

A. I. Nº - 207090.0002/09-5
AUTUADO - B. A. PLAST INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS LTDA.
AUTUANTE - MARIA CONSUELO DE PIRES BARROS
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
INTERNET - 24. 09. 2009

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0312-01/09

EMENTA: ICMS. IMPORTAÇÃO. **a)** ENTRADA FÍSICA EM ESTABELECIMENTO LOCALIZADO NESTE ESTADO. DESEMBARÇO ADUANEIRO EM OUTRO ESTADO. PAGAMENTO DO IMPOSTO AO ESTADO QUE PROMOVEU O INGRESSO NO TERRITÓRIO NACIONAL. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Embora o fato gerador do ICMS ocorra no ato do desembarço aduaneiro (aspecto temporal), a lei considera-o verificado no local da situação do estabelecimento onde ocorra a entrada física da mercadoria ou bem importado do exterior (aspecto espacial), que no caso é a Bahia. Acusação subsistente. **b)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. NÃO ATENDIDAS AS CONDIÇÕES PARA FRUIÇÃO DO BENEFÍCIO PREVISTO NO DECRETO N. 4.316/95. Infração reconhecida. **c)** ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. FALTA DE INCLUSÃO, NA BASE DE CÁLCULO, DAS DESPESAS ADUANEIRAS. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Infração reconhecida. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 24/03/2009, exige ICMS no valor de R\$ 781.388,08, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS atribuídas ao autuado:

1. Deixou de recolher o ICMS devido referente a mercadorias importadas do exterior pelo próprio contribuinte com simulação de compra no mercado interno por intermédio de empresa de outro Estado, tendo sido constatado que as mercadorias após o desembarço aduaneiro, foram destinadas ao estabelecimento do contribuinte, nos meses de dezembro de 2004, janeiro, maio, junho, julho, setembro e novembro de 2005, janeiro, março, maio e agosto de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 681.990,09, acrescido da multa de 100%.
2. Deixou de recolher o ICMS devido pelas importações tributadas realizadas pelo estabelecimento, no mês de novembro de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 99.385, 61, acrescido da multa de 60%.
3. Recolheu a menos o ICMS devido pelas importações de mercadorias do exterior, em razão de erro na determinação da base de cálculo, quer pela falta de inclusão das despesas aduaneiras incorridas até o desembarço, quer pela utilização incorreta da taxa cambial, no mês de abril de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 12,38, acrescido da multa de 60%.

O autuado, através de advogado legalmente constituído, apresentou peça impugnatória ao lançamento de ofício (fls. 564 a 574), esclarecendo, inicialmente, que reconhece as infrações 02 e 03,

inclusive, efetuando o recolhimento do valor do débito, conforme documento de arrecadação acostado aos autos, impugnando exclusivamente a infração 01.

No que concerne à infração 01, afirma que a acusação não pode prosperar pela ausência de qualquer comprovação que indique que as operações de importação seriam fraudulentas. Diz que, contrariamente, os documentos juntados ao presente processo revelam a validade e eficácia das importações, efetuadas por empresa FUNDAPEANA, sediada no Estado do Espírito Santo, assim como a regularidade do envio das mercadorias importadas para a empresa autuada. Argumenta que não há como concluir que as operações foram simuladas, tendo em vista que as importações objeto da autuação, no caso, importações por conta e ordem, tiveram como lastro legal a MP 2.158-35.

Aduz que os documentos acostados aos autos revelam, com clareza solar, a existência de vínculo entre o encomendante adquirente –autuado- e a pessoa jurídica importadora, no caso, a empresa Fundapeana Viamax Trading Ltda., caracterizando a equiparação definida na Medida Provisória 2.158-35.

Acrescenta que tais documentos evidenciam a ocorrência de uma importação por conta e ordem caracterizadora da equiparação prevista na legislação, tais como a menção, nas Faturas Comerciais, do terceiro intermediador da operação (o importador); a existência de contrato comercial firmado pelas partes envolvidas (adquirente e importador); contratação de câmbio pelo adquirente, com expressa indicação de que se trata de operação por conta e ordem, entre outros.

Prosseguindo, diz que ultrapassado o argumento no sentido de que as operações de importação seriam simuladas, não pode ser tido como responsável pelo pagamento, ao Estado da Bahia, do ICMS incidente sobre referidas importações.

Assevera que a discussão jurídica a ser desenvolvida no presente feito administrativo diz respeito à definição quanto ao sujeito ativo do ICMS devido na importação por conta e ordem de terceiro, quando as mercadorias importadas são desembaraçadas em outra Unidade da Federação e remetidas diretamente ao adquirente, sem trânsito pelo estabelecimento importador, no caso, a empresa Viamax Trading Ltda., sediada no Estado do Espírito Santo, realizou a importação de determinadas mercadorias; promoveu o desembaraço aduaneiro neste mesmo Estado e, ao depois, remeteu-as para a adquirente, sediada no Estado da Bahia.

Diz que cabe perquirir quanto à abrangência da expressão “cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o estabelecimento destinatário da mercadoria”, inserta na parte final do artigo 155, § 2º, inciso IX, alínea “a”, da Constituição Federal.

Manifesta o entendimento de que o ICMS, incidente na importação de mercadoria, não tem como sujeito ativo da relação jurídico-tributária o Estado onde se localiza o adquirente e nem mesmo o Estado onde ocorre o desembaraço aduaneiro – momento do fato gerador – mas o Estado onde se localiza o sujeito passivo do tributo, ou seja, aquele que promoveu juridicamente o ingresso do produto no mercado nacional, que, no caso, o Estado do Espírito Santo.

Sustenta que o dispositivo constitucional ao se referir a estabelecimento destinatário, não especifica o tipo de estabelecimento, ou seja, se é o final, ou se não é. Assim, quando a operação se inicia no exterior, o ICMS é devido ao Estado em que está localizado o destinatário jurídico do bem, isto é, o importador, que é aquele que efetivamente praticou o fato jurídico.

Invoca e reproduz lições de Roque Antonio Carrazza e José Eduardo Soares de Melo, para reforçar os seus argumentos.

Salienta que não importa se houve circulação de mercadorias na unidade da Federação onde está estabelecida a empresa importadora, haja vista que a circulação que interessa ao legislador é meramente jurídica, sendo inconsistentes as disposições dos artigos 573, inciso I, e 47, X, do RICMS/BA, corroborando esse raciocínio o artigo 12, inciso IV, da Lei Complementar n.87/96, que legitima a entrada ficta da mercadoria no estabelecimento importador e sua subsequente saída, também ficta, para outro estabelecimento, este o destinatário final, exatamente como ocorrido no caso em espécie, não procedendo a autuação.

Assevera que diante do quanto exposto até aqui, o fato gerador do imposto ocorreu sim no Estado do Espírito Santo - saída ficta e legítima das mercadorias importadas -, restando evidenciado, que o tributo deveria ser recolhido – como foi -, em favor daquele Estado. Transcreve o Parecer

Consultivo nº 036/2007, da Secretaria da Fazenda do Estado do Espírito Santo, referente ao tema em discussão.

Continuando, evoca jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que no RE nº 299.079-5 (DJ 16/06/2006), relator o Min. Carlos Britto, a Suprema julgou controvérsia em tudo idêntica à que se registra no presente feito administrativo, assentando o entendimento de que o ICMS, incidente na importação de mercadoria, tem como sujeito ativo da relação jurídico tributária o Estado onde se localiza o sujeito passivo do tributo; ou seja, aquele que promoveu juridicamente o ingresso do produto, no caso, o importador, transcrevendo trecho extraído do voto do Min. Carlos Britto.

Cita e transcreve também decisão do Superior Tribunal de Justiça, dizendo que este já decidiu neste mesmo sentido, no julgamento do REsp nº 256.814/RJ, relatado pela Ministra Nancy Andrighi, conforme se vê pela leitura da ementa do julgado.

Conclui que sendo o Estado do Espírito Santo o sujeito ativo do tributo incidente sobre as operações de importação retratadas nestes autos, não há como chegar à conclusão outra senão que o ICMS não é mesmo devido ao Estado da Bahia, requerendo a improcedência do Auto de Infração.

A autuante prestou informação fiscal (fls.588 a 591), na qual diz que o autuado impugna somente a infração 01, reconhecendo as infrações 02 e 03.

No que concerne à infração 01, diz ter verificado através do exame dos documentos acostados ao processo, que os importadores / consignatários / intermediadores, seriam as empresas Viamax Trading Ltda, e Saga Importação e Exportação S. A, conforme fls. 268 e 277.

Registra que em nenhum momento da defesa, o autuado impugna a autuação quando a empresa importadora foi a Saga Importação e Exportação S.A, omissão esta que permite o entendimento de aceitação da autuação, quando aquela empresa foi a intermediária.

Prosseguindo, esclarece que o adquirente/proprietário das mercadorias, em todas as importações objeto da autuação é a empresa EBF do Nordeste Indústria e Comércio de Plásticos Ltda., conforme fl.16 dos autos, onde consta a alteração no contrato social da empresa, devidamente arquivada na JUCEB, com alteração do nome empresarial da empresa, desde 01/10/07, para B. A. PLAST INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS LTDA.

Afirma que em nenhuma das importações objeto da autuação houve recolhimento do ICMS devido, em favor do Estado da Bahia, conforme exige a Lei, consoante se verifica às fls. 431 a 434.

Diz que o impugnante apresenta uma discussão jurídica sobre se seria ou não o ICMS da importação devido ao Estado da Bahia, e junta doutrina e jurisprudência, que acredita terem poder de convencimento sobre os julgadores acerca da sua tese. Apesar de saber que, para o direito Positivo Brasileiro, doutrina e jurisprudência não obrigam a terceiros, sequer influenciam.

Discorda do argumento do autuado de que o RE 299.079-5 (fls. 572/573) julgou controvérsia em situação idêntica a de que cuida a presente autuação, afirmando que no caso apresentado pela defendente, empresa sediada no Estado de Pernambuco, importou mercadorias através de Duque de Caxias (RJ), onde ocorreu o desembaraço aduaneiro, e vendeu-a à Petrobrás, empresa também sediada no Rio de Janeiro. Então, a Fazenda Pública Estadual do Estado do Rio de Janeiro pleiteou o ICMS incidente sobre a operação de importação, chegando a recorrer de decisões desfavoráveis em julgamentos anteriores desembocando a sua irrisignação no Recurso Extraordinário, que foi desprovido, pelo STF.

Acrescenta que foi firmado o entendimento que o ICMS sobre aquela importação cabia ao Estado de Pernambuco, proprietário da mercadoria importada, inobstante o desembaraço aduaneiro tivesse ocorrido no Estado do Rio de Janeiro (fl. 573).

Continuando, apresenta diferenças entre o RE 299.079 – 5, suscitado pelo defendente e as operações de importação, objeto da infração 01, conforme abaixo:

- naquele, não existem empresas importadoras / consignatárias / intermediadoras do Estado do Espírito Santo (beneficiárias do FUNDAP);

- no caso trazido pelo autuado, a mercadoria, após a importação foi vendida para outro Estado;
- o recorrente do Recurso Extraordinário, estava estabelecido no Estado do Rio de Janeiro enquanto o proprietário da mercadoria estava localizado em Pernambuco, fato que motivou o desprovisionamento do recurso.

Salienta que no Auto de infração em lide a autuação levou em conta a situação fática encontrada e as disposições legais a que está irremediavelmente vinculada, no exercício da função fiscalizadora, no caso, a CF (artigo 155, parágrafo 2, IX, a); o CTN, nos seus art. 121, I e 124, I; a Lei Complementar n. 87 / 96 que no seu art. 11, I, d; o RICMS /BA, artigo 1, parágrafo 2, V, art. 58, I, art. 573, I e parágrafo 1º.

Ressalta que, apesar de não de ser sua competência funcional tratar da matéria, a Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal n. 247/04 , assim como suas alterações, por envolverem interesses não somente da União – no tocante ao PIS / PASEP e a Cofins – como também de Estados da Federação, deveriam ter sido objeto de Convênio (nos moldes do que dispõe a Lei Complementar 24 / 75) e que não o sendo, não obrigam a Fazenda do Estado.

Assevera que o acerto da autuação é corroborado pelo entendimento do STF que no Acórdão do Recurso Extraordinário 268.586 / SP (fls. 318 e 331) onde numa importação por conta e ordem, para São Paulo, através do porto do Espírito Santo, o importador da mercadoria, recolheu ICMS de importação para o Estado do Espírito Santo (fl. 425), quando o adquirente da mercadoria era de São Paulo e a mercadoria destinava-se fisicamente a São Paulo – cuja Fazenda Pública Estadual atenta, autuou pela falta de recolhimento do ICMS devido pela importação, mantendo-se a decisão na Corte de Origem, agora ratificada pelo STF.(fl. 330).

Finaliza mantendo integralmente a autuação.

Constam às fls. 594 a 598, extrato do SIGAT relativo ao parcelamento parcial do débito.

VOTO

Versa o Auto de Infração em lide sobre três infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado todas relacionadas à entrada de mercadorias importadas do exterior.

A princípio, verifico que o impugnante reconhece as infrações 02 e 03, inclusive, efetuando o pagamento de parte da parcela reconhecida.

A sua insurgência restringe-se, exclusivamente, contra à infração 01, que diz respeito à falta de recolhimento o ICMS devido referente a mercadorias importadas do exterior pelo próprio contribuinte com simulação de compra no mercado interno por intermédio de empresa de outro Estado, tendo sido constatado que as mercadorias após o desembarço aduaneiro foram destinadas ao estabelecimento do contribuinte.

Do exame das peças processuais, verifico que o autuado é o estabelecimento que efetuou a importação da mercadoria, portanto, parte legítima no pólo passivo da obrigação tributária, conforme se constata através do documento à fl. 44, referente a “Dados Complementares da Declaração de Importação”, onde consta: “IMPORTAÇÃO POR CONTA E ORDEM DE TERCEIROS DE ACORDO COM A IN/SRF 225/02. EBF INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS LTDA. C.N.P.J 02.243.550/003-29”, que contratou as empresas Viamax Trading Ltda.e Saga Importação e Exportação S.A, como consignatárias, para intermediá-la nas operações de importação de mercadorias, sendo que as mercadorias foram desembarçadas em Vitória – ES, tendo como destino o estabelecimento do autuado.

Vale registrar que o adquirente/proprietário das mercadorias, em todas as importações objeto da autuação é a empresa EBF do Nordeste Indústria e Comércio de Plásticos Ltda., que após alteração contratual mudou a razão social para B. A. PLAST INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS LTDA., conforme alteração devidamente arquivada na JUCEB, desde 01/10/07(fl. 16).

As próprias notas fiscais emitidas pela empresa Viamax Trading Ltda., cujas cópias foram acostadas às fls. 51 a 60, contêm no campo CFOP o código 6.949 –Remessa Import. p/conta e ordem, constando ainda a observação no corpo dos citados documentos fiscais o seguinte registro: “Importação por Conta e Ordem do Adquirente das mercadorias desta NF Conf IN/SRF 247/2002, Arts. 86 a 88 – ADI SRF 7/2002.”

Observo que o autuado argumenta que não importa se houve circulação de mercadorias na unidade da Federação onde está estabelecida a empresa importadora, haja vista que a circulação que interessa ao legislador é meramente jurídica, sendo inconsistentes as disposições dos artigos 573, inciso I, e 47, X, do RICMS/BA, corroborando esse raciocínio o artigo 12, inciso IV, da Lei Complementar n.87/96, que legitima a entrada ficta da mercadoria no estabelecimento importador e sua subsequente saída, também ficta, para outro estabelecimento, este o destinatário final, exatamente como ocorrido no caso em espécie, não procedendo a autuação.

Portanto, o que se verifica é que o autuado considera inconsistentes as disposições dos artigos 573, inciso I, e 47, X, do RICMS/BA.

O art. 573, I e § 1º, do RICMS/BA, estabelece que nas operações de importação de mercadorias ou bens procedentes do exterior, cabe o recolhimento do imposto sobre elas incidente à unidade federada onde estiver situado o estabelecimento em que ocorrer a entrada física das mercadorias ou bens, quando destinados a unidade federada 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, e que este será recolhido pelo importador, em favor da unidade federada em cujo território tiver ocorrido a entrada física das mercadorias ou bens, por meio de documento de arrecadação previsto em sua legislação ou da Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais (GNR).

Já o art. 47, X, do mesmo Diploma regulamentar, determina que o local da operação relativa à circulação de mercadorias ou bens, para efeito de cobrança do ICMS e da definição do estabelecimento responsável, é o do estabelecimento onde ocorra a entrada física da mercadoria ou bem importados do exterior.

As disposições regulamentares acima reportadas estão em conformidade com o que determina a Lei Estadual n. 7.014/96 e a Lei Complementar n. 87/96, que também dispõe no seu art. 11, inciso I, alínea “d”, que o local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, tratando-se de mercadoria ou bem importado do exterior, é o do estabelecimento onde ocorrer a entrada física.

Assim, não resta dúvida de que o autuado conhece as disposições da legislação do ICMS do Estado da Bahia, apenas não as cumprindo por entender serem “inconsistentes”.

Verifico que o impugnante sustenta a validade e eficácia das importações, efetuadas no seu dizer por empresa “FUNDAPEANA”, sediada no Estado do Espírito Santo, assim como a regularidade do envio das mercadorias importadas para a empresa autuada.

Com relação a tal assertiva, conforme já discorrido acima, não resta dúvida que o efetivo importador foi o estabelecimento autuado e que a presença de um consignatário diferente do importador e localizado no Estado do Espírito Santo resulta do interesse em auferir os benefícios do Fundo para o Desenvolvimento das Atividades Portuárias de Vitória do Espírito Santo – FUNDAP, não podendo ser desconsiderado que, sendo o destino físico da mercadoria importada o Estado da Bahia, aplica-se a legislação pertinente vigente neste Estado.

Cumpra ainda registrar que, conforme muito bem consignado pela autuante a Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal n. 247/04, com suas alterações, não produz efeito jurídico para os Estados, isto é, o seu alcance está adstrito à sua área de competência constitucional não podendo ser imposta as suas determinações aos demais entes da Federação sem que haja a anuência destes mediante o instrumento legal próprio.

Assim, apesar de o aspecto temporal do fato gerador do ICMS nas importações ocorrer no ato do desembaraço aduaneiro, a lei estatui a sujeição ativa como sendo do Estado onde ocorra a entrada

física da mercadoria importada do exterior, portanto, dando relevância ao aspecto espacial do fato gerador.

Importante registrar que a matéria de que cuida o Auto de Infração em exame, encontra-se com o entendimento pacificado no âmbito deste CONSEF, conforme decisões proferidas tanto pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal como pela 2ª Câmara de Julgamento, a exemplo do Acórdão CJF N. 0396-11/06.

Diante do exposto, considero integralmente subsistente a infração 01.

Contudo, cabe um reparo quanto à multa de 100% indicada no Auto de Infração, haja vista que não se trata de simulação, pois os documentos acostados aos autos comprovam a realização das operações. Ou seja, as mercadorias foram destinadas fisicamente para o Estado da Bahia, sendo aplicável, no caso, a multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, alínea “f”, da Lei n. 7.014/96.

No que concerne às infrações 02 e 03, o autuado reconhece o cometimento das irregularidades apontadas, inclusive, efetuando o pagamento parcelado do valor reconhecido.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologado o valor recolhido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração n° 207090.0002/09-5, lavrado contra **B. A. PLAST INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$781.388,08**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, incisos II, “a”, “f”, da Lei n° 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor recolhido..

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de setembro de 2009.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR