme cópias às fls. 56/100 e 381/388.

CONSELHO DE CONTRIBUINTE DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Importa ainda ressaltar que, uma vez apurado o valor do imposto que entendeu devido, abateu aquele recolhido a título de diferencial de alíquota comprovadamente recolhido, como se vê na planilha de fls. 342/343.

O procedimento afigura-se correto, porque o que se pretende para MG é o imposto correspondente à entrada das mercadorias importadas para este Estado, logo, a parcela recolhida a título de diferencial de alíquota, de algum modo o integra.

Do Despacho Interlocutório – Base de Cálculo:

Tentando sanar qualquer dúvida no tocante à base de cálculo adotada pelo Fisco, a 2.^a Câmara de Julgamento, em sessão realizada aos 17/03/2006, deliberou proferir o despacho interlocutório de fl. 493, dirigido à Coobrigada, tendo por objeto:

- 1) A anexação aos autos de cópias das notas fiscais de Remessa Simbólica - Venda à Ordem, emitidas por SAB SP Trading Company S/A, destinadas à Impugnante (Coobrigada), relativas às operações de importação objeto do AI (DIs 04/0960456-3 e 04/0960457-1);
- 2) A elaboração de demonstrativo, contendo: valor CIF da totalidade das mercadorias importadas; valor CIF das mercadorias remetidas ao estabelecimento mineiro da CTBC Celular S/A; despesas aduaneiras relativas à totalidade das importações e, de forma proporcional, as referentes às mercadorias remetidas ao estabelecimento mineiro da CTBC Celular S/A.

Resta patente que a intenção da 2.^a Câmara de Julgamento, ao exarar o interlocutório em apreço, era fazer com que a Coobrigada instrísse os autos com dados apropriados ao levantamento exato da base de cálculo do ICMS devido a Minas Gerais incidente na importação.

Com esse intuito é que foi solicitada a juntada das notas fiscais de Remessa Simbólica - Venda à Ordem relativas às mercadorias que viriam para Minas Gerais. Esse objetivo, no entanto, não foi atingido, pois ao carrear cópias das notas de fls. 501/518, a Coobrigada referiu-se a toda a carga daquelas DI, independentemente de seu destino, o que não permite confirmar se se tratavam apenas daquelas previamente destinadas a MG.

No tocante ao demonstrativo solicitado no item 2 acima, alegou impossibilidade de fazê-lo, a pretexto de não ser a real importadora.

Ora, conforme já relatado, a fornecedora das mercadorias importadas foi a empresa **HUAWEI TECH. INVESTMENT CO. LTD**, estabelecida na República Popular da China, sócia quotista majoritária da Huawei do Brasil Telecomunicações Ltda. (Coobrigada). Com os dados que poderiam ser obtidos junto à sócia chinesa, acrescidos daqueles que poderiam ser repassados pela empresa capixaba (*SAB SP TRADING COMPANY S/A*), a Coobrigada poderia, com facilidade, fornecer todas as informações solicitadas no interlocutório, o que afastaria qualquer dúvida quanto a base de cálculo adotada pelo Fisco.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Se a Coobrigada concebe ter havido majoração de base de cálculo, que a apresente. Para o Fisco, não há como identificar perfeitamente o valor da importação utilizando-se dos dados das DI's (fls. 24/75), pois que estes não discriminam quais mercadorias se destinavam especificamente para Minas Gerais. Todavia, há entender que este valor seja o desembolsado para o fornecimento das mercadorias importadas, constante das notas fiscais. Em seu favor opera o disposto no art. 148 do CTN, **in litteris**:

"Art. 148. Quando o cálculo do tributo tenha por base, ou tome em consideração, o valor ou o preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos, a autoridade lançadora, mediante processo regular, **arbitrará aquele valor ou preço, sempre que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado,** ressalvada, em caso de contestação, avaliação contraditória, administrativa ou judicial." (G.N.)

Eis, pois admissível a base de cálculo adotada pelo Fisco.

A Coobrigada reclamou também bitributação, porque o imposto estadual incidente na importação terá sido recolhido para o ES. Não se trata de bitributação e nem de **bis in idem**. Se o imposto é devido a MG, quem o recolheu a outrem indevidamente poderá utilizar-se de instrumentos legais para recuperá-lo. O tributo só é devido a quem de direito.

Assim, o feito fiscal afigura-se correto, sendo legítimas as exigências fiscais, observada a retificação do crédito tributário efetuada pelo Fisco às fls. 342/344.

Diante do exposto, ACORDA a 2.^a Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos do demonstrativo do crédito tributário de fls. 342/344. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente a Dra. Daniela Victor de Souza Melo. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Edvaldo Ferreira e Luiz Fernando Castro Trópia.

Sala das Sessões, 08/08/06.

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente/Revisora

José Eymard Costa
Relator