

A. I. N° - 210320.0001/11-8
AUTUADO - INDÚSTRIA E COMÉRCIO EXTRAÇÃO DE AREIA KHOURI LTDA.
AUTUANTE - JACKSON ROCHA DOS SANTOS
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO
INTERNET - 14. 12. 2011

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0304-01/11

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 à 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 epígrafe, lavrado em 24/05/2011, exige ICMS no valor de R\$ 669.141,95, acrescido de multa de 60%, em decorrência de falta de recolhimento do ICMS sobre importação, relativo a mercadorias procedentes do exterior, destinadas fisicamente a este Estado, no caso do importador ser estabelecido em outra unidade da Federação e o desembaraço aduaneiro ocorrer ou não, em Estado diverso de seu domicílio. Consta que o autuado estabelecido na cidade de Montes Claros, Estado de Minas Gerais, importou através da DI nº 11/0786499-4 o total de 259.974 sacos de 50 kg de cimento acondicionados em 6.666 bags. Perfazendo um total de 12.998.700 kg. Consta, ainda, que o desembaraço aduaneiro foi efetuado no Porto de Salvador e o destino físico foi este Estado, já que a mercadoria foi vendida diretamente a diversos contribuintes localizados no Estado da Bahia, a exemplo de vários DANFes em anexo. O contribuinte infringiu o art. 573, inciso I do RICMS/BA. Há a registro que o contribuinte esteve no Posto Fiscal da CODEBA no dia 06/05/2011 apresentando a documentação referente a importação, onde consta uma GNRE com recolhimento para o Estado de Minas Gerais, sendo que, após análise foi aposto o “Visto Fiscal” informando que deveria retornar ao Posto para emissão do passe fiscal, quando do trânsito da mercadoria, justamente no intuito de evitar a entrega na Bahia, o que não foi feito.

O autuado, através de advogado legalmente constituído, apresentou defesa (fls. 61 a 70), reportando-se, inicialmente, sobre a tempestividade da impugnação.

Discorre sobre os fatos que redundaram na autuação, para depois afirmar que cabe a esta Junta de Julgamento Fiscal cancelar integralmente o presente Auto de Infração, pelo simples fato de que o estabelecimento do importador, responsável jurídico que subsidiou a operação que trouxe as mercadorias ao território nacional, recolheu corretamente o ICMS relativo à importação das mercadorias para o Estado de Minas Gerais, em conformidade com a legislação de regência, art. 155, §2º, IX, “a” da Carta Magna, bem como entendimento assente no âmbito do Supremo Tribunal

Federal, no RE nº 405.457, razão pela qual nada deve ao Estado da Bahia, conforme diz passa a demonstrar.

Observa que a questão em discussão cinge-se ao Estado competente para exigir o ICMS devido na importação de bens, que, conforme será delineado é do Estado onde se localiza o importador. Invoca e reproduz o art. 155, inciso II, § 2º, inciso IX, alínea “a”, da Constituição Federal de 1988, para sustentar que o citado dispositivo constitucional ao se referir sobre o domicílio ou estabelecimento destinatário, reporta-se ao importador das mercadorias, efetivamente responsável pelo negócio jurídico que subsidiou a importação. Acrescenta que no caso foi o efetivo importador, estando localizado em Minas Gerais, e não os clientes para quem realizou posterior venda das mercadorias importadas, que porventura se localizam no Estado da Bahia.

Afirma que se a Constituição Federal instituiu o imposto, elegendo como sujeito ativo o importador, não pode o legislador modificar, por via complementar, este comando, pois a CF fixa limites rígidos que devem ser respeitados.

Assevera que, no presente caso, é o efetivo importador razão pela qual o ICMS foi recolhido para o Estado de Minas Gerais onde está localizado. Invoca e transcreve trechos de acórdãos do Supremo Tribunal Federal, para afirmar que é extrema de dúvida, conforme decidido pelo Colegiado Maior, que o credor do ICMS decorrente de importação é o Estado onde se localiza o importador.

Salienta que o fato de a mercadoria importada ter sido destinada posteriormente para os clientes situados no Estado da Bahia, não descharacteriza a importação pela empresa sediada em Minas Gerais, no caso, importador jurídico.

Diz que, em verdade, as operações subseqüentes à importação, constituem vendas de mercadorias e devem ser vistas como operações autônomas. Cita e transcreve, nesse sentido, lições de Roque Carrazza.

Reitera que o ICMS é devido ao Estado de Minas Gerais, acrescentando que este é o posicionamento do Conselho de Contribuintes daquele Estado, que contrariando até o seu interesse, em questão semelhante à discutida na presente autuação, decidiu que o imposto era devido ao Estado de São Paulo, em razão de lá se encontrar o importador, conforme trecho do julgado cujo teor reproduz. Registra que este também tem sido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, bem como do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, conforme transcrição que apresenta dos julgados.

Prosseguindo, afirma que se não bastasse todos os argumentos e decisões acima expendidos, no intuito de corroborar o que afirmara, tem-se que a tributação na forma como sugerida na autuação se apresenta em flagrante conflito com princípio da não-cumulatividade característico do ICMS. Questiona: *“Como poderia um importador de Minas Gerais, sem qualquer estabelecimento na Bahia, se creditar do ICMS incidente, se o mesmo fosse recolhido ao Estado onde ocorresse o desembarço aduaneiro?”*

Salienta que a não-cumulatividade é elemento caracterizador do ICMS e qualquer desrespeito a esse elemento, será considerado inconstitucional. Acrescenta que não é crível que algum Estado venha a feri-lo de morte, querendo investir-se do Poder de Tributa, sobre aquilo que não é permitido pela Constituição Federal.

Frisa que ao se manter o entendimento da autuação, estar-se-ia impossibilitando que qualquer empresa localizada em Estados que não são beneficiários de Portos, pudesse realizar importações por via marítima, pois teria que se submeter a uma “nova” regra de apuração do ICMS, onde não se considera o princípio da não-cumulatividade.

Afirma que também em respeito ao princípio da não-cumulatividade, não há como prevalecer a autuação.

Continuando, observa que conforme dito diversas vezes, por estar localizado no Estado de Minas Gerais e não possuir qualquer estabelecimento no Estado da Bahia realizou o recolhimento do ICMS para aquele Estado, seguindo a determinação da legislação.

Assevera que não houve qualquer prejuízo ao Estado da Bahia com a venda das mercadorias para este Estado, pois, em obediência à legislação, todas as vendas foram realizadas para os seus clientes na Bahia, acompanhadas do respectivo documento fiscal e recolhimento dos respectivos tributos incidentes na operação, conforme comprovam os documentos que anexa.

Conclui requerendo que o Auto de Infração seja cancelado, bem como, requer a produção de todos os meios de prova admitidos, em especial a auditoria quanto ao correto recolhimento dos tributos, quando da destinação das mercadorias importadas para seus clientes localizados na Bahia.

O autuante prestou informação fiscal (fls.127 a 132), afirmando que o Auto de Infração foi lavrado com observância dos moldes legais, haja vista que indica o fato gerador do imposto, o infrator, a infração cometida, embasamento legal, o valor do imposto e as cominações legais.

Diz que restou caracterizado como local da ocorrência do fato gerador do imposto, o local do destino físico da mercadoria importada do exterior, no caso, as diversas empresas situadas na Bahia, conforme se verifica nas notas fiscais emitidas e planilha relacionando todas as operações de venda realizadas pelo autuado para este Estado, acostadas aos autos.

Reporta-se sobre o art. 155, inciso XII da Constituição Federal, dizendo que este determina que cabe à lei complementar, definir seus contribuintes, fixar para efeito de cobrança e definição do estabelecimento responsável o local das operações relativas à circulação de mercadorias e prestações de serviços, sendo que, a Lei Complementar nº 87/96 define em seu art. 11 a competência do sujeito ativo nas importações o Estado a quem cabe o imposto devido por importação. Acrescenta que o referido diploma legal trata do estabelecimento do destino físico da mercadoria e não o local do desembarço aduaneiro, ou seja, o ICMS é devido ao Estado de destinação das mercadorias, positivando assim que o ICMS cabe ao Estado de destino físico, reforçando o direito do Estado da Bahia.

Salienta que a alínea “e” é bastante clara quando diz “não estabelecido”, pois o estabelecido é o local público ou privado, edificado ou não, próprio ou de terceiro, onde a pessoa jurídica exerce toda ou parte de sua atividade geradora de obrigação tributária, em caráter permanente ou temporário, ainda que se destine ao simples depósito ou armazenamento de mercadorias ou bens relacionados com o exercício daquela atividade. Já o não estabelecido é a pessoa física que adquire produtos importados diretamente no seu domicílio, e nada mais justo que o imposto seja devido ao Estado do seu domicílio. Para comprovar os seus argumentos, transcreve o art. 11 da Lei Complementar nº 87/96.

Afirma que as decisões do STJ e ensinamentos dos juristas invocados pelo impugnante não se aplicam ao caso da lide.

Frisa que as diversas decisões proferidas pelos órgãos julgadores sempre ratificam o entendimento de que o local da ocorrência do fato gerador é o destino físico das mercadorias ou bens importados do exterior.

Salienta que o Estado da Bahia lastreado na Lei Complementar nº 87/96 e na Lei Estadual nº 7.014/96, editou o RICMS/97, que determina no seu art. 573, § 1º, inciso I, que 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.

Consigna que no caso em questão restou comprovado que as mercadorias foram destinadas fisicamente ao Estado da Bahia, caracterizando assim a responsabilidade tributária do autuado, referente ao recolhimento do ICMS incidente sobre a operação de importação.

Aduz que a jurisprudência pátria já pacificou o entendimento sobre a matéria objeto da lide, através da decisão transitada em julgado, proferida pelo STJ, cujo trecho transcreve.

Quanto à alegação defensiva de incompetência do Estado da Bahia para exigência do ICMS relativo à importação, reproduz o art. 102 do CTN, para afirmar que como é notório, toda regra tem sua exceção, assim, em caráter excepcional, o art. 102, dispõe que a legislação tributária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios pode ter vigência fora dos respectivos territórios, elencando as hipóteses em que tal vigência seria possível, no caso, em virtude de convênios celebrados entre as referidas entidades, ou em decorrência de dispositivos do próprio CTN ou de outras leis complementares.

Observa que o primeiro caso ocorre quando entidades tributantes distintas resolvem celebrar um Convênio permitindo que a lei tributária do outro ente tributante possa vigorar nos limites do seu território. Acrescenta que no intuito de fiscalizar e exigir o ICMS devido, o Estado da Bahia celebrou os Protocolos nºs 41/08 e 49/08, o que permitiu que a legislação tributária vigore em seu território.

Aduz que inobstante toda argumentação acima esposada, existem diversas decisões deste CONSEF sobre a matéria, citando o Acórdão JJF Nº 1214/99 cuja ementa reproduz, bem como trecho do Acórdão JJF Nº 0055-02/06.

No que tange à inconstitucionalidade arguida pelo impugnante, consigna que no âmbito do contencioso administrativo inexiste competência para tal discussão, não tendo o órgão julgador deste CONSEF, competência para declarar inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual.

Finaliza mantendo integralmente o Auto de Infração.

VOTO

Versa o Auto de Infração em lide sobre o cometimento de infração à legislação do ICMS imputada ao autuado, decorrente de falta de recolhimento do ICMS, relativo a mercadorias procedentes do exterior, destinados fisicamente a este Estado, no caso do importador ser estabelecido em outra unidade da Federação e o desembarço aduaneiro ocorrer ou não, em estado diverso de seu domicílio.

Do exame das peças que compõem o presente processo, constato que o autuado estabelecido no município de Montes Claros, Estado de Minas Gerais, importou conforme a Declaração de Importação nº 11/0786499-4 a quantidade de 259.974 sacos de 50 kg de cimento, no total de 12.998.700 kg, tendo o desembarço aduaneiro ocorrido no Porto de Salvador e a mercadoria vendida a diversos contribuintes localizados no Estado da Bahia, conforme os DANFES acostados aos autos às fls. 22 a 55.

Verifico, também, que o autuado rechaça a acusação fiscal, sustentando que na condição de estabelecimento importador, responsável jurídico que subsidiou a operação que trouxe as mercadorias ao território nacional, recolheu corretamente o ICMS relativo à importação das mercadorias para o Estado de Minas Gerais, em conformidade com a legislação de regência, art. 155, §2º, IX, “a” da Carta Magna, bem como entendimento assente no âmbito do Supremo Tribunal Federal, no RE n. 405.457, razão pela qual nada deve ao Estado da Bahia.

Já o autuante afirma que restou caracterizado como local da ocorrência do fato gerador do imposto, o local do destino físico da mercadoria importada do exterior, no caso, as diversas empresas situadas na Bahia, conforme as notas fiscais emitidas e planilha relacionando todas as operações de venda realizadas pelo autuado para este Estado, acostadas aos autos.

Inicialmente, cabe-me consignar que em conformidade com o art. 167, I do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, não se inclui na competência deste órgão julgador a apreciação de matéria atinente à inconstitucionalidade, conforme suscitado pelo impugnante.

Observo, também, que as decisões judiciais invocadas pelo impugnante não estabelecem qualquer efeito vinculante quanto à matéria de que cuida o Auto de Infração em lide.

Conforme dito linhas acima, o autuado estabelecido no Estado de Minas Gerais, adquiriu no exterior as mercadorias descritas nos documentos de importação acima mencionados, realizando o desembaraço aduaneiro no Porto de Salvador, e as remetendo diretamente para diversos destinatários físicos das mercadorias localizados no Estado da Bahia.

Desta forma, pode-se afirmar que ocorreram duas operações, sendo, a primeira, operação de importação realizada pelo autuado, e, a segunda, operações de revenda da mercadoria realizada pelo autuado para diversos clientes neste Estado, conforme notas fiscais – DANFES – acostadas aos autos às fls. 22 a 55.

Nos termos da Lei nº 7.014/96, o ICMS devido na importação caberá ao Estado da Bahia, no caso de mercadoria ou bem destinados fisicamente a este Estado, sendo o importador estabelecido em outra unidade da Federação, sem que esta transite pelo seu estabelecimento.

No caso em exame, como a mercadoria foi desembaraçada no Porto de Salvador e diretamente, ou seja, fisicamente, remetida para estabelecimento aqui situado, sem transitar pelo estabelecimento do importador situado em MG, cabe o imposto da importação, referente à primeira operação ao Estado da Bahia. Já a segunda operação, no caso, operação de revenda realizada pelo autuado para os diversos destinatários físicos na Bahia, será deferida, em conformidade com o art. 343, XL e 573, §6º do RICMS/BA, abaixo reproduzido:

“Art. 343. É deferido o lançamento do ICMS incidente:

XL - na transmissão da propriedade de mercadorias importadas do exterior por importador de outra unidade da Federação, destinadas fisicamente a este Estado, na hipótese do § 6º do art. 573;

Art. 573. Nas operações de importação de mercadorias ou bens procedentes 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, sem que os mesmos transitem pelo estabelecimento importador;

§ 4º Para efeitos de transmissão da propriedade das mercadorias ou bens ou do título que os represente, subsequente à operação de importação de que cuida o inciso I do “caput”, o importador emitirá Nota Fiscal relativa à transmissão para o destinatário, sem destaque do imposto, a qual deverá conter, além dos demais requisitos:

III - declaração de que o imposto será recolhido pelo destinatário;

§ 6º O lançamento e o recolhimento do imposto de que trata o inciso III do § 4º ficam deferidos para o momento da saída subsequente a ser efetuada pelo contribuinte destinatário.” Grifos nossos.

Vale observar que, ainda determina o art. 573, §1º do mesmo RICMS/BA, abaixo transcrito, que o imposto devido na primeira operação – operação de importação – será pago pelo importador, no caso em exame, o próprio autuado, mediante documento de arrecadação próprio previsto em sua legislação ou através de GNRE, emitindo a devida nota fiscal de entrada para documentar a entrada da mercadoria importada em seu estabelecimento:

Importante salientar que é pacífico o entendimento de que o contribuinte (sujeito passivo) do ICMS na operação de importação é o importador, conforme constante nos documentos de importação, sendo irrelevante a questão do destino físico da mercadoria importada.

“Art. 573.....

§ 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).

§ 3º Para documentar a operação, o importador emitirá Nota Fiscal relativa à entrada simbólica das mercadorias ou bens, sem destaque do imposto, na qual deverá constar, além dos demais requisitos, no campo próprio, a indicação de que o ICMS relativo à importação foi recolhido em favor do Estado onde ocorreu a entrada física das mercadorias ou bens.”. Grifos nossos.

Já o imposto devido na segunda operação - revenda das mercadorias importadas-, deverá ser pago pelo destinatário, em momento subsequente, por estar diferido, nos termos do art. 343, inciso XL do RICMS/BA, acima transcrito, devendo o importador – no presente caso, o autuado - ao emitir a nota fiscal de revenda, não destacar o imposto devido nesta operação, conforme dispõe o art. 573, §§ 4º e 5º, abaixo transcrito:

“Art. 573:

§ 4º Para efeitos de transmissão da propriedade das mercadorias ou bens ou do título que os represente, subsequente à operação de importação de que cuida o inciso I do “caput”, o importador emitirá Nota Fiscal relativa à transmissão para o destinatário, sem destaque do imposto, a qual deverá conter, além dos demais requisitos:

I - declaração de que as mercadorias ou bens se destinam a unidade federada diversa da do importador;

II - indicação dos números e das datas dos Registros de Importação e da Nota Fiscal (entrada) relativa à entrada de que cuida o § 3º;

III - declaração de que o imposto será recolhido pelo destinatário;

IV - indicação do local onde ocorreu o desembaraço aduaneiro.

§ 5º A Nota Fiscal aludida no parágrafo anterior será lançada no Registro de Entradas do destinatário, podendo este utilizar como crédito fiscal, se cabível, o imposto recolhido por ocasião do desembaraço aduaneiro.”

Relevante observar que os procedimentos acima aduzidos afastam qualquer possibilidade de ofensa ao princípio da não-cumulatividade, conforme arguido pelo argüido pelo impugnante.

Diante do exposto, considerando que nas operações de importação de mercadorias, quando destinadas à unidade federada diversa da do domicílio do importador, sempre que houver transmissão de sua propriedade sem que estas transitem pelo estabelecimento importador, o imposto caberá à unidade onde estiver situado o estabelecimento em que ocorrer a entrada física das mercadorias, no caso, o Estado da Bahia, a infração é subsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210320.0001/11-8**, lavrado contra **INDÚSTRIA E COMÉRCIO EXTRACÃO DE AREIA KHOURI LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$669.141,95**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de novembro de 2011.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – JULGADOR