

PROCESSO - A. I. Nº 216967.0213/14-9
RECORRENTE - TELTRONIC BRASIL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0163-05/15
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 29/06/2018

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0115-12/18

EMENTA: ICMS. IMPORTAÇÃO DE MERCADORIA. OPERAÇÃO REALIZADA POR EMPRESA SITUADA EM OUTRO ESTADO SENDO DESTINADA FISICAMENTE A DESTINATÁRIO ESTABELECIDO NA BAHIA. Comprovada a saída das mercadorias diretamente do recinto alfandegado em São Paulo com destino a estabelecimento localizado na Bahia. Imprecisão no enquadramento legal suprida pela descrição dos fatos. Mantida Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Auto de Infração **Improcedente**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face da decisão primária que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, para exigir crédito tributário de ICMS no valor original de R\$150.416,22, em decorrência da falta de recolhimento do ICMS, no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas no mês de dezembro de 2014, destinadas fisicamente ao Estado da Bahia, acrescido de multa de 60%, nos termos da alínea "f" do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Da análise dos elementos trazidos aos Autos, a 5ª JJF, decidiu, por unanimidade, pela Procedência do Auto de Infração, conforme o voto abaixo transcrito.

VOTO

Inicialmente, o autuado argúi a nulidade do auto de infração alegando que o enquadramento da infração o coloca como importador estabelecido no Estado da Bahia, quando, na verdade, ele está domiciliado no Estado de São Paulo.

O autuante considerou como aplicável ao caso o conjunto de dispositivos constantes no código de infração 56.01.01, cuja descrição é a seguinte:

"Falta de recolhimento do ICMS no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas, cujo importador seja estabelecido no Estado da Bahia."

Entretanto, o enquadramento correto seria o que reúne os dispositivos constantes no código de infração 56.01.02, pois é a que reflete a ocorrência descrita pelo autuante no processo, cuja descrição é a seguinte:

"Falta de recolhimento do ICMS 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 de seu domicílio."

Embora não tenha escolhido o código de infração mais aplicável ao caso, na descrição dos fatos o autuante deixa evidente a infração cometida pelo autuado e este elabora a sua defesa demonstrando total entendimento da acusação como sendo a de ter destinado fisicamente mercadoria importada diretamente do recinto alfandegado para destinatário localizado no Estado da Bahia sem o devido recolhimento do imposto para este Estado. Assim, afasto a pretensão defensiva pois, apesar do equívoco cometido pelo autuante, o erro na indicação do ato infracional não deve implicar em nulidade já que na descrição dos fatos ficou evidente a pretensa infração cometida, conforme admite o art. 19 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF/BA).

No mérito, foi demonstrado pelo autuante que o desembaraço aduaneiro ocorreu no Estado de São Paulo, sendo o ICMS-importação recolhido àquela unidade federativa de forma equivocada, quando deveria ter sido recolhido em favor do Estado da Bahia.

Da análise do DACTE nº 26738, anexo à fl. 14, ficou provado que a mercadoria saiu diretamente do recinto alfandegado do Aeroporto de Viracopos com destino à Secretaria de Segurança Pública do Estado da Bahia sem ocorrer a entrada física no estabelecimento do importador localizado no Estado de São Paulo.

O autuado alega que não houve vantagem em proceder o desembaraço em São Paulo em vez de fazê-lo na Bahia, já que a alíquota interna naquele Estado é de 18% contra 17% cobrada na Bahia. Entretanto, a importação via São Paulo com o objetivo de remessa subsequente para a Bahia permite à autuada uma acumulação de crédito fiscal que não seria possível caso a importação ocorresse neste Estado. O pagamento de 18% na importação constitui-se crédito fiscal acumulado em decorrência de saída subsequente interestadual com aplicação da alíquota de 4% em virtude de tratar-se de produto importado, conforme determina a Resolução do Senado nº 13/12. Se a importação ocorresse na Bahia, todo o imposto pago seria absorvido na operação interna subsequente.

A escolha da venda pela matriz localizada em São Paulo não pode ter a conotação de eventualidade alegada pelo autuado, pois é cediço que as vendas para órgãos públicos exigem processos burocráticos que afastam a possibilidade de surpreender seus fornecedores.

A redação da alínea "d" do inciso I do art. 11 da Lei Complementar nº 87/96 foi recepcionada na Lei nº 7.014/96, que instituiu o ICMS no Estado da Bahia, na alínea "d" do inciso I do art. 13, considerando como local da operação nas operações de importação de mercadorias do exterior aquele onde se localiza o estabelecimento em que ocorrer a sua entrada física.

Na citação da existência de processo em curso no Supremo Tribunal Federal visando definir a legitimidade ativa nos casos em que ocorre destinação física para Estado diverso daquele onde está localizado o importador, fica evidente que, na busca em reclamar créditos tributários decorrentes de entrada física de gás em seu território após importação efetuada por estabelecimento localizado no Estado de Mato Grosso do Sul, o Estado de São Paulo reconhece que o sujeito ativo na operação em discussão é aquele onde se localiza o estabelecimento onde ocorreu a entrada física das mercadorias, não devendo ser, portanto, exigido por aquele Estado ao autuado o imposto decorrente de importação realizada por contribuintes localizados em seu estado quando ocorre o destino físico direto do recinto alfandegado para outras unidades da Federação.

O RICMS/12, Decreto 13.780/2012, no seu art. 435, inciso I, afirma claramente que quando a mercadoria ou bens advindos do exterior não transitarem pelo estabelecimento onde o seu importador estiver domiciliado, possuindo a mercadoria importada destino diverso daquela unidade federativa, o imposto deverá ser adimplido àquela Unidade Federativa onde ocorrer o destino físico. Sendo aplicável a situação em lide, visto que o importador, localizado no Estado de São Paulo, enviou o bem diretamente ao seu destinatário final, a Secretária de Segurança Pública da Bahia, não tendo o bem transitado pelo estabelecimento da Teltronic Brasil Ltda, situada no Estado de São Paulo, como alegou a todo o momento o autuado.

Deste modo, quem tem legitimidade ativa para exigir o cumprimento da obrigação tributária decorrente da operação de importação é unicamente o Estado da Bahia, onde ocorreu a entrada física da mercadoria.

O pedido do autuado pela possibilidade de produção de todos os meios de prova admitidos, em especial pela produção de prova pericial, bem como pela juntada de novos documentos não pode ser acolhida, pois não foi fundamentada a sua necessidade.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Regularmente intimada, a Recorrente, inconformada com o julgamento realizado pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal, materializado no Acórdão JJF nº 0163-05/15, vem, por seus advogados, expor as razões que motivam seu recurso voluntário.

Após discorrer sobre a autuação que acusa o Contribuinte de não ter recolhido o ICMS ao Estado da Bahia devido em razão da operação de importação, cujo produto teria como destino físico essa unidade da federação, pois o importador aqui estaria estabelecido, no caso, a Secretaria de Segurança Pública do Estado da Bahia.

Destaca que apresentou a pertinente defesa e a decisão ora recorrida manteve a autuação.

Aduz que: “Consoante já foi defendido em sede de defesa, o Auto de Infração não encontra espeque no ordenamento jurídico, pois o importador não está estabelecido no Estado da Bahia, além do que o produto importado, primeiro, adentrou no Estado de São Paulo, razões pelas quais deve ser julgado NULO e/ ou IMPROCEDENTE”.

Relata que : “Ante o simples fato da mercadoria importada ter sido desembaraçada no dia 26.11.2014, no Estado de São Paulo, e vendida no dia seguinte, em 27.11.2014, para Secretaria

de Segurança Pública do Estado da Bahia, o Recorrido entendeu por lavrar o Auto Fiscal sob o argumento de falta de recolhimento para essa Unidade da Federação do ICMS devido em decorrência da importação do referido produto”.

Destaca que essa equivocada constatação, de que o produto objeto da importação teria destinatário físico localizado neste estado, motivou o entendimento do Autuante de que o ICMS aqui deveria ser recolhido, porque, em sua concepção, aonde estaria estabelecido o seu destinatário físico.

Salienta que a empresa importadora é localizada em São Paulo, e agindo em conformidade com a legislação aplicável à espécie, procedeu ao recolhimento do ICMS para aquele Estado, dando entrada da mercadoria em seu estabelecimento comercial conforme se infere da nota de entrada aduanada.

E que: “*após a entrada física desse produto em seu estabelecimento, é que foi ele alienado para a Secretaria de Segurança Pública do Estado da Bahia, inexistindo a sugerida importação dirigida e específica, visando beneficiar-se de privilégios fiscal, até porque a alíquota do ICMS paulista é de 18%, superior àquela praticada no Estado da Bahia que é de 17%.*”

Ressalta que: “*a Recorrente possui como objeto social, dentre outros, a importação de aparelhos de radiocomunicação, atuando nesse setor e ramo diuturnamente, através da importação desses produtos para posterior revenda. Assim, no exercício desse seu objeto social, frequentemente, realiza importações desses produtos a serem comercializados e vendidos aos Interessados em sua aquisição, como no caso em apreço, quando um desses produtos importados, depois de sua entrada no estabelecimento da Recorrente, foi vendido à Secretaria de Segurança Pública do Estado da Bahia.*”

Destaca que se houvesse a intenção de obter vantagens fiscais com essa importação, e posterior venda, ela teria sido feita pela Filial da Recorrente localizada neste Estado onde a alíquota do ICMS é inferior à aplicada pelo Estado de São Paulo, mas como essa filial não possuía o produto para a venda, a adquirente realizou essa aquisição perante a Matriz que já possuía programação para recebimento desse produto importado.

Aponta que da leitura do Extrato da Declaração de Importação pode-se verificar que, tanto o importador, como o adquirente do produto importado, é a mesma pessoa jurídica, a ora Recorrente inscrita no CNPJ sob o n. 03.316.088/0001-43 o que demonstra a inexistência de importação dirigida e específica para a Bahia, posto que esse produto poderia ter sido negociado para qualquer outra Unidade da Federação.

E, assim, no momento do desembaraço aduaneiro os tributos incidentes sobre o fato gerador da importação foram recolhidos, a exemplo do ICMS, recolhidos para o Estado de São Paulo, conforme guia anexada, tendo em vista que a competência para cobrar o ICMS, nesses casos, é do Estado onde situado o estabelecimento do importador.

Salienta ainda que: “*Com efeito, a definição do sujeito ativo do ICMS Importação, ou seja, do Estado para o qual referido imposto deve ser recolhido, é matéria que pende de definição há anos. A discórdia entre os Estados e a insegurança jurídica entre os contribuintes tomou corpo, principalmente, em razão da chamada "Guerra Fiscal", em decorrência da qual, Estados que concediam incentivos fiscais não aprovados pelo CONFAZ - Conselho Nacional de Política Fazendária, atraíram importações realizadas, principalmente, por conta e ordem de terceiros. Além disso, pesou sobre essa indefinição a contradição entre os termos do art. 11, I, "b", da Lei Complementar 87/96 e do art. 155, § 2º, IX, "a", da Constituição Federal.*”

Discorre sobre o andamento dessa querela no Supremo Tribunal Federal.

Aduz também que a sujeição ativa do ICMS Importação foi demarcada no Art. 11 da Lei Complementar nº 87/96, cujo excerto transcreve, em apoio a sua tese, de que o ICMS seria devido ao Estado onde se encontra o seu estabelecimento. Embora reconheça que essa definição, tal

como está posta, tem gerado dúvidas quanto ao sujeito ativo da obrigação tributária, na medida em que determina que o local da operação é a do estabelecimento onde ocorra a entrada física do produto importado.

E daí conclui: *“Todavia, a melhor e mais correta interpretação dessa norma, sempre tendo em vista o texto constitucional contido no artigo 155, § 2º, IX, “a” é aquela em que o ICMS Importação é devido ao Estado no qual esteja estabelecida a pessoa jurídica que realizou a operação relativa à circulação de mercadoria importada do exterior e que, portanto, é seu destinatário.”*

Concluindo, requer o conhecimento e o provimento deste recurso voluntário para julgar improcedente o Auto de Infração de nº 216967.0213/14-9, ante a inexistência de causas legais e legítimas que lhe dê embasamento, como foi amplamente demonstrado nos itens precedentes.

VOTO

Trata o presente de Recurso Voluntário, tempestivo, interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal deste CONSEF, e com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do imposto exigido no presente Auto de Infração.

Verifico que a Decisão de piso julgou Procedente o Auto de Infração em epigrafe, em decorrência da falta de recolhimento do ICMS, no momento do desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas, destinadas fisicamente ao Estado da Bahia.

O Recorrente, em sua peça recursal, cinge-se a reiterar que a exigência fiscal não se sustenta, tendo em vista que o importador não está estabelecido neste Estado e o produto importado adentrou no Estado de São Paulo, domicílio da recorrente importador, e onde ocorreu o desembaraço aduaneiro, com o respectivo recolhimento do ICMS devido.

A questão posta diz respeito à definição de qual seria o destino físico do bem importado e, portanto, cabe uma análise da cadeia da transação.

Depreende-se do relatado, que a Secretaria de Segurança Pública do Estado da Bahia deve ter feito uma licitação para adquirir um determinado equipamento e a empresa vencedora era e é estabelecida no Estado de São Paulo. Como se tratava de um item produzido no exterior, o fornecedor habilitado providencia a sua importação e, ao recebê-lo, feito o devido desembaraço aduaneiro, para o qual recolheu os impostos respectivos, inclusive o ICMS, que coube ao domicílio do adquirente. Daí, no mister de sua atividade comercial, fatura o equipamento para o seu cliente comprador neste Estado.

Em vista do exposto, entendo incontestado que o Contribuinte agiu corretamente, na sua condição de comerciante importador, considerando que o destino jurídico do produto importado era seu domicílio comercial.

Assim, vejo que cabe razão ao Recorrente, considerando que no presente caso, devo adotar o entendimento do Acórdão que ele trouxe à colação, que trata de questão idêntica ao evento em comento.

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS. ICMS. IMPORTAÇÃO. SUJEITO ATIVO. ALINEA ‘A’ DO INCISO IX DO § 2º DO ART. 155 DA MAGNA CARTA. ESTABELECIMENTO JURÍDICO DO IMPORTADOR. O sujeito ativo da relação jurídico-tributária do ICMS é o Estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário jurídico da mercadoria (alínea ‘a’ do inciso IX do § 2º do art. 155 da Carta de Outubro); pouco importando se o desembaraço aduaneiro ocorreu por meio de ente federativo diverso.” (RE 299.079-5/RJ; Rel. Min. Carlos Britto; v.u.; j. 30/6/2004; DJ 16/6/2006).”

Em assim sendo, em face das circunstâncias relatadas e o precedente jurídico destacado, voto no sentido de DAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, por julgar o Auto de Infração em lide IMPROCEDENTE.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **216967.0213/14-9**, lavrado contra **TELTRONIC BRASIL LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de abril de 2018.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS