

A. I. N° - 089598.0606/09-5
AUTUADO - TRANSPORTADORA GASENE S/A
AUTUANTE - ROBERTO BASTOS OLIVEIRA
ORIGEM - IFMT DAT/SUL
INTERNET - 30/04/2010

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0088-03/10

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. ILEGITIMIDADE ATIVA. IMPORTAÇÃO. DESTINO FÍSICO. Mercadorias importadas e destinadas fisicamente a estabelecimentos situados em outras Unidades da Federação, posteriormente remetidas a contribuinte deste Estado. Ilegitimidade ativa do Estado da Bahia para exigência do imposto. Auto de Infração **NULO** esclarecendo que, neste caso, não cabe o refazimento da ação fiscal. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 29/06/2009 na fiscalização ao trânsito de mercadorias, e exige ICMS no valor de R\$572.446,52, acrescido de multa no percentual de 60%, em razão da falta de recolhimento do ICMS sobre importação, relativo a mercadorias e/ou bens procedentes do exterior, destinados fisicamente a este Estado, no caso de o importador ser estabelecido em outra Unidade da Federação e o desembaraço aduaneiro ocorrer, ou não, em Estado diverso de seu domicílio, conforme Termo de Apreensão e Ocorrências n° 089598.0606/09-5 lavrado em 29/06/2009 e acostado às fls. 04 e 05.

Consta, na descrição dos fatos, que a importação foi efetuada pela empresa FRECOMEX Comércio Exterior LTDA, situada em Vitória/ES, tendo sido adquirida pela empresa Transportadora Gasene S/A de CNPJ 07.595.904/0001-51, situada no Rio de Janeiro, sendo a mercadoria, ou bem, destinada ao ativo imobilizado dessa empresa no Estado da Bahia.

Consta, ainda, que não foi efetuado o recolhimento do ICMS sobre a importação no ato do desembaraço aduaneiro, de acordo com a Declaração de Importação - DI n° 09/0763756-0 e Documentos Auxiliares da Nota Fiscal Eletrônica – DANFes n°s 171, 172, 174, 175, 176, 177 e 178 emitidos pela FRECOMEX Comércio Exterior LTDA e destinadas à Transportadora Gasene S/A situada em São Mateus/ES, para posterior remessa para o Estado da Bahia com as Notas Fiscais n°s 002456, 002457, 002458, 002459, 002460; e a Nota Fiscal n° 002463, cuja mercadoria foi enviada para o Estado do Rio de Janeiro para reparo e posterior retorno para envio à Bahia.

O autuante acosta:

1- às fls. 11 a 17, cópias dos DANFes n°s 171, 172, 174, 175, 176, 177 e 178, emitidos em 22/06/2009 por FRECOMEX Comércio Exterior LTDA, situada em Vitória/ES, para a Transportadora Gasene S/A localizada em São Mateus/ES, IE 082451940;

2- às fls. 30 a 38, Notas Fiscais n°s 002456, 002457, 002458, 002459 e 002460, indicando natureza da operação “transferência de bem do ativo”, emitidas em 24/06/2009 por Transportadora Gasene S/A localizada em Rodovia BR 101, Km 68.4, Sítio Nova Floresta, Sã localizado na Bahia.

3- às fls. 41 e 42, Conhecimentos de Transporte Rodoviário e de Cargas – CTRCs n°s 068399 e 068400, emitidos em 24/06/2009 por Transportadora Transfinal LTDA, localizada em Cariacica/ES, indicando como local de coleta a Rodovia BR 101, Km 68.4, Sítio Nova Floresta, São Mateus/ES, e locais de entrega, respectivamente, Rod. BR 330, Km 05, s/n°, Ipiáu Gandu/BA; e Rod. BR 101, km 719, Urbis 1, Sítio So. Jo. Eunápolis/BA.

Às fls. 47 a 55 o sujeito passivo, por intermédio de contador com Procuração à fl.56, ingressa com impugnação ao lançamento de ofício, requerendo a lavratura de Termo de Liberação das mercadorias apreendidas. Afirma que a empresa FRECOMEX Comércio Exterior LTDA importou, através do Porto de Vitória/ES, quinze válvulas, por conta e ordem da empresa Transportadora Gasene S/A, conforme Declaração de Importação n° 09/0763756-0 e conhecimento de embarque anexados às fls. 68 a 73.

Afirma que as quinze válvulas importadas foram transferidas para o estabelecimento da Transportadora Gasene localizado no Estado do Espírito Santo, conforme notas fiscais anexadas ao PAF às fls. 74 a 80. Que o recolhimento de ICMS foi realizado para o Estado do Espírito Santo, pois afirma que, conforme as notas fiscais acostadas ao PAF, o estabelecimento do importador, FRECOMEX Comércio Exterior Ltda, localiza-se naquele Estado. Afirma que, das quinze válvulas importadas, onze foram transferidas para estabelecimentos do autuado no Estado da Bahia, com destaque da alíquota interestadual, conforme notas fiscais anexadas ao PAF às fls. 81 a 85, e duas foram remetidas para o Estado do Rio de Janeiro para reparo, conforme nota fiscal anexada ao PAF à fl. 86.

Salienta que adquire seus bens de forma centralizada no Estado do Espírito Santo e os transfere para diversos estabelecimentos espalhados em outras Unidades Federativas do país, e que nas importações efetuadas não existe uma determinação prévia acerca de para quais Estados da Federação seguirão os bens tanto assim que, das quinze válvulas importadas, apenas onze seguiram para o Estado da Bahia, duas seguiram para o Estado do Rio de Janeiro, para reparo, e restaram duas à época da impugnação ainda sem destinação específica.

Alega que o ato administrativo de lançamento do crédito tributário, assim como a penalidade cominada, é nulo de pleno direito, seja em razão de defeito do próprio ato, seja pela incompetência do Estado da Bahia para figurar como sujeito ativo do ICMS – Importação na situação em lide.

O autuado aponta nulidade formal e material do Auto de Infração, alegando que este cerceia seu direito constitucional ao contraditório e à ampla defesa, citando o artigo 39 do RPAF/99.

Argüi que existe erro quanto à base de cálculo do imposto, e diz que, nos termos da Lei Complementar n° 87/96, a base de cálculo do denominado ICMS - Importação é o valor da mercadoria constante dos documentos de importação, acrescido de todos os tributos e despesas aduaneiras incorridas na importação.

Alega que a base de cálculo consignada no presente Auto de Infração não coincide com o valor da mercadoria e demais tributos, e elabora um demonstrativo acostado à fl. 50, totalizando um valor de R\$2.719.313,22 para a base de cálculo do imposto em comento, em contraponto com a base de cálculo indicada no lançamento de ofício, de R\$3.367.332,49.

Aduz que a autuação não guarda qualquer relação com a realidade, pois não deixa claro como foi apurada a base de cálculo do tributo, e alega que isto dificultou o exercício do contraditório e da ampla defesa. Ainda acerca da preliminar de nulidade argüida, o contribuinte relata que também houve erro material na autuação, pois foram importadas quinze unidades da mercadoria, mas afirma que somente onze foram encaminhadas ao Estado da Bahia. Diz que a base de cálculo não poderia ser o valor integral de todas as mercadorias, mas somente as que seriam enviadas ao Estado da Bahia. Que, ademais, a DI faz referência a quinze válvulas, seu demonstrativo de débito, faz menção a esta DI, mas cita apenas

cabível a cobrança de imposto, o que contesta, mas apenas poder-se-ia dar em relação ao valor das mercadorias enviadas à Bahia, e não ao das quinze válvulas importadas.

Em relação aos fundamentos jurídicos, diz que o ICMS - Importação incide, segundo a Constituição da República, sobre a “entrada de mercadoria importada do exterior, ainda quando se tratar de bem destinado a consumo ou ativo fixo do estabelecimento”. E que a competência ativa foi atribuída pela Constituição da República em seu artigo 155, §2º, IX, “a”.

Afirma que, para identificar o destinatário da mercadoria e o local de seu domicílio ou estabelecimento, é preciso ter em mente que o ICMS - Importação possui como elemento material a circulação de bens, ou seja, a efetiva mudança de titularidade jurídica do bem. Diz que na circulação de bens e serviços na esfera internacional, como não foi possível alcançar o exportador ou prestador estrangeiro, o constituinte inverteu a forma de tributação do ICMS, que ocorre normalmente na origem, para tributar no destino. Salienta que não ocorreu alteração do substrato do tributo.

Afirma que o elemento material da hipótese de incidência do ICMS - Importação se verifica no mundo dos fatos quando ocorre efetiva circulação jurídica da mercadoria, e, na importação, acontece através do conhecimento de embarque ou *Bill of Landing*. Conclui que o elemento material da hipótese de incidência do ICMS - Importação verifica-se com a transferência do conhecimento de embarque ao consignatário, de acordo com o artigo 554 do Regulamento Aduaneiro (Decreto Federal nº 6759/09).

Alega que o legislador infraconstitucional apenas deslocou o elemento temporal da ocorrência do fato gerador para o momento do despacho aduaneiro, de acordo com o artigo 12 da Lei Complementar nº 87/96, mas afirma que o elemento material do tributo, qual seja, a efetiva circulação de mercadoria, não se alterou.

Assevera que, nas importações, o destinatário da mercadoria é o importador que figura como consignatário no conhecimento de embarque, aduzindo que a circulação internacional da mercadoria se exaure com a entrega do conhecimento de embarque pelo exportador ao importador. Relata que a importação efetuada foi na modalidade “importação por conta e ordem de terceiros”, na qual a empresa FRECOMEX Comércio Exterior LTDA, localizada no Espírito Santo, efetuou a importação dos bens por conta e ordem de estabelecimento do autuado, também localizado naquele Estado.

Alega que o elemento material do ICMS - Importação concretizou-se com a alteração de titularidade da mercadoria para a FRECOMEX Comércio Exterior. Argüi que o entendimento exarado na autuação afronta o regime constitucional do tributo, uma vez que desconsidera o elemento material da hipótese de incidência do denominado ICMS - Importação. Diz que além de desconsiderar o aspecto material da hipótese de incidência, a autoridade fiscal imputou tributo por mera presunção, o que defende ser ilegal. Reafirma que as importações são efetuadas sem a determinação prévia quanto a para quais Estados da Federação serão enviadas as mercadorias importadas.

Alega que, mesmo em não se considerando o importador Frecomex Comércio Ltda como destinatário das mercadorias para definição do sujeito ativo do tributo, o fato de os bens serem adquiridos de forma centralizada e sem destinação prévia por estabelecimento do autuado, localizado no Estado do Espírito Santo, levaria à conclusão de que o ICMS - Importação em questão foi recolhido de forma correta.

Conclui pedindo pela improcedência da presente autuação.

Anexa documentos às fls. 57 a 80 e, às fls. 81 a 86, cópias das Notas Fiscais nºs 002456, 002457, 002458, 002459 e 002460, tendo como remetente a empresa Transportadora Gasene S/A localizada em São Mateus/ES e destinadas à Transportadora Gasene S/A localizada

Fiscal nº 002463, de mesmo emitente e destinada à empresa Sant Mac Manutenções Técnicas LTDA, situada no Estado do Rio de Janeiro.

À fl. 88, Supervisor da IFMT DAT-Sul solicita ao autuante que anexe ao PAF demonstrativo da base de cálculo, conforme artigo 28, §4º, inciso II do RPAF/BA, combinado com o artigo 18, inciso II e parágrafo 1º do mesmo artigo. Solicita ainda que o sujeito passivo seja intimado, concedendo-lhe prazo de 10 dias para se manifestar.

À fl. 90 está acostado o demonstrativo da base de cálculo ICMS - Importação assinado pelo autuante. À fl. 92, Termo de Intimação para que sujeito passivo tome ciência dos documentos acostados pelo autuante, com a concessão do prazo de dez dias para manifestar-se.

Às fls. 96 a 99 o contribuinte manifesta-se, por intermédio de advogado com Substabelecimento à fl. 100, acerca do demonstrativo acostado ao PAF. Inicialmente o autuado repete as alegações defensivas, e em seguida alega que o autuante equivocou-se entre o valor da mercadoria FOB e o valor aduaneiro. Afirma que o valor FOB é o custo do exportador para entregar a mercadoria ao importador no porto indicado na modalidade *free on board*, e que o valor aduaneiro é composto conforme o artigo 77 do Regulamento Aduaneiro, dispositivo que transcreve.

Diz que no valor aduaneiro já estão inclusos todos os custos de transporte da mercadoria importada, assim como os gastos relativos à carga, descarga e manuseio até o ponto alfandegado, conhecidos como gastos com capatazia. Alega que a autoridade autuante ignora tal disposição normativa, afirmando que as despesas com transporte e capatazia foram computadas em duplicidade.

Afirma que o Fisco cometeu outro equívoco ao considerar o frete nacional como inserto na base de cálculo do ICMS - Importação. Afirma que, nos termos da LC 87/96, o frete nacional não integra este cálculo, argumentando tratar-se de custo após a internalização do bem. Alega que os cálculos apresentados pelo autuante também não sanam o erro material apontado no Auto. E que, ainda que fosse válido considerar o valor aduaneiro como valor FOB, alega que o Auto de Infração padece de nulidade material por considerar-se como a base de cálculo o valor integral de todas as mercadorias consignadas na Declaração de Importação, uma vez que somente onze, das quinze peças importadas, foram encaminhadas ao Estado da Bahia.

Conclui pedindo pela improcedência do Auto de Infração.

VOTO

Preliminarmente, no que tange ao pedido de declaração de nulidade do presente lançamento de ofício, verifico que assiste razão ao autuado quando afirma que há ilegitimidade ativa na situação em lide, uma vez que a exigência do ICMS devido por operação de importação cabe ao Estado ao qual destinou-se fisicamente a mercadoria importada, conforme detalharei ao longo deste voto.

Analisando a legislação concernente à situação em lide, tem-se que a Constituição da República, em seu artigo 155, inciso II, c/c §2º, inciso IX, alínea “a”; a Lei Complementar nº 87/96, em seu artigo 11, inciso I, alínea “d”; a Lei Estadual nº 7.014/96, em seu artigo 13, inciso I, alínea “d”; e o RICMS/BA, em seu artigo 573, incisos I e III, §1º, determinam que o local da operação, para efeitos da cobrança do imposto, e definição do estabelecimento responsável, tratando-se de bem, ou de mercadoria, importado do exterior, é o do estabelecimento onde ocorrer a sua entrada física.

Compulsando os documentos acostados a este processo pelo Fisco, às fls. 11 a 42, e documentos anexados pelo sujeito passivo, verifica-se que, de fato, a mercadoria foi importada pela empresa FRECOMEX, em operação de aquisição para a empresa Transportadora Gasene LTDA, com estabelecimento localizado na Rodovia 101, km. 68.4, Sítio Nova Floresta, local este situado no município de São Mateus, do Estado do Espírito Santo, e para o qual foram remetidas fisicamente as mercadorias após o desembaraço aduaneiro, c anexados pelo representante do Fisco às fls. 11 a 17.

Está também comprovada a situação da aquisição realizada para a empresa Transportadora Gasene S/A localizada em outro Estado, conforme Declaração de Importação de fls. 19 e 20, na qual está indicado o estabelecimento da Transportadora Gasene S/A com CNPJ nº 07.295.604/0001-05, enquanto o estabelecimento que figura neste Auto de Infração como sujeito passivo é o de CNPJ nº 07.295.604/0010-42.

Por fim, atentando-se para os dados dos CTCs de fls. 41 e 42, também anexados ao processo pelo autuante, a mercadoria, em seu trajeto físico para o Estado da Bahia, teve como origem, ou local de coleta, não o porto em que ocorreu o desembarço aduaneiro, e sim o endereço da empresa Transportadora Gasene situada no Sítio Nova Floresta, município de São Mateus/ES, caracterizando-se, desta forma, a ilegitimidade ativa do Estado da Bahia para exigir o tributo devido por esta operação de importação.

Por tudo quanto exposto, tratando-se de mercadorias importadas e destinadas fisicamente a estabelecimento situado em outra Unidade da Federação, e apenas posteriormente remetidas a contribuinte deste Estado, está caracterizada a ilegitimidade ativa do Estado da Bahia para exigência do imposto.

Observo que, em relação à forma como foi calculado o imposto a recolher, se não eivado de vício insanável o procedimento, este equívoco poderia ser sanado, corrigindo-se os cálculos e reabrindo-se o prazo para impugnação ao lançamento de ofício. Contudo, em face da manifesta nulidade da ação fiscal por ilegitimidade ativa, estão descartadas tal correção e sua decorrente apreciação, em consonância com o previsto no artigo 154 do RPAF/99.

Assim, voto pela NULIDADE do Auto de Infração. Observo que, diante dos fatos comprovados neste processo, descabe o refazimento da ação fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **089598.0606/09-5**, lavrado contra **TRANSPORTADORA GASENE SA**.

Esta Junta recorre de ofício para uma das Câmaras do CONSEF nos termos do artigo 169, inciso I, alínea "a", item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de abril de 2010

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – RELATORA

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR