

PROCESSO - A.I. N° 110526.0029/01-0
RECORRENTE - ABX DIAGNOSTICS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2 JJF nº 0004-02/02
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 12.06.02

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0184-11/02

EMENTA: ICMS. IMPORTAÇÃO. DESEMBARAÇO ADUANEIRO EM OUTRO ESTADO. MERCADORIAS DESTINADAS FISICAMENTE A ESTE ESTADO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Embora o fato gerador do ICMS ocorra no ato do desembaraço aduaneiro, a lei considera-o verificado no local da situação do estabelecimento onde ocorra a entrada física da mercadoria ou bem importado do exterior. Restando comprovado que a entrada física ocorreu no Estado da Bahia, é devido o imposto conforme previsto no artigo 573, I, do RICMS/97. Recurso Voluntário **NÃO PROVADO**. Vencido o voto do Relator. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 19/04/2001, pela fiscalização de mercadorias em trânsito, para exigência de ICMS no valor total de R\$3.270,16, mais a multa de 60%, em razão de transporte de mercadoria importada do exterior com destino físico o Estado da Bahia.

Foram dados como infringidos os artigos 572, § 7º, combinado com os artigos 47, inciso XI, 573, 911 e 913, do RICMS/BA aprovado pelo Decreto nº 6.284/97.

Consta no Termo de Apreensão nº 124157/0023/01-2 à fl. 2, que se trata de apreensão de mercadoria importada do exterior pelo autuado (ABX Contador de Célula ABX Pentra 60 OT 110 V série 007P600884), através da DI nº 00/1028535-5 de 26/10/2000, cuja mercadoria saiu do estabelecimento da empresa Eximbiz localizado no Estado do Espírito Santo, através da Nota Fiscal nº 03371 e da sua Nota Fiscal nº 325, com destino físico direto para a firma Pesquisa Análises Clínicas Ltda., na cidade de Camaçari, sem credenciamento e a efetiva comprovação do recolhimento do imposto correspondente para o Estado da Bahia através da DI ou GNRE, com a saída real comprovada de Armazém Gerais do Espírito Santo.

O autuado em seu Recurso às fls. 24 a 37, preliminarmente, impugna o Auto de Infração quanto à forma, argumentando que o mesmo deve conter completa e detalhadamente todos os requisitos legais para compelir o pagamento do imposto e da multa, ou seja, indicação do fato gerador do tributo que ensejasse a classificação legal autorizativa para a aplicabilidade da multa.

Em seguida, diz que a infração descrita no Auto de Infração revela duas situações:

- 1) a incidência do ICMS na importação feita por importador sediado no Estado da São Paulo;
- 2) a remessa por conta e ordem de terceiros feita pela consignatária, diretamente a terceiro, no caso a [IMUNOLIFE], que adquiriu a referida mercadoria.

Fez menção ao Decreto-Lei nº 88/66 e Ato Complementar nº 34/67, que dispõe sobre a celebração de Convênios entre Estados e Territórios relativos a isenções, reduções ou favores fiscais do ICMS, dizendo que não lhe cabe qualquer questionamento a esse respeito, ou pagar por conta dessa guerra fiscal ou seus efeitos.

No mérito, discorda da autuação, alegando que efetuou através da Eximbiz Comércio Internacional S/A, importação das mercadorias, e as vendeu, tendo, destacado e recolhido o imposto ao Estado de São Paulo, entendendo que efetuou corretamente o pagamento do tributo na localidade do destinatário da mercadoria.

Transcreveu o artigo 155, II, § 1º e § 2º, da Constituição Federal, visando mostrar a competência dos Estados para instituir ICMS; o princípio da não-cumulatividade do imposto; e que o imposto na entrada da mercadoria importada do exterior é devido ao local onde estiver situado o estabelecimento destinatário da mercadoria. Aduz que a legislação citada não explicita que se trata de destinação física da mercadoria, mas sim, do estabelecimento destinatário.

Considera incorreta a determinação do fisco baiano na retenção das mercadorias com vista ao recebimento do ICMS para o Estado da Bahia, entendendo que o imposto é devido ao Estado de São Paulo, no qual está sediada a empresa, e por onde entrou a mercadoria no território nacional. Informa que através de cópia anexa ao seu Recurso, que está amparado pelo *mandamus* impetrado, no qual, obteve a correta e r. sentença prolatada em Mandado de Segurança, inclusive com base em Decisão do Supremo Tribunal Federal através da Súmula nº 323, no sentido de que “é inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos”.

Transcreveu a ementa e o acórdão provenientes do julgamento da Apelação Cível nº 7137-0/97, em que foi o Relator o Exmo. Sr. Des. Ayrton Freitas, cuja conclusão, diz que foi a mesma do Colendo Superior Tribunal de Justiça, conforme ementas transcritas dos Recursos Especiais nºs 162.034/RS; 5.934/RS e 30.774/PR.

Prosseguindo, diz que no caso presente, descabe ao Estado da Bahia o recolhimento do ICMS devido na importação, por se configurar como bitributação, pois entende que o sujeito ativo da relação jurídica tributária é o Estado em que está sediada a pessoa jurídica importadora das mercadorias, citando o entendimento de jurista sobre esta questão.

Fez a sua interpretação ao artigo 11, I, “d”, da Lei Complementar nº 87/96, citando o entendimento de representante do Ministério Público Estadual, para sustentar que o imposto devido na importação deve incidir na entrada de mercadoria, e que a competência para cobrar o ICMS é do Estado em que está situado o estabelecimento importador, e não no destino físico da mercadoria.

O defensor argumenta, que se fosse devido o tributo, não caberia a cobrança do imposto ao seu estabelecimento, visto que não possui inscrição no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia, bem assim, por inexistência de legislação que permita tal imposição fiscal.

Invoca o artigo 59, da CF, para mostrar a hierarquia das leis, e pela legislação citada, que a única dúvida era se o Estado que deveria receber o tributo era o da sede do importador, ou àquele no qual, havia sido dada entrada da mercadoria no território nacional, sendo decidido que o imposto cabe ao Estado da sede do importador, entendimento esse, que também é defendido pela ilustre Promotora de Justiça do Estado da Bahia, em seu Parecer exarado em Mandado de Segurança, que requereu a juntada à sua impugnação.

Após transcrever os artigos 573, I e II, do RICMS/97, fez a sua interpretação, concluindo que mesmo que fosse devido o tributo, jamais poderia ter sido considerado como o sujeito passivo da

obrigação tributária, vez que, não pode ser considerado contribuinte ou fiscalizado pelo fisco baiano, em virtude de não possuir inscrição estadual no Estado da Bahia, e por ausência de legislação que permita tal imposição.

Por fim, requer a improcedência do Auto de Infração.

O autuante presta informação às fls. 58 a 60, onde, após transcrever os artigo dados como infringidos, esclarece que o autuado importou do exterior as mercadorias através da DI nº 00/1028535-5, e remeteu a título de venda para a firma Pesquisa Análises Clínicas Ltda., localizada neste Estado, através da Nota Fiscal nº 325 sem o recolhimento do ICMS e a respectiva GNRE, devido ao Estado beneficiário (Bahia). Diz que conforme consta no CTRC nº 32712, emitido pela Empresa Transportadora Atlas Ltda., a mercadoria teve origem no Estado do Espírito Santo e destino direto para a cidade Camaçari na Bahia. Ao final, conclui que o imposto na referida operação deve ser recolhido em favor do Estado da Bahia, local onde efetivamente ocorreu o ingresso físico da mercadoria, e não o Estado do Espírito Santo como pretende o autuado.

VOTO DO RELATOR DA 2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL NA DECISÃO RECORRIDA

“A infração de que cuida o presente Processo, foi constatada pela fiscalização de mercadorias em trânsito, e concerne a exigência de imposto em razão de transporte de mercadoria importada do exterior com destino físico o Estado da Bahia.

Na descrição do fato à fl. 2 dos autos, a irregularidade apontada concerne a mercadoria importada e destinada fisicamente para unidade da Federação diversa do importador ABX Diagnostics Ltda., conforme sua Nota Fiscal nº 325, sem o devido recolhimento do ICMS, e Nota Fiscal nº 03371 emitida pela empresa Eximbiz Comércio Internacional S/A, estabelecida no Estado Espírito Santo, constante da DI nº 00/1028535-5 de 26/10/00.

O autuado em seu Recurso defensivo argüi a nulidade do Auto de Infração, quanto a forma, sob alegação de falta de indicação do fato gerador que ensejasse a imposição da multa, e que não está qualificado como sujeito passivo da obrigação tributária. No mérito, após interpretar diversos dispositivos constitucionais, discorda da autuação, alegando que efetuou através da Eximbiz Comércio Internacional S/A, importação das mercadorias, e as vendeu, tendo, destacado e recolhido o imposto ao Estado de São Paulo, entendendo que efetuou corretamente o pagamento do tributo na localidade do destinatário da mercadoria. Além disso, argumenta que o imposto devido na importação deve incidir na entrada de mercadoria, e que a competência para cobrar o ICMS é do Estado em que está situado o estabelecimento importador, e não no destino físico da mercadoria. Além disso, argumentou, ainda, com fulcro no artigo 573, I e II, do RICMS/97, que mesmo que fosse devido o tributo, jamais poderia ter sido considerado como o sujeito passivo da obrigação tributária, vez que, não pode ser considerado contribuinte ou fiscalizado pelo fisco baiano, em virtude de não possuir inscrição estadual no Estado da Bahia, e por ausência de legislação que permita tal imposição.

Por tratar-se de exigência de imposto ao importador de mercadoria importada do exterior com destino físico o Estado da Bahia, pelos argumentos defensivos, nota-se que o mérito da questão se confunde com a preliminar de nulidade suscitada na defesa, razão porque, passarei a analisá-las conjuntamente com base no exame cuidadoso de tudo o que consta nos autos.

Quanto a preliminar, relativa a alegação de ilegitimidade passiva da obrigação tributária, a questão deve ser esclarecida se realmente o contribuinte autuado figura como importador da mercadoria.

Na análise dos documentos que compõem o processo, verifica-se que a mercadoria foi apreendida no Estado da Bahia, e estava sendo transportada pela Empresa de Transportes Atlas Ltda., através do CTRC nº 32712, e se fazia acompanhar da Nota Fiscal nº 0325, emitida pela firma ABX Diagnostics Ltda., localizada no município de São Paulo/SP, e da Nota Fiscal nº 03371, emitida por Eximbiz Comércio Internacional S/A, sediada no Estado do Espírito Santo, constando em ambos os documentos fiscais como destinatária, a empresa Pesquisas Análises Clínicas Ltda., localizada no município de Camaçari/Ba.

Além disso, também instrui a ação fiscal o comprovante de importação e extrato da declaração de importação da mercadoria apreendida, relativos à DI nº 00/102535-5, em cujos dados complementares consta que se trata de operação de importação pelo Sistema FUNDAP (Fundo para o Desenvolvimento das Atividades Portuárias), cujo importador foi o estabelecimento autuado, situado no Estado de São Paulo, e como consignatária a firma Eximbiz Comercio Internacional S/A. Tratando-se de operação FUNDAP, a empresa consignatária (Eximbiz) funciona apenas como importadora, para efeito de desembarço aduaneiro da mercadoria junto à Secretaria da Receita Federal, cabendo ao autuado por ter contratado o câmbio, os direitos e a responsabilidade pela operação de importação. O autuado não nega a sua condição de importador das mercadorias, porém, alega que após a importação pagou o imposto ao Estado de São Paulo, e vendeu as mercadorias para empresa neste Estado.

Considerando que o fulcro da autuação é exigência de imposto sobre operação de importação, o cerne da questão é determinar-se através dos documentos fiscais que instruem os autos, se o destino físico da mercadoria foi o estabelecimento do autuado, no Estado de São Paulo, ou diretamente para este Estado. Sobre esta questão, da análise do CTRC nº 32712 à fl. 17, verifica-se que a mercadoria saiu diretamente do Estado do Espírito Santo para este Estado sem que tenha circulado pelo estabelecimento do autuado, no Estado de São Paulo, o que leva a conclusão que o destino físico da mercadoria após o desembarço aduaneiro foi diretamente para o Estado da Bahia.

Assim sendo, não obstante o fato gerador do ICMS ocorrer no ato de desembarço aduaneiro, a lei considera-o verificado no local da situação do estabelecimento onde ocorra a entrada física da mercadoria ou bem importado do exterior, no caso presente o Estado da Bahia.

Quanto a alegação de erro quanto a forma, entendo que os dispositivos dados como infringidos, inclusive a multa aplicada, estão condizentes com o fato relatado no Auto de Infração, pois, a partir do momento que restou provado que a entrada física das mercadorias ocorreu no Estado da Bahia, a exigência fiscal encontra amparo nos art.572 e 573, do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97. Assim sendo, não assiste razão também ao autuado no que concerne a alegação de falta de qualificação como sujeito passivo da obrigação, pois sendo ele o importador da mercadoria, ainda que não seja contribuinte inscrito neste Estado, é devido o imposto ao estado onde ocorreu a entrada física das mercadorias, sendo de sua responsabilidade o recolhimento do imposto por meio de Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais-GNRE (§ 1º, art.573, do RICMS/97).

Nestas circunstâncias, concluo que o caso em questão enquadra-se perfeitamente no disposto no artigo 573, I, do RICMS/97, o que justifica plenamente a exigência fiscal, visto que o contribuinte autuado efetivamente não recolheu o ICMS na forma prevista no § 1º deste mesmo artigo. Desta forma, rejeito as preliminares de nulidade, e, no mérito, considero subsistente a ação fiscal.

Ante o exposto, o meu voto é pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração”.

RECURSO VOLUNTÁRIO

Devidamente intimado a tomar ciência do resultado do julgamento realizado pela 2^a Junta de Julgamento Fiscal que exarou o Acórdão nº 0004-02/02, pela Procedência do Auto de Infração em epígrafe, a empresa autuada impetrou o presente Recurso Voluntário, utilizando-se dos seguintes argumentos:

“Diz que recorre, *ab initio*, da Decisão *sub questio*, vez que a autuação, bem como a Decisão, embora tomadas dentro dos ditames do RICMS/97, vão de encontro com a Lei Maior, o que fere frontalmente o princípio da Hierarquia da Lei, dentro outros (Transcreve o art. 155, II, § 2º, *caput* com redação dada pela EC nº 3/03).

Como visto, conforme demonstrado pelo dispositivo Constitucional, não se observa o legislador explicitar que se trata da destinação física da mercadoria, e sim, trata-se do estabelecimento destinatário, até porque, como os tributos na importação incidem quando do desembarque da mercadoria, e muitas vezes nesta etapa não se conhece o destino físico das mesmas, os impostos devem ser pagos pelo importador, ou conforme quis nomear o legislador, o destinatário da mercadoria.

O Sr. Secretário da Fazenda do Estado da Bahia reteve as mercadorias com vistas ao recebimento do ICMS, que entende devido àquele Estado da Federação, contrariamente ao entendimento do autuado, que entende ser devido ao Estado de São Paulo, no qual está sediada e por onde a mercadoria entrou no território nacional.

Portanto, correta a r. sentença prolatada, em Mandado de Segurança impetrado pelo autuado (cópia em anexo) na qual explicita que, conforme por vezes decidido pelo Supremo Tribunal Federal, o que resultou na edição da Súmula nº 323, “é inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos.”

Aduz, que a matéria não é desconhecida do Colendo Tribunal de Justiça da Bahia, como se observa da ementa e acórdão provenientes do julgamento da Apelação Cível nº 7137-0/97, em que foi Relator o Exmo. Sr. Des. Ayrton Freitas (Transcreve o Acórdão).

Ainda traz para corroborar suas argüições tese do advogado tributarista Marcelo Viana Salomão, em sua obra “ICMS na importação” (São Paulo: Atlas, 2000, p. 73, transcrevendo-a).

Afirma que a entrada jurídica da mercadoria se deu no estabelecimento do autuado, no Estado de São Paulo. Portanto, é dele a titularidade da condição de sujeito ativo da relação jurídica tributária que envolve o recolhimento do ICMS na importação de mercadorias.

Assim, quando se determina que o autuado recolha aos cofres públicos do Estado da Bahia o ICMS supostamente devido, por ocasião da importação, estar-se-á realizando uma bitributação, vez que tal tributo já fora recolhido aos cofres do Estado de São Paulo, verdadeiro sujeito ativo da relação jurídica tributária, conforme consta dos autos sobejamente demonstrado.

Posiciona-se o autuado na de argumentação que diz ser de mérito, nos termos:

O art. 59 da Constituição Federal, que cuida do Processo Legislativo está compreendido pela elaboração de:

- I – emendas à Constituição;
- II – leis complementares;
- III – leis ordinárias;
- IV - leis delegadas;

- V - medidas provisórias;
- VI - decretos legislativos;
- VII – resoluções;

Este quadro acima demonstra de que as leis possuem uma hierarquia, não cabendo a leis hierarquicamente inferiores, modificar, através de sua própria redação, leis superiores, por ferir o princípio Constitucional da Hierarquia das Leis.

Diz que o RICMS/97 do Estado da Bahia, gera em seu texto, um conflito de competência, sendo preciso unicamente verificar o texto do art. 573, I e realizar uma comparação com o disposto no inciso III e parágrafos 1º e 2º (transcreve).

Retoma a argumentação dizendo que se formos considerar “ao pé da letra”, o que prevê o § 1º, do inciso III, voltaremos a recolher o imposto para o Estado do Espírito Santo, tendo em vista que, como se trata de ICMS na importação, e a “*unidade federada em cujo território tiver ocorrido a entrada física das mercadorias ou bens*”, foi o Estado do Espírito Santo.

Ademais, de acordo com a operação de nacionalização de mercadorias, não há como se fracionar o imposto no ato do desembaraço aduaneiro, até porque, o parágrafo 2º, invalida o disposto no parágrafo 1º, criando inofismavelmente o conflito de competência entre Estados da Federação.

A empresa autuada, ora recorrente, é portanto a importadora da mercadoria que gerou o referido Auto de Infração, sendo portanto a destinatária da mesma. Importou mercadorias através de uma empresa especializada em importações, EXIMBIZ COMÉRCIO INTERNACIONAL S/A, e as vendeu, posteriormente e para ser entregue diretamente a cliente domiciliado neste Estado da Bahia, tendo, conforme devido, destacado e recolhido os tributos devidos de ICMS ao Estado de São Paulo, não coube o recolhimento a outro Estado da Federação que não o de origem.

Esclarece que através do procedimento de “Remessa por conta e ordem de terceiros”, a mercadoria que originou o Auto de Infração, foi enviada devidamente acompanhada das notas fiscais de saída, bem como, com as notas fiscais de remessa por conta e ordem de terceiros, emitida pela empresa EXIMBIZ, logicamente para acompanhar a mercadoria diretamente a empresa compradora da mesma.

Ocorre, no entanto, que chegando ao destino, e apesar de todos os tributos já terem sido recolhidos em favor do Estado de São Paulo, conforme devido, entendeu o fisco baiano que o imposto era devido ao Estado da Bahia, em razão de tratar-se de “mercadoria destinada a contribuinte estabelecido no Estado da Bahia”, tendo então procedido a lavratura do Auto de Infração, novamente contestado neste Recurso.

Traz em anexo, às fls. 116 a 124 dos autos, os documentos abaixo no propósito de fortalecer sua peça recursal.

1. Mandado de Segurança impetrado na 10ª Vara da Fazenda Pública Comarca da Capital – Autos nº 7482304/00;
2. Parecer do Ministério Público;
3. Acórdão 2ª Câmara de Julgamento Fiscal nº 2303/00.

Isto posto, e como se trata de autuação para buscar o pagamento do ICMS na importação, tendo sido demonstrado através dos exemplos do tributarista Marcelo Viana Salomão que através do

critério material, o que se visa tributar é a importação, sendo obviamente a titularidade do tributo do IMPORTADOR, há de ser o tributo recolhido em favor do Estado do mesmo, senão vejamos, vamos imaginar que após a chegada das mercadorias no estado do Espírito Santo, após o ICMS ter sido recolhido para o Estado de São Paulo, as mercadorias ao serem enviadas ao Estado da Bahia são roubadas, ainda assim seria devido o tributo ao destino final, ou ainda, poderia o importador requerer junto ao estado de São Paulo a restituição do tributo por não ter a mercadoria chegado ao seu *destinatário final*?

Assim, por todos os fatos e fundamentos que apresenta, vem o recorrente fulcrada nas normativas legais sob alcance, requerer ao Conselho que se dignem anular DEFINITIVAMENTE o Auto de Infração e torná-lo ineficaz quanto aos seus efeitos, julgando procedente os argumentos e o Recurso como um todo de forma a alcançar os objetivos de que este não produza efeitos nos meios jurídicos e administrativos”.

A PROFAZ forneceu Parecer de fl. 133, no seguinte teor:

“O Recurso voluntário interposto pelo autuado contra a Decisão da 2^a Junta de Julgamento Fiscal traz os mesmos argumentos já analisados e decididos no julgamento de 1^a Instância. A alegação de que houve liminar e também sentença de mérito em Mandado de Segurança, a favor do contribuinte não deve prosperar, pois a Decisão em comento refere-se unicamente à liberação da mercadoria, o que já ocorreu, em momento algum o MM. Juiz adentra ao mérito da ação fiscal, ou seja, a legitimidade da Bahia na cobrança deste imposto, a qual advém da Lei Complementar nº 87/96 e demais Legislação Tributária Estadual.

Por fim, o que fica efetivamente evidenciado é o intuito de retardar o julgamento da lide na esfera administrativa, o que denota o caráter procrastinatório do Recurso em análise. Enfim, em que pese o fato de o Recurso voluntário devolver a matéria, em sua totalidade, à apreciação desse Conselho, as razões oferecidas pelo recorrente são inócuas, inaptas para proporcionar a modificação do julgamento. Por esse motivo, entende a Procuradoria que não deve ser provido o Recurso”.

VOTO VENCIDO

Dado ao exame e análise dos documentos acostados ao presente Processo Administrativo Fiscal, constatei que na Descrição dos Fatos do lançamento de ofício consta que a irregularidade encontrada pelo preposto do fisco baiano foi:

“Mercadoria importada e destinada fisicamente para Unidade da Federação diversa do importador – ABX DIAGNOSTICS LTDA – conforme s/ Nota Fiscal nº 323 sem o recolhimento do ICMS devido, e Nota Fiscal nº 03371 emitida pela empresa EXIMBIZ COMÉRCIO INTERNACIONAL S/A, Constante da DI Nº 00/1028535-5 de 26/10/2000.

INFRAÇÃO – 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 desembarque aduaneiro ocorrer ou não em Estado diverso de seu domicílio.

Tendo o Recurso Voluntário a prerrogativa de devolver a totalidade da matéria da lide à apreciação deste Conselho. Retomo a análise do todo da acusação constante na peça vestibular.

Assim, por primeiro, venho *permissa venia* discordar totalmente do Parecer da Douta PROFAZ, exarado à fl. 133. Entendo, igualmente ao Ministério Publico, que em Parecer de fls. 118 a 121, referente à matéria dos autos, em determinado trecho, expõe:

“Cabe o ICMS ao Estado onde estiver situado o estabelecimento importador, destinatário da mercadoria, e não, como quer agir o Impetrado, no destino fim da mercadoria , posto que, nem sempre pode ser este o destino fim da mercadoria importada, pois a mesma pode ser novamente revendida a outra empresa, que pode não se localizar neste estado federado. Vislumbrando-se a prática de ato ilegal pelo Secretário de Fazenda do Estado da Bahia, ferindo, destarte , direito liquido e certo do Impetrante”.

Finaliza o Ministério Público seu Parecer, concluindo:

“*Ex positis*, pugna pela concessão da segurança pleiteada, impedindo o Impetrado de recolher o ICMS sobre a mercadoria importada pelo Impetrante”.

Do Parecer acima, obtive os ensinamentos que fortaleceram as minhas convicções de que o importador é a ABX, estabelecida em São Paulo e destinatária das mercadorias, que às importou através da consignação da EXIMBIZ COMÉRCIO INTERNACIONAL S/A do Espírito Santo, utilizando-se dos benefícios do sistema FUNDAP. Aduzo que o internamento das mercadorias em solo brasileiro aconteceu em Vitória – Espírito Santo, sendo que todas as outras operações subseqüentes foram acobertadas por notas fiscais internas, tendo a ABX DIAGNOSTICS LTDA emitido Nota Fiscal nº 325 de venda para seu cliente Pesquisa de Análises Clinicas Ltda – CAMAÇARÍ/BA. Esta operação se caracterizou como uma operação de venda no mercado interno de São Paulo para a Bahia, com destaque do ICMS devido àquele Estado Federado.

O imposto somente seria devido à Bahia se o importador tivesse sido a empresa estabelecida em Camaçari. Entretanto, todos os documentos dos autos apontam para a ABX como destinatária da importação das mercadorias.

Diante do exposto, concedo o meu voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão Recorrida, julgando inteiramente IMPROCEDENTE o Auto de Infração em tela.

VOTO VENCEDOR

Pedimos *venia* para divergir do entendimento do ilustre Conselheiro Relator deste PAF consignado através do seu respeitável Voto, cuja fundamentação ali esposada não retrata nossa convicção em relação ao assunto sob enfoque.

À luz dos documentos às fls. 10 e 11, constata-se que o importador das mercadorias foi à empresa ABX Diagnósticos Ltda., localizada no Estado de São Paulo e o consignatário foi a empresa Eximbiz Comércio Internacional S.A., situada no Estado do Espírito Santo, onde ocorreu o desembaraço aduaneiro através de “operação FUNDAP” , enquanto que o destino físico da mercadoria foi o Estado da Bahia.

Assim é que, tal como corretamente interpretou a 2^a Junta de Julgamento Fiscal, do exame da documentação apensa aos autos, entendemos que ficou patente que o recorrente encomendou a operação de importação através de um estabelecimento intermediário localizado no Estado do Espírito Santo o qual, após o desembaraço, encaminhou os bens diretamente para estabelecimento localizado no Estado da Bahia.

A questão central do presente processo é a definição do Sujeito Passivo da obrigação tributária e o ente tributante de direito, se o Estado da Bahia como entendeu o autuante e a 2ª JJF ou o Estado do Espírito Santo como considera o recorrente, uma vez que se apresenta na operação de importação tributável pelo ICMS a figura da pessoa consignatária estabelecida naquele Estado.

Este CONSEF tem manifestado entendimento de que o local da operação, para efeito de pagamento do imposto e definição do estabelecimento responsável é o destinatário da mercadoria, à luz do art. 47, inciso X, do RICMS-BA bem como do disposto no art. 155, § 2º, inc. IX, alínea “a”, da CF/88, art. 27, inciso I, alínea “d”, do Convênio ICMS nº 66/88.

Diante disto, dúvida não resta também à luz do art. 573, inciso I, do RICMS-BA aprovado pelo Decreto nº 6284/97, que o imposto deve ser recolhido pelo efetivo importador em favor da unidade federada em cujo território tiver ocorrido a entrada física da mercadoria ou bem, por meio de documento de arrecadação previsto na legislação ou GNR – Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais. No caso sob exame, restou comprovado que os bens destinaram-se fisicamente ao Estado da Bahia e a responsabilidade tributária do recorrente em relação ao pagamento do ICMS no tocante a operação de importação.

Este é o nosso entendimento justamente pelo fato de considerarmos que o que define *in casu* é o local de destino da mercadoria. Na situação aqui exposta a mercadoria após o desembarque na Alfândega foi enviado diretamente a este Estado, ficando claro que o fato gerador e o destino físico da mercadoria dizem respeito ao Estado da Bahia.

Em conclusão, entendemos que o efetivo importador foi o estabelecimento autuado e que a presença de um consignatário diferente do importador e localizado no Estado do Espírito Santo resulta do interesse do Sujeito Passivo em auferir os benefícios do Fundo para o Desenvolvimento das Atividades Portuárias de Vitória do Espírito Santo – FUNDAP.

Quanto a menção feita pelo ilustre Conselheiro a respeito dos ensinamentos colhidos no Parecer do Ministério Público que lhe serviram para fortalecer suas convicções, não resta a menor dúvida do respeito que a aludido parecer merece, entretanto, em relação ao contexto no qual o mesmo está inserido, valho-me do Parecer da Douta PROFAZ, fl. 133, o qual acolhemos, quando sua ilustre representante assim se expressa : “*O Recurso Voluntário interposto pela autuada contra a decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal traz os mesmos argumentos já analisados e decididos no julgamento de 1ª Instância. A alegação de que houve liminar e também sentença de mérito em Mandado de Segurança, a favor do contribuinte não deve prosperar, pois a Decisão em comento refere-se unicamente à liberação da mercadoria, o que já ocorreu, em momento algum o MM. Juiz adentra ao mérito da ação fiscal, ou seja, a legitimidade da Bahia na cobrança deste imposto, a qual advém da Lei Complementar nº 87/96 e demais legislação tributária estadual.*”

Do exposto, nosso voto é pelo NÃO PROVIMENTO deste Recurso Voluntário e pela manutenção integral da Decisão Recorrida ante a ausência de elementos apresentados pelo recorrente capazes de alterar o julgado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 110526.0029/01-0, lavrado contra **ABX DIAGNOTICS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no

valor de **R\$3.270,16**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de maio de 2002.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

NELSON TEIXEIRA BRANDÃO – RELATOR/VOTO VENCIDO

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – VOTO VENCEDOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ - REPR. DA PROFAZ