

A. I. Nº - 210943.0040/13-0  
AUTUADA - QUALITY IMPORT IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.  
AUTUANTE - CARLOS LÁZARO DE ANDRADE  
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO  
INTERNET - 12/09/2013

#### 5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JF Nº 0137-05/13

**EMENTA:** ICMS. IMPORTAÇÃO DE MERCADORIA COM DESTINO FÍSICO PARA O ESTADO DA BAHIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Importação de mercadorias, destinadas à unidade federada diversa do domicílio do importador, sem trânsito pelo seu estabelecimento. Os documentos acostados aos autos não comprovam a ocorrência de ingresso físico de mercadorias, após desembaraço aduaneiro, no Estado da Bahia, sem transitar no estabelecimento do importador. Infração não caracterizada. Auto de Infração **NULO**. Decisão não unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado, durante a atividade de fiscalização no trânsito de mercadorias, em 05/04/2013, exige ICMS no valor de R\$67.682,17, acrescido de multa de 60%, em decorrência de *“falta de recolhimento do ICMS sobre importação, relativo a mercadorias e/ou bens 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”*.

Constam dos autos: Termo de Ocorrência Fiscal nº 210943.0028/13-0, fl. 08; DANFE de nºs: 1.479, fl. 11, 1.480, fl. 12, emitidos em 14/03/2013. Comprovante de Importação das Declarações de Importação, de nºs: 13/0419066-0, fl. 13 e 13/0419043-0, fl. 17. Extratos das Declarações de Importação de nºs: 13/0419066-0 e 13/0419043-0, fls. 14 a 16 e 18 a 20.

A autuada apresenta impugnação, fls. 22 a 35, ao informar a inexistência de importação para o Estado da Bahia, com a demonstração, por documentos fiscais, de que a operação objeto da autuação foi realizada a luz da legislação em vigor. Afirma a ocorrência de comercialização da mercadoria importada, após a respectiva nacionalização no Porto Terminal de Vila Velha/ES - Porto de Vitória e que a venda para terceiros não estaria atrelada à operação de importação.

Menciona que a operação de importação foi realizada por sua própria conta e risco e a ocorrência do ingresso das mercadorias no seu estabelecimento, após o desembaraço aduaneiro, além de configurar-se como destinatário jurídico e físico da operação em comento, cumprindo, assim, o disposto no artigo 435 do RICMS em vigor c/c o art. 11, inciso I, alínea “d”, da Lei Complementar nº 87/96. Nesse sentido, frisa o equívoco da ação fiscal na definição dos sujeitos ativo e passivo da relação jurídico-tributária do ICMS importação, bem como a confusão dos tipos de importação - direta e indireta, ao colacionar dispositivos constitucional, legal e regulamentar, ementas de julgados no Supremo Tribunal Federal sobre a matéria em lide, bem como a Instrução Normativa nº 225/2002 da Receita Federal do Brasil.

Ao reafirmar os argumentos sobre o ingresso físico em seu estabelecimento, da inexistência de contrato prévio com posterior adquirente, da não ocorrência da importação indireta, e, sim, da importação por conta própria, a impugnante junta aos autos: Doc 4: extratos da Programação de Retirada da DI 13/0419043-0 e da DI 13/0419066-0, solicitados, respectivamente em 12/03/2013 e 13/03/2103, fls. 61 e 62; Doc 5: DANFE de nºs: 1.473 e 1.474, emitidos em 12/03/2013, fls. 64 e 65; Doc 6:

vídeo sobre a entrada e saída de mercadorias no pátio da autuada, fl. 67; Doc 7: DANFE nº 1.511, emitido em 01/04/2013 e DACTE nº 61, emitido em 01/04/2013, fls. 69 e 70.

Sustenta a autuada que o sujeito ativo é o Estado do Espírito Santo, o qual possui competência para cobrança e recolhimento do ICMS importação, tendo em vista a sua configuração como destinatária física e jurídica da mercadoria importada, cujo estabelecimento está situado naquele Estado-Membro, local do desembarço aduaneiro.

Aduz que *“o ICMS devido para o Estado da Bahia é o interestadual, que foi devidamente recolhido, conforme documentação anexa, não fazendo jus esta unidade da federação a qualquer valor relativo ao ICMS incidente na operação de importação, tendo em vista que o importador de fato e de direito não estava domiciliado neste estado”*.

Requer a improcedência da acusação fiscal, em virtude de *“não ser devido ao Estado da Bahia o ICMS importação, mas, sim ao Estado do Espírito Santo para o qual foi devidamente recolhido”*.

O autuante ao proceder à informação fiscal, fl. 73 a 77, expõe a atividade econômica da impugnante, qual seja a de importação de mercadorias, com intuito de atender a interesses de terceiros contratantes, pela especialização em comércio exterior. Nesse diapasão, destaca o enquadramento da exação fiscal em virtude dos elementos, a saber: subjetivo - atividade econômica do importador - e temporal datas da importação e da venda a destinatário localizado no estado da Bahia, além do local de coleta da mercadoria de armazém ou terminal alfandegado, tida pela legislação como zona primária, território sob o domínio federal. Relata, também, dispositivos da legislação em vigor para configuração do fato gerador do ICMS importação devido ao Estado da Bahia. Reproduz o art. 155 da CF/88, o art. 11, da Lei Complementar nº 87/96, art. 13 da Lei nº 7.014/96, além do art. 435, do RICMS/12, para frisar que o destino físico da mercadoria tem relevância para a definição do sujeito ativo, ou seja, o ICMS pertence ao Estado em que estiver situado o destinatário físico da mercadoria.

Destaca a iniciativa da impugnante em atacar o mérito da lide ao tentar provar a ocorrência da entrada física da mercadoria importada no seu estabelecimento, cumprindo, assim, o disposto no art. 11 da Lei Complementar nº 87/96.

Enfatiza a prova documental como suficiente para evidenciar o envio da mercadoria importada a estabelecimento situado no Estado da Bahia, haja vista que tal mercadoria saiu diretamente de terminal alfandegado onde ficou armazenada, fl. 15, neste caso a TVV, na mesma data em que foram emitidos os DANFE de venda, fls. 11 e 12. Essa evidência estaria corroborada com as datas de solicitação das programações de retirada de mercadoria importada, fl. 61 e 62, coincidindo com as datas de emissão das notas fiscais de importação, fls. 64 e 65. Assim, afirma ser contraditório com a alegação da impugnante, no item 40 da peça defensiva, fl. 33, de que a mercadoria permaneceu por 15 dias no estabelecimento do importador.

Expõe dedução lógica relacionada com ingresso físico da mercadoria no estabelecimento do importador. Para o autuante, tal fato ocorreu após a data da venda da mercadoria, 14/03/2013, mesma data de saída da zona primária alfandegada, que a ocorrência fiscal realizada 20 dias após a data de venda, em 05/04/2013, tendo a mercadoria ingressada no estabelecimento do importador após a venda, 14/03/2013.

Encerra sua informação fiscal ao citar que *“a mera entrada física após a revenda apenas reafirma o princípio constitucional implementado na lei complementar de que o ICMS é devido ao estado em que se verifica a destinação final no processo de importação e revenda da mercadoria e não a mera entrada física transitória, temporária, cujo fim seria apenas cumprir um ritual formal de ingresso físico no estabelecimento do importador para que, aparentemente, a lei complementar seja observada”*.

## VOTO

O cerne da pretensão resistida consiste na prova do ingresso físico, no Estado da Bahia, das mercadorias importadas, através do Porto de Vitória, situado no Estado do Espírito Santo, após o respectivo desembaraço aduaneiro, sem, contudo, transitar no estabelecimento do importador.

O fato constitutivo constante do lançamento tributário de ofício faz nascer a obrigação tributária e possui o intuito de identificar elementos da respectiva relação jurídica: sujeito ativo, passivo e ocorrência do fato gerador do ICMS.

Dessa forma, o *ônus probandi* incumbe ao autor, por força do artigo 333, da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil – CPC.

“(…)

*Art. 333. O ônus da prova incumbe:*

*I – ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;*

“(…)”

A aplicação subsidiária do mencionado estatuto processual ao processo administrativo fiscal possui previsão nas disposições finais transitórias do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09 de julho de 1999.

“(…)”

*Art. 180. Aplicam-se subsidiariamente ao processo administrativo fiscal as normas do Código de Processo Civil.”*

*In casu*, ao autuante incumbe o referido encargo, cujo interesse é a constituição do ICMS para o Estado da Bahia, através do lançamento tributário de ofício.

Da análise dos documentos juntados ao processo, constata-se a falta de elementos probantes para demonstrar a ocorrência da descrição dos fatos apontados no Auto de Infração, notadamente, pela inexistência das datas de entrada e saída nos documentos acostados, às fls. 11 e 12, DANFE referentes às vendas para estabelecimento localizado no Estado da Bahia e, na fl. 64, DANFE referente ao desembaraço aduaneiro.

Outrossim, ao cotejar a distância do Porto de Vitória, no Estado do Espírito Santo, para a capital baiana, de aproximadamente de 1.200 km, com o intervalo das datas finais das programações de retirada de 14/03/2013, Doc 4, fls. 61 e 62, consideradas, inclusive, como parâmetros da exação fiscal e aquelas consignadas na lavratura do Auto de Infração e do Termo de Ocorrência Fiscal, 05/04/2013, fls. 1 e 8, verifica-se a não plausibilidade da autuação fiscal, no que concerne ao destino físico das mercadorias importadas, em estabelecimento situado no Estado da Bahia, sem trânsito no estabelecimento do importador, após o desembaraço aduaneiro.

Por sua vez, a impugnante, empresa importadora, ao apresentar o DANFE e o DACTE, Doc 7, fls. 69 e 70, embora, também, não constem das datas de saída, demonstram a emissão de documento relativo a partes das mercadorias importadas, com destino a estabelecimento situado no território baiano, em 01/04/2013, além de vídeo da entrada e saída de mercadorias no pátio do seu estabelecimento, respectivamente, em 14/03/2013 e 01/04/2013, e, por conseguinte, atingem a comprovação da ocorrência de fato gerador do ICMS devido para o Estado da Bahia.

Destarte, não há, na questão posta, demonstração probatória dos fatos descritos no lançamento tributário em tela, com intuito de promover a convicção da sua realidade, para exercer o direito subjetivo material, tendo como sujeito ativo o Estado da Bahia. Do exposto, o autuante não cumpriu o encargo da indubitável comprovação da infração, como dispõe o art. 28, § 4º, inciso II, do RPAF, *in verbis*:

“(…)”

*Art. 28. A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso:*

“(…)”

*§ 4º O Auto de Infração far-se-á acompanhar:*

(...)

*II - dos demonstrativos e dos levantamentos elaborados pelo fiscal autuante, se houver, e das provas necessárias à demonstração do fato argüido. (grifo acrescido)*

(...)

Portanto, voto pela NULIDADE do lançamento de ofício, conforme art. 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF, recomendando a renovação do lançamento tributário, quando da execução dos trabalhos de fiscalização em estabelecimentos.

#### **VOTO DIVERGENTE**

Peço vênha para discordar do senhor relator relativamente ao deslinde deste processo. No caso concreto entendo que o ônus da prova do ingresso efetivo da mercadoria no estabelecimento importador é exatamente da empresa remetente (autuada) com sede no Estado do Espírito Santo.

Os DANFE's de nºs 001.480 e 001.479, emitidos em 14/03/2013, acobertaram a operação de remessa para a Bahia da mercadoria GRUA, GUINDANTES e DEMAIS ACESSÓRIOS (NCM 84262000), com destino à empresa Tecnotrav Técnica em Transportes Vertical Ltda, estabelecida no município de Camaçari-Ba, com tributação à alíquota interestadual de 4%. De acordo com o Comprovante de Importação anexado à fl. 52 do PAF, o desembaraço da mercadoria se deu 05/03/2013. Na sessão de julgamento foi informado pelo patrono da empresa que a operação de remessa para a Bahia da mercadoria importada já se encontrava contratada com a empresa destinatária final, aguardando-se tão somente o pagamento da venda da mercadoria importada, que foi efetuada à vista, conforme documentando nos respectivos DANFE's.

Por sua vez os DANFE's nºs 1473 e 1474 (doc. fls. 64 e 65), que acobertaram as entradas das mercadorias no país após desembaraço aduaneiro, revelam que a operação de importação se deu ao amparo dos Benefícios do FUNDAP, conforme detalhado nos campos “natureza da operação” e “informações complementares” das Notas Fiscais de Entrada, onde é informado que o ICMS-Importação foi objeto do benefício do diferimento, nos termos do RICMS do Estado do Espírito Santo. É do conhecimento de todos que os benefícios fiscais do FUNDAP não têm amparo em Convênio aprovado no Conselho de Política Fazendária do ICMS (CONFAZ), conforme determina a Lei Complementar nº 24/1975.

A efetiva remessa dos bens importados, de forma parcelada, se deu através do DANFE 1.511, emitido pela autuada em 01/04/2013, que faz referência às “notas mães” (DANFE's 001.480 e 001.479), e o correspondente Conhecimento de Transporte Eletrônico - CTe (docs. fls. 69 e 70, respectivamente). Os bens foram apreendidos no trânsito de mercadorias em 05/04/2013, de acordo com o que atesta o “Termo de Ocorrência Fiscal”, apensado à fl. 8 do PAF.

Do exposto verifica-se que: 1) não há prova de que a mercadoria tenha ingressado efetivamente no estabelecimento da autuada, no Estado do Espírito Santo; 2) toda a operação de importação e subsequente remessa dos bens para a Bahia já se encontrava contratada entre as partes envolvidas, conforme foi esclarecido na sessão de julgamento, pois que a circulação posterior dos bens, após desembaraço aduaneiro, foi efetuada diretamente do armazém do porto (terminal alfandegado), localizado no município de Vila Velha - ES, mediante a comprovação do pagamento à vista; 3) ademais, a operação de importação foi beneficiada com o Regime do FUNDAP, através do qual o ICMS é diferido, nos termos da legislação interna do ES, situação sem amparo nas normas do CONFAZ, residindo exatamente aí a principal razão pela qual a referida operação foi efetuada através da empresa autuada.

Frente ao exposto, entendo que se encontra caracterizada, pelo “modus operandi” acima descrito, a importação com destinação física para a Bahia, das mercadorias arroladas nos DANFE's Nºs 001.479 e 001.480, razão pela qual o ICMS deveria ter sido recolhido em benefício dessa unidade federada, através de Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais (GNRE), antes da saída das mercadorias, de responsabilidade da empresa remetente, ora autuada.

Voto, portanto, pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **210943.0040/13-0**, lavrado contra **QUALITY IMPORT IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO 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 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de agosto de 2013.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/VOTO DIVERGENTE

JOWAN DE OLIVEIRA ARAÚJO – RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - JULGADOR