

A. I. N° - 124157.0808/09-5
AUTUADO - BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.
AUTUANTE - ANTONIO JOSÉ DOS SANTOS
ORIGEM - IFMT/METRO
INTERNET - 22.09.2010

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0246-02/10

EMENTA: ICMS. NULIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA. Importação de mercadorias, cuja exigência do imposto deveria recair sobre o importador, ou seja, Bom Preço Supermercado do Nordeste Ltda., estabelecido em Recife- PE, em consonância com o disposto no §1º do art. 573, RICMS/BA. A sujeição passiva, entretanto, foi atribuída ao estabelecimento em que ocorreu a entrada física da mercadoria no Estado da Bahia, cabendo a nulidade do lançamento de ofício, conforme art. 18, IV, “b” do RPAF/BA, vez que se trata de ilegitimidade passiva. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 10/01/2010, reclama o ICMS no valor de R\$80.712,55, acrescido de multa de 60%, sob acusação da falta de recolhimento do ICMS sobre importação, relativo a mercadorias procedentes do exterior, destinadas fisicamente a este Estado, no caso do importador ser estabelecido em outra Unidade da Federação e o desembaraço aduaneiro ocorrer ou não em Estado diverso de seu domicílio. Tendo sido emitido o Termo de Apreensão n° 1241570808/09-5, fl. 5.

O autuado apresenta, tempestivamente, impugnação, às fls. 23 a 33 dos autos, aduzindo que as mercadorias importadas descritas na Declaração de Importação n°. 09/1797006-8 (doc.04) foram importadas e adquiridas por outra pessoa jurídica, qual seja, Bompreço Supermercados do Nordeste Ltda., localizada no Estado de Pernambuco, mas precisamente na Av. Caxangá, n°. 3841, Iputinga, Cidade do Recife, CEP 50.670-000, com inscrição no CNPJ/MF sob o n°. 13.004.510/0001-89 e no Cadastro do Estado de Pernambuco sob o n°. 000104302 (doc.05).

Sustenta que consta no Comprovante de Validação – Desembaraço de Mercadorias Importadas – DMI n°. 13366/2009 (doc.06), que o Sujeito Ativo é o Estado de Pernambuco, e no Extrato da DI n°. 09/1797006-8 que o importador e o adquirente das citadas mercadorias é a empresa BOMPREGO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA. (CNPJ/MF sob o n°. 13.004.510/0001-89).

A Impugnante junta cópia das Notas Fiscais de entrada de n°. 000.000.099, 000.000.100 e 000.000.101 (doc.07), procurando demonstrar que o Remetente das mercadorias importadas (DI n°. 09/1797006-8) é a empresa Travelers Club Luggage INC. e o adquirente é o Bompreço Supermercados do Nordeste LTDA. (CNPJ/MF sob o n°. 13.004.510/0001-89).

Conclui que a empresa Bompreço Supermercados do Nordeste Ltda,. (CNPJ/MF sob o n°. 13.004.510/0001-89), localizada no Estado de Pernambuco, é que importou as mercadorias descritas na DI n°. 09/1797006-8 e as recebeu fisicamente.

Argumenta que, no momento da entrada física das citadas mercadorias no estabelecimento da empresa Bompreço Supermercados do Nordeste Ltda. (CNPJ/MF sob o n°. 13.004.510/0001-89), encerrou-se a operação de importação, não havendo, portanto, o que se falar em fato gerador do ICMS - Importação para o Estado da Bahia, cuja responsabilidade entendeu equivocadamente o Fiscal Autuante.

Ressalta que a Impugnante só posteriormente e em operação interestadual, recebeu as citadas mercadorias através das Notas Fiscais de saída de nº.s 000.000.138, 000.000.139 e 000.000.140 (doc.08), que demonstram que o Remetente das citadas mercadorias é a empresa Bompreço Supermercados do Nordeste Ltda. (CNPJ/MF sob o nº. 13.004.510/0001-89) e a então adquirente é a Impugnante, Bompreço Bahia Supermercados Ltda. (CNPJ/MF sob o nº. 97.422.620/0001-50), operação essa que incide tão-somente o ICMS normal, conforme valores devidamente destacados.

Considera que o Auto de Infração, assim, deve ser julgado nulo em sua integralidade, por ilegitimidade passiva da Impugnante (RPAF/99, art. 18, IV, “b”), passando a enumerar razões para tanto.

Argumenta que a regra matriz de incidência do ICMS - Importação, estampada no art. 155, §2º, IX, “a”, da Constituição Federal, dispõe inequivocamente que o ICMS cabe ao Estado em que estiver domiciliado o destinatário da mercadoria.

Complementa que, por sua vez, a Lei Complementar nº. 87/96, editada na forma do art. 146, III, “a”, da Carta Magna, dispõe que o imposto será recolhido ao Estado onde estiver estabelecido o importador (art. 11, I, “e”).

Aduz que, nesses termos, a legislação do Estado da Bahia não difere. Determina em no art. 47 do RICMS aprovado pelo Decreto nº. 6.284, de 14 de março de 1997, que:

“Art. 47. O local da operação relativa à circulação de mercadorias ou bens, para efeito de cobrança do ICMS e da definição do estabelecimento responsável, é: (...)

X - o do estabelecimento onde ocorra a entrada física da mercadoria ou bem importados do exterior;

XI - o do domicílio do adquirente, quando não estabelecido, no caso de mercadoria ou bem importados do exterior; (Grifos acrescentados)”

Argumenta que, ainda se considerarmos ambas as situações, estabelecimento onde ocorrer a entrada física ou domicílio do importador, quando não estabelecido, o contribuinte do ICMS - Importação é um só, qual seja, o Bompreço Supermercados do Nordeste Ltda. (CNPJ/MF sob o nº. 13.004.510/0001-89), localizado no Estado de Pernambuco, conforme devidamente comprovado nos documentos ora anexados (docs.04 ao 08).

Observa que para que fosse possível a cobrança do ICMS-Importação pelo Estado da Bahia, nos termos apresentados pelo Fiscal Autuante, seria necessário que não houvesse trânsito das mercadorias importadas no estabelecimento do Importador, o que não ocorreu na espécie (v. docs. 07 e 08), citando o art. 573, I do RICMS/BA.

Concluindo não restarem dúvidas que o ICMS-Importação incidente sobre a importação das mercadorias descritas na Declaração de Importação nº. 09/1797006-8, ora exigido, é de competência do Estado de Pernambuco (CF/88, art. 155, §2º, IX, “a”).

Conclui que sendo de competência do Estado de Pernambuco, o sujeito passivo da relação jurídico-tributária em discussão é a pessoa jurídica Bompreço Supermercados Do Nordeste Ltda. (Cnpj/Mf sob o nº. 13.004.510/0001-89) e não a Impugnante, Bompreço Bahia Supermercados Ltda. (CNPJ/MF sob o nº. 97.422.620/0001-50), razão pela qual deve ser julgado nulo o presente Auto de Infração, nos termos do art. 18, inciso IV, alínea “b” do RPAF/99.

Para ratificar seu entendimento apresenta decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal desse Egrégio Conselho de Fazenda Estadual da Bahia – CONSEF, ao proferir o Acórdão JJF nº. 702.00 (DOE 29/03/2000) nos autos do Auto de Infração nº. 900.661-3/99, caso símile ao presente, brilhantemente decidiu:

EMENTA: ICMS. NULIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA.
de bens procedentes do exterior, quando o importador

da Federação, cabe a este efetuar o recolhimento do imposto em favor da unidade federada onde estiver situado o estabelecimento em que ocorrer a entrada física daqueles bens. Configurada a ilegitimidade passiva. Auto de Infração NULO. Decisão unânime. (Grifos no original)

Dessa decisão, a Impugnante pede venia para destacar trecho do VOTO da lavra do Ilustre Julgador:

“VOTO

Infere-se da leitura dos autos, que trata-se de operação de importação de bens realizada por contribuinte pertencente a outra unidade da Federação, cujo destinatário final era o estabelecimento, situado em território deste Estado, pertencente ao autuado, ao qual foi atribuída a responsabilidade pelo pagamento do ICMS, devido ao Estado da Bahia.

De fato, reza o art. 573, I do RICMS/97, 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.

Por outro lado, o § 1º daquele dispositivo regulamentar dispõe que 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 (GNR). (...)

Neste caso, em análise da preliminar de nulidade suscitada, vê-se que o autuado tem razão quando argüi a ilegitimidade passiva no que se refere à atribuição de responsabilidade tributária imposta pela autuação. Observa-se da leitura do § 1º do art. 573 do RICMS/97, que o importador é o responsável pelo recolhimento do ICMS em favor do Estado onde ocorreu a entrada física das mercadorias ou bens. (...)

Assim sendo, com fulcro no art. 18, IV, “b” do RPAF/99, é de se considerar nulo o lançamento de ofício do crédito tributário, vez que restou configurada a ilegitimidade passiva no caso em tela, ao passo em que recomendo a repetição da ação fiscal, para que sejam verificados os recolhimentos do imposto por parte do remetente, relativo à operação realizada, e em relação à complementação do imposto, por conta do destinatário.

Ex-positis, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.” (Grifos acrescentados)

Assim, por não possuir legitimidade passiva para figurar na relação jurídico-tributária posta à apreciação desse Tribunal, a Impugnante requer seja julgado nulo o presente Auto de Infração em sua integralidade, conforme determina o art. 18, inciso IV, alínea “b” do RPAF/99.

Insurge-se contra a aplicação da multa de 60% sobre o valor do imposto. Considera que a mesma afronta o princípio constitucional que veda o confisco (art. 150, IV, da CF/88), trazendo, para ratificar seu entendimento, decisão do Supremo Tribunal Federal (ADI 551/RJ, Tribunal Pleno, Relator Min. ILMAR GALVÃO, DJ 14/02/2003, p. 58). (Grifos acrescentados)

Argumenta ser evidente que a vedação do art. 150, IV da Carta Magna, diz respeito à obrigação tributária como um todo (tributos e multas pecuniárias como definições). O contrário do contrário seria dar um cheque em branco ao legislador tributário.

tributo (com o nome de penalidade) sem atenção à capacidade contributiva, fora dos limites da razoabilidade, agredindo a lógica, o bom senso e a segurança jurídica do cidadão contribuinte.

Cita lição do Prof. José Carlos Graça Wagner, para concluir que, de todo modo, diante dos fatos, jurisprudência e doutrina citados, é indubitosa a afirmação de que a multa de 60% é confiscatória, eis que ultrapassa o limite da razoabilidade. Sendo, portanto, além de atentatória aos princípios constitucionais de vedação ao confisco e da capacidade contributiva, agressiva ao patrimônio da Impugnante, não pode ser aplicada, sendo o que ora requer.

Recorre ao art. 112, do CTN, para afirmar se alguma dúvida restar, que se aplique a interpretação mais favorável ao Contribuinte, julgando Improcedente o Auto de Infração em epígrafe, inclusive a multa de 60% (sessenta por cento) aplicada.

Requer que seja dado provimento a presente Impugnação, para que, seja decretada a total nulidade e conseqüentemente a IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração, tendo em vista as razões referidas, que demonstram a fragilidade da acusação fiscal, posto que a Impugnante encontra-se em perfeita harmonia com a legislação vigente, bem como por todas as demais razões trazidas à colação.

Caso não seja esse o entendimento dessa Junta de Julgamento Fiscal do Egrégio CONSEF, o que se cogita pelo princípio da eventualidade, requer seja excluída, ou no mínimo reduzida, a confiscatória multa aplicada no percentual de 60% (sessenta por cento).

Requer que em caso de dúvida se interprete a norma jurídica da forma mais favorável à Impugnante (art. 112 do CTN).

Protesta e requer por todos os meios de provas permitidos em direito, bem como por juntada posterior de provas, perícia e diligência fiscal-contábil, assim como vistoria, inspeção, e tudo o mais que concorra para a prática da mais lúdima JUSTIÇA!

