

A.I. N° - 210563.0707/09-8
AUTUADO - TRANSPORTADORA GASENE S.A.
AUTUANTE - EMANOEL MESSIAS ALVES COELHO
ORIGEM - IFMT-DAT/SUL
INTERNET - 09.06.10

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0139-04/10

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA. Nas operações de importação de mercadorias do exterior sempre que houver a transmissão da propriedade das mercadorias importadas, sem que as mesmas transitem pelo estabelecimento importador, o imposto caberá ao Estado onde estiver situado o estabelecimento em que ocorrer a entrada física das mercadorias. Entretanto, a lei atribui a responsabilidade pelo pagamento do imposto ao estabelecimento importador e não ao destinatário final das mercadorias. Auto de Infração NULO. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 29/07/09, diz respeito a falta de recolhimento do ICMS sobre importação, relativo à mercadoria e/ou bens procedentes do exterior, destinados fisicamente à 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, conforme declaração de importação e nota fiscal emitida por empresa estabelecida em Vitória, ES. Sendo lançado o valor de R\$ 1.235,05, acrescido de multa de 60%.

O autuado apresentou defesa, às fls. 19 a 28, inicialmente transcreve os termos do art. 947, "b", 4 do RICMS/BA, para requerer em caráter de urgência que seja lavrado termo de liberação das mercadorias apreendidas. Cita os art. 22 e 123 do EPAF/99 para dizer que apresentou defesa tempestivamente.

Esclarece que a empresa Frecomex Comércio Exterior Ltda., com estabelecimento no Estado do Espírito Santo, importou o bem E - primer basse para revestimento de tubos e E-primer cure usado como agente curador para E-primer base para revestimento de tubos, através do Porto de Vitória, por conta e ordem de estabelecimento do autuado localizado em São Mateus-ES.

Diz que a operação de importação envolveu as mercadorias mencionadas acima, conforme apontado na declaração de importação 09/0677847-0, registrada no dia 29/05/2009.

Aduz que os bens, objeto da autuação, foram transferidos ao estabelecimento do autuado, localizado no Município de São Mateus-ES, conforme indicado na Nota Fiscal eletrônica nº236, anexa, com destaque e recolhimento do ICMS decorrente da operação de importação, para o Estado do Espírito Santo, por entender que o estabelecimento do importador, Frecomex Comércio Exterior Ltda., e o estabelecimento do destinatário da mercadoria, localizam-se naquele ente federativo.

Assinala que logo após o recebimento da mercadoria pelo estabelecimento da Transportadora Gasene, a unidade de limpeza foi enviada para utilização na construção de um dos trechos do gasoduto localizado no Município de Barra do Rocha-BA. Desta forma, antes de ser enviada para o Estado autuante, a mercadoria circulou fisicamente pelo Estado de

Acrescenta que em razão da necessidade de realização de tais serviços num trecho do mesmo gasoduto, localizado no Município de Barra do Rocha-BA, fez transferência entre estabelecimentos emitiu nova nota fiscal de saída dos bens do seu estabelecimento no município de São Mateus-ES, com destino ao Estado da Bahia.

Pontua que em que pese a regularidade da operação, foi autuado sob o fundamento de que o ICMS incidente na importação efetuada pelo Porto de Vitória-ES, DI nº 09/0677847-0, deveria ter sido recolhido ao Estado da Bahia.

Cita o art. 155, § 2, inciso IX, "a", da CF, para dizer que a competência ativa é do "Estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário da mercadoria, bem ou serviço".

Entende que para identificar, o destinatário da mercadoria e o local de seu domicílio ou estabelecimento, o ICMS - Importação, apesar da nomenclatura e do seu fato gerador ocorrer no momento do desembarque, possui como aspecto material, a circulação de bens, ou seja, a efetiva mudança de titularidade jurídica do bem. Cita o art. 12, IX, da Lei Complementar 87/96.

Defende que o fato gerador do ICMS - Importação verifica-se quando ocorre efetiva circulação jurídica da mercadoria, quando se dá a transferência da posse ou da propriedade do bem, a qual, na importação, acontece por intermédio do conhecimento de embarque, por entender ser o documento hábil para promover a transferência da posse ou propriedade das mercadorias transportadas.

Aduz que o fato gerador do ICMS importação ocorre no momento do desembarque aduaneiro, porque possui como aspecto material, a efetiva mudança de titularidade jurídica do bem. Cita o art. 12 da Lei Complementar Federal 87/96.

Defende que nas importações, o destinatário da mercadoria, para efeitos de identificação do Estado Federativo a quem deve ser recolhido o ICMS-Importação, é o importador que figura como consignatário no conhecimento de embarque. Reproduz ementa do Supremo Tribunal Federal para dizer que o mesmo já manifestou o seu entendimento no mesmo sentido.

Frisa que o fato gerador do ICMS – importação se verifica quando ocorre efetiva circulação jurídica da mercadoria, quando se dá a transferência da posse ou da propriedade do bem, entende que isso acontece por intermédio do conhecimento de embarque. Transcreve o art. 554 do que intitulou, Regulamento Aduaneiro Dec. Federal nº 6759/09.

Salienta que o legislador infraconstitucional apenas deslocou o elemento temporal da ocorrência do fato gerador para o momento do despacho aduaneiro, sem alterar o aspecto material do tributo, a efetiva circulação de mercadoria.

Transcreve lições do professor Paulo de Barros Carvalho, para afirmar que o ICMS incidente sobre operações de importação de mercadorias caberá ao Estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário da mercadoria.

Celebra que tendo em vista que o destinatário da mercadoria na operação de compra e venda internacional foi a Frecomex Comércio Exterior Ltda., cujo estabelecimento se localiza no Estado do Espírito Santo, a esta unidade federativa coube o recolhimento do denominado ICMS-Importação, uma vez que o elemento material da hipótese de incidência se concretizou no mundo dos fatos quando ocorreu a circulação jurídica das mercadorias.

Salienta que a importação foi feita por conta e ordem de seu estabelecimento localizado no Espírito Santo. Posteriormente remeteu para o Estado da Bahia. Aduz que tal fato foi devidamente comprovado pelas emissões de notas fiscais. Na primeira constou o retorno do bem da obra para sua sede em Guarapari - ES e a segunda NF relatou o envio do bem do Espírito Santo para a Bahia.

Entende que a mercadoria entrou na economia nacional pelo Estado da Bahia, já que o fato gerador recolhido o imposto importação porque estão sediados o importador

Enfatiza que além de desconsiderar o aspecto material da hipótese de incidência o autuante imputou tributo por mera presunção de que a mercadoria tinha como destino físico o Estado da Bahia, defende que tal pretensão é ilegal e inverídica, por entender que o bem, objeto da exação, circulou fisicamente pelo Estado do Espírito Santo, tendo, inclusive, composto o acervo do ativo da impugnante, naquele Estado.

Prega que mesmo não se considerando o importador Frecomex Comércio Ltda. como destinatário final das mercadorias, para definição do sujeito ativo do tributo, o fato de os bens serem adquiridos pelo autuado, por intermédio de sua sede no Espírito Santo, leva à conclusão que o ICMS-Importação, foi recolhido de forma correta, não cabendo ao Estado da Bahia qualquer pretensão sobre o tributo.

Salienta que não se justifica que o autuado suporte novo ICMS cobrado pelo Estado da Bahia, caso contrário, estaria ocorrendo um “bis in idem”, em razão da cobrança do tributo em duplicidade, porque o fato gerador do ICMS-importação já ocorreu quando da entrada da mercadoria por intermédio do Estado do Espírito Santo.

Conclui pedindo que o Auto de Infração seja julgado improcedente. Protesta pela produção de todos os meios prova, em especial a produção de prova documental e a pericial contábil e técnica (química).

O autuante presta informação fiscal, às fls. 80 a 88, dizendo em preliminar que o contribuinte solicita a imediata lavratura do termo de liberação. Informa que conforme termo de depósito a mercadoria já se encontra em poder do requerente.

