

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 14.616/00/1.^a
Impugnação: 40.10058316-28
Impugnante: Kerry do Brasil Ltda. - (MG)
Coobrigado: Kerry do Brasil Ltda- (SP)
PTA/AI: 02.000158877-97
Inscrição Estadual: 693.006131.0090 (Autuada)
CGC: 02.332.686/0001-43 (Coobrigada)
Origem: AF/Pouso Alegre
Rito: Ordinário

EMENTA

Importação - Falta de Pagamento do ICMS. Exigências fiscais calcadas na constatação da importação de mercadoria por estabelecimento situado em outra unidade da Federação, pertencente ao mesmo titular do estabelecimento mineiro, onde ocorreu a entrada física da mercadoria, sem o recolhimento do ICMS devido a este Estado, nos termos dos artigos 155, § 2.º, IX, “a”, da Constituição Federal, 11, I, “d”, da Lei Complementar 87/96 e 33, § 1.º, “i.1.2”, da Lei 6.763/75. Razões da Impugnante insuficientes para elidir o feito fiscal. Exigências fiscais mantidas.

Responsabilidade Tributária - Coobrigado - Exclusão. Excluído do pólo passivo da obrigação tributária o estabelecimento arrolado como Coobrigado, face ao disposto no art. 121, parágrafo único, inciso II, do CTN e por não restar configurada qualquer das hipóteses previstas no art. 21, da Lei 6.763/75.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

DO AUTO DE INFRAÇÃO

Valor: R\$ 53.904,07

Parcelas exigidas: ICMS, MR (50%)

Motivos da autuação: Importação dos Estados Unidos de Antioxidante Tenox TBHQ através da Coobrigada situada no município de Valinhos/SP, sem o pagamento do ICMS ao estado de Minas Gerais (estado do efetivo destino físico da mercadoria).

DA IMPUGNAÇÃO

Inconformada com as exigências fiscais, a Autuada impugna tempestivamente o Auto de Infração (fls. 18 a 23), por intermédio de procurador regularmente constituído, alegando em síntese:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- A sociedade Kerry do Brasil Ltda tem sua sede em São Paulo e lá vem desenvolvendo seu processo de implantação no Brasil e seu projeto industrial;
- Há pouco mais de dois meses esse processo está sendo transferido para Minas Gerais;
- Esse processo de transferência é realizado aos poucos tendo em vista a burocracia de registros e, especialmente, ao processo de importações de produtos;
- A importação não pode ser realizada, no âmbito comercial, sem que se tenha o devido registro e adequação aos órgãos públicos Estaduais e Federais;
- A filial da sociedade somente pode ser inscrita para fim de comércio exterior estando, portanto, apta a importar, após 23 de agosto de 1999, ou seja, quando já iniciado o processo de importação das mercadorias objeto da autuação ora impugnada. Confira-se cópia da REI - Registro de Exportadores e Importadores (fls. 49);
- Conforme cópia do Contrato de Câmbio, é possível verificar-se que o objetivo da importação era exclusivamente a sede de Valinhos/SP, até porque o objeto de tais produtos era a composição em industrialização naquela unidade;
- fechamento do Contrato de Câmbio deu-se em 31 de agosto de 1999, quando da possibilidade de liberação da mercadoria vinda do porto de Filadélfia (EUA) ali depositada desde 04 de agosto de 1999, portanto, muito antes da liberação do Registro de Importadora da unidade de Três Corações;
- A mercadoria somente foi liberada em nosso país, no Porto de Santos, em 01 de setembro de 1999 (fls. 54 a 56);
- No desenrolar dos procedimentos de importação, verificou-se que o parque industrial da unidade de Três Corações desenvolvia-se acabando por suplantando a sede em Valinhos;
- Assim sendo, resolveu-se agilizar o processo de transferência e implantação da Sede da sociedade nas instalações de Três Corações;
- Iniciou-se com a transferência de bens de produção para o Estado de Minas Gerais, iniciando-se o processo produtivo neste Estado;
- produto recebido e armazenado na unidade de Valinhos/SP, acabou por ser transferido para a unidade de Três Corações, visando a implantação de sua produção no sul de Minas;
- Não só a Constituição Federal como também a própria Instrução Normativa 02/93 amparam o procedimento realizado pela Empresa;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- procedimento adotado pela Impugnante não cabe ou é passível de subsunção ao artigo 155, parágrafo 2º, inciso IX, alínea "a" da CONSTITUIÇÃO FEDERAL/88 tampouco ao artigo 1º da Instrução Normativa 02/93 emitida pela Secretaria de Estado da Fazenda de Minas Gerais;
- procedimento adotado pela unidade de Valinhos/SP o foi de forma direta, precisa e inconteste;
- Além dos documentos já anexados verifique-se as cópias autenticadas das notas fiscais de entrada no estabelecimento de São Paulo e, posteriormente, a de saída para o estabelecimento de Minas Gerais, com o destaque do valor de ICMS quando dessa remessa, assim como a cobrança de valores que correspondem ao tributo recolhido a São Paulo e frete (fls. 57 a 60);
- Houve o recolhimento do imposto devido junto à Secretaria de Estado dos Negócios da Fazenda do Estado de São Paulo – GARE anexada por cópia autenticada às fls. 61;
- A Impugnante não tinha outro procedimento a adotar, ou qualquer outra alternativa de proceder, já por não ter intenção de industrialização fora do Estado de São Paulo, de início, já por que, alterando seus planos, não era o estabelecimento da unidade de Três Corações, aperfeiçoado para a importação de mercadoria, faltando-lhe o Registro de Exportador e Importador (fls. 49);
- Contabilmente a empresa acabou por transferir para a unidade de Minas Gerais todos os elementos de escrituração da operação iniciada em São Paulo e, assim, todo o seu direito de créditos os quais, em contrapartida, geram todos os lançamentos que a operação daí em diante desenvolverá, quando do repasse do produto industrializado a seus consumidores;
- A pretensão do Fisco Estadual Mineiro, se prevalecida, resultará em locupletamento do Erário Estadual;
- Juridicamente, um estabelecimento importou produtos para a sua indústria e, não tendo mais condições de industrialização, no decorrer do processo de importação, transferiu essa mercadoria para outro estabelecimento seu, resultando, ainda que não obrigatoriamente, em condições próprias da nova incidência tributária, situação que, jurisdicionalmente, é isenta, conforme Súmula 166 do Supremo Tribunal Federal;
- A prevalecer o Auto de Infração haveria não só a possibilidade de restituição de indébito, como locupletamento do Erário Público;
- estabelecimento de Três Corações/MG não se encontrava aperfeiçoado à importação quando se desenvolveu o processo de aquisição e quando do respectivo pagamento realizado, portanto, não se feriu o princípio constitucional citado no Auto de Infração nem mesmo aqueles contidos na Instrução Normativa 02/93 – SEF/MG;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- estabelecimento de Três Corações não se encontrava habilitado a qualquer operação de importação, sob qualquer aspecto legal, enquanto não possuísse a inscrição adequada no registro próprio, fato que somente ocorreu em 23 de agosto de 1999, quando a mercadoria já estava chegando ao Porto de Santos para seu desembarço em 01 de setembro de 1999;
- Requer, ao final, a extinção da obrigação tributária indevidamente outorgada, julgando extinto o presente PTA.

DA MANIFESTAÇÃO FISCAL

O Fisco, em Manifestação Fiscal de fls. 63 a 66 , refuta as alegações da defesa, requerendo a improcedência da Impugnação.

Sinteticamente reproduzimos suas considerações:

- A Impugnante efetuou importação indireta da mercadoria relacionada na nota fiscal 009.415 (fls. 15) através de outro estabelecimento da mesma titularidade, conforme DI 99/0738452-6 (fls. 09, 10 e 11).
- Deixou de recolher o ICMS devido ao Estado de Minas Gerais, Estado onde localiza-se o estabelecimento destinatário, onde ocorreu a entrada física da mercadoria.
- fato do processo de implantação no Brasil da Sociedade Kerry do Brasil Ltda estar sendo transferido para a filial de Minas Gerais é irrelevante para o feito fiscal, como atesta o art. 33, parágrafo 1º, 1, i, i.1, i.1.2 da LEI 6763/75;
- Estado de Minas Gerais é o Estado legítimo para exigir o tributo. A Constituição Federal de 1988 em seu art. 155, §2º, IX e acórdão anexo (fls. 67) resolvem lapidarmente a questão;
- ICMS foi recolhido equivocadamente para o Estado de São Paulo, pois era devido ao Estado de Minas Gerais;
- A Constituição Federal de 1988 e a Instrução Normativa DLT/SRE 02/93 não amparam o procedimento realizado pela Impugnante;
- A Instrução Normativa DLT/SRE 02/93 em seus itens 2, 3, 4 e 5 elucidam claramente a questão;
- É evidente que houve prejuízo ao Estado de Minas Gerais, como atestam os supracitados dispositivos da Constituição Federal de 1988, da LEI 6763/75 e da Instrução Normativa DLT/SRE 02/93.
- Elementos probantes: Comprovante de Importação (fls. 07); Declaração de Importação 99/0738452-6 (fls. 09, 10 e 11); nota fiscal de entrada 009.414, de 02/09/99 (fls. 57), e nota fiscal de transferência 009.415, de 02/09/99 (fls. 15), ambas emitidas por Kerry do Brasil Ltda , CGC 02.332.686/0001-43;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Conhecimento de Transporte Rodoviário de Cargas 2570 e 2571, de 03/09/99, emitidos por Transportadora Kinta Roda Ltda, CGC 57.851.230/0001-81.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 70 a 78 , opina pela procedência parcial do Lançamento, no sentido de se excluir do polo passivo da obrigação tributária a Coobrigada acima identificada.

DECISÃO

Tendo em vista o bem elaborado parecer da Auditoria Fiscal, transcreve-se, abaixo, o seu teor, como fundamentação da presente decisão.

DAS PRELIMINARES

Embora os autuados sejam estabelecimentos de uma mesma empresa, cada qual tem sua autonomia para o efeito do cumprimento das obrigações tributárias.

Preliminarmente, há que se examinar a sujeição passiva de cada um deles.

O estabelecimento mineiro, arrolado como Autuado, foi o efetivo importador da mercadoria. Essa é a acusação fiscal e a essência da discussão. É a razão das exigências fiscais.

Assim, se a acusação fiscal é de importação efetiva da mercadoria pelo estabelecimento mineiro, é deste, sem dúvida, a sujeição para responder pela obrigação. Ele é o contribuinte do imposto na operação, na forma definida no art. 121, parágrafo único, inciso I, do CTN.

Se a acusação procede ou não é uma questão de mérito, que adiante será abordada, mas a eleição do estabelecimento mineiro como sujeito passivo está em perfeita coerência com a autuação.

Por sua vez, o envolvimento do estabelecimento paulista, na condição de Coobrigado, diz respeito ao fato dele constar na documentação fiscal como destinatário da mercadoria, sem que efetivamente o fosse, segundo a acusação fiscal.

Ora, se a acusação é de que o importador não foi o estabelecimento paulista, mas o mineiro, fica logo afastada a possibilidade de sujeição passiva do primeiro, na condição de contribuinte. Mesmo porque, se o estabelecimento paulista fosse o contribuinte do imposto na operação, o sujeito ativo não seria o Estado de Minas Gerais, mas o Estado de São Paulo, e aí não haveria razão para a autuação.

Também não cabe ao estabelecimento paulista a sujeição passiva na condição de responsável. Conforme o disposto no artigo 121, parágrafo único, inciso II, do CTN, a responsabilidade tributária decorre de disposição expressa em Lei e a situação não se enquadra em nenhuma das hipóteses legalmente previstas no art. 21, da Lei n.º 6.763/75.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Incoerente, portanto, o objeto da autuação com a eleição do estabelecimento paulista como Coobrigado. Se não foi tal estabelecimento que efetivamente importou a mercadoria, não cabe a ele responder pela acusação de falta de recolhimento do ICMS ao Estado de Minas Gerais.

Assim, preliminarmente, deve ser retirado do pólo passivo o estabelecimento paulista, devendo ser mantido somente o estabelecimento mineiro.

DO MÉRITO

A exigência ora em contenda versa sobre aquisição de mercadoria importada, de forma indireta, sem o recolhimento do imposto devido ao Estado de Minas Gerais, o que resultou na cobrança, pelo Fisco mineiro, da obrigação tributária principal e a aplicação da multa de revalidação pertinente.

Para uma melhor análise de todo o litígio, vale invocar todos os preceitos legais que regem a matéria.

Em respeito à hierarquia das normas, cabe primeiramente citar e transcrever o art. 155, inciso II, parágrafo 2º, inciso IX, alínea “a”, da CF/88, posteriormente o art. 11, inciso I, alínea “d”, da Lei Complementar nº 87/96, seguido do art. 33, § 1º, item 1, alínea “i”, da Lei 6763/75:

(CF/88)

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

(...)

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

(...)

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 serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o estabelecimento destinatário da mercadoria ou do serviço;” (g.n.)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(Lei Complementar nº 87/96)

“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.” (g.n.)

(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

1.1.2 - destinatário, onde ocorrer a entrada física da mercadoria ou 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”; (g.n.)

O artigo 61, inciso I, alínea “d.2”, do RICMS/96, ao regulamentar tal norma, ratifica inteiro teor do dispositivo da Lei 6763/75, acima 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;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

d.2 - o do estabelecimento destinatário, onde ocorrer a entrada física dos mesmos, 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, observado o disposto no § 6º;
(g.n.)

É importante salientar que a Instrução Normativa DLT/SRE nº 02/93 (cópia à folha 79), na condição de norma complementar, limitou-se a completar o texto da Lei e Decreto em vigor à época de sua publicação. Atualmente, e quando da ocorrência dos fatos geradores em comento, a legislação tributária, da Lei Complementar ao Regulamento do ICMS, não deixa nenhuma dúvida a respeito do sujeito ativo do imposto devido na importação.

Observe-se que toda a legislação tributária pertinente à matéria em questão está em consonância plena com a Lei Maior. De forma sensata e justa cuidaram os Estados e Distrito Federal para que o tributo oriundo da importação ficasse com aquele que realmente recebeu a mercadoria ou bem em seu território.

Assim sendo, doravante cabe a análise, apenas, dos fatos que motivaram a exigência fiscal imputada à Autuada.

A Impugnante pretende eximir-se da responsabilidade pelo recolhimento do tributo ao Estado de Minas Gerais com a alegação de que sua unidade estabelecida na cidade de Três Corações/MG não tinha o devido registro para efetuar importação junto à SECEX.

Desta forma, conclui a mesma que o seu agir não merece reparos já que somente a unidade de Valinhos/SP estava apta a importar pois possuía o devido e necessário Registro de Exportadores e Importadores junto à Secretaria de Comércio Exterior.

Sob esse aspecto, há que se concordar com a Impugnante, porém, o que se revela necessário analisar no caso presente, não é se esse ou aquele estabelecimento tinha ou não o registro para importar.

A celeuma existente não é essa e sim, a definição do sujeito ativo da obrigação tributária principal, nascida com a importação do produto Antioxidante Tenox TBHQ.

É irrelevante para aclarar a questão que a empresa Impugnante estivesse em processo de transferência para Minas Gerais.

Da mesma forma, o fato da unidade de Três Corações somente estar inscrita no REI - Registro de Exportadores e Importadores em 23 de agosto de 1999 em nada altera o feito fiscal já que, conforme a legislação tributária pertinente, o ICMS é devido

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ao Estado onde situa-se o estabelecimento destinatário, onde ocorre a entrada física da mercadoria ou bem na importação.

Em momento algum a legislação cogita da necessidade de que o real estabelecimento de destino da mercadoria tenha qualquer registro na Secretaria de Comércio Exterior.

Vê-se dessa forma que a Impugnante equivoca-se na interpretação da legislação tributária.

A partir do Contrato de Câmbio anexado às fls. 50 a 53, não se pode concluir, como pretende a Impugnante, que o objetivo da importação era exclusivamente a sede de Valinhos/SP.

Afirma a Impugnante que o produto fora recebido e armazenado na unidade paulista mas, analisando-se os documentos acostados aos Autos, especialmente a nota fiscal de entrada 009.414 (fls. 57) e a nota fiscal de saída 009.415 (fls. 59) conclui-se que a mercadoria jamais esteve armazenada em Valinhos/SP, pois ambas as notas datam do mesmo dia, 02/09/99.

A reforçar a tese de que a mercadoria nunca esteve armazenada em Valinhos/SP destaca-se a data do desembaraço da mercadoria: dia 01/09/99 sendo que o comprovante de importação somente foi emitido no dia seguinte, 02/09/99.

Resumindo, a mercadoria foi oficialmente liberada no porto de Santos, com a emissão do Comprovante de Importação em 02/09/99 (fls. 54). Neste mesmo dia houve o pagamento da armazenagem à TRANSBASA – Transitaria Brasileira Ltda (fls. 58) e ainda neste dia foram emitidas, pela unidade de Valinhos/SP, a nota fiscal de entrada 009.414 (fls. 59) e a nota fiscal de saída 009.415 (fls. 59).

É digno de destaque que a mercadoria saiu oficialmente da unidade de Valinhos/SP em 02/09/99 (nota fiscal 009.415 – fls. 59) mas o Conhecimento de Transporte Rodoviário de Cargas nº 2570 (fls. 05), emitido para acobertar o transporte de Santos até Valinhos, somente foi emitido em 03/09/99, ou seja, no dia seguinte.

Questiona-se como a mercadoria poderia ter saído da unidade de Valinhos/SP em 02/09/99 se, ainda no dia seguinte, encontrava-se em Santos/SP.

Diante destas evidências e ainda considerando que as notas fiscais assim como os Conhecimentos de Transporte Rodoviário de Cargas contêm números seqüenciais, conclui-se que a mercadoria, na prática, não foi até Valinhos/SP, saindo do porto de Santos diretamente para a unidade da Impugnante em Três Corações/MG.

Restou provado nos autos que a *entrada física* da mercadoria se deu na unidade de Três Corações/MG. Por conseguinte, conclui-se que na importação “in casu”, inobstante ter sido promovida pela unidade da empresa estabelecida em outra unidade da Federação, o imposto é devido ao Estado onde situa-se o estabelecimento destinatário da mercadoria, ou seja, Minas Gerais.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Impugnante afirma que, a prevalecer o Auto de Infração haveria não só a possibilidade de restituição de indébito, como locupletamento do Erário Público.

Não há que se falar em locupletamento do Erário Público, especialmente o mineiro, pois não se está a exigir no Auto de Infração nada mais que o devido por Lei.

Quanto à possibilidade de restituição de indébito, a mesma existe pois o ICMS relativo à importação, indevidamente recolhido ao Estado de São Paulo, é passível de pedido de restituição naquele Estado, pela unidade da empresa sediada em Valinhos/SP.

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante são insuficientes para descaracterizar as infrações.

Diante do exposto, ACORDA a 1.^a Câmara de Julgamento do CC/MG, pelo voto de qualidade, em julgar parcialmente procedente o Lançamento, para se excluir do pólo passivo da obrigação tributária a empresa arrolada como Coobrigada. Vencidos, em parte, os Conselheiros Windson Luiz da Silva e Luciana Mundim de Mattos Paixão, que o julgavam improcedente. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros acima mencionados.

Sala das Sessões, 30/11/00.

**Ênio Pereira da Silva
Presidente**

**José Eymard Costa
Relator**

/JP