

A. I. N° - 089598.0407/09-2
AUTUADO - BELMETAL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
AUTUANTE - ROBERTO BASTOS OLIVEIRA
ORIGEM - IFMT/METRO
INTERNET - 23.12.2009

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0417-02/09

EMENTA: ICMS. IMPORTAÇÃO. DESEMBARAÇO ADUANEIRO EM OUTRO ESTADO. MERCADORIA DESTINADA FISICAMENTE AO ESTADO DA BAHIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Nas operações de importação de mercadorias, quando destinadas a unidade federada diversa da 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. Restou comprovado que as mercadorias foram importadas pelo autuado localizado em outra Unidade da Federação, e o destino físico das mercadorias foi o Estado da Bahia, sendo devido o imposto a este Estado nos termos do artigo 573, I, do RICMS/97. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 30/04/2009, no Posto Fiscal Eduardo Freire, sob acusação da falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$ 34.297,13, sobre importação, relativo a mercadorias e/ou bens procedentes do exterior, destinados fisicamente ao Estado da Bahia, cujo importador está estabelecido em outra Unidade da Federação e o desembaraço aduaneiro ocorreu ou não em Estado diverso de seu domicílio, conforme documentos às fls. 06 a 18.

Consta no campo “Descrição dos fatos” do Auto de Infração: “IMPORTAÇÃO. MERCADORIA DESEMBARAÇADA EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO E DESTINADA FISICAMENTE À BAHIA. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO, DE ACORDO COM AS NFs 625, 626 E 627, CONFORME D.I. 09/0161879-9 E 09/0357503-0.”

Foram dados como infringidos os artigos 572, § 7º, combinado com os artigos 47, inciso X, 573, 911 e 913, todos do RICMS/97, com a aplicação da multa prevista no artigo 42, inciso II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96.

O autuado, por seu representante legal, ingressa com defesa administrativa (fls.26 a 31), na qual, fez uma breve explanação dos fatos, esclarecendo que:

1. Contratou a empresa Barter Comércio Internacional S/A, sediada no município de Serra, ES, para realizar a importação das mercadorias constantes nas Notas Fiscais de Saída de nº. 625, 626 e 627, por ela emitidas.
2. Após o desembaraço aduaneiro das mercadorias, o que se deu no EADI localizado em Cariacica, Espírito Santo, conforme Declarações de Importação de nº. 09/0161879-9 e 09/0357503-0 (48 a 77), sendo as mercadorias remetidas diretamente para o armazém da

- importadora (Barter), localizado também no Estado do Espírito Santo, conforme conhecimentos de transporte, fl. 78 a 106.
3. A remessa, em parte, das mercadorias para o Estado da Bahia somente se deu tempos depois, amparada pelas Notas Fiscais de Saída de nº 625, 626 e 627, emitidas pela Barter, e Conhecimentos de Transporte (fl. 111) e parte encontra-se no estabelecimento do importador (Barter) no ES.

Em seguida, descreveu a imputação e o fundamento legal, para argüir que pelos fatos narrados acima e confirmados pelos documentos juntados aos autos, a entrada física da mercadoria na importação se deu no estabelecimento do importador, no Estado do Espírito Santo, e a remessa para o Estado da Bahia se deu em momento posterior.

Ressalta que o importador das mercadorias constantes nas notas fiscais de saída objeto da autuação é a empresa Barter Comércio Internacional S/A, figurando esta, nesta condição, nas declarações de importação que instruíram o desembaraço aduaneiro.

Com esse argumento, aduz que, nem a descrição fática, nem o embasamento legal constante no Auto Infração condizem com a realidade existente, não existindo qualquer fundamento para a cobrança do ICMS-Importação pelo Estado baiano.

Transcreveu os artigos 47 e 573, § 1º, do RICMS/Ba, para evidenciar que o ICMS incidente sobre a importação, segundo o próprio Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, será devido ao Estado onde ocorrer a entrada física das mercadorias.

Sustenta que o desembaraço aduaneiro e a entrada física das mercadorias ocorreram no Espírito Santo, entendendo que é ao referido estado que o ICMS-importação deve ser recolhido, à luz do art. 5º da Lei Estadual (BA) 7.014/96, que determina que o contribuinte do ICMS-importação é aquele que “importe mercadoria ou bem do exterior, qualquer que seja a sua finalidade”.

Além disso, aduz que de acordo com o art. 13 da Lei Estadual (BA) 7.014/96, repetindo o disposto no art. 11 da LC 87/96 (Lei Kandir), o local da operação para efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável o do estabelecimento onde ocorrer a entrada física das mercadorias, e no caso, tendo a mercadoria transitado fisicamente por seu estabelecimento no Estado do ESPÍRITO SANTO (onde ainda se encontra parte da carga), o ICMS incidente sobre a importação é devido ao Estado do ESPÍRITO SANTO e não ao Estado da BAHIA.

Por fim, requer a improcedência da autuação e o cancelamento de qualquer pendência ou anotação feita em sua inscrição no cadastro fazendário.

Na informação fiscal às fls.115 a 117, a autuante esclareceu o motivo da autuação, e o fundamento legal, o argüiu que o argumento da defesa para não recolher o imposto importação para o Estado da Bahia sobre mercadorias cujo destino é este Estado, funda-se no fato desta carga ter entrado fisicamente no estabelecimento do importador, acreditando que através da importação indireta possa elidir a incidência do ICMS importação.

Observa que, apesar da alegação de que o tributo na importação é devido ao Estado do Espírito Santo, não apresentou qualquer elemento de prova de que ocorreu o recolhimento em favor deste Estado como se pode verificar na Declaração de Importação à fl.65.

Frisa que houve a desoneração do ICMS importação no desembaraço aduaneiro em função do diferimento previsto no artigo 168, Inciso XVI, do RICMS/ES, ou seja, salienta que sem adentrar no mérito da legislação interna deste Estado, o fato é que não houve o recolhimento em favor de qualquer ente tributário, mas apenas a desoneração no desembaraço para um momento posterior.

Analizando a Declaração 09/0357503-3 (fl. 64), diz que o importador é a empresa Fimportadora Barter Comércio Internacional S/A, mas o adquirente da mercadoria é a Belmetal Indústria e Comércio, estabelecida neste Estado, ou seja, a Fimportadora Barter apenas intermediou a importação que, de fato, foi realizada em nome da autuada.

Evidencia que a importação teve como adquirente e destinatário final da mercadoria a Belmetal e o imposto é devido para a Bahia que, nos termos do artigo 47, Inciso X, da lei 7.014/96 e artigo 11, I, alínea "d", da Lei Kandir, é estabelecimento destino das mercadorias. Ressalta que o fato das mercadorias entraram em um depósito, cuja natureza da operação é evidentemente precária, em outro Estado, não ficam exoneradas do imposto.

Observa que o autuado se utilizou de um expediente legal no sentido de evitar a ocorrência do fato gerador, mas o fez com abuso de forma, porquanto traduziu de forma favorável ao seu projeto de importação a declaração contida no texto da lei: "física das mercadorias". Entretanto, a importação é da autuada, intermediada pela Fimportadora Barter, que através de um artifício legal do Estado do Espírito Santo pretende tornar imune do imposto uma operação que é tributada, pois a finalidade da importação é a comercialização dos produtos no Estado da Bahia.

Resumiu o seu entendimento dizendo que com o objetivo de evitar o pagamento do imposto de importação devido ao Estado da Bahia, a adquirente dos perfis contratou uma importadora para realizar esta operação no porto de Estado diverso; este Estado produziu um benefício fiscal para exonerar o ICMS nesta operação que, ao final é apenas uma operação de intermediação e armazenagem temporária, pois o importador fez uma interpretação literal da legislação tributária, e criou uma operação cuja natureza não tem previsão no CFOP, inclusive que operação em tela sequer tem número de código.

Por conta dessas ponderações, aduz que a natureza da operação - outra saída-importação por conta e ordem de terceiros - não têm previsão legal no convênio SINIEF sobre a natureza das operações e alterações posteriores, ou seja, importação por conta e ordem de terceiros tem como finalidade a entrega das mercadorias ao adquirente que é a autuada neste Estado, importador de fato dos produtos.

Conclui que a única função da Barter é o despacho e armazenagem dos produtos e isto não pode produzir uma verdadeira imunidade como pretendido pela defesa, por entender que o ICMS-Importação acabou por não ser recolhido em favor de Estado algum em função de uma transgressão do sentido e da inteligência da lei.

VOTO

A infração de que cuida o presente processo foi constatada pela fiscalização de mercadorias em trânsito, no Posto Fiscal Eduardo Freire, e concerne a exigência de imposto relativo a mercadorias procedentes do exterior, cujo desembaraço aduaneiro foi efetuado por importador estabelecido em outra unidade da Federação, e o destino físico das mercadorias foi para estabelecimento localizado no Estado da Bahia.

Consta no Termo de Apreensão às fls. 4 e 5, que a lide diz respeito ao fato de que as mercadorias (perfis de alumínio) foram desembaraçadas em outra Unidade da Federação e destinadas fisicamente ao Estado da Bahia através das Notas Fiscais nº 625, 626 e 627, tudo conforme DIS nº 09/0161879-9 e 09/0357503-0.

Diante disso, foi reclamado o imposto de R\$34.297,13 relativo à falta de recolhimento do imposto devido sobre operação com as mercadorias, cujo trânsito foi acobertado pelas NFs-e 625 a 627, série 1, desembaraçadas em outra unidade da federação e destinadas à contribuinte na Bahia. Estes documentos foram emitidos por Barter Comércio Internacional S/A, estabelecida no estado do porto de desembarque, tendo como natureza de operação importação por conta e ordem de terceiros com a aplicação da alíquota interestadual na remessa. Assim, foi considerado que os produtos provenientes do exterior, mas destinados a este Estado, deveriam ter o ICMS devido pela importação. Do exposto, foi considerado infringido o artigo 572, §7º, do RICMS/BA, que define o despacho aduaneiro como o momento em que o ICMS-Importação deve ser recolhido; o artigo 573, que atribui ao estabelecimento destinatário da mercadoria a

responsabilidade pelo recolhimento do imposto de importação, mesmo quando importadas por Estado diverso daquele do domicílio do importador e, finalmente, que determina como local da operação aquele onde ocorrer a entrada física da mercadoria, sendo aplicada a multa prevista no artigo 42, Inciso II, alínea "f", da Lei 7.014.

De acordo com a documentação que instrui a autuação, especialmente os Extratos da Declaração de Importação nº 09/0161879-9 e 09/0357503-0 às fls. 48/ 64/77 dos autos, consta como importador a empresa Barter Comércio Internacional S/A e como adquirente da mercadoria o contribuinte autuado.

Observo que não resta dúvida alguma quanto à natureza da operação, objeto do Auto de Infração, ora em lide, ante a incontroversa manifestação do próprio autuado, de que importara a mercadoria através do Estado do Espírito Santo e, cuja destinação física da mercadoria foi o Estado da Bahia, sem, portanto, circular fisicamente por seu estabelecimento, remanescendo, assim, nos autos, evidenciada a natureza fática da ocorrência.

A defesa concentrou sua argumentação para elidir a acusação fiscal aduzindo que o imposto é devido ao Estado em que está localizado o estabelecimento importador.

Ora, a importação foi efetuada pela empresa Barter Comércio Internacional S/A e desembaraçada através do Porto de Espírito Santo, conforme Extratos da Declaração de Importação nº 09/0161879-9 e 09/0357503-0 às fls. 48 a 77 dos autos, e a mercadoria foi remetida diretamente para o adquirente autuado neste Estado, sem ter transitado fisicamente pelo estabelecimento importador no Estado do Espírito Santo, através das Notas Fiscais nº 625, 626 e 627 (fls.07 a 10), nas quais constam como natureza da operação “outra saída-importação por conta e ordem terceiros”.

Vale observar, que embora no que concerne ao aspecto temporal, o fato gerador do ICMS nas importações ocorra no ato do desembaraço aduaneiro, a lei estatui a sujeição ativa como sendo o Estado onde ocorra a entrada física da mercadoria importada do exterior, ou seja, privilegiando o aspecto espacial do fato gerador.

Em relação a esse aspecto, a alínea “d” do inciso I do art. 13 da Lei 7.014/96, e o artigo 572, I e § 1º do RICMS/97, dispõem, *in verbis*:

“Art. 13. 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) importados do exterior, o do estabelecimento onde ocorrer a entrada física”.

“Art. 573 – Nas operações de importação de mercadorias ou bens importados do exterior, cabe o recolhimento do imposto sobre elas incidente à unidade federada:

I – 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.

§1º - O imposto 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 (GNRE).”

Por tudo quanto exposto, entendo que o ICMS sobre mercadorias importadas deve ser recolhido no local onde ocorreu o despacho aduaneiro, contudo, em que pese o ato da cobrança ocorrer no momento da entrada da mercadoria, o sujeito ativo da relação jurídico-tributária é o Estado do local do estabelecimento onde ocorreu a entrada física.

Portanto, não há dúvida de que pertence ao Estado onde ocorrer a entrada física da mercadoria importada o ICMS incidente na importação de mercadorias procedentes do exterior, conforme expressamente dispõe a legislação tributária acima transcrita.

Ademais, saliento, ainda, que é pacífico o entendimento prevalente nas decisões do CONSEF, de que na importação, o ICMS é devido ao Estado onde ocorre a entrada física das mercadorias ou bens, quando não transitarem fisicamente pelo estabelecimento importador, a exemplo das decisões proferidas pela 1^a CJF nos Acórdãos de nºs 052-11/04 e 0396-11/06 e pela 2^a CJF no Acórdão de nº 0463-12/06.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **089598.0407/09-2**, lavrado contra **BELMETAL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 34.297,13**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de dezembro de 2009.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - JULGADOR

FRANCISCO ATANÁSIO DE SANTANA – JULGADOR