

A. I. N° - 206894.0002/07-8
AUTUADO - SALVADOR SHOPPING S/A
AUTUANTE - LÍDIO DE SOUZA TELES
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 24. 09. 2007

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JF N° 0290-01/07

EMENTA: ICMS. IMPORTAÇÃO. DESEMBARAÇO ADUANEIRO EM OUTRO ESTADO. ENTRADA FÍSICA DOS BENS NO ESTADO DA BAHIA. Nas operações de importação de mercadorias, quando destinadas a unidade federada diversa do domicílio do importador, sempre que houver transmissão de sua propriedade sem que as mesmas transitem pelo estabelecimento importador, o imposto caberá à unidade onde estiver situado o estabelecimento em que ocorrer a entrada física das mercadorias, sendo atribuída a este a responsabilidade pelo recolhimento do tributo. Não acolhida a arguição de nulidade. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 22/01/2007 pela fiscalização do trânsito de mercadorias, exige ICMS no valor de R\$ 159.500,80, acrescido da multa de 60%, em razão da falta de recolhimento do imposto no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas, cujo importador está estabelecido no Estado da Bahia. No campo “Descrição dos Fatos” consta que o contribuinte importou, da República Popular da China, 9 (nove) unidades de escadas e tapetes rolantes (escadas rolantes), conforme Reg. DI/Adição n°. 0615184035/001, tendo como destino físico o Estado da Bahia, sem recolher a este Estado o imposto devido [ICMS decorrente da importação], conforme legislação tributária pertinente.

Foi lavrado o Termo de Apreensão e Ocorrências n° 206894.0002/07-8, juntado às fls. 09/10.

O autuado apresentou impugnação às fls. 23 a 27, arguindo que a autuação não pode prosperar, tanto por não preencher requisitos formais indispensáveis, como pelo fato do agente autuador ter partido de premissas fáticas equivocadas, chegando a conclusões jurídicas inidôneas. Salienta que as falhas formais decorrem da autuação gerar dúvidas a respeito da imputação.

Frisa que enquanto na descrição dos fatos há uma referência à falta de recolhimento do imposto de importação, em favor do Estado da Bahia, no campo destinado à discriminação da infração foi consignada a suposta falta de recolhimento do ICMS no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas. Trata-se, desse modo, de ato administrativo viciado, pela existência dessa contradição, o que torna o Auto de Infração inábil à produção de qualquer efeito de direito.

Assevera que o lançamento não pode produzir qualquer resultado jurídico, por não permitir ao autuado ter ciência exata da irregularidade que lhe é atribuída e das consequências jurídicas lançadas contra si, o que inviabiliza completamente o exercício do amplo direito de defesa, por violar o disposto no inciso LV do art. 5° da Constituição Federal de 1988, tornando nula a autuação, pelo que requer a sua desconstituição.

Destaca que o autuante incorreu nos seguintes equívocos: que o autuado teria importado, ele mesmo, nove unidades de escadas e tapetes rolantes e que o importador estaria estabelecido no Estado da Bahia, o que deslocaria para esta unidade da Federação a destinação do ICMS a ser recolhido no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas.

No que se refere à primeira situação, realça que jamais poderia ser equiparado à condição de importador das mercadorias, considerando que celebrara contrato de compra e venda de escadas rolantes e acessórios com a empresa Thyssenkrupp Elevadores S. A., CNPJ nº. 90.347.840/0001-18, estabelecida na cidade de Guaíba – RS. Trata-se de acordo celebrado e concluído com empresa brasileira, no território nacional, onde seria executado, não podendo falar na ocorrência de operações de importação, o que desconstitui por completo a autuação.

Observa que se a vendedora necessitou, para cumprir o contrato, importar produtos do exterior, por si própria ou por intermédio de terceiros, a questão não lhe interessa nem atinge, por ser mero adquirente de produtos junto a empresa estabelecida no Brasil. Explica que em conformidade com os documentos em anexo, a vendedora, por sua conta e risco, resolveu trazer do exterior a mercadoria em questão, contratando, para tanto, a empresa Frecomex Comércio Exterior Ltda., situada em Vitória – ES, sendo a operação realizada sob o regime de importação por conta e ordem de terceiros, com base no art. 80, inciso I da Medida Provisória nº 2.158-35/2001, finalizada através de uma operação de “remessa por conta e ordem de terceiros”.

Informa que de acordo com o referido regime, o importador (a Frecomex) figura nos registros aduaneiros para fins de nacionalização da mercadoria, registrando a declaração de importação em seu nome e arcando com o pagamento dos tributos e demais encargos decorrentes da importação, enquanto que a adquirente (a Thyssenkrupp) lhe repassa todos os recursos necessários, inclusive pelos serviços prestados, cabendo a este último a responsabilidade pelo fechamento do câmbio.

Aduz que na operação em tela a empresa Frecomex promoveu o ingresso da mercadoria no território nacional, pelo Estado do Espírito Santo, enquanto a empresa Thyssenkrupp efetuou o pagamento ao exportador estrangeiro, mediante contrato de câmbio, em conformidade com o regime de importação por conta e ordem de terceiros. Desta forma, a Frecomex emitiu uma nota fiscal de venda para a adquirente (Thyssenkrupp) e uma nota fiscal de remessa para o Salvador Shopping, que vem a ser o autuado, tendo a mercadoria sido remetida diretamente a este pelo importador, sendo emitida a nota fiscal de venda pela Thyssenkrupp.

Argumenta que as notas fiscais emitidas pela Frecomex para o autuado, as quais presume terem ensejado a autuação, apontam como natureza da operação “remessa para transporte por conta e ordem de terceiro”, operação que não gera recolhimento de ICMS.

O autuado realça que três operações se sujeitariam à incidência do ICMS: (a) a operação internacional de circulação de mercadorias, que teve como destinatário a Frecomex, importador e contribuinte do imposto; (b) a operação interna de circulação de mercadorias entre a Frecomex e a Thyssenkrupp, necessária à transferência da titularidade jurídica das mercadorias enviadas do exterior para aquela, contribuinte do imposto, porém destinadas a esta última (art. 4º da lei Complementar nº. 87/96); e (c) a operação interna de circulação de mercadorias entre a Thyssenkrupp e o autuado, cujo destino foi o Salvador Shopping, sendo contribuinte do imposto a Thyssenkrupp, com base no mesmo dispositivo legal.

De acordo com o seu entendimento, no que se refere à sujeição ativa do ICMS tem-se o seguinte: na situação (a) o sujeito ativo é o Estado do Espírito Santo, tanto por ser o Estado onde está localizado o estabelecimento do importador (Frecomex), como por ser o Estado onde ocorreu o desembaraço aduaneiro (art. 155, § 2º, inciso IX, alínea “a”, parte final da CF/88); em (b) o sujeito ativo também é o estado do Espírito Santo, onde o estabelecimento que promoveu a circulação da mercadoria está localizado (art. 11, inciso I, alínea “c” da LC 87/96); já no caso de (c) o sujeito ativo é o Estado do Rio Grande do Sul, onde se encontra localizado o estabelecimento que realizou a circulação da mercadoria (art. 11, inciso I, alínea “c” da LC 87/96).

Prosseguindo, alega ser esta a razão das notas fiscais emitidas pela Frecomex para a Thyssenkrupp apresentarem como natureza das operações “saída de mercadoria importada por conta e ordem de terceiro”, além de conterem o destaque do ICMS, que veio a ser recolhido em favor do Estado do Espírito Santo, conforme documentos anexados.

Conclui não haver sujeição passiva do autuado nem sujeição ativa do Estado da Bahia, em relação às citadas operações, não existindo, assim, nenhuma relação jurídico-tributária entre ambos, de modo que a autuação está carente de legitimidade.

Requer que o Auto de Infração seja julgado nulo e insubsistente e, conseqüentemente, seja declarado improcedente. Pugna pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente a juntada de documentos, oitiva de testemunhas, prova pericial e tudo que se fizer necessário ao julgamento da autuação.

O autuado anexou às fls. 34 a 68 cópias reprográficas dos seguintes documentos: Notas Fiscais n.ºs 10.128 a 10.139, da empresa Frecomex Comércio Exterior Ltda. para o Salvador Shopping S. A., com natureza das operações “remessa para transporte por conta e ordem de terceiros”; Notas Fiscais n.ºs 10.127, 10.071 e 10.072, da empresa Frecomex para a Thyssenkrupp Elevadores S. A., com natureza das operações “saída de mercadoria importada por conta e ordem de terceiros”; relatórios de notas fiscais por processo referente ao cliente Thyssenkrupp, nos períodos de 1º/01/2007 a 31/01/2007 e de 1º/12/2006 a 31/12/2006; documentos de arrecadação em favor do Estado do Espírito Santo, em nome da empresa Frecomex Comércio Exterior Ltda.; páginas do livro Registro de Apuração do ICMS da Frecomex, relativas ao mês de dezembro de 2006; registro do CNPJ do autuado; e do contrato de constituição da sociedade Salvador Shopping Ltda.

O autuante, através da informação fiscal prestada às fls. 69/70, argúi, inicialmente, descaber a alegação defensiva de vício formal da autuação, tendo em vista que o enquadramento da infração e a descrição dos fatos encontram-se perfeitos e foram apresentados de forma clara no Auto de Infração, onde se encontram indicados os dispositivos regulamentares cabíveis e a tipificação da multa aplicada, em conformidade com a Lei n.º 7.014/96. Entende que, desse modo, não se pode falar em “contradição de termos”, devido à clareza das expressões e dispositivos que descrevem a infração cometida pelo sujeito passivo, além do devido enquadramento legal.

Salienta serem inadmissíveis as razões trazidas pelo autuado, quando nega sua vinculação jurídica à importação correspondente à DI/Adição n.º 061584035/001, relativa à aquisição sob encomenda de nove unidades de escadas e tapetes rolantes. Assevera que a autuação está amparada nos conceitos jurídicos estruturados no título I, capítulo 12, seção 2 do RMCCI; nos artigos 77 a 81 da MP 2158-35/01; no art. 27 da Lei n.º 10.637/02; e nas INs SRF 225/02 e 247/02, que atribuem a responsabilidade solidária ao adquirente efetivo, ainda que a importação seja realizada por empresa importadora.

Realça ser indiscutível que as mercadorias objeto da importação foram adquiridas pelo autuado, para ser aplicada em sua obra situada em Salvador-BA, caracterizando-se a destinação física ao Estado da Bahia, entidade a quem é devido o ICMS relativo à internação dos produtos. Visando corroborar o seu entendimento, afirma estar anexando as cópias das Notas Fiscais n.ºs 10.128 a 10.139, emitidas pela empresa Frecomex Comércio Exterior Ltda. para o Salvador Shopping S/A.

Conclui, afirmando que não podem ser mantidos os argumentos do autuado concernentes à sua ilegitimidade passiva relativa ao tributo devido. Ratifica a ação fiscal.

VOTO

O presente Auto de Infração diz respeito à falta de pagamento de ICMS no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas do exterior, relativamente à Declaração de Importação/Adição n.º 0615184035/001 de 13/12/2006.

O sujeito passivo, em sua peça defensiva, suscitou preliminar de nulidade, alegando que o Auto de Infração não lhe permitiu ter ciência exata da irregularidade que lhe foi atribuída, resultando na inviabilidade de exercer plenamente o seu amplo direito de defesa. Observo que apesar do equívoco verificado no campo “Descrição dos Fatos”, onde foi citada a “*falta de recolhimento do imposto de importação*”, esta ocorrência não implica em nulidade da autuação, tendo em vista

que tanto a descrição da infração encontra-se perfeitamente definida no campo próprio do Auto de Infração, como o seu enquadramento está de acordo com a imputação correspondente. Em relação a este ponto, o art. 19 do RPAF/BA, não deixa margens a quaisquer dúvidas de interpretação, conforme transcrevo abaixo:

“Art. 19. A indicação de dispositivo regulamentar equivale a menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.”

Vejo que o Auto de Infração contempla as disposições previstas no RICMS/BA, aprovado pelo Dec. nº. 6.284/97, que por sua vez regulamenta a nº Lei 7.014/96, que fundamenta esse imposto; aponta o enquadramento da infração imputada ao autuado; descreve devidamente a infração no campo próprio, assim como apresenta o percentual da multa aplicada.

O autuado suscita, ainda, que o lançamento está carente de legitimidade, sob o argumento de que tanto não pode figurar no pólo passivo da obrigação tributária, como que o Estado da Bahia não tem sujeição ativa em relação às operações objeto da autuação, não existindo, de acordo com o seu entendimento, nenhuma relação jurídico-tributária entre ambos. O contribuinte alegou que o sujeito ativo da presente relação seria o Estado do Espírito Santo, considerando que as mercadorias haviam sido desembaraçadas nesse Estado, pela empresa Frecomex Comércio Exterior Ltda., sob encomenda da empresa Thyssenkrupp Elevadores S. A., esta situada no Estado do Rio Grande do Sul e responsável pela comercialização dos produtos para o autuado.

Verifico que para se atingir o deslinde da presente questão se faz necessário esclarecer quem é o sujeito ativo da relação jurídico-tributária, assim como quem é o sujeito passivo da obrigação tributária.

De acordo com os documentos trazidos pelo autuado, noto que na realidade ocorreu uma operação triangular, com a participação das seguintes empresas: 1) Frecomex Comércio Exterior Ltda., estabelecida no Estado do Espírito Santo e responsável pela execução dos serviços relativos à importação e nacionalização das mercadorias; 2) Thyssenkrupp Elevadores S. A., sediada no Estado do Rio Grande do Sul, contratante dos citados serviços e para quem os produtos importados foram enviados, simbolicamente, pela Frecomex; e 3) o Salvador Shopping (autuado), situado neste Estado, para quem as mercadorias foram destinadas fisicamente, diretamente do Porto de Vitória, no Espírito Santo, local onde ocorreu o desembaraço aduaneiro.

Com base nessa análise, concluo que o autuado foi o destinatário jurídico das mercadorias importadas do exterior, isto é, foi de fato o estabelecimento importador, considerando, inclusive, o entendimento já manifestado pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, haja vista que as mercadorias importadas se destinaram diretamente ao seu estabelecimento.

Tendo em vista que não ocorreu a entrada física dos bens nos estabelecimentos situados nos Estados do Espírito Santo ou do Rio Grande do Sul e sim, repito, foram enviados diretamente do local onde se deu a sua nacionalização (Porto de Vitória-ES) para aplicação na obra sob responsabilidade do autuado no Estado da Bahia, me utilizo do disposto na alínea “a” do inciso IX do § 2º do artigo 155 da Constituição Federal de 1988, transcrito abaixo, que estabelece que o ICMS é devido ao Estado onde estiver situado o estabelecimento destinatário da mercadoria.

“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 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 do destinatário da mercadoria, bem ou serviço”.

Assim, estando comprovado que as mercadorias em questão não circularam pelos estabelecimentos situados nas demais unidades da Federação envolvidas nas transações e que foram fisicamente destinadas ao autuado, valho-me das disposições contidas nos artigos 11, inciso I, alínea “d” e 12, inciso IX da Lei Complementar nº. 87/96, conforme apresento abaixo, que tratam da definição do estabelecimento responsável pelo pagamento do imposto e do momento de ocorrência do fato gerador.

“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;

Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

...

IX - do desembaraço aduaneiro das mercadorias importadas do exterior;”

Vale salientar que seguindo a disposição mencionada, a Lei estadual nº. 7.014/96, através de seu art. 13, assim como o RICMS/97, neste caso por meio do art. 573, inciso I, estabelecem que nas operações de importação cabe o recolhimento do imposto ao Estado onde estiver situado o estabelecimento onde ocorrer a entrada física das mercadorias ou bens, nos casos de destinação a unidade da Federação diversa da do domicílio do importador, sempre que houver transmissão de sua propriedade ou de título que os represente sem que os mesmos transitem pelo estabelecimento importador.

Observa-se ser este exatamente o caso da presente situação, fato que conduz ao raciocínio lógico de que o ente tributante da presente relação jurídico-tributária é o Estado da Bahia.

No que concerne à definição do sujeito passivo da relação tributária, utilizo-me igualmente dos dispositivos acima referenciados, tendo em vista que eles trazem a definição de que na importação de mercadoria ou bem do exterior, o local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é o do estabelecimento onde ocorrer a sua entrada física.

Em breve resumo, a leitura dos mencionados dispositivos legais me conduz à conclusão de que, realmente, quando a mercadoria importada do exterior se destinar a estabelecimento situado em Unidade da Federação diversa daquela do importador, o sujeito ativo da relação tributária é a unidade federativa onde se verificou a entrada efetiva das mercadorias. Da mesma forma, o estabelecimento responsável pelo pagamento do ICMS é o contribuinte para onde forem destinadas fisicamente as mercadorias.

Diante do exposto, voto pela procedência do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206894.0002/07-8**, lavrado contra **SALVADOR SHOPPING S/A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 159.500,80**, acrescido da multa de 60%, prevista no inciso II, alínea “d” do art. 42 da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de setembro de 2007.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – JULGADOR