

A.I. Nº - 089598.0408/09-9
AUTUADO - TRANSPORTADORA GASENE S.A.
AUTUANTE - ROBERTO BASTOS OLIVEIRA
ORIGEM - DAT SUL
INTERNET - 09/09/2009

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0271-03/09

EMENTA: ICMS. IMPORTAÇÃO. BEM IMPORTADO POR EMPRESA DE OUTRO ESTADO, DESTINADO FISICAMENTE A PESSOA ESTABELECIDNA NA BAHIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A Constituição, no art. 155, § 2º, IX, “a”, prevê que na entrada de mercadoria importada do exterior o imposto pertence ao Estado onde estiver situado o estabelecimento destinatário. É questionado pela doutrina o conceito de “estabelecimento destinatário”, porque a Carta não fala em “destinatário físico”. Fala apenas em “destinatário”. Mas a Lei Complementar nº 87/96 vincula a incidência do tributo ao destino físico dos bens (art. 11, I, “d”). A Bahia, ao instituir o imposto, reproduziu os dispositivos da lei complementar na legislação interna (Lei nº 7.014/96, art. 13, I, “d”, e RICMS/97, art. 47, X). De acordo com a lei complementar e a lei baiana, o imposto neste caso é devido à Bahia. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/4/09, diz respeito ao lançamento de ICMS que deixou de ser pago na importação de mercadoria desembaraçada em outra unidade da Federação e destinada fisicamente à Bahia, não tendo o imposto sido recolhido no ato do desembarço aduaneiro, conforme declaração de importação e nota fiscal emitida por empresa estabelecida em Vitória, ES. Imposto lançado: R\$ 9.618.205,79. Multa: 60%.

O contribuinte apresentou defesa explicando que contratou a importadora Frecomex Comércio Exterior Ltda., com estabelecimento no Estado do Espírito Santo, para proceder à importação de equipamentos com a finalidade de subsidiar a construção do gasoduto Sudeste-Nordeste, e, tendo em vista a importância do empreendimento para o governo baiano e para outros Estados, apenas por questão de logística, apresentou à autoridade fazendária de Teixeira de Freitas requerimento para, em caráter especial, efetuar a operação de descarga do equipamento em local diferente do indicado na Nota Fiscal de aquisição, conforme consta no Processo nº 03731420097. Aduz que a mercadoria seria originalmente entregue no Estado do Rio de Janeiro, e só depois seria enviada ao local das obras, neste Estado [Bahia], causando inegável atraso no andamento do empreendimento. Prossegue dizendo que na ocasião a empresa informou que a Nota Fiscal referente aos equipamentos com destino final ao parque de obras localizado em Teixeira de Freitas foi emitida em absoluta regularidade com a legislação deste Estado, informando, inclusive, que seria recolhida a diferença de alíquotas ao Estado da Bahia. Assinala que a diferença de alíquotas corresponde a 5% sobre o valor dos equipamentos importados, já que a alíquota [interestadual] do Estado do Espírito Santo é de 12% e na Bahia a alíquota [interna] é de 17%. Diz que o inspetor fazendário de Teixeira de Freitas acolheu integralmente o pedido de entrega das mercadorias em local distinto do descrito na Nota Fiscal, conforme despacho que transcreve. Observa que os equipamentos foram entregues diretamente no estabelecimento da empresa autuada, a qual recolheu, a título de diferença de alíquotas, a importância de R\$ 2.828.884,05, conforme comprovante anexo.

O autuado se diz surpreso com a glosa dessa operação pelo fisco baiano mediante o presente Auto de Infração, no qual se exige o pagamento integral do ICMS sobre a operação, sem se considerar o parecer emitido pelo inspetor fazendário no Processo nº 03731420097, bem como o recolhimento já feito a título de diferença de alíquotas e o imposto destacado na Nota Fiscal e já recolhido pelo seu emitente. Argumenta que, não obstante ter atuado nos exatos termos da autorização expedida pela autoridade fazendária, após a lavratura do Auto formulou requerimento de conversão do valor recolhido a título de diferença de alíquotas em crédito, para efeito de complementação a fim de atender à nova exigência do fisco, no sentido de que o recolhimento efetuado, no valor de R\$ 2.828.884,05, seja aproveitado como crédito para compensação com o pagamento do imposto exigido no Auto de Infração.

Considera o autuado que o imposto apurado neste Auto contraria as disposições do Convênio ICMS 52/91, reproduzidas no art. 77 do RICMS/BA, as quais prevêm a redução na base de cálculo do ICMS nas operações com aparelhos equipamentos arrolados no Anexo I do Convênio ICMS 52/91, de modo que a carga tributária nas operações interestaduais seja equivalente a 8,80%. Observa que o equipamento em questão é uma centrífuga, código NCM 8414.8033, que consta no item 5.01, "d", do Anexo I do Convênio ICMS 52/91. A seu ver não resta dúvida de que deva ser aplicada a redução de base de cálculo de modo que a carga tributária seja de 8,80%, tendo já procedido ao recolhimento de R\$ 2.149.951,89, quantia esta que corresponde a 3,8%, de forma que, somando-se isso aos 5% já pagos a título de diferença de alíquotas, obtém-se o percentual de 8,80% de carga tributária, conforme prevê o Convênio ICMS 52/91, estando portanto recolhido integralmente o valor supostamente devido.

Quanto à multa, argumenta que, como o pagamento foi feito antes do término do prazo de defesa, a empresa deverá ser contemplada com a redução de que trata o art. 45-A da Lei nº 7.014/96, já que não houve qualquer dolo, fraude ou simulação.

Pede que o Auto de Infração seja julgado improcedente, anulando-se todos os créditos tributários nele constituídos.

Juntou documentos.

O fiscal designado para prestar a informação observa que ficou evidenciado nos autos que a Transportadora Gasene contratou a empresa Frecomex Comércio Exterior Ltda. para realizar uma importação de mercadorias do exterior tendo como destino físico o Estado da Bahia, e portanto é devido o ICMS da importação ao Estado da Bahia, conforme art. 13 da Lei nº 7.014/96.

Quanto à redução de base de cálculo pleiteada pela defesa, o fiscal considera que a operação de importação não se enquadra no art. 77 do RICMS/BA, uma vez que o citado artigo trata de operações internas e interestaduais. Nota que o dispositivo que regulamenta a redução da base de cálculo em operação de importação é o art. 84, que transcreve. Conclui que o autuado não faz jus ao benefício fiscal.

Com relação à redução de 100% da multa, prevista no art. 45-A da Lei nº 7.014/96, o fiscal considera que a multa é devida, uma vez que não houve o recolhimento integral do ICMS no prazo legal de 20 dias da ciência do Auto de Infração.

Opina pela procedência do lançamento, com a devida apropriação dos recolhimentos efetuados.

VOTO

O lançamento em discussão diz respeito ao ICMS que deixou de ser pago na importação de bem desembaraçado em outra unidade da Federação e destinado fisicamente à Bahia, não tendo o imposto sido recolhido no ato do desembaraço aduaneiro, conforme declaração de importação e nota fiscal emitida por empresa estabelecida em Vitória (ES).

O bem foi importado através da DI nº 09/028963-0. O desembaraço aduaneiro ocorreu no Estado do Espírito Santo. A importação foi feita pela Frecomex Comércio Exterior Ltda., estabelecida no

Estado do Espírito Santo. Esta empresa emitiu Nota Fiscal-Fatura para a Transportadora Gasene S.A., estabelecida em Teixeira de Freitas, BA. De acordo com a petição à fl. 58, a empresa destinatária requereu que a mercadoria, em vez de ser descarregada no seu endereço, no Km 864 da BR 101, fosse entregue no trecho do município de Alcobaça. O requerimento foi deferido.

Todos esses elementos conduzem à conclusão de que o bem importado se destinou fisicamente ao Estado da Bahia. O requerimento do autuado acima aludido é a prova definitiva. O deferimento da petição pelo inspetor fazendário sacramenta o que a empresa requereu: a mercadoria é destinada à Bahia, e o inspetor concordou que em vez de a descarga ser feita num local (na Bahia) ocorresse em outro (igualmente na Bahia).

A empresa pretendia pagar apenas a diferença de alíquotas, como se se tratasse de uma operação interestadual. Ocorre que o fato em apreço constitui uma operação de importação, e não uma operação interestadual. O valor que foi pago a título de diferença de alíquotas será considerado pela repartição fazendária na quitação do débito.

Houve uma espécie de simulação, de modo a aparentar uma operação interestadual, haja vista que o bem foi importado do exterior por uma empresa estabelecida no Estado de Espírito Santo, tendo esta repassado a carga importada para outra empresa estabelecida na Bahia. No entanto, cumpre notar que o bem, ao ser desembarçado em Vitória, saiu do porto diretamente para o destinatário na Bahia. Sendo assim, o bem não transitou fisicamente pelo estabelecimento do importador, no Espírito Santo.

O fato de o bem não ter transitado fisicamente pelo estabelecimento capixaba, vindo do porto de Vitória diretamente para a Bahia, reveste-se de importância substancial neste caso. Está em discussão, aqui, a melindrosa questão do “destino físico” de bens importados do exterior.

Se o bem importado pela Frecomex ingressasse fisicamente no seu estabelecimento, e depois fosse remetido para a Transportadora Gasene, ficariam caracterizadas nitidamente duas operações, realizadas em momentos distintos: uma operação de importação, seguida de uma operação interestadual. Se assim fosse, não poderia a fiscalização baiana pretender cobrar o imposto desta última operação a título de “importação”, pois seria devida apenas a diferença de alíquotas.

Porém, pelo que consta nas provas, os fatos são outros. A Nota Fiscal 11538, da Frecomex, acobertava o transporte de um bem do Espírito Santo para a Bahia, não havendo prova nos autos de que o bem tivesse entrado fisicamente no estabelecimento do importador, no Espírito Santo.

Segundo a Constituição, na entrada de bem ou mercadoria importados do exterior o imposto pertence “ao Estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário da mercadoria, bem ou serviço” (CF, art. 155, § 2º, IX, “a”). É questionado pela doutrina o conceito de “estabelecimento destinatário”. Destinatário seria o destinatário jurídico ou o destinatário físico? A Carta não fala em “destinatário físico”. Fala apenas em “destinatário”. Como a Constituição não definiu o que quis dizer com a expressão “destinatário da mercadoria”, a Lei Complementar nº 87/96, no art. 11, I, “d”, estabeleceu que, para efeito da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, considera-se como local da operação o do estabelecimento onde ocorrer a entrada física dos bens importados. Com essa fórmula, a Lei Complementar fixou o critério pelo qual se determina o que a Constituição quis dizer por “destinatário da mercadoria”: como tal se considera aquele em cujo estabelecimento ocorrer a entrada física das mercadorias ou bens importados. A Bahia, ao instituir o imposto, reproduziu os dispositivos da lei complementar na legislação interna (Lei nº 7.014/96, art. 13, I, “d”, e RICMS/97, art. 47, X).

Na importação de mercadorias ou bens procedentes do exterior, o fato gerador do ICMS ocorre, como regra geral, no ato do desembarço aduaneiro (aspecto temporal da norma tributária), sendo que, no que concerne ao local da ocorrência do fato gerador (aspecto espacial), no caso de operação submetida ao tratamento especial do chamado “destino físico”, a lei desconsidera a pessoa do “importador formal”, para considerar o fato como tendo sido verificado no local do

estabelecimento onde ocorrer a entrada física da mercadoria ou bem importado do exterior (importador real). No caso em apreço, o “destinatário da mercadoria” a que alude a Constituição (art. 155, § 2º, IX, “a”) deixa de ser o estabelecimento do Estado do Espírito Santo (importador formal) e passa a ser o estabelecimento da Bahia (importador real). Trata-se de uma ficção jurídica estabelecida pela lei complementar. Em face disso, o imposto é devido no local onde estiver situado o estabelecimento em que ocorrer a entrada física da mercadoria ou bem importados.

De acordo com a lei complementar e a lei baiana, o imposto neste caso é devido à Bahia.

Conforme já salientei, o autuado efetuou o pagamento do imposto a título de diferença de alíquotas. Noto que, depois, o autuado pleiteou que se desse neste caso o tratamento previsto no Convênio ICMS 52/91, reproduzido no art. 77 do RICMS/BA, que prevê a redução na base de cálculo do ICMS nas operações com aparelhos equipamentos arrolados no Anexo I do Convênio ICMS 52/91, de modo que a carga tributária nas operações interestaduais seja equivalente a 8,80%. Observa que o equipamento em questão é uma centrífuga, código NCM 8414.8033, que consta no item 5.01, “d”, do Anexo I do Convênio ICMS 52/91. Tendo já procedido ao recolhimento de R\$ 2.149.951,89, quantia esta que corresponde a 3,8%, de forma que, somando-se isso aos 5% já pagos a título de diferença de alíquotas, o autuado observa que desse modo se obtém o percentual de 8,80% de carga tributária, conforme prevê o Convênio ICMS 52/91, estando a seu ver recolhido integralmente o valor devido.

Na sustentação oral, o representante da empresa aduziu que o pleito da defesa no que concerne à redução da base de cálculo tem respaldo na redação dada ao art. 77 do RICMS pelo Decreto nº 11.635/09, que prevê uma carga tributária de 8,8%. Com isso, já tendo pago 5% a título de diferença de alíquotas, e depois tendo pago 3,8%, os recolhimentos somados atingem os 8,8% de carga tributária, e já estaria quitado o Auto.

O Decreto nº 11.635, que modificou o art. 77 do RICMS, é de 27.7.09. O fato em análise ocorreu em abril de 2009. A alteração não tem efeito retroativo. Vale portanto a redação da época, a qual apenas faz menção às operações internas e interestaduais, e no presente caso a operação é de importação. Não acato, por isso, as razões da defesa.

A repartição, contudo, levará em conta os valores já pagos quando o autuado proceder à quitação do Auto.

Com relação ao pleito da redução de 100% da multa, prevista no art. 45-A da Lei nº 7.014/96, a decisão não é da competência deste órgão julgador.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologada a quantia já paga a título de diferença de alíquotas, bem como a complementação efetuada depois.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **089598.0408/09-9**, lavrado contra **TRANSPORTADORA GASENE S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 9.618.205,79**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologadas as quantias já pagas.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de agosto de 2009

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – JULGADORA