

A. I. N° - 207162.0004/02-9
AUTUADO - MPC PRODUTOS PARA HIGIENE LTDA. [MABESA DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.]
AUTUANTE - CARLOS ALBERTO MACHADO DE SOUZA
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO
INTERNET - 07.04.04

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0108/01-04

EMENTA: ICMS. NULIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA. Auto de Infração foi lavrado contra pessoa que não tem legitimidade passiva para figurar na relação jurídica. Se a lei diz que o local da operação é o do estabelecimento onde ocorre determinado fato, realçando ainda mais que tal definição é para efeito de cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é evidente que a cobrança do tributo tem de recair sobre a empresa em cujo estabelecimento ocorra o fato descrito na lei, e não sobre terceiro. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 5/11/02, acusa a falta de pagamento do ICMS sobre importação, tendo o imposto sido recolhido para o Estado de Santa Catarina, unidade federativa do estabelecimento do importador, sendo que o destino físico dos bens é o Estado da Bahia. Imposto lançado: R\$ 15.117,25. Multa: 60%.

O autuado defendeu-se falando inicialmente da forma como foi feita a intimação acerca do procedimento em apreço.

Quanto à autuação, explica que, através da Declaração de Importação n° 02/0801229-4, a MPC Produtos para Higiene Ltda., atual Mabesa do Brasil Indústria e Comércio Ltda., estabelecida em Blumenau, no Estado de Santa Catarina, efetuou a importação de mercadorias procedentes do Japão, pagando o ICMS ao Estado onde está localizada a empresa. Como o fisco baiano considera que o imposto não seria devido aquele Estado, e sim à Bahia, foi emitido o presente Auto de Infração. Aduz que havia sido emitida a Nota Fiscal 045037 (de entrada), datada de 20/9/02, e, após a nacionalização da mercadoria, cumpridos todos os trâmites legais da importação, foi efetuada a sua remessa, através da Nota Fiscal 045039, de 20/9/02, pela Mabesa do Brasil Indústria e Comércio Ltda., para a Mabesa do Brasil S.A., localizada em Simões Filho (BA), destacando o ICMS incidente sobre o valor da operação. Diz não concordar com a autuação, uma vez que, de acordo com os documentos anexos, pertinentes à importação, bem corno a Nota Fiscal 045037 (de entrada), emitida pelo estabelecimento de Blumenau, relativa à importação, seguida da Nota Fiscal de transferência 045039, remetendo a mercadoria de Blumenau para Bahia, restaram bem claras as duas operações realizadas: a importação, efetuada pelo impugnante, situado no Estado de Santa Catarina, e a operação de transferência de mercadorias para empresa localizada no Estado da Bahia.

Feitos esses esclarecimentos, a defesa passa a analisar os aspectos jurídicos acerca definição da pessoa política competente para exigir o tributo neste caso. Cita ensinamentos de Geraldo Ataliba envolvendo os aspectos da hipótese de incidência tributária, destacando a complexidade do

aspecto material, que representa o núcleo central da hipótese normativa, uma vez que é nele que é feita a descrição dos dados de ordem objetiva ou substancial, configuradores do arquétipo em que consiste a hipótese de incidência. A defesa sustenta que, nos termos do art. 155 da Constituição, o aspecto material da hipótese de incidência se caracteriza a partir da circulação da mercadoria ou da prestação do serviço. Destaca que a circulação de mercadorias ou bens tanto pode ser física quanto jurídica. Frisa que, de acordo com a parte final da alínea “a” do IX do § 2º do art. 155, compete o imposto ao Estado onde estiver situado o estabelecimento destinatário da mercadoria ou do serviço. Argumenta que, com esse dispositivo, a Constituição define qual a unidade da Federação à qual cabe o ICMS, toda vez que se verificar o ingresso de mercadoria estrangeira no território nacional. Sendo assim, para se conhecer o sujeito ativo da obrigação tributária, basta que seja identificado qual é o “estabelecimento destinatário” em uma operação de importação e em que Estado o mesmo está localizado. Considera que a referência feita pela Constituição ao “estabelecimento” tem por escopo destacar aquele que realizou o negócio mercantil no exterior, ou seja, aquele que pagou o preço avençado e exigiu entrega da mercadoria, contraíndo direitos e obrigações decorrentes do contrato de compra e venda internacional, e, afinal, aquele que promoveu o desembaraço aduaneiro e pagou os tributos devidos em tal operação. Reforçando os termos constitucionais, a Lei Complementar nº 87/96 prevê, nos artigos 11 e 12, o local da operação e o momento em que se considera ocorrido o fato gerador. Conclui que, de acordo com os dispositivos invocados, o fato gerador do ICMS ocorre com a entrada da mercadoria ou bens importados, que se configura mediante o seu recebimento pelo importador, no momento do desembaraço aduaneiro. Observa que a própria Constituição se incumbiu de definir os elementos materiais de incidência do ICMS, não deixando margem a dúvidas. Acentua que, no caso específico, o aspecto material resta configurado com a importação de mercadorias ou bens de uso, através de seu ingresso no território nacional.

A defesa sustenta que, sendo o imposto devido por ocasião do desembaraço, está definido consequentemente o elemento pessoal da hipótese de incidência, no seu pólo ativo, ou seja, o Estado titular do direito à percepção do ICMS decorrente da importação. Cita, nesse sentido, decisões do STF e do STJ. Volta a comentar a doutrina de Geraldo Ataliba acerca da hipótese de incidência, destacando desta feita o seu aspecto pessoal ou subjetivo.

O autuado apegava-se à tese de que somente tem legitimidade para receber o imposto a unidade federativa onde estiver localizado o importador da mercadoria, ou seja, a pessoa que promoveu o ingresso dos bens estrangeiros no território brasileiro, aquela que efetuou o contato com o fornecedor no exterior, fez o pedido, acertou preços e prazos, inclusive no que concerne ao ônus do frete, seguro e demais despesas, enfim, a pessoa que consta nos documentos de importação, responsabilizando-se pelo desembaraço aduaneiro e emitindo Nota Fiscal de entrada. Assinala que quem praticou todos esses atos e assumiu todas as responsabilidades decorrentes da operação de importação foi a Mabesa do Brasil indústria e Comércio Ltda., localizada em Blumenau, Santa Catarina.

Em socorro do seu ponto de vista, a defesa reporta-se aos termos do art. 121 do CTN. Insiste em que, como no caso em discussão, a importação foi realizada por empresa localizada em Santa Catarina, não se pode admitir que outro Estado venha a exigir o imposto. Apega-se a comentários de João Frazão de Medeiros Lima, para quem o ICMS é de competência do Estado onde estiver situado o estabelecimento destinatário da mercadoria ou do serviço. Aduz que, segundo aquele autor, como o importador é, obrigatoriamente, indicado no documento de importação (Declaração de Importação) como destinatário, a única conclusão a que se pode chegar é a de que só o estabelecimento importador é que pode ser considerado como destinatário da mercadoria importada.

A defesa menciona ato normativo expedido pelo órgão fazendário de Santa Catarina e parecer da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional acerca da matéria em discussão. Cita jurisprudência.

Conclui assegurando que a empresa agiu corretamente ao pagar o imposto ao Estado de Santa Catarina.

Quanto à multa aplicada, protesta que a mesma é totalmente descabida, pois a empresa não deixou de recolher tributos devidos aos cofres públicos, e por conseguinte não cometeu nenhuma infração. Argumenta que, mesmo se tivesse havido alguma infração, a exigência da multa de 60% é inconstitucional, uma vez que a multa que não mantenha qualquer proporcionalidade com eventual falta cometida implica retirada de patrimônio sem causa justificada, afrontando a regra contida no art. 5º, inciso xxii, da Constituição. Assinala que também é vedada no inciso IV do art. 150 da Constituição a utilização de tributo com efeito de confisco, já tendo o STF se manifestado acerca dessa questão.

Dentre outros pedidos, requer o cancelamento do Auto de Infração, ou, caso esta subsista, que seja excluída ou reduzida a multa.

O fiscal autuante prestou informação, explicando, inicialmente, os problemas relacionados à intimação, fato que motivou a preliminar suscitada pela defesa. Quanto ao objeto da autuação, explica que o Autuado é o estabelecimento que efetuou a importação da mercadoria destinada à Bahia. Observa que a Lei Complementar nº 87/96, no art. 11, “d”, define que o local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, tratando-se de mercadoria ou bem importado do exterior, é o do estabelecimento onde ocorrer a entrada física, definição repetida pelo art. 13, I, “d”, da Lei nº 7.014/96. Diz que o RICMS/97, no art. 573, I, e § 1º, preconiza que, nas operações de importação de mercadorias ou bens procedentes do exterior, cabe o recolhimento do imposto sobre elas incidentes à unidade federada onde estiver situado o estabelecimento em que ocorrer a entrada física das mercadorias ou bens, quando destinados a unidade federada diversa da do domicílio do importador, sempre que houver transmissão de sua propriedade ou de título que os represente sem que os mesmos transitem pelo estabelecimento importador, e que o tributo será recolhido pelo importador, em favor da unidade federada em cujo território tiver ocorrido a entrada física das mercadorias ou bens. A seu ver, fica claro que, se a entrada física da mercadoria ocorreu no território baiano, o ICMS é devido ao Estado da Bahia, devendo o autuado, por ser o estabelecimento importador, efetuar o seu recolhimento.

O fiscal comenta que, embora o fato gerador do ICMS ocorra no ato do desembarque aduaneiro (aspecto temporal), a lei considera-o verificado no local da situação do estabelecimento onde ocorra a entrada física da mercadoria ou bem importado do exterior (aspecto espacial), que no caso é o Estado da Bahia.

Opina pela manutenção do procedimento.

VOTO

Pelos elementos constantes nos autos, entendo que o autuado é pessoa ilegítima para figurar no pólo passivo da relação jurídica em questão.

Observe-se que o emitente da Nota Fiscal é a MPC Produtos para Higiene Ltda., atual Mabesa do Brasil Indústria e Comércio Ltda., estabelecida em Blumenau, no Estado de Santa Catarina, e o destinatário dos bens é a Mabesa do Brasil S.A., localizada em Simões Filho (BA).

O artigo 13 da Lei nº 7.014/96, que reproduz literalmente o art. 11 da Lei Complementar nº 87/96, prevê no inciso I, “d”, que o local da operação “para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável” é o estabelecimento onde ocorrer a “entrada física”.

Quando a lei diz que o *local da operação* é o do estabelecimento *onde ocorrer a entrada física* (inciso I, “d”), realçando no “caput” do artigo que isso é *para efeito de cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável*, fica evidente que a cobrança do tributo, neste caso, teria que recair sobre o *destinatário físico* das mercadorias, que é a Mabesa do Brasil S.A., localizada em Simões Filho (BA).

Voto pela NULIDADE da autuação, por ilegitimidade passiva e recomendo que seja instaurado novo procedimento a salvo da incorreção indicada.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 207162.0004/02-9, lavrado contra **MPC PRODUTOS PARA HIGIENE LTDA. [MABESA DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.]** recomendável a renovação do procedimento fiscal, a salvo da incorreção indicada.

Sala das Sessões do CONSEF, 5 de abril de 2004.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS – JULGADORA