

A. I. Nº - 152569.1018/16-5
AUTUADO - ZTT DO BRASIL LTDA
AUTUANTE - MARIA JOSE VIEIRA
ORIGEM - IFMT SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 26.06.2018

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0092-04/18

EMENTA: ICMS. IMPORTAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Conforme jurisprudência deste Colegiado, nas operações de importação de mercadorias, cabe o recolhimento do imposto sobre elas incidente à unidade federada onde estiver situado o estabelecimento em que ocorrer a entrada física das 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. No caso concreto, não ficou comprovada nos autos a entrada física das mercadorias importadas em estabelecimento baiano. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 27/02/2016, reclama o valor de R\$52.110,95 acrescido da multa de 60%, em razão do cometimento de infração à legislação do ICMS, decorrente da 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.

Consta ainda na descrição dos fatos a seguinte informação: "*Refere-se a falta de recolhimento do ICMS sobre importação, relativo a mercadorias procedentes do exterior, destinadas fisicamente a este Estado, caso do importador ser estabelecido em outra Unidade da Federação (Alagoas) e o desembaraço aduaneiro ocorrer ou não em Estado diverso do seu domicílio, mercadorias importadas, conforme DI 16/0182332-2 e DANFE nº 889 de 11/02/2016 provenientes da China, descarregadas no Porto de Vitória/ES pelo TVV com destino físico a Itamaraju-BA (Canteiro de Obras da LT BR 101 KM 808) pertencente a CHESF (Cia Hidro Eletrica do São Francisco).*"

O sujeito passivo, através de advogado legalmente habilitado, fls.70 a 80, inicialmente esclarece que a autuada é sediada no Polo Multifábrica José Aprígio Vilela, município de Marechal Deodoro, no Estado de Alagoas, não possuindo qualquer estabelecimento no Estado da Bahia. Atua no mercado atacadista de material elétrico e na fabricação de cabos e fibras ópticas, contemplando a concepção do design, a engenharia, a fabricação e a cadeia de fornecimento ao mercado, sempre zelando pelo cumprimento dos seus deveres.

Informa que a fim de cumprir com o seu objeto social, necessita importar mercadorias e, em algumas situações específicas, por força dos contratos firmados com seus clientes, a entrega é realizada diretamente no local da obra. Em outras situações a mercadoria importada segue diretamente para a sua sede no Estado de Alagoas, como ocorreu no presente caso.

Diz que no trajeto do porto para o Estado onde está localizada a sede da autuada, esta foi surpreendida com a apreensão das mercadorias pelo fisco baiano o que a levou a impetrar o Mandado de Segurança nº 0512092-76.2016.8.05.0001, protocolado em 29/02/2016 com obtenção de liminar em 01/03/2016, quando foram finalmente liberadas as mercadorias e acabou por gerar o presente auto de infração.

Diz ser tempestividade a apresentação da defesa, pois foi intimada da lavratura do presente Auto de Infração em 16/01/2017, tendo o prazo de 60 (sessenta) dias para apresentar defesa administrativa, com base no art.123 do RPAF/99, motivo pelo qual o referido prazo esgota-se em 17/03/2017.

Após, assevera que o Auto de Infração foi lavrado sob a equivocada suposição de que haveria cometido irregularidades na importação de mercadorias procedentes da China, ao destiná-las fisicamente à cidade de Itamaraju, canteiro de obras da CHESF, com desembaraço aduaneiro no Porto de Vila Velha.

Informa que o objeto da presente autuação, são mercadorias que foram importadas pela Autuada através do Porto de Vitória no Espírito Santo, conforme Declaração de Importação – DI 16/0182332-2 (doc. 03), com entrega prevista na sede da empresa em Maceió, no Estado de Alagoas, o que se comprova ao analisar a nota fiscal de entrada nº 889, por ela emitida, onde está destacado no campo “dados adicionais” a DI citada, em confronto com as notas fiscais de simples remessa nºs 941, 944, 945, 947 e 950 (doc. 04), todas com referência à nota principal, para acobertar o trajeto das mercadorias até o Estado de Alagoas.

Assevera que no início de 2016 sofreu reiteradas arbitrariedades praticadas pela fiscalização de mercadorias em trânsito da SEFAZ/BA, o que lhe causou sérios prejuízos financeiros, com apreensões totalmente abusivas e ilegais dos caminhões que transitaram pelo território baiano transportando suas mercadorias, razão pela qual viu-se obrigada a distribuir dois Mandados de Segurança nºs 0509500-59.2016.8.05.0001 e 0512092-76.2016.8.05.0001 (doc.05), por ter sofrido apreensões de mercadorias pelo Posto Fiscal Eduardo Freire, sendo que os respectivos Autos de Infração somente foram lavrados após a liberação das mercadorias apreendidas, via ordem judicial.

Informa que o *primeiro Auto de Infração lavrado, AI nº 210412.1021/16-5, a empresa tomou ciência ainda em 2016, tendo apresentado defesa administrativa junto a esse CONSEF, onde obteve decisão favorável em primeira instância proferida pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal através do Acórdão JJF Nº 0191-05/16 que decidiu pela nulidade do auto de infração, conforme Ementa cujo teor transcreveu.*

Explica que na oportunidade da lavratura do AI nº 210412.1021/16-5, a Autuada havia realizado importação através do Porto de Vitória no Espírito Santo, o que se comprovou com a juntada da DI 16/0066127-2 e, naquele caso, como a entrega deveria ocorrer no canteiro de obra da CHESF, por conta de previsão do Contrato de Fornecimento – CTNI 90.2015.0780.00 firmado com esta, foram emitidas todas as notas fiscais necessárias a acobertar o trânsito das mercadorias.

Na presente situação a arbitrariedade é ainda mais flagrante, uma vez que as mercadorias constantes na Declaração de Importação – DI nº16/0182332-2, seriam entregues diretamente na sede da empresa em Alagoas, utilizando o Estado da Bahia apenas como trânsito. Tais fatos podem ser facilmente comprovados através dos documentos anexados, sendo certo que no presente ocorreu uma mera presunção do fiscal autuante, de que as mercadorias seriam entregues no canteiro de obra da CHESF, pelo simples fato de que uma semana antes havia ocorrido uma remessa envolvendo estas partes.

Enfatiza não ser possível a cobrança de imposto com base em presunção, e no presente caso, mais grave ainda, esta presunção não tem base alguma e pode ser facilmente afastada através dos documentos que ora acosta aos autos.

Diz que em momento algum pretendeu afastar a cobrança do ICMS importação, tanto que o recolheu no momento do desembaraço, até mesmo porque não é contribuinte do Estado da Bahia, sendo o ICMS importação devido ao Estado de Alagoas.

Enfatiza que a mercadoria constante da DI citada nesta autuação não era destinada à Bahia e seguiu seu trânsito até o destino final, Alagoas, onde fica a sede da empresa.

Diz que a remessa destas mercadorias nada tem a ver com a remessa anterior destinada à Bahia, que originou o AI nº 210412.1021/16-5, cuja decisão de primeira instância foi favorável à empresa, tanto é assim que se faz a juntada de documentos que comprovam o ingresso das mercadorias constantes da nota fiscal nº 889 na sua sede em Alagoas, comprovando assim, que a descrição dos fatos constantes no auto de infração não traduz a realidade.

Informa estar anexando ao PAF os seguintes documentos que comprovam a sua assertiva:

- Nota Fiscal 889 com o carimbo do Posto Fiscal de Alagoas, atestando a entrada das mercadorias naquele Estado.
- Conhecimentos de Transporte de números: CT – 01; CT – 02; CT – 03; CT – 04; CT – 05; CT – 05, todos com o carimbo do Posto Fiscal de Alagoas, atestando a entrada das mercadorias no Estado de Alagoas. (doc. 6)

Conclui que o ingresso em Alagoas deu-se em 05/03/2016, de acordo com o carimbo constante nos CT's, estando assim demonstrada a veracidade dos argumentos defensivos, bem como a total improcedência desta autuação, pois de acordo com o art.155 § 2º inciso IX, alínea "a" da Constituição Federal/1988, o ICMS incidirá também sobre a importação, sendo devido *"ao Estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário da mercadoria, bem ou serviço"*.

Ao tratar do mesmo tema, a Lei Complementar no 87/96 em seu art. 11, inciso I, alínea "d," determina que a competência tributária referente ao ICMS incidente sobre a importação, é definida em função da entrada no estabelecimento importador, ou seja, o imposto é devido ao Estado onde está localizado o estabelecimento importador, ou seja, o estabelecimento do autuado, no Estado de Alagoas.

Com a simples leitura dos dispositivos legais, sem levar em conta uma interpretação sistemática, poderia se inferir equivocadamente que o imposto poderia ser devido à Bahia, uma vez que a mercadoria, após o seu desembaraço aduaneiro seguiu para este Estado, ressalte-se que meramente como trânsito até o seu destino final.

Ocorre que o fato gerador do ICMS na operação de importação ocorre no desembaraço aduaneiro da mercadoria, momento em que o imposto foi devidamente pago. Mesmo que se admitisse que as mercadorias ficassem na Bahia, tal interpretação é simplista e o ponto determinante na identificação para qual Estado caberá o ICMS incidente na operação, é discernir quem seria o destinatário da mercadoria importada, identificando o domicílio deste e, por conseguinte, o Estado que possui competência para exigir o imposto.

Diz que o dispositivo do RICMS/Ba apontado no enquadramento da suposta infração, dispõe que o ICMS importação é devido à Bahia quando o produto tenha como destino físico esse Estado, portanto, não assiste razão aos autuantes, posto que a operação, de importação destinou fisicamente o produto ao estabelecimento da ZTT em Alagoas, como comprovam os documentos juntados nesta oportunidade.

Reafirma que a presente situação, trata-se de uma operação de importação feita pela ZTT do Brasil através do porto de Vila Velha, destinando a mercadoria adquirida ao seu estabelecimento em Alagoas, estabelecimento importador, sendo o ICMS decorrente da importação devido ao Estado de Alagoas, sem qualquer margem de dúvida.

Destaca que a autuada não é empresa importadora, portanto não importa em nome de terceiro, apenas em nome próprio e para cumprir com os compromissos firmados com os seus clientes, dentro dos limites do seu objeto social que é a atuação no mercado atacadista de material elétrico e na fabricação de cabos e fibras ópticas, contemplando a concepção do design, a engenharia e a fabricação. Sendo assim, em algumas situações, a depender da localização geográfica do seu cliente, é possível realizar alguma importação, cujo produto já esteja comprometido com uma venda realizada no mercado nacional, e por questões de logística, envia o produto por ela importado diretamente para o seu cliente, como ocorreu na situação que culminou com a lavratura do AI nº 210412.1021/16-5.

Entretanto, em outros momentos a autuada pode realizar uma importação cuja previsão de entrega seja o seu estabelecimento em Alagoas, como ocorreu na hipótese deste auto de infração, cuja natureza da operação é compra para comercialização, sendo certo que o carimbo do Posto Fiscal de trânsito do Estado de Alagoas, por onde circulou as mercadorias, comprovam o quanto alegado.

A fim de dirimir qualquer dúvida existente acerca da controvérsia sobre a competência tributária estadual para cobrar o ICMS incidente na importação, o STF já firmou entendimento sobre a matéria, através de vários julgados, podendo retirar uma orientação para determinação do sujeito ativo da operação, conforme o seguinte resumo:

1. É irrelevante o local do seu desembarço para a identificação da competência tributária;
2. A identificação do destinatário jurídico pressupõe a análise das operações posteriores à importação e não se esgota no exame formal da estrutura/modelo da importação ou do negócio adotado;
3. A análise não se limita a verificação do estabelecimento em que houve a entrada física do bem;
4. O destinatário jurídico não coincide necessariamente com o destinatário físico do bem importado;
5. A identificação do destinatário jurídico, que pode ser ou não o destinatário físico.

Conclui que mesmo que a operação tivesse ocorrido como descreveu o autuante e as mercadorias tivessem sido entregues na Bahia, para o STF, o destinatário jurídico e econômico (cujo local do estabelecimento é utilizado como critério para se identificar o sujeito ativo), é o próprio importador, aquele que arca com todos os custos da importação, no presente caso, a empresa autuada. Cita e transcreve decisões do STF, onde externa o entendimento de que o ICMS incidente na importação é devido ao Estado onde estiver localizado o destinatário jurídico do bem, isto é, o estabelecimento importador, não importando se as mercadorias entraram ou não fisicamente no estabelecimento.

Diante de todo o exposto, e principalmente das provas apresentadas, bem como da análise da jurisprudência consolidada pelo Supremo Tribunal Federal, resta comprovada a regularidade das operações praticadas pela autuada e a improcedência total do Auto de Infração, uma vez que as mercadorias seguiram o trânsito correto, como indicado na documentação que a acompanhava, sendo entregue na sede da empresa em Alagoas.

Por fim, requer que sejam deferidos todos os meios de provas admitidas em direito, pedindo a juntada posterior de documentos que se fizerem necessários, sob pena de cerceamento ao direito de defesa, nos termos do art. 5º da Constituição Federal.

Pede a Improcedência do Auto de Infração.

O preposto fiscal designado a prestar a informação fiscal à fl.125, solicita a nulidade do Auto de Infração informando que o mesmo foi lavrado para exigir o ICMS sobre importação de mercadoria

destinada fisicamente para o Estado da Bahia, entretanto, operação semelhante já fora motivo de lavratura de auto de infração idêntico, tendo decidido a 5ª junta, a unanimidade pela NULIDADE do lançamento. Decisão mantida pela Câmara de Julgamento Fiscal, conforme Ementas que transcreveu.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir a falta de recolhimento do ICMS sobre importação, relativo a mercadorias e/ou bens procedentes do exterior, destinados fisicamente ao Estado da Bahia, cujo importador está estabelecido em outra Unidade da Federação e o desembaraço aduaneiro ocorreu ou não em Estado diverso de seu domicílio.

Na defesa apresentada, o autuado assevera que as mercadorias, objeto da autuação foram por ela importadas e desembarçadas no Porto de Vitória do Espírito Santo, com entrega prevista na sua sede localizada no Estado de Alagoas. Portanto, no momento da autuação as mercadorias se encontravam em trânsito neste Estado, conforme comprova a nota fiscal 889, onde está destacado no campo "dados adicionais" a DI n160182332-2 e as notas fiscais de simples remessas nºs: 941, 944, 945, 947 e 950.

Da análise da Declaração de Importação, bem como o Comprovante de Importação, acostados aos autos às fls. 21 a 25, constata-se que o estabelecimento autuado - ZTT do Brasil Ltda, localizado no estado de Alagoas, é o efetivo importador das mercadorias desembarçadas no Porto de Vitória.

O entendimento deste Colegiado é de que nas operações de importação de mercadorias, cabe o recolhimento do imposto sobre elas incidente à unidade federada onde estiver situado o estabelecimento em que ocorrer a entrada física das 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. Contudo, no caso concreto, não ficou comprovado nos autos, em momento algum, tal situação, pelos motivos que passo a expor:

As mercadorias importadas, objeto da autuação, se encontravam acompanhadas da Nota Fiscal nº 889, cópias às fls. 27 e 109, datada de 11/02/2016, e do Conhecimentos de Transporte de nº 4117, fl. 18, emitido pela Transportadora LT Cargo Transportes e Armazéns Gerais Ltda. CNPJ nº 07.295.604/0007-47, e destinada à empresa autuada, estabelecida no Estado de Alagoas, as quais fora efetivamente entregues, conforme comprovam os carimbos do Posto Fiscal daquele Estado aposto no documento fiscal.

Na apresentação da defesa, foram trazidas as notas fiscais eletrônicas nºs: 941, 944, 945, 947 e 950, cópias às fls. 110 a 115, emitidas e destinadas à autuada, estabelecida no Estado de Alagoas, na data de 23/02/2016, com natureza da operação: "Outra Entrada de Mercadoria ou Prestação de Serviço", constando no Campo "Dados Adicionais Complementares", dos referidos documentos, que se tratava de: "Remessa referente a Nota nº 889".

A Constituição Federal determinou que o **sujeito ativo** da relação tributária, isto é, o Estado competente para exigir o imposto estadual na importação, é aquele "*onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário da mercadoria, bem ou serviço*".

Como a Carta de 1988 não definiu o significado da expressão "destinatário da mercadoria", a Lei Complementar nº 87/96, em seu artigo 11, inciso I, alínea "d", fixou o critério do "destinatário físico" ao determinar que o ICMS deverá ser pago ao Estado de localização do estabelecimento onde ocorrer a "*entrada física*" da mercadoria importada do exterior.

Ante o exposto, apesar do preposto fiscal designado a prestar a Informação fiscal opinar pela nulidade do presente lançamento, entendo que no caso sob análise trata-se de improcedência, em razão de inexistir qualquer prova da entrada física das mercadorias importadas no

estabelecimento baiano, pois apenas foi anexada uma declaração do motorista condutor do veículo transportador das mercadorias, a qual é insuficiente para tal fim. Diante de tudo exposto voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **152569.1018/16-5**, lavrado contra **ZTT DO BRASIL LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de junho de 2018

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR