

A. I. N° - 124157.0866/11-7
AUTUADO - KS IMPORTAÇÕES LTDA.
AUTUANTE - ANTÔNIO JOSÉ DOS SANTOS
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET 23.05.2012

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0138-05/12

EMENTA: ICMS. IMPORTAÇÃO. DESEMBARAÇO ADUANEIRO E DESTINO FÍSICO NESTE ESTADO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Nas operações de importação de mercadorias, o imposto caberá à unidade onde estiver situado o estabelecimento em que ocorrer a entrada física das mercadorias. Ficou caracterizado que houve a entrada física das mercadorias no estabelecimento importador, localizado no Estado do Espírito Santo. Infração insubstancial. Auto de Infração IMPROCEDENTE. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 10/11/2011, exige ICMS no montante de R\$ 71.186,08, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, em função de falta de recolhimento do imposto sobre importação, relativo a mercadorias e/ou bens procedentes do exterior, destinados 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 do seu domicílio.

Consta do campo “Descrição dos Fatos”: “*Trata-se de operação triangular que resultou em falta de recolhimento, em favor do Estado da Bahia, do ICMS devido sobre a importação das mercadorias coletadas no Porto Seco de Vitória, sem transitar pelo estabelecimento do importador, foram parcialmente destinadas à estabelecimento de contribuinte domiciliado no Estado da Bahia, conforme DANFE de simples remessas nº 843 emitido por conta e ordem de adquirente que, por sua vez, é vinculado ao DANFE de venda nº 24310 emitido pelo estabelecimento NORSA Refrigerantes Ltda. Fundamento legal: art. 11, inciso I, alínea “d” da Lei Complementar 87/1996 implementado no regulamento estadual do ICMS no art. 573, inciso I.*”

O Termo de Apreensão e Ocorrências número 124157.0872/11-7 foi juntado às fls. 5 e 6 dos autos.

O sujeito passivo ingressa com impugnação às fls. 55 a 73, através de advogado regularmente constituído, onde, após apontar a tempestividade da peça defensiva e sintetizar os fatos ocorridos, ressalta que a empresa importadora, localizada no Estado do Espírito Santo, registrou a Declaração de Importação da mercadoria em 19/10/2011, sendo que efetuou operação de venda interestadual, tributada pelo ICMS, à empresa ColdMix Indústria e Comércio Representações Ltda., localizada no Estado do Rio de Janeiro, amparada pelo documento fiscal – DANFE nº. 840, datado de 26/10/2011, que acobertou a operação de venda realizada.

Diz que o Auto de Infração tomou por base as informações registradas em nota fiscal de operação de saída interestadual de mercadorias, emitida por venda realizada pela COLDIMIX IND. COM. E REPRESENTAÇÕES LTDA. (NF-e nº. 0024340), sociedade localizada no Estado do Rio de Janeiro.

Porém, afirma que a operação de que trata o referido documento fiscal em nada condiz com a operação que serviu de motivação para a lavratura do Auto de Infração, cuja penalidade aplica-se a uma operação de importação de mercadorias, visto que a operação interceptada pela fiscalização refere-se a uma operação interestadual de venda de mercadoria de estabelecimento localizado no Estado do Rio de Janeiro para contribuinte/destinatário – consumidor final da mercadoria adquirida para composição de seu ativo permanente – localizado no Estado da Bahia, conforme consta da citada NF-e emitida para acobertar a referida operação.

Assim, não devem prosperar os argumentos apresentados para a lavratura do Auto de Infração, tendo em vista que os elementos apresentados para a aplicação da penalidade – base de cálculo, valor do imposto, data da ocorrência – não podem ser considerados, pois se tratam de valores relacionados à operação de venda de mercadoria, pela empresa localizada no Estado do Rio de Janeiro, a seu cliente – consumidor final da mercadoria –, que, nesta aquisição, efetuou em favor dos cofres estaduais da Bahia, o recolhimento do diferencial de alíquota – DIFAL cabível nas aquisições de mercadorias destinada ao ativo imobilizado da sociedade.

Ressalta que a operação de saída promovida pela empresa estabelecida no Estado do Rio de Janeiro, erroneamente questionada pela autoridade fazendária do Estado da Bahia como sendo uma operação de importação, nada mais é do que, de fato, uma operação realizada nos moldes do Convênio SINIEF S/Nº, de 15 de dezembro de 1970, que ainda se encontra em pleno vigor.

Diz que a operação triangular ou de remessa de mercadoria por conta e ordem, além de respaldada pela legislação em vigor, é nitidamente justificável em decorrência da atividade praticada pela autuada, qual seja a de venda de produtos adquiridos através de operações de importação.

Informa que, no exercício de suas atividades, importa máquinas, peças e equipamentos que são comercializados no mercado interno. Estas mercadorias são adquiridas por empresas que atendem ao segmento de lanchonetes, restaurantes e fabricantes de bebidas, em geral. Assim, a impugnante constitui a real importadora das referidas mercadorias, como se pode verificar dos documentos (NF-e e cópia da Declaração de Importação em anexo) acostados a esta defesa, o que comprova tratar-se de uma típica atividade de venda de mercadorias adquiridas por importação, considerando ser a impugnante sociedade “fundapiana”, estabelecida no Estado do Espírito Santo, sendo totalmente descabida a alegação do autuante de que houve falta de recolhimento do ICMS.

Em seguida, com o fito de exterminar qualquer dúvida acerca das operações ora analisadas, diz que são as seguintes as diferenças a serem apontadas quanto às operações de importação:

- 1) nas operações de importação efetuadas na modalidade de importação por conta e ordem, é a empresa adquirente quem pactua a compra internacional, devendo dispor de capacidade econômica para o pagamento, pela via cambial, da importação;
- a operação cambial para pagamento de uma importação por conta e ordem pode ser realizada em nome da importadora ou da adquirente, conforme estabelece o Regulamento do Mercado de Câmbio e Capitais Internacionais (RMCCI – Título 1, Capítulo 12, Seção 2) do Banco Central do Brasil (BACEN);
- 2) nas operações de importação efetuadas na modalidade de importação por encomenda, é a empresa importadora quem pactua a compra internacional, devendo esta dispor de capacidade econômica para o pagamento da importação, pela via cambial, assim como esta capacidade econômica deverá ser demonstrada pelo encomendante para adquirir, no mercado interno, as mercadorias a serem revendidas pelo importador contratado; e
- nas operações de importação efetuadas na modalidade de importação por encomenda, a operação cambial para pagamento da importação deve ser realizada exclusivamente em nome do importador, conforme determina o Regulamento do Mercado de Câmbio e Capitais Internacionais (RMCCI – Título 1, Capítulo 12, Seção 2) do Banco Central do Brasil (BACEN).

Assim aduz que, diante da análise apresentada para as modalidades de operação de importação admitidas, vê-se que a modalidade de importação de mercadorias do exterior por encomenda se amolda como luva ao caso, conforme análise dos documentos acostados a defesa, que traduzem uma operação de aquisição de mercadoria do exterior, pela empresa importadora, ora autuada, sendo sua responsabilidade providenciar a nacionalização das mercadorias para, posteriormente, revendê-las às empresas que atendem ao segmento de lanchonetes, restaurantes e fabricantes de bebidas, em geral.

Reitera seu entendimento de que a autoridade fiscal, ao aplicar a penalidade, o fez apresentando elementos impróprios, considerando valores relativos a venda interestadual, sem analisar a natureza das operações praticadas, tanto pela impugnante, quanto pela empresa localizada no Estado do Rio de Janeiro, enquadrando, de forma indevida, a operação praticada, sem levar em conta que o adquirente da mercadoria – consumidor final – localizado no Estado da Bahia, recolheu a parcela relativa ao diferencial de alíquota, por se tratar de aquisição de bem para composição de ativo permanente.

Portanto, não obstante os erros materiais apontados, aduz que o autuante confundiu o disposto no citado Convênio SINIEF S/Nº, que trata da remessa de mercadorias por conta e ordem de terceiros e que serviu de embasamento para a operação de venda interestadual de mercadoria da empresa localizada no Estado do Rio de Janeiro para seu cliente localizado no Estado da Bahia, com o que dispõe a legislação acerca da operação de importação de mercadorias do exterior, promovida por pessoa jurídica importadora para revenda, o que é o caso da impugnante. Desta forma, recaem sobre esta empresa importadora, no caso a empresa localizada no Estado do Espírito Santo, os mesmos efeitos fiscais de uma operação de importação própria, não havendo o que se falar em tributação da operação de importação pelo Estado da Bahia.

Tece conceito e comentários sobre a legalidade do benefício financeiro do FUNDAP, do que enfatiza que este sequer foi tratado nas decisões proferidas pelo STF, até mesmo porque não se trata de benefício a ser questionado no viés daqueles insertos na tão dita ‘guerra fiscal’, pois possui como característica jurídica a anterioridade, uma vez que sua concessão ocorreu em período anterior à publicação da Lei Complementar nº. 24/75.

Diz que há entendimento de que em operações de importação de mercadorias por encomenda, o ICMS, deve ser recolhido ao Estado onde se encontra domiciliado o estabelecimento importador, mesmo que o adquirente esteja situado em outro Estado, como é o caso do estabelecimento autuado. Nesta modalidade de operação, o estabelecimento do importador deverá se creditar do imposto pago no desembaraço, emitindo nota fiscal de venda para o adquirente, nesta sendo destacado o ICMS. Aduz que este é, exatamente, o caso da autuada, do que registra que as operações de importação são reconhecidas legalmente e regulamentadas pela Receita Federal do Brasil, tendo o autuante interpretado indevidamente a legislação em vigor.

Requer a aplicabilidade do princípio da segurança jurídica, que seja revisto de ofício o lançamento e a, consequente, improcedência do Auto de Infração.

O autuante, em sua informação fiscal às fls. 95 a 103 dos autos, diz que a impugnante adquiriu, por meio de importação, 940 barris de chopp, conforme Documento de Importação (DI) nº 11/1987838-3 de 19/10/2011, numa operação triangular que resultou em falta de recolhimento, em desfavor do Estado da Bahia, do valor correspondente ao ICMS devido sobre a importação das mercadorias citadas, que foram coletadas no Porto Seco de Vitória (ES), sem que transitasse pelo estabelecimento do importador.

Diz que os referidos bens foram parcialmente destinados a estabelecimento de contribuinte domiciliado no Estado da Bahia, conforme DANFE de simples remessas nº 843, emitido por conta e ordem de adquirente que, por sua vez, é vinculado ao DANFE de venda nº 24310, emitido pelo estabelecimento (adquirente intermediário) de contribuinte do Estado do Rio de Janeiro que, por fim, ordenou a remessa da mercadoria importada à empresa Norsa Refrigerantes Ltda., situada em Simões Filho (BA).

Transcreve o art. 573, I, do RICMS/97 e art. 11, I, “d”, da Lei Complementar nº 87/96, no sentido de provar que o recolhimento do imposto incidente nas operações de importação de mercadorias do exterior cabe ao Estado onde estiver situado o estabelecimento em que ocorrer a entrada física das mercadorias, quando destinada a unidade federada diversa da do domicílio do importador, no caso de transmissão de sua propriedade, sem que os bens transitem pelo estabelecimento do importador.

Salienta que o entendimento, já pacificado, pela Administração Tributária do Estado da Bahia, é aquele que elege o destino físico do bem importado, como sendo o aspecto principal da operação, que irá definir o ente tributante responsável pela cobrança do ICMS incidente nesta operação de importação, e não o destino jurídico do referido bem. Diz que, no caso em tela, não poderia ser diferente, o Estado da Bahia, sendo o destino real dos bens, deverá exigir, como o fez, que o recolhimento do ICMS seja recolhido a seu favor, uma vez que, como se pode constatar pela documentação acostada aos autos, a origem no desembarque aduaneiro se deu em Vitória (ES) e o destino dos produtos foi Simões Filho (BA), sem que esses transitassem fisicamente pelo estabelecimento da autuada, como está demonstrado através dos DANFE's nº 843 e 24310, tendo esta operação triangular a finalidade precípua de “maquiar” a transação, com intuito de dificultar o alcance tributário pelo Estado da Bahia. Mantém a exigência.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o ICMS de R\$ 71.186,08, incidente sobre operação de importação de bens procedentes do exterior e destinados fisicamente a este Estado, no caso do importador ser estabelecido em outra unidade da Federação e o desembarque aduaneiro ocorrer em Estado diverso do seu domicílio.

Inicialmente, há de se ressaltar que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, o qual atacou a matéria objeto da autuação com muita clareza e precisão, o que demonstra inexistir cerceamento ao direito de defesa, sendo desnecessária a realização de qualquer revisão fiscal, diante das provas documentais trazidas aos autos, como também em razão de que o Termo de Ocorrência Fiscal, à fl. 5, apesar de não subscrito pelo detentor das mercadorias, foi validado com o Termo de Liberação, à fl. 30, subscrito pelo próprio detentor das mercadorias, Sr. Valdemir da Cruz, consoante documento à fl. 17, o qual atesta o recebimento das mercadorias discriminadas no Termo de Apreensão de Mercadorias e Ocorrência nº 1241570872/11-7, devidamente conferidas e no mesmo estado em que se encontravam quando da apreensão.

Da análise dos documentos fiscais, às fls. 12 a 16 dos autos, verifica-se que os produtos (barris de chopp) foram importados por “conta própria”, através da DI nº 11/9787838-3, tendo como importador a empresa KS IMPORTAÇÕES LTDA, CGC nº 02.707.787/0001-51, localizada na cidade de Vitória (ES), pois é o CNPJ deste estabelecimento que consta da declaração de importação às fls. 13 e 14,

Posteriormente, quando das razões de defesa, o defendantete anexa aos autos, às fls. 87 a 91 dos autos, Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica (DANFE), como prova de sua alegação de que “...a modalidade de importação de mercadorias do exterior por encomenda se amolda como luva ao caso da Impugnante”, cujos documentos “...traduzem uma operação de aquisição de mercadoria do exterior, pela empresa, importadora, ora Impugnante, sendo sua responsabilidade providenciar a nacionalização das mercadorias para, posteriormente, revendê-las à empresa que atendem ao segmento de lanchonetes, restaurantes e fabricantes de bebidas, em geral.”

Da análise das referidas notas fiscais, através da chave de acesso nelas consignadas, verifica-se que:

1. a Nota Fiscal Eletrônica (NF-e) de nº 836, série 1, à fl. 88 dos autos, com natureza de operação de entrada “COMPRA PARA COMERCIALIZAÇÃO”, de emissão da KS IMPORTAÇÕES LTDA, localizada em Vitória (ES), inscrição estadual nº 81.971.419, através do site da SEFAZ (ES) foi confirmada sua emissão, datada de 25/10/2011, relativo a 1.370 barris de chopp. Logo, restou comprovada a entrada das mercadorias importadas no estabelecimento importador;
2. a NF-e nº 838, série 1, à fl. 89, com natureza de operação de “REMESSA PARA DEPÓSITO FECHADO OU ARMAZÉM GERAL”, também de emissão do estabelecimento autuado, em 25/10/2011, igualmente consta da pesquisa como existente, o que reforça que o autuado deu entrada das mercadorias importadas no estabelecimento importador e, posteriormente, as remeteu para armazenamento junto a empresa Tegma Logística (ES);

3. a NF-e nº 840, série 1, à fl. 90 dos autos, com natureza de operação de “VDA. MERC. ADQ. DE TERC. ENT. POR CTA. ADQ. ORIG. VDA.”, emitida em 26/10/2011 pelo autuado, relativa a 930 barris de chopp, destinada à empresa “COLDMIX IND. COM. E REPRESENTAÇÕES LTDA” (RJ), da mesma forma, consta na pesquisa como existente, o que comprova que o autuado negociou parte das mercadorias importadas com o estabelecimento localizado no Estado do Rio de Janeiro;
4. a NF-e nº 23140, série 1, à fl. 87 dos autos, relativa a 930 barris de chopp, com natureza de operação de “VENDA DE MERCADORIA ADQUIRIDAS OU RECEBIDA DE”, emitida pela empresa “COLDMIX IND. COM. E REPRESENTAÇÕES LTDA”, localizada no Estado do Rio de Janeiro, destinada à empresa “NORSA REFRIGERANTES LTDA”, igual às notas fiscais anteriores, foi confirmada sua emissão, conforme pesquisa através da “CHAVE DE ACESSO” à SEFAZ (BA);
5. a NF-e nº 843, série 1, à fl. 91 dos autos, com natureza de operação de “REMESSA DE MERC. POR CTA. E ORDEM DE TERC. EM VENDA À”, emitida pelo estabelecimento autuado (KS IMPORTAÇÕES LTDA), localizado no Estado do Espírito Santo, destinada à empresa “NORSA REFRIGERANTES LTDA”, por conta e ordem da empresa “COLDMIX IND. COM. E REPRESENTAÇÕES LTDA”, conforme NF-e nº 24310, igualmente à nota fiscal anterior, foi confirmada sua emissão, conforme pesquisa através da CHAVE DE ACESSO no site da SEFAZ/BA.

Assim, resta definido o fato de que a operação de importação se deu por conta do estabelecimento autuado, KS IMPORTAÇÕES LTDA, localizado no Estado do Espírito Santo, através do Porto Seco de Vitória (ES), conforme DI nº 11/1987838-3, tendo os mesmos transitado pelo estabelecimento importador e, posteriormente, parte remetidos ao estabelecimento localizado no Estado da Bahia, por conta e ordem do estabelecimento adquirente, situado no Estado do Rio de Janeiro, conforme documentos acima, devendo, neste caso, o imposto ser recolhido em favor da unidade federada onde estiver situado o estabelecimento importador, ou seja, Espírito Santo, onde ocorreu a entrada física, conforme previsto no art. 11, I, “d”, da LC nº 87/96 e no art. 13, I, “d” da Lei nº 7014/96, além do art. 573, I, c/c o § 1º, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97.

Por tudo que foi exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **124157.0866/11-7**, lavrado contra **KS IMPORTAÇÕES LTDA**.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF//99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº **13.537/11**, com efeitos a partir de **20/12/2011**.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de maio de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA