

A. I. Nº - 206854.0002/09-7
AUTUADO - DOW BRASIL NORDESTE LTDA.
AUTUANTES - LUIZ CARLOS PRATES SANTOS e ANTÔNIO TORRES DE BARROS
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 11/06/2010

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0127-03/10

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. IMPORTAÇÃO. DESTINO FÍSICO EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. IMPOSTO RECOLHIDO EM FAVOR DO ESTADO EM QUE SE LOCALIZA O DESTINATÁRIO. Mercadoria não circulou fisicamente no Estado da Bahia. Infração caracterizada. **2. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. IMPORTAÇÃO. FALTA DE INCLUSÃO DE VALORES DE DESPESAS ADUANEIRAS.** Imputação reconhecida pelo sujeito passivo. **3. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. REMESSA DE MERCADORIAS PARA ARMAZÉM GERAL EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS CONSIDERADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS.** Imputação elidida. **4. LIVROS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. MULTA. a) MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. b) MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS.** Infrações caracterizadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 02/09/2009, exige ICMS no valor total de R\$2.542.392,64, acrescido da multa no percentual de 60%, e aplica penalidades por descumprimento de obrigações acessórias, no total de R\$178.271,80 em razão das seguintes imputações:

Infração 01. Entrada no estabelecimento de mercadoria não tributável, sem o devido registro na escrita fiscal. Exercício de 2005 – meses de janeiro a dezembro; Exercício de 2006 – meses de janeiro a abril. Demonstrativos às fls. 31 a 33. Multa aplicada no valor total de R\$115.655,53.

Infração 02. Entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita a tributação, sem o devido registro na escrita fiscal. Exercício de 2005 – meses de janeiro a dezembro; Exercício de 2006 – meses de janeiro a abril. Demonstrativos às fls. 45 e 46. Multa aplicada no valor total de R\$62.616,27.

Infração 03. Utilização indevida de crédito fiscal do imposto destacado nas Notas Fiscais de entradas relativas a importações de mercadorias, com imposto recolhido e destinadas fisicamente para outra Unidade da Federação. Consta, na descrição dos fatos, que trata-se de importações efetuadas pelo autuado, mas desembaraçadas pelo porto de Santos/SP, com o ICMS recolhido para aquele Estado, e cujas mercadorias importadas destinaram-se fisicamente para Armazém Geral Stolthaven Santos LTDA, CNPJ nº 51.979.359/0001-93, em São Paulo, com fins de posterior revenda para clientes do autuado, localizados também em São Paulo, e em outros Estados do Sul e Sudeste. Exercício de 2005 – meses de agosto a outubro. Demonstrativo à fl. 81. ICMS no valor de R\$2.519.762,46.

Infração 04. Recolhimento a menos do 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 desembaraço, quer pela utilização. Exercício de 2005 – meses de julho e agosto. Demonstrativo à fl. 104

Infração 05. Falta de recolhimento de ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Consta, na descrição dos fatos, que trata-se de remessa de mercadorias para Armazém Geral Stolthaven Santos LTDA, CNPJ nº 51.979.359/0001-93, em São Paulo, em outra Unidade da Federação, sem o débito do ICMS. Exercício de 2005 – mês de junho. Demonstrativo à fl.125. ICMS no valor de R\$18.564,41.

Às fls. 131 a 138 o sujeito passivo, por intermédio de advogada com Procuração à fl. 139, ingressa com impugnação ao lançamento de ofício.

Quanto à Infração 04, o contribuinte afirma ter recolhido o valor apurado no Auto de Infração. Acerca das demais Infrações, o contribuinte apresenta suas razões de impugnação.

Em relação às Infrações 01 e 02, alega que as penalidades aplicadas são exarcebadas, aduzindo para tanto que as condutas apontadas não causaram prejuízo ao erário estadual, pois não teriam resultado em recolhimento de imposto a menos. Diz que “o interesse do direito tributário é o efeito econômico do ato praticado, ou seja, o Estado busca a reparação pelo dano sofrido, apenas e tão somente, donde se conclui que satisfeita a obrigação do pagamento do tributo nas operações por ele alcançadas, não há que se falar em dano”. Defende ser abusiva a aplicação de qualquer sanção. Afirma que o artigo 42, §7º, da Lei nº 7.014/96, que transcreve, prevê a possibilidade de redução e de cancelamento de penalidade, transcrevendo o artigo mencionado. Argumenta que a multa pretendida no presente Auto de Infração possui caráter confiscatório, previsto como uma das limitações constitucionais ao poder de tributar. Transcreve o artigo 150, inciso IV, da Constituição da República. Diz que se admite a extensão do não confisco às multas, cita o entendimento do então Ministro Bilac Pinto, proferido no julgamento do RE 80.093-SP. Também cita o entendimento do Ministro José Augusto Delgado, do Superior Tribunal de Justiça. Alega que o princípio da vedação do confisco tem como escopo preservar a propriedade dos contribuintes, ante a voracidade fiscal do Estado, e neste sentido acosta julgados das Câmaras de Julgamento Fiscal. Afirma que não houve dolo, fraude ou má-fé no procedimento adotado, e que a multa por descumprimento de obrigação acessória deve ser cancelada.

Em relação à Infração 03, o contribuinte alega que o artigo 155, §2º, inciso I, da Constituição da República, assegura o crédito de ICMS efetivamente pago, mesmo que para o Estado de São Paulo. Que a norma constitucional impõe ao Estado da Bahia, assim como às demais Unidades da Federação, o encargo de suportar o crédito do ICMS pago para São Paulo. Que a remessa para o armazém geral em São Paulo ocorreu de forma tributada. E que, considerando não possuir estabelecimento fiscal em São Paulo, importou produtos por meio de sua unidade situada na Bahia. Diz que, pelo fato de que tais mercadorias seriam destinadas a abastecer o mercado das regiões Sul e Sudeste, a alternativa viável seria o desembaraço diretamente no porto de Santos, argumentando que o desembaraço na Bahia tornaria inviável a operação sob o aspecto econômico. Afirma que, por força da legislação baiana, o recolhimento do ICMS na importação deve ser destinado para o Estado onde ocorre a entrada física da mercadoria.

Alega que na importação não é diferente, argumentando que o imposto pago na operação antecedente é abatido daquele devido na operação subsequente, da mesma forma como ocorre nas operações internas. Defende que não se pode admitir o condicionamento do direito ao crédito do imposto ao prévio pagamento ao Estado que deva suportá-lo.

Aduz que importa aclarar que no Auto de Infração não foi esclarecida a totalidade das ações por si, contribuinte, praticadas, pois logo em seguida às operações de importação emitiu notas fiscais de remessa para armazenagem, destinadas ao armazém geral Stolthaven em São Paulo, a qual foi tributada em 12 %, tendo o ICMS sido recolhido para o Estado da Bahia.

O contribuinte afirma que se verifica a perfeita subsunção do procedimento que adotou à norma legal: recolhimento do ICMS para o Estado do desembaraço da mercadoria, se localiza o estabelecimento fiscal do contribuinte. Alega que

localizado em São Paulo é meramente accidental devido ao fato de o contribuinte não possuir estabelecimento fiscal naquela jurisdição.

Aduz que, caso esse não seja o entendimento esposado por este Conselho, o que diz ser admissível apenas para efeito de argumentação, “eventual valor devido ao Estado da Bahia seria somente a diferença de ICMS, isto é, a diferença entre o valor creditado pela alíquota de 17% e o valor recolhido pela remessa para armazenagem pela alíquota de 12%! É o que desde já se requer, em caráter subsidiário, caso a autuação não seja integralmente julgada insubsistente em relação à presente infração 3.”

Afirma anexar, às fls. 142 a 162, documentos relacionados ao desembaraço das mercadorias, as Notas Fiscais de entrada simbólica no estabelecimento da Bahia, as Notas Fiscais de remessa simbólica para armazenagem, os correspondentes comprovantes de recolhimento do ICMS, para São Paulo e Bahia, bem como relatórios que demonstram a correlação entre os produtos importados e os remetidos simbolicamente para o armazém geral de São Paulo, inclusive dados do SINTEGRA. Acosta também a cópia do Parecer nº 5221/2007 emitido por esta SEFAZ (fls. 164 a 167), que afirma abordar situação idêntica ao caso ora discutido, com a única exceção relativa ao fato dele, impugnante, não possuir estabelecimento fiscal em São Paulo à época, o que a levou a concentrar o registro de toda operação em sua unidade da Bahia.

Afirma estar demonstrado de forma clara e cristalina que o Estado da Bahia recebeu o ICMS à alíquota de 12% em contrapartida ao crédito de 17%, em atendimento ao disposto no artigo 573 do RICMS da Bahia, não se justificando a exigência pretendida no Auto de Infração.

Argumenta que qualquer interpretação em sentido diverso não seria aceita juridicamente, em especial aquela que o levaria a recolher os 17% exigidos na autuação com os acréscimos legais, e em seguida solicitar restituição do valor recolhido à alíquota de 12%, sem os mesmos acréscimos de praxe. Que, no caso, estar-se-ia privilegiando o princípio “*solve et repete*”, há muito banido dos ordenamentos jurídicos onde impera o Regime Democrático e o Estado de Direito. Manifesta a sua integral discordância em relação a tal interpretação, porque não amparada pela legislação pátria.

Em relação à Infração 05, esclarece que o ICMS foi destacado e recolhido por meio de outra Nota Fiscal complementar, a Nota Fiscal nº 071220 (fl. 170).

Afirma que provará o alegado por todos os meios de prova em Direito admitidos, especialmente a posterior juntada de documentos que se façam imprescindíveis à plena elucidação dos fatos.

Conclui pedindo pelo cancelamento das cobranças discutidas e o arquivamento do processo administrativo.

Às fls. 178 a 181 os autuantes prestam Informação Fiscal acatando parcialmente as alegações defensivas.

Em relação à Infração 04, afirmam já ter havido reconhecimento pelo contribuinte e pagamento do débito lançado neste Auto de Infração em 09/10/2009, conforme DAE detalhado, emitido pelo Sistema SEFAZ/DARC- GEIF (fl. 182).

Em relação à Infração 05 alegam que, durante a auditoria, intimaram o contribuinte para justificar a infração e que, após diversos contatos, o funcionário do setor fiscal informou não ter havido a emissão da nota fiscal complementar. E que, após exame da cópia da Nota Fiscal nº 17220, e demais documentos, fls. 168 a 174, apensados pela Defesa, concluíram que se refere à Nota Fiscal nº 71157. Afirmam que a citada Nota Fiscal nº 17220 já foi devidamente lançada no livro Registro de Saídas.

Em relação às Infrações 01 e 02, alegam que o contribuinte reconheceu o supracitado e não registro das notas fiscais na sua Declaração, fls. 76 a 79, antes do que o contribuinte não contesta as Infrações propriamente ditas, ou fiscais. Afirmam que as obrigações acessórias são de funda

Administração Tributária visando ao controle da Obrigação Principal - o pagamento do tributo. E que a infração cometida pelo contribuinte - não registro das notas fiscais - é gravíssima, aduzindo que, independentemente da destinação, insumo, revenda, uso e consumo, serviço de transporte, etc, elas têm que ser lançadas no livro Registro de Entradas, para controle pelo Fisco. Alegam que o não cumprimento das obrigações acessórias de uma forma geral comprometeria totalmente a eficiência fiscal. E, por isso, afirmam que o contribuinte tem que ser penalizado.

Em relação à Infração 03, os autuantes dizem que a situação fática descrita nesta Infração é a importação com destino físico diverso do Estado de localização do estabelecimento importador. Que as normas legais concernentes à matéria estão expressamente disciplinadas no artigo 573 do RICMS/BA.

Que o impugnante inicialmente argúi o princípio da não cumulatividade, fazendo analogia com o direito ao crédito nas entradas interestaduais quando o imposto é pago para o Estado remetente e o crédito é suportado pelo Estado destinatário. Que em seguida o autuado se contradiz, alegando que o crédito glosado no Auto de Infração deveria ser deduzido do imposto destacado nas notas fiscais de remessa interestaduais simbólicas.

E que, pela leitura do artigo 573 do RICMS/BA, fica claro que o crédito é devido para o estabelecimento destinatário físico da mercadoria, no caso em tela o Armazém Geral, Stolthaven, situado em São Paulo, Estado que recebeu a quantia de R\$2.519.762,46, conforme as GNRES às fls. 82 e 83.

Que, assim, o autuado (o importador) nunca poderia se creditar de tal imposto, infringindo frontalmente o artigo 573, §3º, do RICMS/BA, que copia.

Aduz que relativamente às notas fiscais de remessa interestaduais simbólicas para Armazém Geral, de fato o imposto foi destacado e devidamente lançado nos livros fiscais, entretanto o contribuinte (o importador), mais uma vez, não observou as regras contidas no artigo 573, §4º, do mesmo RICMS/BA.

Expõe que o autuado, Dow Brasil Nordeste LTDA, é uma empresa multinacional de grande porte, com um corpo de funcionários competentes na área fiscal-tributária, portanto não se justificaria tal erro. Que, contudo, já que este ocorreu, cabe ao contribuinte requerer a restituição, fazendo as provas devidas do não creditamento por parte do destinatário.

Afirma entender não ser devida a compensação do crédito indevido, com o débito indevido, conforme pleiteia a Defesa, pois a saída (remessa) é outro fato gerador.

Que, assim como o imposto foi pago para São Paulo, o crédito é do Armazém Geral, o crédito indevido foi apropriado pelo autuado na época, abatendo seus débitos na Apuração do Conta Corrente. Que, então, caso a empresa pagasse o valor apurado, isto não lhe acarretaria prejuízo financeiro significativo, com exceção dos acréscimos moratórios, e a multa de 60% teria redução de 80%, por pagamento em até 10 dias após ciência da autuação. Que o débito nas remessas, uma vez requerido e apresentadas as provas necessárias, seria restituído pelo Estado, em forma de crédito, com a atualização devida.

Assinala que o Armazém Geral funciona como se filial fosse, já que o imposto gerado e pago nas movimentações de entrada e saída das mercadorias do depositante (no caso o autuado), é incluído na fatura cobrada pelo Armazém Geral aos seus clientes (depositantes).

Copia texto de orientação interna da DITRI/SEFAZ/BA sobre operação envolvendo importação, armazenamento em outra Unidade da Federação e venda para o Estado onde se situa o armazém geral, na qual está dito, que pela regra contida no artigo 573 do RICMS/BA, caberá ao importador, situado na Bahia, recolher o ICMS no ato do desembaraço do bem, e onde ocorrer a entrada física desse bem. Que no caso da tributação geral, situado no local do desembaraço, pelo importador que está

texto regulamentar, um regramento específico. Que, por construção doutrinária, e baseada em normas de convênio, a DITRI/SEFAZ/BA sempre manifestou o entendimento de que as remessas interestaduais para Armazéns Gerais têm o mesmo tratamento aplicável para as remessas destinadas a estabelecimento filial e que, dessa forma, as remessas para armazéns situados em outras Unidades da Federação são tributadas pelo ICMS, salvo se houver regra de exclusão do imposto.

Que o armazém geral - que nessa situação é equiparado a contribuinte do ICMS por ficção jurídica, conforme previsão regulamentada e contida no artigo 39, inciso II, do RICMS/BA - pelo princípio da não cumulatividade, credita-se do ICMS destacado no documento fiscal vez porque, quando da saída efetiva da mercadoria, deve emitir Nota Fiscal com destaque do imposto. Que havendo o procedimento na forma descrita, o contribuinte importador será duplamente onerado, tanto quando da importação, quanto por ocasião da remessa dos produtos (mesmo simbólica) para o armazém geral. Que, pela aplicabilidade do princípio do destino físico, o ICMS da importação é destinado ao Estado de São Paulo, pelo que a Bahia não aceita que o contribuinte utilize esse crédito. Que a Constituição da República, em seu artigo 150, inciso IV, veda ao Estado instituir tributo sob forma de confisco, e que exigir que o contribuinte efetue o pagamento do ICMS quando da remessa para o armazém geral, vedando-lhe qualquer espécie de crédito, poderia ser caracterizado como medida confiscatória. Que então, por construção sistemática, e tendo em vista o respeito ao princípio da não cumulatividade, expressa o entendimento de que a operação nestes termos seria considerada totalmente interna, realizada no Estado de São Paulo, razão pela qual seria permitido ao contribuinte importador não destacar o ICMS nas operações de remessa para o Armazém Geral, vedando-lhe, entretanto, a apropriação do crédito do ICMS pago no ato do desembaraço aduaneiro.

O autuante aduz que, em face do exposto na informação fiscal, mantém o teor da imputação 03.

À fl. 190, considerando que não constava, nos autos, comprovante de recebimento, pelo sujeito passivo, de cópia da mencionada Informação Fiscal, esta 3ª JJF, em pauta suplementar, deliberou por converter o PAF em diligência à INFAZ de origem para que fosse entregue ao contribuinte, contra recibo a ser anexado aos autos, cópia da Informação Fiscal de fls. 178 a 181, concedendo-lhe o prazo de dez dias para pronunciar-se, caso quisesse.

Às fls. 193 a 195 o contribuinte manifesta-se acerca da diligência solicitada. Em relação às Infrações 01 e 02, reafirma os argumentos trazidos na impugnação, salientando que não houve qualquer prejuízo ao erário, e que estas Infrações foram geradas por um problema operacional, requerendo a aplicação do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, que prevê a possibilidade de redução e mesmo de cancelamento das penalidades em questão.

Em relação à Infração 03, reitera os argumentos já apresentados na defesa inicial. Requer que seja o Auto de Infração julgado integralmente insubsistente, determinando-se o cancelamento e o arquivamento do processo administrativo decorrente.

Às fls. 184 a 188 constam extratos do sistema informatizado SIGAT/SEFAZ, discriminando o pagamento do débito relativo à imputação 04.

VOTO

O presente Auto de Infração trata das cinco imputações descritas no Relatório que antecede este voto.

Em relação à infração 04 - recolhimento a menos do ICMS devido pelas importações de mercadorias do exterior, em razão de erro na determinação da base de cálculo - reconhecida de forma expressa pelo contribuinte, inexistente lide a ser analisada por este Conselho, e a inexistência de controvérsia atesta o acerto da ação fiscal.

Quanto à infração 05 - falta de recolhimento de ICMS em razão tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas -

documentos apresentados pela empresa quando de sua primeira impugnação nos autos, reconhece ser insubsistente a imputação, consoante já exposto de forma detalhada no mencionado Relatório, pelo que também foi dirimida a controvérsia, restando provada a insubsistência da imputação.

No que tange às imputações 01 e 02 - falta de escrituração fiscal, no livro Registro de Entradas, respectivamente de mercadorias não tributáveis, e tributáveis, nos exercícios de 2005 e de 2006 - o contribuinte não contesta o seu cometimento, nem aponta erros numéricos no levantamento fiscal efetuado, porém aduz que não teria havido prejuízo ao erário e, citando o artigo 42, §7º, da Lei nº 7.014/96, pede pelo cancelamento da infração.

Porém inexistente prova, nos autos, de que a desobediência à obrigação acessória da escrituração fiscal, prevista no artigo 34, inciso XII, da Lei nº 7.014/96, não teria causado prejuízo ao erário. Ademais, tal como exposto no artigo 40, §2º, da mencionada Lei, a responsabilidade por infração relativa ao ICMS independe da intenção do agente, ou beneficiário. Imputações 01 e 02 mantidas.

No quanto pertinente à imputação 03, esta trata de utilização indevida de crédito fiscal do imposto destacado nas notas fiscais de entradas relativas a importações de mercadorias, com imposto recolhido e destinadas fisicamente para outra Unidade da Federação constando, na descrição dos fatos, que trata-se de importações efetuadas pelo autuado, mas desembarçadas pelo porto de Santos/SP, com o ICMS recolhido para aquele Estado, e cujas mercadorias importadas destinaram-se fisicamente para Armazém Geral Stolthaven Santos LTDA, CNPJ nº 51.979.359/0001-93, em São Paulo, com fins de posterior revenda para clientes do autuado, localizados também em São Paulo, e em outros Estados do Sul e Sudeste.

Ou seja, tal afirma o Fisco, e reconhece o autuado em sua impugnação, as mercadorias tiveram como destino físico endereço (armazém geral) situado no Estado de São Paulo, logo após o desembarço aduaneiro em porto localizado também naquela Unidade Federativa, e sequer em operação posterior destinaram-se fisicamente à Bahia.

Esta imputação, exigindo o recolhimento de ICMS no valor de R\$2.519.762,46, conforme demonstrativo do levantamento fiscal à fl. 81, tem como objeto operações realizadas nos meses de agosto a outubro/2005 e acobertadas pelas Notas Fiscais de entrada nºs 854 (fl. 84), 859 (fl. 92) e 1001 (fl. 98), todas emitidas pelo autuado.

Assinalo, por oportuno, que o Parecer DITRI nº 5221/2007, cuja cópia foi acostada aos autos pelo sujeito passivo, trata de situação diversa do objeto desta lide.

O contribuinte, dentre outros pontos, alicerça sua impugnação a este item do Auto de Infração no princípio constitucional da não cumulatividade.

Tratando do ICMS, dispõe o artigo 155, da Constituição da República:

Constituição da República:

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:

I - será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal;

VII - em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, a:

a) a alíquota interestadual, quando o desti
imposto;

*b) a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte dele;
VIII - na hipótese da alínea "a" do inciso anterior, caberá ao Estado da localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual;*

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;

Em seqüência hierárquica, determina a Lei Complementar nº 87/96:

Lei Complementar nº 87/96:

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. 19. O imposto é não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou por outro Estado.

Estadualmente, dispõe a Lei nº 7.014/96:

Lei nº 7.014/96:

art. 28. O imposto é não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o montante cobrado nas anteriores por este Estado ou por outra unidade da Federação.

Vem então o artigo 573 do RICMS/BA e detalha o procedimento relativo à utilização do crédito fiscal, na Bahia, nas operações de importação cujo destino físico é o de estabelecimento situado em outro Estado.

Em nenhum momento, nos textos normativos citados, existe a previsão de o estabelecimento importador creditar-se do imposto recolhido a favor do Estado de destino físico da mercadoria, quando está localizado em Unidade Federativa diversa daquela de destino físico, e a mercadoria não ingressa fisicamente no Estado de localização do importador, o que é a situação em foco.

Compulsando os autos, verifico que o imposto foi recolhido, tal como asseveram Fisco e contribuinte, em favor do Estado de São Paulo, Unidade Federativa na qual ocorreu a entrada física das mercadorias importadas, logo após o desembaraço aduaneiro, conforme Guias Nacionais de Recolhimento de Tributos – GNRE cujas cópias foram acostadas a este processo pelo Fisco, às fls. 82 e 83.

O importador, ora autuado, sediado na Bahia, emitiu as Notas Fiscais de entrada nºs 854 (fl. 84), 859 (fl. 92) e 1001 (fl. 98), nelas destacando o ICMS à alíquota de 17%, creditando-se deste montante de imposto destacado.

O ICMS é não cumulativo, e de fato deve ser compensado o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias com o montante cobrado nas anteriores por este Estado, ou por outro da Federação, tal como determinado pela Carta Magna e pela legislação transcrita neste voto.

Contudo, tal compensação atinge operações em que a mercadoria

na Unidade Federada que deva suportar o ônus financeiro relativo ao crédito fiscal do contribuinte, ainda que diversa daquela de destino físico imediatamente após o desembaraço aduaneiro.

As mercadorias não foram importadas e em seguida destinadas ao Estado da Bahia e sim, consoante afirma o sujeito passivo, ingressaram no Brasil por porto localizado no Estado de São Paulo, em favor do qual foi devidamente recolhido o ICMS relativo àquela operação, e destinavam-se a operações posteriores com estabelecimentos localizados em Estados das Regiões Sul e Sudeste.

Assiste razão ao Fisco quando argumenta que na operação em análise, o armazém geral localizado no Estado de São Paulo atua como responsável solidário, nos termos do artigo 39, inciso II, do RICMS/BA, e no artigo 6º, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, devendo emitir nota fiscal com destaque do imposto na saída efetiva da mercadoria importada. Neste sentido, o creditamento deve ocorrer com base na circulação efetiva da mercadoria.

Assim, em que pese o entendimento esposado pelo contribuinte, assiste razão ao Fisco quando afirma que o direito ao crédito fiscal pertinente às operações praticadas, com base no princípio da não-cumulatividade do ICMS, não se aplica à situação em foco, em relação ao Estado da Bahia, uma vez que as mercadorias não circularam neste Estado.

Em relação ao montante de ICMS que o contribuinte alega ter recolhido em favor do Estado da Bahia, correspondente à alíquota de 12% aplicada sobre a operação, que aduz ter recolhido pela remessa para armazenagem, uma vez comprovado o recolhimento indevido de tal valor, poderá ser pedida a sua restituição à autoridade administrativa competente, nos termos do artigo 160 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB, e artigo 34 da Lei nº 7.014/96, c/c artigos 73 e seguintes do RPAF/99.

Imputação 03 procedente.

Por tudo que foi exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no montante de R\$2.702.100,03 devendo ser homologados os valores recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206854.0002/09-7**, lavrado contra **DOW BRASIL NORDESTE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$2.523.828,23**, acrescido da multa de 60% prevista no artigo 42, inciso II, alíneas “a” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais; além de multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$178.271,80**, previstas no artigo 42, incisos IX e XI, da mencionada Lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de maio de 2010

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - RELATORA

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR