

A. I. Nº - 140777.0002/09-7
AUTUADO - TAKRAF DO BRASIL SOLUÇÕES TECNOLÓGICAS LTDA.
AUTUANTE - WILSON FIGUEIREDO DE SOUZA
ORIGEM - IFMT METRO
INTERNET - 15/10/2009

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0315-03/09

EMENTA: ICMS. NULIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA. O lançamento do crédito tributário foi efetuado em nome de pessoa que não tem legitimidade passiva para figurar na relação jurídica em discussão, estabelecida em Minas Gerais. 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, no art. 13, I, “d”, que o local da operação é o do estabelecimento onde ocorrer a entrada física (aspecto espacial da norma tributária), realçando no “caput” do artigo que isso é para efeito de cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável (aspecto subjetivo da norma), fica evidente que a cobrança do tributo neste caso teria que recair sobre o destinatário físico das mercadorias, que é a empresa estabelecida no Estado da Bahia. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 2/2/09, diz respeito à falta de recolhimento de ICMS no valor de R\$ 329.286,12, pelo autuado, estabelecido em Belo Oriente, MG [leia-se: Belo Horizonte, MG], na importação de mercadorias constantes na DI nº 09/0037716-4 e objeto da Nota Fiscal 244, de entrada, e das Notas Fiscais 253, 254 e 255, de saída, sendo que as mercadorias são destinadas fisicamente a este Estado e foram importadas por empresa estabelecida em outra unidade da Federação. Consta que o desembaraço aduaneiro ocorreu no porto de Salvador, tendo a mercadoria sido vendida com destino físico para a empresa Mirabela Mineração do Brasil Ltda., estabelecida na zona rural de Itajibá, Bahia. Consta ainda que a mercadoria não foi apreendida em cumprimento a liminar concedida no MS 2432149-2/2009 pelo Juiz de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador.

O autuado defendeu-se (fls. 105/112) dizendo que, para atender ao estipulado em contrato com a empresa Mirabela Mineração do Brasil Ltda., recorreu ao mercado externo para aquisição de sistemas de transporte de correia a alimentadores de placas para aquela empresa, que tem estabelecimento em Itajibá, na Bahia, tendo a mercadoria sido encaminhada para o porto de Salvador, onde foram recolhidos todos os impostos e ônus decorrentes da importação, ocorrendo em consequência o desembaraço aduaneiro, mas, não obstante o desembaraço ter sido feito de forma regular, a fiscalização baiana reteve as mercadorias sob a alegação de que o ICMS teria sido quitado de forma irregular, pois foi destinado a Minas Gerais e não à Bahia. Aduz que, tendo pugnado por diversas vezes para liberação dos bens, sem obter sucesso, teve de provocar o Judiciário, obtendo liminar para liberação da mercadoria, mas mesmo assim o fisco baiano

autuou a empresa pela ausência de recolhimento do ICMS supostamente devido na operação de importação.

A defesa argumenta que a autuação afronta a legislação e a jurisprudência. Com fulcro no art. 155, § 2º, IX, “a”, da Constituição, sustenta que o fato impositivo à incidência do ICMS na importação é o desembaraço aduaneiro, sendo que, embora a mercadoria tenha sido importada através do porto de Salvador, o STF já firmou entendimento de que o ICMS em tal situação é do Estado onde estiver localizado o destinatário jurídico da mercadoria, em face do art. 11 da Lei Complementar nº 87/96. Transcreve duas ementas de acórdãos, um do STF e outro do STJ.

Observa que quem foi autuado foi o importador da mercadoria, que possui estabelecimento no Estado de Minas Gerais, de modo que, no desembaraço aduaneiro, realizou corretamente o recolhimento do ICMS ao Estado de Minas, haja vista ser o destinatário jurídico da mercadoria.

O autuado aduz que, em face do contrato com a Mirabela, a sua empresa, sem deslocar fisicamente a mercadoria ao seu estabelecimento situado em Belo Horizonte, promoveu a remessa direta da mesma a seu cliente na Bahia, tendo em vista a inviabilidade financeira do negócio jurídico caso houvesse a remessa da mercadoria à cidade mineira, para somente após a entrada física da mercadoria em seu estabelecimento efetuar a saída para a Bahia.

Declara estar ciente de sua obrigação para com o Estado de Minas Gerais, uma vez que a saída fictícia ocorreu em relação ao estabelecimento mineiro, ou seja, a saída fictícia da mercadoria quando da venda à mineradora situada em Itajibá foi proveniente do Estado de Minas, de modo que, mesmo tendo o bem sido importado através do porto de Salvador, o ICMS é devido ao Estado de Minas Gerais, local do estabelecimento importador.

Reclama que a multa aplicada tem natureza de confisco. Cita doutrina.

Pede que seja declarado nulo o Auto de Infração, tendo em vista que o sujeito ativo do tributo é o Estado de Minas Gerais, ou que a multa de 60% seja anulada ou reduzida.

O fiscal autuante prestou informação (fls. 148-149) ponderando que, no aspecto da inconstitucionalidade levantada pelo autuado, não existe espaço no contencioso administrativo para sua discussão, pois tal matéria está fora da competência do CONSEF.

Quanto ao mérito, observa que na importação o fato gerador do ICMS ocorre no desembaraço aduaneiro, sendo que, no que concerne ao local da ocorrência do fato gerador, em se tratando de operação submetida ao tratamento especial do chamado “destino físico”, o art. 11, I, “d”, da Lei Complementar nº 87/96 desconsidera a pessoa do “importador formal”, para ter o fato como tendo sido verificado no local do estabelecimento onde ocorrer a entrada física da mercadoria ou bem importado do exterior, que é o importador real. Aduz que, neste caso, o “destinatário da mercadoria” a que alude o art. 155, § 2º, IX, “a”, da Constituição deixa de ser o estabelecimento do Estado de Minas Gerais (importador formal) e passa a ser o estabelecimento da Bahia (importador real), pois se trata de uma ficção jurídica estabelecida pela lei complementar, de modo que o ICMS é devido ao Estado do local onde estiver situado o estabelecimento em que ocorrer a entrada física da mercadoria ou bem importado.

Opina pela procedência do lançamento.

VOTO

A mercadoria foi importada do exterior por uma empresa estabelecida em Belo Horizonte, MG, conforme Nota Fiscal 244, de entrada, e em seguida a importadora repassou a carga importada para uma empresa situada na Bahia, mediante as Notas Fiscais 253, 254 e 255, de saída. O desembaraço aduaneiro ocorreu em Salvador. Consta nos autos que a mercadoria não transitou fisicamente pelo estabelecimento do “importador”, em Minas Gerais.

Houve uma concessão de liminar no MS 2432149-2/2009 pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador. A liminar foi concedida para determinar a imediata liberação das mercadorias. Por conseguinte, a matéria objeto do Auto não se encontra “sub judice”.

Está em discussão a melindrosa questão do “destino físico” de bens importados do exterior. Esta é uma matéria polêmica. Segundo a Constituição, cabe o imposto “ao Estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário da mercadoria” (CF, art. 155, § 2º, IX, “a”).

Note-se que a Constituição fala em “destinatário da mercadoria”. O texto da Constituição é de uma vagueza lastimável. Quem é o destinatário da mercadoria?

A defesa defendeu a tese de que o imposto é devido ao Estado onde estiver situado o destinatário jurídico da mercadoria ou bem, e portanto o Estado da Bahia não é pessoa legítima para efetuar o lançamento do crédito tributário em discussão.

O fiscal autuante, fazendo a distinção entre o importador formal e o importador real, contrapõe que o imposto é do Estado da situação do estabelecimento em que ocorrer a entrada física da mercadoria ou bem importado.

Suprindo a imprecisão do texto constitucional, a Lei Complementar nº 87/96 prevê que o local da operação é o do estabelecimento onde ocorrer a entrada física dos bens importados.

Sendo assim, concordo com o auditor, quando afirma que o imposto é devido ao Estado do local onde estiver situado o estabelecimento em que ocorrer a entrada física da mercadoria ou bem importado.

Discordo, contudo, do nobre auditor quanto à pessoa responsável pelo pagamento do tributo. Em face dos elementos constantes nos autos, entendo que o autuado neste caso é pessoa ilegítima para figurar no pólo passivo da relação jurídica em questão. Observe-se que o “destinatário físico” da mercadoria é a empresa Mirabela Mineração do Brasil Ltda., estabelecida na Bahia. Pelo que afirmou o auditor, na informação prestada, o Auto de Infração deveria ter sido lavrado em nome do destinatário físico, pois foi em seu estabelecimento que ocorreu a entrada física dos bens importados. Ocorre que o Auto de Infração foi lavrado em nome da empresa Takraf do Brasil Soluções Tecnológicas Ltda. (importador formal), estabelecida em Minas Gerais. Há, portanto, uma flagrante contradição no lançamento do crédito tributário, pois a mercadoria, segundo entendeu o fisco, não transitou fisicamente pelo estabelecimento da empresa mineira, e, conseqüentemente, o imposto é devido à Bahia pelo destinatário efetivo da mercadoria importada, a empresa Mirabela Mineração do Brasil Ltda. (importador real).

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, no art. 13, I, “d”, que o *local da operação* é o do estabelecimento *onde ocorrer a entrada física* (aspecto espacial da norma tributária), realçando no “caput” do artigo que isso é *para efeito de cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável* (aspecto subjetivo da norma), fica evidente que a cobrança de tributo, neste caso, teria que recair sobre o *destinatário físico* das mercadorias, que é a empresa Mirabela Mineração do Brasil Ltda., estabelecida no Estado da Bahia.

O Auto de Infração é nulo, por ilegitimidade passiva, nos termos do art. 18, IV, “b”, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF).

A repartição examinará se existem elementos que justifiquem a renovação do procedimento. É evidente que, antes da renovação do procedimento, se o interessado sanar alguma irregularidade porventura existente, inclusive mediante denúncia espontânea, exime-se de sanções.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **140777.0002/09-7**, lavrado contra **TAKRAF DO BRASIL SOLUÇÕES TECNOLÓGICAS LTDA.**

Esta Junta de julgamento recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 5 de outubro de 2009

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – JULGADORA