

A. I. N° - 178891.0049/21-5
AUTUADO - INTERNACIONAL COMÉRCIO E EXPORTAÇÃO DE SUCATAS METÁLICAS LTDA
AUTUANTE - NELSON LIMA GARCEZ MONTENEGRO
ORIGEM - POSTO FISCAL HONORATO VIANA
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 09.11.2021

6^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0399-06/21-VD

EMENTA: ICMS. OPERAÇÃO TRIBUTADA COMO NÃO TRIBUTADA. Situação fática não coaduna com a matéria de industrialização sob encomenda, entendida pelo Autuante, e sim, operação de venda no exterior amparada na não incidência por força constitucional do art. 155, inciso X, alínea “a”, ao que tudo indica, com suporte da documentação trazida aos autos pela Autuante em sua defesa, ter ocorrido a operação de exportação indireta. Infração insubstancial. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, Trânsito de Mercadorias, lavrado em 28/05/2021, exige da Autuada ICMS no valor histórico de R\$42.177,60, mais multa de 60%, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 – 52.01.01 – Operação de mercadorias tributadas, caracterizadas como não tributada.

Enquadramento Legal: Arts. 1º, 2º e 38 da Lei de n° 7.014/96. Multa prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96.

Na peça acusatória o Autuante descreve os fatos que se trata de:

“Falta de recolhimento do ICMS na saída destinada ao Estado de São Paulo. DANFE de n° 403, DACTE de n° 5769, MDF-e de n° 1234. Transporte de sucata de aço inox com CFOP 6502 (Remessa de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros, com fim específico de exportação). O Contribuinte emissor da NF-e não possui termo de acordo ativo para deferimento. Apesar de ser mercadoria destinada a posterior exportação, o §1º do Art. 280 do RICMS-BA exclui a suspensão da incidência do ICMS sobre sucatas, mesmo quando destinadas a posterior exportação Referente ao Termo de Apreensão de n° 2174491047/21-6”

Anexo aos autos encontra-se, dentre outros documentos, cópias: do Termo de Apreensão de n° 2174491047/21-6 e Termo de Depósito (fls. 05 e 06); do DANFE de n° 403 (fl. 07), emitido na data 25/05/2021, contendo a mercadoria SUCATA DE AÇO INOX, Natureza da Operação “REMESSA COM FIM ESPERÍFICO DE EXPORTAÇÃO” (fl. 07); do Documento Auxiliar de Manifesto Eletrônico de Documentos Fiscais – DAMDFE (fl. 08); do Documento Auxiliar do Conhecimento de Transporte Eletrônico – DACTE de n° 5769 (fl. 09); do documento do motorista e do veículo (fls. 09 e 10); da Intimação da Lavratura efetuada através do Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e (fl. 34).

A Autuada se insurge contra o lançamento, através de advogado, manifestando impugnação, onde a peça de defesa consta apensada aos autos (fls. 36 a 45), e documentação comprobatória às folhas 46 a 65, protocolizada na IFMT METRO na data de 16/08/2021 (fl. 13).

Em seu arrazoado, a Autuada inicia a Impugnação fazendo um breve relatado dos fatos onde apontou que no contexto fático abordado no Auto de Infração impugnado se refere à realização de operação de exportação indireta de mercadorias, promovida pela Autuada, através da CRONIMET BRASIL LTDA, uma Trading Company ou Empresa Comercial Exportadora situada no Estado de São Paulo.

Esclareceu que conforme definição apresentada pela Receita Federal do Brasil (RFB) em seu portal eletrônico, a exportação pode se dar de duas formas, quais sejam: A direta - realizada pelo próprio exportador da mercadoria, cabendo a ele o recebimento de todos os benefícios previstos nas legislações de origem federal e estadual; A indireta - intermediada por uma terceira empresa, normalmente uma Trading Company ou Empresa Comercial Exportadora.

Assinalou que sobre a exportação indireta, a supracitada autarquia federal ainda explica que neste tipo de operação, uma empresa brasileira (empresa A) vende produtos a outra empresa brasileira (empresa B), **com fim específico de exportação** e esta última tem o compromisso de exportar as mercadorias no prazo previsto na legislação. Neste caso, a empresa "B promove a exportação, pois é ela que emite a nota fiscal de exportação, com o CFOP 7501, mas a maioria dos benefícios tributários ainda é da empresa "A". Pela mesma razão, é o estado onde se localiza a empresa A que é considerado o estado exportador e igualmente tem direito aos benefícios relacionados à exportação indireta (*grifo nosso*).

Consignou que o referido documento foi lavrado pela autoridade fiscal sob o fundamento da ausência de recolhimento de ICMS alegadamente incidente sobre saída de mercadorias com finalidade específica de exportação, isto é, a remessa destacada no auto de infração se trata, em verdade, de mera etapa intermediária da operação exportadora.

Assinalou, ainda, que a etapa final de exportação também foi, de fato, concluída pela CRONIMET BRASIL LTDA em face da maioria da mercadoria por ela recebida pela empresa Autuada, o que reforça o caráter exportador finalístico da operação. Quanto ao material restante, que não foi efetivamente exportado, este foi devolvido pelo destinatário para a remetente Autuada, não remanescendo, de qualquer modo, qualquer operação que legitime a incidência do tributo. Explica-se.

Complementou que a saída de mercadorias mencionada no auto de infração se refere à Ordem de Compra nº 025.280, na qual houve a contratação da empresa autuada, por intermédio da CRONIMET BRASIL LTDA (Trading Company ou Empresa Comercial Exportadora situada no Estado de São Paulo), para a exportação de 150 (cento e cinquenta) toneladas de sucatas metálicas (**Doc. 05**).

Contou que dentre as remessas destinadas ao cumprimento do contrato, tem-se aquela - justamente, sobre a qual se debruça o referido Auto de Infração - registrada no DANFE (Documento Auxiliar de Nota Fiscal Eletrônica) nº 403 (Doc. 06), com data de salda 25/05/2021, que tratou do envio de 30.300 (trinta mil e trezentos) quilogramas.com destinação específica para exportação, isto é, com o CEOP (Código Fiscal de Operações e de Prestações) nº 6502 - "remessa de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros, com fim específico de exportação".

Assegurou que posteriormente de efetuada a remessa à CRONIMET BRASIL LTDA, esta, **após a análise do material recebido, optou pela exportação de 29.371** (vinte e nove mil trezentos e setenta e um) quilogramas do material, **devolvendo ao remetente 929** (novecentos e vinte e nove) quilogramas, operação de devolução está também documentada na DANFE nº 20.583 (Doc. 07), realizada em 03/06/2021, com a devida indicação do CFOP nº 6503 - "devolução de mercadoria recebida com fim específico de exportação".

Proferiu que quanto aos 29.371 (vinte e nove mil trezentos e setenta e um) quilogramas do material supracitados, **estes foram exportados em três contêineres distintos**, consoante os memorandos de exportação (documentos oficiais expedidos junto aos órgãos de supervisão de operações de exportação do Estado de São Paulo) nº 1.377.598 (Doc. 08), 1.377.600 (Doc. 09) e 1.377.602 (Doc. 10) havendo, nos três, a menção expressa à DANFE de nº. 403 - referentes às saídas ao exterior ocorridas, nos termos das Notas Fiscais de nºs. 20.786 (saída em 23/06/2021), 20.790 (saída em 24/06/2021) e 20.792 (saída em 24/06/2021).

Ponderou que deste modo, observa-se que, dos 30.300 (trinta mil e trezentos) quilogramas remetidos à CRONIMET BRASIL LTDA em 25/05/2021 (DANFE N° 403), 29.371 (vinte e nove mil trezentos e setenta e um) quilogramas do material foram efetivamente exportados (memorandos n° 1377598, 1377600 e 1377602), o primeiro por meio de saída datada de 23/06/2021 e os dois últimos ocorridos através daquelas ocorridas em 24/06/2021, ou seja, ambas as datas respeitam o prazo regulamentar previsto no RICMS/BA (art. 409, 1).

Realçou que neste sentido, sendo uma genuína operação de exportação, não é possível haver a exigência de recolhimento do ICMS sobre a referida saída de mercadorias, consoante hipótese de não incidência pacificamente expressa em normas de natureza constitucional e infraconstitucional, independentemente de a exportação ser realizada de forma direta ou indireta.

Ademais, quanto aos 929 (novecentos e vinte e nove) quilogramas restantes, sob os quais não foi concretizada a expectativa de exportação, estes foram rigorosamente devolvidos à empresa autuada em 03/06/2021, isto é, igualmente dentro do prazo regulamentar previsto no RICMS/BA (art. 409, inciso I e §2), como demonstrar-se-á no tópico de fundamentação do Direito. De mais a mais, a aplicação da hipótese de não incidência supracitada resta indubitavelmente vinculada as circunstâncias fáticas correlatas ao DANFE n° 403, não subsistindo qualquer fundamento que lastreie a exigência de recolhimento de ICMS pontuada no Auto de Infração impugnado, tornando necessária, portanto, a sua integral anulação.

Assinalou no tópico “Do Direito” que há de se reiterar que a transação realizada não foi uma mera venda de mercadorias de Salvador para São Paulo, mas, em verdade, uma etapa intermediária da exportação indiretamente realizada pela autuada, através de uma Trading Company situada naquele último Estado. Vale mencionar que as exportações brasileiras possuem tratamento fiscal diferenciado no que se refere ao ICMS, garantido pela Constituição Federal, com o intuito de garantir o incentivo a tais operações. Não é outra a interpretação extraível a partir do art. 155, § 2º, X, "a", in verbis:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

(...)

X- Não incidirá:

a) sobre operações que destinem mercadorias para o exterior, nem sobre serviços prestados a destinatários no exterior, assegurada a manutenção e o aproveitamento do montante do imposto cobrado nas operações e prestações anteriores (grifo nosso).

Registrhou que o ponto chave à presente defesa é que tanto a exportação realizada pelo exportador (exportação direta) como aquela operacionalizada por intermédio de uma *Trading Company* (exportação indireta) não podem ser objeto de incidência do referido tributo. Nesse sentido, a Lei Kandir (Lei Complementar n° 87/1996), que regulamenta o ICMS, não só determina, em seu art. 3º, inciso II, que o imposto não irá incidir sobre operações que destinem ao exterior mercadorias, mas equipara a tais operações as saídas de mercadorias com finalidade específica de exportação destinada a *trading companies*:

Art. 3º imposto não incide sobre:

(...)

II - Operações e prestações que destinem ao exterior mercadorias, inclusive produtos primários e produtos industrializados semi-laborados, ou serviços:

(...)

Parágrafo único. Equipara-se às operações de que trata o inciso II a saída de mercadoria realizada com o fim específico de exportação para o exterior, destinada a:

I - empresa comercial exportadora, inclusive tradings ou outro estabelecimento da mesma empresa: (grifo nosso).

Proferiu que uma vez que as mercadorias transportadas e destacadas no auto de infração impugnado eram exclusivamente destinadas à exportação (como inclusive destacado em nota fiscal - Doc. 06), resta demonstrado que a cobrança pleiteada pela autoridade fiscal não possui qualquer amparo legal. Sobre tal enfoque, note-se o posicionamento do Ilustre Professor Paulo de Barros Carvalho, ao ponderar sobre imunidade tributária em matéria de exportações:

"Assim, é irrelevante, para fins de imunidade, saber se a operação de exportação é conduzida com ou sem a participação negocial de intermediário, isto é, se é da espécie direta ou indireta. Para que seja imune, basta que, desde a realização da operação interna, já esteja assente a finalidade de levar aquela mercadoria ao exterior, atributo que pode ser provado, dentre outros elementos, pelo objeto social da trading company. Como fiz questão de notar, trata-se de caso típico de imunidade objetiva e, portanto, não são imunes as empresas exportadoras, mas as receitas decorrentes das operações de exportação, motivo pelo qual os valores a elas correspondentes devem ser deduzidos das bases de cálculo de quaisquer contribuições sociais ou intervencionistas." (Grifamos)

Assinalou que no entanto, ainda assim, foi autuada sob a alegação de falta de recolhimento do ICMS na referida operação, diante de aplicação, pela autoridade fiscal do §1º do art. 280 do RICMS-BA, isto é, da suspensão da incidência do tributo "sempre que a ocorrência do fato gerador fique condicionada a evento futuro e incerto", como preleciona o art. 278 do mesmo diploma normativo.

Depreendeu que a ideia do referido dispositivo é que, ao invés de simplesmente aplicar a hipótese de não incidência prevista pela Constituição Federal e regulamentada pela Lei Kandir, haverá uma "suspensão" da incidência do tributo para que se verifique se a causa da não incidência - isto é, a destinação da mercadoria ao exterior de fato irá se concretizar, sob pena de tributação da operação. O argumento do Fisco é que, embora exista uma autorização para tal suspensão na hipótese de saída de mercadorias destinadas ao exterior - vide o art. 280, inciso I do RICMS-BA- o §1º, do mesmo dispositivo excetua a aplicação às operações interestaduais envolvendo sucatas. Observe-se tais excertos:

Art. 280. É suspensa a incidência do ICMS:

I - nas saídas internas, Interestaduais e para o exterior, de mercadorias ou bens destinados a industrialização, bem como nos respectivos retornos, reais ou simbólicos, ressalvada a incidência do imposto quanto ao valor adicionado (Conv. AE 15/74);

(...)

§1º Para a suspensão prevista no inciso I serão observadas as seguintes regras:

I - não se aplicará nas operações interestaduais com sucatas ou com produtos primários de origem animal, vegetal ou mineral, salvo nas hipóteses indicadas seguir em decorrência da celebração de acordo interestadual:

Frisou que diante de tais dispositivos, pode-se ter duas interpretações.

A primeira é que tal regime de suspensão de incidência para posterior verificação, por determinação do decreto, não se aplicaria às exportações de sucatas, devendo não haver a suspensão, mas simplesmente a não incidência do ICMS, como determina a Constituição, a Lei Kandir, a própria Lei Estadual de nº. 7014/96 (que regulamenta o ICMS na Bahia), *in verbis*:

Art. 3º- O imposto não incide sobre.

(...)

II-operações e prestações que destinem ao exterior mercadorias e serviços, observado o seguinte. a) equipara-se às operações de que trata este inciso a saída de mercadoria realizada com o fim específico de exportação para o exterior, destinada à empresa comercial exportadora, inclusive trading, ou outro estabelecimento da mesma empresa;

Ou, uma segunda e absurda interpretação, no sentido de que um dispositivo oriundo de um decreto, poderia contrariar uma hipótese de não incidência lastreada na Constituição Federal, em Lei Complementar e em Lei Estadual.

Evidentemente, embora tenha sido justamente a segunda hipótese aquela escolhida pela d autoridade fiscal, esta não merece prosperar ante as construções feitas pela doutrina e jurisprudências pátrias sobre a matéria. A imunidade, prevista no art. 155, §2º, inciso X da CF/88 e no art. 3º da Lei Estadual abrange as pessoas que contribuem para que se proceda à venda para o exterior da mercadoria. Deste modo, o comerciante, industrial ou produtor que puder demonstrar que a mercadoria que caba de vender se destina a exportação tem o Direito Constitucional de não recolher o ICMS.

Realçou que a interpretação teleológica nos referidos dispositivos visa assegurar a neutralidade tributária, ao insculpir o estruturante "princípio do destino", que elimina a discriminação entre produtos nacionais e estrangeiros e, consequentemente, garante que os primeiros estejam em condição de concorrer no mercado internacional.

Contou que independentemente de as operações de exportação serem realizadas mediante empresas comerciais intermediárias, não resta dúvida que tais operações também restam alcançadas pela imunidade, pois a remessa realizada com vistas à exportação da mercadoria não passa de atividade-meio necessária à concretização da exportação, que é a atividade-fim, devendo receber o mesmo tratamento tributário a ela dispensado, nesse sentido, entende-se que a norma imunizante em apreço tem aptidão de desonrar toda e qualquer operação com a mercadoria a exportar e com seus componentes, já que independe da qualidade do contribuinte (exportador ou não), ao se tratar de imunidade objetiva citando julgamentos dos Tribunais Pátrios sobre o assunto fls. 42 e 43.

Registrhou que não se defende aqui a impossibilidade fiscalização pela autoridade fiscal no que se refere à efetiva exportação ou não da mercadoria comercializada, bem como que, se tal remessa ao exterior não ocorrer, deva ser exigido o tributo, contudo, no presente caso, resta plenamente comprovado que não só a saída da mercadoria momentaneamente destinada à *Trading Company* localizada no Estado de São Paulo possuía finalidade específica de exportação, como também que tal exportação, de fato, ocorreu, nos termos da documentação fiscal ora anexada (Doc. 08, 09 e 10), inclusive, dentro do prazo previsto no art. 409, inciso I do RICMS/BA (seja aquele de 90 dias, para os produtos primários, seja o de 180 dias, para as demais mercadorias).

Ademais, ainda que uma fração da mercadoria inicialmente remetida para fins específicos de exportação não tenha sido efetivamente enviada exterior, esta parcela foi regularmente devolvida à empresa autuada, operação está, devidamente, documentada (Doc. 07) e realizada, também, dentro do prazo regulamentar trazido pelo art. 409, §2º do RICMS/BA.

Proferiu que assim, inexiste qualquer circunstância material que legitime a exigibilidade do ICMS, ficando demonstrado o caráter ilegal e abusivo no ato praticado pelo Estado da Bahia ao proceder à cobrança do tributo na saída do produto comprovadamente destinado à exportação.

Finalizou ante o exposto requereu a nulidade do auto de infração, uma vez verificado o víncio de legalidade relativo a não incidência do ICMS, em consonância com o art. 155, §2º, inciso X, alínea "a" da Constituição Federal, e art. 3º, inciso II, alínea "a" da Lei Kandir e da Lei de nº 7014/96 do Estado da Bahia.

A Autuada às folhas 67 a 80 procede à Juntada de Petição/Documentos, na CORAP METRO/PA SAC L FREITAS, na data de 18/08/2021, onde informa que apresentou, tempestivamente, defesa administrativa apensada a estes autos em 16/08/2021, entretanto em momento posterior obteve acesso a mais dois documentos (esses que por sua vez estavam em posse de terceiro) que servem de significativo reforço à linha argumentativa traçada na referida exposição que em suma tratam-se de dois extratos simplificados das DU-E (Declaração Única de Exportação) de nº.

21BR000976221-1 e 21BR000982136-6 expedidas em 24/06/2021, nas quais restam abarcadas as Notas Fiscais Eletrônicas de nºs. 20786, 20790 e 20792, estas, respectivamente, objetos dos memorandos de exportação de nºs. 1377598, 1377600 e 1377602, já juntados no rol de anexos da defesa anteriormente protocolada.

Consignou que tais documentos corroboram com o suporte fático outrora apresentado, que fundamenta da impossibilidade de exigência do ICMS nos moldes intentados pelo Autuante, uma vez que as mercadorias em questão foram efetivamente exportadas, atraindo a norma da não incidência prevista na CF/88.

O Autuante presta Informação Fiscal à folha 81 onde informa que apreciando a defesa interposta tempestivamente a este PAF, referente ao Auto de Infração de nº. 17888910049/21-5 lavrado em operação de fiscalização regular de trânsito de mercadorias no Posto Fiscal Honorato Vianna, o Auto em tela foi lavrado com base na legislação do RICMS/BA, onde está explicitado, no inciso I do §1º do art. 280:

§ 1º Para a suspensão prevista no inciso I serão observadas as seguintes regras:

I - não se aplicará nas operações interestaduais com sucatas ou com produtos primários de origem animal, vegetal ou mineral, salvo nas hipóteses indicadas a seguir em decorrência da celebração de acordo interestadual:

Complementou que como as alíneas a, b, c e d de fato citadas no texto, não contemplam exceção que justifiquem a não cobrança do tributo, foi-se obrigado a proceder à lavratura do Auto, na forma da Lei Estadual, que baliza, a priori, o comportamento dos prepostos fiscais atuantes na fiscalização de trânsito de mercadorias.

Proferiu que nestes termos, só nos resta afirmar que não podemos deixar de nos ater à norma estadual vigente, frente à legislação federal e/ou constitucional, aos órgãos jurídicos competentes do Estado da Bahia.

Finalizou, que em sendo assim, na nossa instância, sugiro que prospere a cobrança do tributo, desde que não acatada pelos setores jurídicos do Estado da Bahia, notadamente da Secretaria da Fazenda.

Distribuído o Processo Administrativo Fiscal - PAF para esta Junta, fiquei incumbido de apreciá-lo. Entendo como satisfatórios para formação do meu convencimento os elementos presentes nos autos, estando o PAF devidamente instruído. É o relatório.

VOTO

O presente Auto de Infração, em epígrafe, Trânsito de Mercadorias, lavrado em 28/05/2021, exige da Autuada ICMS no valor histórico de R\$42.177,60, mais multa de 60%, acusando o cometimento de uma única infração (52.01.01) de realizar operações com mercadorias tributadas, caracterizadas como não tributada.

O enquadramento legal utilizado baseou-se nos artigos 1º, 2º e 38 da Lei de nº. 7.014/96 e multa prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96.

Inicialmente, constato que o presente lançamento foi efetuado de forma comprehensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade do Auto de Infração.

Em apertada síntese, a Autuada esclareceu que **a operação**, alvo da ação fiscal, tratada na Nota Fiscal Eletrônica de nº 403, emitida com data de saída 25/05/2021, com a mercadoria “SUCATA DE AÇO INOX”, 30.300 (trinta mil e trezentos) quilogramas, CFOP de nº 6502 - "remessa de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros, com fim específico de exportação", **se refere** à operação de

exportação indireta através da Empresa CRONIMET BRASIL LTDA, uma Trading Company ou Empresa Comercial Exportadora situada no Estado de São Paulo, referida à Ordem de Compra de nº. 025.280 na qual houve a contratação da Autuada, sendo que após a análise do material recebido pela empresa exportadora (item 7 - condições gerais da ordem de compra) exportou-se **29.371 quilogramas, devolvendo-se 929 quilograma**, operação está documentada no DANFE de nº 20.583, realizada em 03/06/2021, com a devida indicação do CFOP nº 6503 - "devolução de mercadoria recebida com fim específico de exportação".

Ressaltou que a operação realizada não foi uma mera venda de mercadorias de Salvador para São Paulo, mas, uma etapa intermediária da exportação indiretamente realizada pela Autuada, através de uma Trading Company situada naquele último Estado, sendo assim não se incidirá o ICMS sobre operações que destinem mercadorias para o exterior, respaldado na Carta Magna em seu art. 155, § 2º, X, "a", e na Lei Kandir (Lei Complementar nº 87/1996), em seu art. 3º, inciso II, onde determina em seu art. 3º, inciso II, que o imposto não irá incidir sobre operações que destinem ao exterior mercadorias, e equipara a tais operações as saídas de mercadorias com finalidade específica de exportação destinada a trading companies.

Acosta aos autos documentação que respaldam sua narrativa, entre eles às folhas 62 e 64 o "visto eletrônico emitido pelo Sistema de Registro de Informações de Exportação – Extrato do Comprovante de Registro de Informações emitido pela Supervisão de Comércio Exterior – DEAT – COMEX do Estado de São Paulo, contendo no extrato dentre outras Notas Fiscais da Autuada a Nota Fiscal de nº 403, objeto da operação; o DANFE de nº 20.583 (fl. 63) referente à devolução da mercadoria não exportada e 02 extratos simplificados das DU-E (Declaração Única de Exportação) de nº. 21BR000976221-1 e 21BR000982136-6 expedidas em 24/06/2021, nas quais restam abarcadas as Notas Fiscais Eletrônicas de nºs. 20786, 20790 e 20792, estas, respectivamente, objetos dos memorandos de exportação de nºs. 1377598, 1377600 e 1377602 (fls. 78 e 79).

Contestou a autuação sob a alegação de falta de recolhimento do ICMS na referida operação, diante de aplicação, pela autoridade fiscal do §1º do art. 280 do RICMS-BA, isto é, da suspensão da incidência do tributo "sempre que a ocorrência do fato gerador fique condicionada a evento futuro e incerto", como preleciona o art. 278 do mesmo diploma normativo, que em seu entendimento a ideia do referido dispositivo **ao invés de simplesmente aplicar a hipótese de não incidência prevista pela Constituição Federal e regulamentada pela Lei Kandir**, trouxe uma "suspensão" da incidência do tributo para que se verifique se a causa da não incidência - isto é, a destinação da mercadoria ao exterior de fato irá se concretizar, sob pena de tributação da operação. O argumento do Fisco é que, embora exista uma autorização para tal suspensão na hipótese de saída de mercadorias destinadas ao exterior - vide o art. 280, inciso I do RICMS-BA- o §1º, do mesmo dispositivo excetua a aplicação às operações interestaduais envolvendo sucatas.

Requeru a nulidade do auto de infração, uma vez verificado o vício de legalidade relativo a não incidência do ICMS, em consonância com o art. 155, §2º, inciso X, alínea "a" da Constituição Federal, e art. 3º, inciso II, alínea "a" da Lei Kandir e da Lei de nº 7014/96 do Estado da Bahia.

O Autuante prestou Informação Fiscal atestando que o Auto em tela foi lavrado com base na legislação do RICMS/BA, onde está explicitado, no inciso I do §1º do art. 280, que não se aplicará a suspensão da incidência do ICMS nas operações interestaduais com sucatas.

Verifico que a lide desta autuação tratou-se no entendimento do Autuante, da Autuada ter realizado operações com mercadorias tributadas, caracterizadas como não tributadas segundo sua compreensão estabelecida, propriamente dita, com suporte ao §1º do art. 280 do RICMS/BA/12.

Nesta seara, tem-se que os artigos de nºs. 280 a 282 do RICMS/BA tratam especificamente da matéria relacionada às operações de **remessa para industrialização** (Industrialização sob Encomenda), quando o estabelecimento **mandar industrializar** mercadorias, nas chamadas operações triangulares, ou seja, aquelas operações, que envolvem, ao menos, três estabelecimentos na mesma operação. Sendo que o caput do art. 280 e seu inciso I estabelece que

é suspenso o lançamento do ICMS nas remessas, internas, interestaduais **e para o exterior** de mercadorias **destinadas a industrialização**. Neste caso, não se está deixando de aplicar a lógica da imunidade ou isenção do ICMS garantidas pela Carta Magna nas operações e prestações que destinem ao exterior mercadorias, inclusive produtos primários e produtos industrializados semi-laborados, ou serviços, visto que as mercadorias tratadas no art. 280, em sua lógica, **são remetidas para industrialização e retornam** para o remetente para posterior mercancia, não sendo apreciadas como **destinadas diretamente à operação de venda no exterior**.

Entretanto, entendo que a situação fática não coaduna com a matéria de industrialização sob encomenda, entendida pelo Autuante, e sim, operação de venda no exterior amparada na não incidência por força constitucional do art. 155, inciso X, alínea “a”, ao que tudo indica, com suporte da documentação trazida aos autos pela Autuada em sua defesa, ter ocorrido a operação de exportação indireta, a qual consiste na venda de produtos destinados à exportação, os quais saiam do estabelecimento industrial ou comercial (remetente) para empresas comerciais exportadoras, *trading companies* ou qualquer outra empresa habilitada a operar com o comércio exterior (destinatária).

Nesta situação os estabelecimentos industriais ou comerciais ao venderem seus produtos para empresas comerciais exportadoras com o fim específico de exportação poderão efetuar esta operação com a não incidência do ICMS previsto tanto no artigo 3º, parágrafo único da Lei Complementar de nº 87/96 e na sua réplica na Legislação Estadual nos dizeres da Lei de nº 7014/96 em seu art. 3º inciso II, alínea “a” *in verbis*:

Art. 3º O imposto não incide sobre:

I - livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão, inclusive o serviço de transporte dos mesmos;

II - operações e prestações que destinem ao exterior mercadorias e serviços, observado o seguinte:

a) equipara-se às operações de que trata este inciso a saída de mercadoria realizada com o fim específico de exportação para o exterior, destinada à empresa comercial exportadora, inclusive trading, ou outro estabelecimento da mesma empresa;

Ademais, certifica-se de forma clara a observar-se na Nota Fiscal de Exportação Indireta de nº 403, emitida pela Autuada e objeto da autuação, as exigências das informações estabelecidas tanto pelos artigos de nºs. 407 a 409-B do RICMS/BA/12 que tratam da Exportação Indireta, os quais harmonizam com o Convênio de nº 84/09 que dispõe sobre as operações de saída de mercadoria com fim específico de exportação, entre eles a indicação do CFOP nº 6502 específico para a operação de remessa com fim específico de exportação e as expressões não incidência do ICMS conforme art. 3º, no caso estadual, da Lei de nº 7014/96 disposto nas Informações Complementares do documento fiscal.

Face ao exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE**, o Auto de Infração de nº **178891.0049/21-5**, lavrado contra **INTERNACIONAL COMÉRCIO E EXPORTAÇÃO DE SUCATAS METÁLICAS LTDA.**

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 04 de novembro de 2021

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA - PRESIDENTE/JULGADOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS- JULGADOR

EDUARDO DUTRA FREITAS - RELATOR