Frisa que o autuado adquiriu no exterior, bens denominados “unidades para limpeza de tubo de gasoduto lançador e recebedor da pig.”, conforme descrição constante no extrato da DI 09/0842679-2, emitida pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, às fls 06 a 08 do PAF, utilizando a Empresa Frecomex Comércio Exterior Ltda, para realizar a operação de importação, conforme evidenciado no processo (descrito na referida DI) e confirmado pelo autuado, onde reproduz, parte da fl. 24, o qual afirma:

“A importação, efetuada no presente caso, foi na modalidade “importação por conta e ordem de terceiros”, na qual a Empresa Frecomex Comércio Exterior Ltda., localizada no Estado do Espírito Santo, efetuou a importação dos bens sob comento, por conta e ordem de estabelecimento da impugnante também localizada naquele Estado.”

Aduz que pode verificar pela Nota Fiscal nº 2578, documento emitido pela filial da Transportadora Gasene S/A, localizada no Estado do Espírito Santo, foi enviado para a filial do Estado da Bahia, parte dos produtos adquiridos no exterior. Diz que os referidos produtos são para a construção do Gasoduto SUDESTE-NORDESTE que está sendo construído no Estado da Bahia.

Reproduz os arts. 17 e 18 da Lei nº 7.014/96, que tratam da base de cálculo do ICMS, bem como o art. 4º do RICMS/97 sobre fato gerador. Em seguida esclarece como elaborou a planilha que embasou a autuação.

Argúi que o autuado contesta a autuação fazendo referência ao artigo 155, §2º, inciso IX, alínea "a" da CF, onde se descreve de forma genérica sobre a incidência do ICMS para importação, mas que o inciso XII do parágrafo 2º do referido artigo 155 da Constituição Federal, que transcreve, remete a lei complementar, definir seus contribuintes e fixar para efeito de sua cobrança e definição do estabelecimento responsável, o local das operações relativas à circulação de mercadorias e das prestações de serviços.

Ressalta que a Lei Complementar 87/96, foi instituída para atender a determinação da Constituição Federal sendo a complementação da Carta Magna no tocante ao ICMS, definindo situações jurídicas para determinar a incidência ou não do contribuinte do ICMS, dentre outros temas.

Reproduz o § 1º, do art. 1º, da Lei Complementar nº 87/96, dizendo que a norma jurídica determina que o local da operação é o do estabelecimento onde ocorrer a entrada física do bem ou mercadoria.

Transcreve o art. 13, inciso I da Lei estadual nº 7.014 aduzindo que a mesma reafirma literalmente o disposto na lei complementar, descrevendo o local da operação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável.

Reproduz os art. 572 e 573 do RICMS/BA, que tratam de situações e procedimentos referentes a tributação pelo ICMS incidente sobre as operações de importação de bens e mercadorias.

Salienta que pelos dispositivos regulamentares transcritos, o autuado ao entrar com o bem no Estado da Bahia, deveria possuir e apresentar aos Postos Fiscais, a GNRE, comprovando o pagamento referente ao ICMS da importação dos produtos.

Diz que o próprio autuado admite que efetuou a importação por intermédio da filial do Espírito Santo, à fl. 28, transcreve os seus termos.

Salienta em resumo que embora o autuado declare que o adquirente esteja localizado no Estado do Espírito Santo, consta na informação do extrato da Declaração de Importação - DI, folha 06, campo Adquirente da Mercadoria, o CNPJ nº 07.295.604/0001-51 que pertence ao estabelecimento situado no Estado do Rio de Janeiro, sendo o importador localizado no Estado do Espírito Santo, o adquirente com sede no Estado do Rio de Janeiro e consequentemente a entrada física dos produtos ocorrendo no Estado da Bahia, a legislação vigente, já citada que trata da matéria, determina que o ICMS da importação seja devido ao Estado onde efetivamente ocorreu a entrada física.

Enfatiza que a operação de importação do exterior dos bens tinha destino certo e estava sendo transportado para o Estado da Bahia, quando ocorreu a ação fiscal no trânsito, comprovando que o destino físico dos produtos é o estabelecimento do Estado da Bahia.

Frisa que para demonstrar a correção da presente ação fiscal, transcreve, as ementas dos Acórdãos JJF nº00104/01-02 e CJF nº0172-11/03 do CONSEF/BA.

No ato da informação fiscal o autuante elaborou nova planilha para demonstrar a apuração da base de cálculo e do ICMS sobre importação.

Conclui pedindo que o Auto de Infração seja julgado procedente.

O autuado foi intimado para tomar ciência da informação fiscal e da concessão do prazo de 10 dias para se pronunciar, se quisesse, fl. 92. Na oportunidade recebeu cópia da nova planilha elaborada pelo autuante, fl. 90.

O autuado apresenta manifestação às fls. 96 a 107, reitera na íntegra os argumentos defensivos, argüi preliminar de nulidade dizendo que o Auto de Infração foi lavrado por Autoridade incompetente, posto que fora lavrado por Agente de Tributos Estaduais-ATE. Cita as Leis estaduais nºs 8.210/02, 4.794/88 e 11.470/2009, que tratam do plano de carreira do serviço público civil do Estado, especialmente o do fisco. Aduz que a competência de tais agentes públicos veio disciplinada pela Lei nº 3.956-Código Tributário do Estado da Bahia reproduzindo trechos de dispositivos que tratam de tais agentes públicos.

Enfatiza que é patente a inconstitucionalidade das disposições alinhadas pela Lei nº 11.470/2009 uma vez que: (a) subtraem dos Auditores Fiscais a competência privativa para constituir créditos tributários, entregando-as a servidores públicos que tiveram seus cargos providos de forma derivada; (b) concedem aos Agentes de Tributos Estaduais, a atribuição para constituir créditos tributários no que concerne ao trânsito de mercadorias e nos estabelecimentos de microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP) optantes pelo Simples Nacional em frontal descumprimento ao entendimento perfilhado pelo STF quando do Rel. Min. Ricardo Lewandowski.

Conclui este tema pedindo que o Auto de Infração seja julgado nulo em razão da constitucionalidade da atribuição de competência aos ATE para lavratura do auto de infração, porque entende que é privativo dos Auditores Fiscais.

O autuante não se pronunciou.

VOTO

O presente Auto de Infração, diz respeito ao lançamento de ICMS que deixou de ser pago na importação de 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 desembarço aduaneiro ocorreu em Estado diverso de seu domicílio.

Antes de adentrar no mérito da presente lide, mostra-se necessário analisar o pedido de lavratura do termo de liberação das mercadorias apreendidas, a questão da tempestividade alegada, bem como a constitucionalidade da atribuição de competência aos ATE para lavratura do auto de infração e dos pressupostos de validade do ato administrativo que se está a julgar.

Quanto às mercadorias apreendidas, para a sua liberação, o contribuinte deverá adotar os procedimentos previstos no art. 947 do RICMS/97 formalizando pedido neste sentido junto à inspetoria de sua jurisdição, que irá apreciar o referido pleito, visto que não é da competência deste CONSEF apreciar tal pedido. Ademais, em sua informação fiscal o autuante afirmou que a mercadoria já se encontra em poder do contribuinte, consoante termo de depósito.

No que se refere à tempestividade, analisando as peças processuais, verifico que a defesa e a manifestação do sujeito passivo, foram apresentadas dentro dos prazos legais, inexistindo qualquer óbice a ser apreciado sobre esta matéria.

Em relação à falta de competência para os ATE lavrarem Auto de Infração, e constitucionalidade da Lei nº 11.470/09, saliento que o §3º do art. 107 de Lei nº 3.956/81 (COTEB) alterado pela Lei nº 11.470/09 concedeu atribuições ao ATE para constituição de crédito tributário. Portanto, no dia da lavratura o ATE tinha competência legal para constituir o crédito tributário. Quanto a constitucionalidade da Lei, de acordo com o art. 125 do referido COTEB, não compete a esta Junta de Julgamento Fiscal apreciar questões de constitucionalidades.

Quanto aos demais pressupostos de validade do ato administrativo que se está a julgar, examinando as peças processuais, em especial aquelas de fls. 06 a 08, verifico que a mercadoria foi importada, por conta e ordem, pela unidade da Transportadora Gasene localizada no Rio de Janeiro, pois é o CNPJ nº07.295.604/0001-51 deste estabelecimento que consta da declaração de importação, à fl. 06. Observa-se que a FRECOMEX COMÉRCIO EXTERIOR LTDA. (intermediadora da importação) enviou a mercadoria “E - primer base para revestimento de tubos e E-primer cure usado como agente curador à referida E-primer base para revestimento de tubos,” para o estabelecimento da Gasene de São Mateus-ES, este por sua vez emitiu uma nota fiscal enviando em seguida tal unidade para Barra do Rocha, na Bahia, para utilização na construção do gasoduto localizado no mencionado município.

Nesse passo, vale salientar que pelo que consta da DI, a FRECOMEX COMÉRCIO EXTERIOR LTDA para efeito do ICMS, figura na condição de intermediária no processo de importação, visto que não foi dela o ônus da importação. A contratação e o fechamento do câmbio foram feitos pela adquirente importadora, Transportadora Gasene Rio de Janeiro, que desembolsou o bem numerário para liquidar as obrigações decorrentes da importação. Desta forma, resta definido o fato de que o processo de aquisição no exterior se deu por conta e ordem, o que traz consequências jurídicas diferente da pretendida pelo contribuinte autuado, conforme será adiante demonstrado.

No tocante ao suposto “bis in idem”, caso este Auto de Infração venha a ser julgado procedente no mérito, entendo que não se pode cogitar a sua ocorrência, já que quem pagou a exação, que não foi sequer o autuado, tem o direito à restituição de um eventual indébito tributário.

Julgada a questão do “bis in idem”, onde não se encontrou qualquer vício insanável, passo à análise da legitimidade das partes envolvidas no processo administrativo fiscal.

O artigo 11, inciso I, alínea “d”, da Lei Complementar nº 87/96, fixou o local das operações no caso de importação da seguinte forma:

Art. 11 - O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é:

I - tratando-se de mercadoria ou bem:

(...)

d) importado do exterior, o do estabelecimento onde ocorrer a entrada física;

(...)

A mesma redação acima foi mantida no art. 13 da Lei nº 7014/96. Por seu turno, o RICMS-BA/97, no seu artigo 573, inciso I e parágrafo 1º, estabelece a regra abaixo.

Art. 573. Nas operações de importação de mercadorias ou bens procedentes do exterior, cabe o recolhimento do imposto sobre elas incidente à unidade federada:

I - 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;

(...)

§ 1º O imposto será recolhido pelo importador, em favor da unidade federada em cujo território tiver ocorrido a entrada física das mercadorias ou bens, por meio de documento de arrecadação previsto em sua legislação ou da Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais (GNRE).

(...)

Com relação à legitimidade passiva, vejo que a legislação específica (art. 11, I, “d”, da LC nº 87/96; art. 13, I, “d”, da Lei nº 7.014/96 e art. 573, I e parágrafo 1º do RICMS), determina, no caso de mercadoria ou bem importados do exterior, que o local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é o do estabelecimento onde ocorrer a entrada física do bem importado, sem que os mesmos tenham transitado pelas instalações do importador.

Já o art. 4º, IX, da Lei nº 7.014/96, considera ocorrido o fato gerador do imposto no momento do desembarço aduaneiro de mercadoria ou bem importado do exterior. Assim, o momento do recolhimento do ICMS sobre a operação de importação, à luz deste artigo da mencionada Lei Estadual, é o do desembarço aduaneiro, sob responsabilidade tributária do importador, (Transportadora Gasene Rio de Janeiro) o qual deve recolher o imposto em favor da unidade federada do destino físico da mercadoria, por meio de GNRE, sob pena de ter lavrado contra si eventual lançamento de ofício.

Conforme dito, corroborando este entendimento, o RICMS/BA, através do seu 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 incidente 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 este será recolhido pelo importador, em favor da unidade federada em cujo território tiver ocorrido a entrada física das mercadorias ou bens, por meio de documento de arrecadação previsto em sua legislação ou da guia nacional de reco (GNRE).

O Convênio ICMS 135/2002, que tem o objetivo de harmonizar o entendimento sobre o cumprimento de obrigações tributárias na importação de bens ou mercadorias por pessoa jurídica importadora, assim considerada pela Receita Federal, na sua cláusula primeira, afasta a sujeição passiva do importador em casos semelhantes ao presente, na medida em que estabelece que, para efeito de cumprimento das obrigações tributárias relativas ao ICMS, na saída promovida, a qualquer título, por estabelecimento importador de mercadoria ou bem por ele importado do exterior, ainda que tida como efetuada por conta e ordem de terceiros, não tem aplicação o disposto nas Instruções Normativas SRF nº 247, de 21 de novembro de 2002, nos artigos 12 e 86 a 88, e SRF nº 225, de 18 de outubro de 2002, e no Ato Declaratório Interpretativo SRF nº 7 de 13 de junho de 2002, ou outros instrumentos normativos que venham a substituí-los.

Isso significa que, nas importações por conta e ordem, o sujeito passivo é o adquirente importador do produto comprado no exterior (Gasene Rio de Janeiro), e não o informado na DI, tampouco o estabelecimento para onde foi enviado o mesmo. Ou seja, o legitimado para figurar no pólo passivo não é quem pratica os atos materiais de desembaraço aduaneiro, nem a sociedade empresária que sequer tomou conhecimento da aquisição internacional, (o caso da Transportadora Gasene S. A. de São Mateus - Espírito Santo), mas o adquirente destacado na declaração de importação, que, no caso em comento, é a unidade da Transportadora Gasene do Rio de Janeiro.

Assim, feitos tais esclarecimentos, conclui-se que foi equivocada a autuação, atribuindo a sujeição passiva, à Transportadora Gasene S.A situada em Barra do Rocha na Bahia, posto que, consoante esclarecido acima, restou definido como sendo sujeito passivo da relação jurídica tributária a Transportadora Gasene localizada no Rio de Janeiro, cujo CNPJ é 07.295.604/0001-51.

Quanto à legitimidade ativa, em face dos dispositivos legais citados acima, especificamente do art. 13, I, “d”, da Lei nº 7.014/96 e o art. 573, I e § 1º do RICMS/BA, uma vez que as mercadorias não transitaram no estabelecimento adquirente/importador, conclui-se que deve ser estabelecida em função do destino físico, que é o Estado da Bahia.

Portanto, este PAF está maculado por ilegitimidade passiva, pelo que, à vista dos atos e fatos acima expostos, conclui-se que o lançamento do crédito tributário consubstanciado no presente Auto de Infração é nulo.

Ante o exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

Representa-se à autoridade competente no sentido de programar ação fiscal junto ao estabelecimento adquirente importador das mercadorias (Transportadora Gasene S.A. Rio de Janeiro), para exigir o imposto efetivamente devido, a salvo de falhas e incorreções. Se antes da renovação do procedimento o interessado sanar a irregularidade, inclusive mediante denúncia espontânea, exime-se de sanções.

VOTO DISCORDANTE

Peço respeitosa vênia para registrar voto com entendimento diverso do consignado pelo ilustre relator.

De tudo o quanto exposto, dúvidas não restam sobre o fato de que a operação de aquisição no exterior se deu por conta e ordem, o que traz consequências jurídicas, conforme será adiante explanado.

Consoante já se disse, o Convênio ICMS 135/2002 afasta a sujeição passiva de quem pratica os atos de desembaraço aduaneiro em casos semelhantes ao presente. Ou seja, nas importações por conta e ordem, deve ser considerado sujeito passivo o “adquirente jurídico” do produto comprado no exterior: aquele que consta da declaração de importação como comprador, que, no caso vertente, é o estabelecimento matriz da Gasene localizado no Estado do Rio de Janeiro.

Assim, resta definido como sujeito passivo da relação jurídica tributária.

localizada no Rio de Janeiro, cujo CNPJ é 07.295.604/0001-51.

Quanto à legitimidade ativa, em face dos dispositivos já exaustivamente citados, especificamente do art. 573, I e § 1º do RICMS/BA, uma vez que as mercadorias não transitaram no estabelecimento do importador / adquirente, conlui que deve ser definida em função do destino físico, que, no meu entender, foi o Estado do Espírito Santo, de acordo com as razões abaixo esposadas, no exame de mérito.

Por conseguinte, este PAF está maculado por ilegitimidade de partes, tanto passiva quanto ativa.

De todos os fatos e fundamentos acima aduzidos, constata-se que o lançamento é nulo. Todavia, em cumprimento ao dispositivo do art. 155, parágrafo único do RPAF/99, prossigo no julgamento de mérito, por vislumbrar a sua improcedência.

Parágrafo único. Quando houver possibilidade de se decidir o mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

No mérito, verifico que a mercadoria teve como destino físico, no que pertine à importação, o Estado do Espírito Santo, bem como não transitou no estabelecimento adquirente, conforme notas fiscais apensadas. A destinação à Bahia ocorreu em momento posterior, em decorrência de outro fato jurídico, que ensejou inclusive outras obrigações tributárias, distintas daquelas inerentes à operação de comércio exterior.

À Bahia, nas hipóteses de bens destinados ao consumo ou à integração no ativo fixo, cabe somente exigir o imposto devido por diferença entre as alíquotas interna e interestadual.

O material que foi importado teve como destino físico estabelecimento situado no Espírito Santo antes de ser destinado à Bahia, situação que exauriu os efeitos do negócio internacional e tornou o ato jurídico perfeito, acabado, terminado.

Os artigos 5º, XXXVI da Constituição da República c/c 6º da LICC (Lei de Introdução ao Código Civil) albergam garantia de segurança na estabilidade das relações jurídicas, pois essas continuarão a produzir efeitos idênticos, desde que se tornem atos jurídicos perfeitos. O fim é salvaguardar a permanente eficácia dos negócios constituídos e findos validamente sob a égide de uma lei, em face de futuras alterações legislativas ou contratuais.

Eis o sentido de segurança que se intenta proporcionar aos cidadãos. Constitui direito de primeira geração, que impõe limite à ingestão do Estado na vida dos particulares, traçando, dessarte, círculo intocável.

O ato jurídico perfeito é um dos elementos do direito adquirido, e desta forma também é um meio de garantir o mesmo.

Assim, a segurança do ato jurídico perfeito, que é resguardada pelos dispositivos abaixo transcritos, preconiza que o ato jurídico válido, consumado, não poderá ser alcançado por lei posterior, sendo inclusive imunizado contra quaisquer requisitos formais exigidos pela nova lei.

CF, art. 5º, XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; (...).

LICC, art. 6º. A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

Assim, por motivos que me parecem cristalinos, já que nem à lei é dado prejudicar o ato jurídico perfeito, não seria permitido ao intérprete ou ao aplicador da mesma.

Em que pese o escorreito trabalho do relator, permito-me divergir, por entender que os efeitos do ato jurídico em baila (importação), uma vez perfeito, acabado, terminado, exaurido, não podem ser perpetuados, tampouco presumidos pelo operador jurídico com base em raciocínios de natureza econômica.

Portanto, a importação restou esgotada no ES, pelo que não tem cabimento a conclusão de que o posterior envio para a Bahia ainda estava sujeito aos seus efeitos. Na prevalência de tal raciocínio, pode-se prever indesejável insegurança jurídica no tráfego negocial, pois qualquer produto importado, desembaraçado em uma determinada unidade federada e posteriormente enviado para diversas, ensejaria uma autêntica batalha fiscal.

Por exemplo, caso um compressor tenha sido importado e desembaraçado no Espírito Santo, e a cada dois meses enviado para um Estado, a exemplo da Bahia, Pernambuco, Pará, Amazonas e Acre, teríamos 05 (cinco) entes tributantes a pleitear o valor referente ao ICMS – Importação.

Ante o exposto, ultrapassadas as preliminares de nulidade, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por decisão não unânime, julgar NULO o Auto de Infração número 210563.0707/09-8, lavrado contra **TRANSPORTADORA GASENE S/A**.

Representa-se à autoridade competente no sentido de programar ação fiscal junto ao estabelecimento adquirente importador das mercadorias, para exigir o imposto efetivamente devido, a salvo de falhas e incorreções. Se antes da renovação do procedimento o interessado sanar a irregularidade, inclusive mediante denúncia espontânea, exime-se de sanções.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de maio de 2010.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – RELATOR

PAULO DANILLO REIS LOPES – JULGADOR/VOTO DISCORDANTE