O autuante, às fls. 71 a 80 dos autos, apresenta a informação fiscal alegando que a defendente, tendo, pois, efetuado operação de importação com Mercadorias Tributáveis, através da DI nº 09/1797006-8 de 17/12/2009, contemplando diversas malas de viagens, descumpriu exigência da Legislação pertinente, em virtude de não ter recolhido o ICMS devido no momento do desembarço aduaneiro em favor do Estado da Bahia, uma vez que, as referidas mercadorias, foram destinadas fisicamente a este Estado, conforme RICMS/BA., art. 47, X, art. . 572. § 1º, § 2º § 3º, § 4º-B, § 5º § 6º, § 7º, art. 573, incisos I a III, §§ 2º a 4º, § 9º e 10, com infrações e multas, art. 911, §1º, art. 913, art. 915, II, “f”. Cita, ainda o art. 1º, § 1º, art. 11, I, “d” da Lei Complementar 87/96.

Assegura que, se for observado o Conhecimento de Transporte Rodoviário de Cargas de nº 088530, colacionado à folha 16 do presente PAF, emitido pela Empresa LIMEIRA LOGÍSTICA E ARMAZENAGENS GERAIS LTDA, poderá se constatar que as mercadorias em questão foram carregadas no PORTO DE SUAPE na cidade de IPOJUCA/PE, geograficamente distante 57 KM da cidade do Recife, onde está localizada a Empresa Bompreço Supermercados do Nordeste Ltda., conforme a folha 70 extraída do site <http://pt.wikipedia.org/wiki/Ipojuca> e colacionada ao presente PAF.

Afirma que, no mesmo documento de Transporte de Cargas, verifica-se que o destinatário das citadas mercadorias é a empresa BOMPREGO BAHIA S/A, CNPJ 097.422.620/0001-50, Inscrição Estadual nº 40.721.448, com endereço à Rodovia Salvador BR 324 KM 7,8 – Pirajá em Salvador/BA.

Como se pode observar, a origem no desembarço aduaneiro (Ipojuca-PE), e o destino dos produtos (Salvador/Bahia), sem que estes transitassem fisicamente pelo estabelecimento da Autuada em Recife/PE, está claramente demonstrado através do Conhecimento de Transporte nº 088530 datado de 07/01/2010 (folha 16 do PAF), onde consta, inclusive, a observação como Natureza da Carga/Produto, que se trata de uma operação de “Trans

Ao alinhar os fatos, afirma que a impugnante adquiriu através de importação, elevada quantidade de Malas para Viagem conforme documento de importação nº DI 09/1797006-8 de 17/12/2009 e Conhecimento de Transporte Rodoviário de Cargas nº 088530, tendo havido desembaraço aduaneiro na cidade de Ipojuca no Estado de Pernambuco com destino determinado pelo documento de transporte já referido, como sendo Salvador no Estado da Bahia. Embora a legislação que norteia essas operações, exija com clareza que o ICMS importação seja pago em favor do Estado onde ocorra a entrada física das mercadorias ou bens, a autuada deixou de fazê-lo, promovendo assim prejuízo ao erário baiano.

Sustenta que, de acordo com o art. 573, inciso I, do RICMS/97, e a Lei Complementar 87/96, aqui já transcritos, está claro que, cabe o recolhimento do imposto incidente nas operações de importação de mercadorias procedentes do exterior, onde estiver situado o estabelecimento em que ocorrer a entrada física das mercadorias, quando destinadas a unidade federada diversa da do domicílio do importador, no caso de transmissão de sua propriedade, sem que os bens transitem pelo estabelecimento do importador.

Conclui restar evidenciado que esta operação está enquadrada na regra estabelecida na legislação vigente, constatando-se, que embora o fato gerador do ICMS ocorra no ato do desembaraço aduaneiro (aspecto temporal), a lei considera-o verificado no local do estabelecimento onde ocorreu a entrada física da mercadoria ou bem importado do exterior (aspecto espacial), que no caso, é o Estado a Bahia.

Pelo exposto acima, requer a manutenção do competente Auto de Infração por entender.

VOTO

Versa o presente Auto de Infração sobre a falta de recolhimento do ICMS – Importação, relativo a mercadorias procedentes do exterior, destinados fisicamente a estabelecimento localizado neste Estado sem transitar pelo estabelecimento importador estabelecido em outra unidade da Federação, quando o desembaraço aduaneiro ocorre, ou não, em estado diverso de seu domicílio.

Inicialmente, cabe constatar que estar correto o entendimento exarado pelo autuante ao consignar que o imposto exigido no presente lançamento de ofício é devido à unidade Federada onde estiver situado o estabelecimento em que ocorrer a entrada física da mercadoria ou bem importado, nos termos da Lei Complementar nº 87/96, uma vez que o Conhecimento de Transporte Rodoviário de Cargas de nº 088530, colacionado à folha 16 do presente PAF, emitido pela Empresa Limeira Logística e Armazenagens Gerais Ltda., à fl. 16 dos autos, consta realmente que as mercadorias em questão foram carregadas no Porto de Suape na cidade de IPOJUCA/PE, geograficamente distante 57 KM da cidade do Recife, onde está localizada a Empresa Bompreço Supermercados do Nordeste Ltda, conforme a folha 70 extraída do site <http://pt.wikipedia.org/wiki/Ipojuca> e colacionada ao presente PAF, em consonância com arguições trazidas pelo autuante. No aludido documento, verifica-se que o destinatário das citadas mercadorias é o autuado.

Ocorre, contudo, que, no presente caso, em consonância com decisões anteriores da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, a exigência do imposto deveria recair sobre o importador, ou seja, Bom Preço Supermercado do Nordeste Ltda., estabelecido em Recife- PE, em consonância com o disposto no §1º do art. 573, RICMS/BA. A sujeição passiva, entretanto, foi atribuída ao estabelecimento em que ocorreu a entrada física da mercadoria no Estado da Bahia. Assim, entendo que o presente Auto de Infração é nulo, conforme art. 18, IV, “b” do RPAF/BA, vez que se trata de ilegitimidade passiva.

Ademais, saliento, ainda, que é este o entendimento que se manifesta em reiteradas decisões do CONSEF, a exemplo do Acórdão 1ª JF 702/00, trazido pelo próprio

mais recentes, como o Acórdão da 5ª JJF número 0122-05/10 e Acórdão CJF nº 0068-11/10, cujo voto da eminente Conselheira Sandra Urânia Silva Andrade a seguir transcrito.

“VOTO

De logo devemos consignar que a Decisão de Primeira Instância merece ser reformada, porquanto dissociada da legislação pertinente à matéria objeto da autuação.

Muito embora correto o entendimento exarado pelo ilustre Relator da JJF ao consignar que o imposto exigido no presente lançamento de ofício é, de fato, devido à unidade Federada onde estiver situado o estabelecimento em que ocorrer a entrada física da mercadoria ou bem importado, nos termos da Lei Complementar nº 87/96, entendemos equivocada a conclusão de ilegitimidade passiva, ao argumento de que a exigência do imposto teria que recair sobre o destinatário físico das mercadorias – a empresa Mirabela Mineração do Brasil Ltda., estabelecida no Estado da Bahia – pela seguinte fundamentação.

Inicialmente é necessário pontuar que a Declaração de Importação de nº 09/0037716-4, bem como o Comprovante de Importação, acostados às fls. 7, 21 a 26 e 6 dos autos, respectivamente, comprovam que o estabelecimento autuado – Takraf do Brasil Soluções Tecnológicas Ltda – é o efetivo importador das mercadorias que se destinaram à empresa Mirabela Mineração do Brasil Ltda., estabelecida no Estado da Bahia, após desembarço no Porto de Salvador. Registre-se que a referida DI consigna como importador e também como adquirente da mercadoria a empresa autuada – Takraf – não havendo, portanto, que se falar na figura do importador real e de importador formal, como trata a JJF.

A caracterização do importador real e do importador formal somente estaria presente se a operação de importação ocorresse nas modalidades de Importação por Conta e Ordem ou Importação por Encomenda, reguladas pela Medida Provisória nº 2.158-35/2001, pela Lei Federal nº 10.637/2002 e pelas Instruções Normativas da Secretaria da Receita Federal nºs 225/2002, 247/2002 e 650/2006, o que não restou comprovado nos autos, além do que as legislações dos Estados não reconhecem tais figuras, apenas presentes na legislação federal.

No caso presente, a empresa autuada - Takraf do Brasil Soluções Tecnológicas Ltda - estabelecida em Minas Gerais, adquiriu no exterior as mercadorias descritas nos documentos de importação acima referenciados, desembarçando-as no Porto de Salvador, e as remetendo diretamente para a empresa Mirabela Mineração do Brasil Ltda., aqui estabelecida, que se caracterizou como destinatária física das referidas mercadorias.

Assim, resta caracterizada a ocorrência de duas operações: A primeira, operação de importação realizada pela Takraf, e, a segunda, operação de revenda da mercadoria para a empresa Mirabela, esta última documentada pelas notas fiscais acostadas às fls. 10 a 12 dos autos.

Segundo determina a Lei nº 7.014/96, o ICMS devido na importação caberá ao Estado da Bahia, no caso de mercadoria ou bem destinados fisicamente a este Estado, sendo o importador estabelecido em outra unidade da Federação, sem que esta transite pelo seu estabelecimento.

Como a mercadoria foi aqui desembarçada e diretamente (fisicamente) remetida para estabelecimento aqui situado, sem transitar pelo estabelecimento do importador – Takraf - situado em MG, cabe o imposto da importação - primeira operação - ao Estado da Bahia. A segunda operação, operação de revenda realizada pela Takraf à empresa Mirabela, será diferida, nos termos do art. 343, XL e 573, §6º do RICMS/BA, abaixo transcritos:

“Art. 343. É diferido o lançamento do ICMS incidente:

XL - na transmissão da propriedade de mercadorias importadas do exterior por importador de outra unidade da Federação, destinadas fisicamente a este Estado, na hipótese do § 6º do art. 573;

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, sem que os mesmos transitem pelo estabelecimento importador;

§ 4º Para efeitos de transmissão da propriedade das mercadorias ou bens ou do título que os represente, subsequente à operação de importação de que cuida o inciso I do “caput”, o importador emitirá Nota Fiscal relativa à transmissão para o destinatário, sem destaque do imposto, a qual deverá conter, além dos demais requisitos:

III - declaração de que o imposto será recolhido pelo destinatário;

§ 6º O lançamento e o recolhimento do imposto de que trata o inciso III do § 4º ficam diferidos para o momento da saída subsequente a ser efetuada pelo contribuinte destinatário.” Grifos nossos.

Ainda determina o art. 573, §1º, do diploma regulamentar citado, abaixo transcrito, que o imposto devido na primeira operação – operação de importação – será pago pelo **importador, no caso presente a empresa autuada, Takraf**, mediante documento de arrecadação próprio previsto em sua legislação ou através de GNRE, emitindo a devida nota fiscal de entrada para documentar a entrada da mercadoria importada em seu estabelecimento:

E, de fato, é cediço que o contribuinte (sujeito passivo) do ICMS na operação de importação é o importador, assim constante nos documentos de importação, sendo irrelevante a questão do destino físico da mercadoria importada.

“Art. 573.....

§ 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).

§ 3º Para documentar a operação, o importador emitirá Nota Fiscal relativa à entrada simbólica das mercadorias ou bens, sem destaque do imposto, na qual deverá constar, além dos demais requisitos, no campo próprio, a indicação de que o ICMS relativo à importação foi recolhido em favor do Estado onde ocorreu a entrada física das mercadorias ou bens.”. Grifos nossos.

Por sua vez, o imposto devido na segunda operação, de revenda das mercadorias importadas – **será pago pelo destinatário – no caso a empresa Mirabela** - em momento subsequente, por estar diferido, nos termos do dispositivo já acima transcrito, devendo o importador, portanto, ao emitir a nota fiscal de revenda, não destacar o imposto devido nesta operação, conforme explicita o art. 573, §§ 4º e 5º:

“Art. 573:

§ 4º Para efeitos de transmissão da propriedade das mercadorias ou bens ou do título que os represente, subsequente à operação de importação de que cuida o inciso I do “caput”, o importador emitirá Nota Fiscal relativa à transmissão para o destinatário, sem destaque do imposto, a qual deverá conter, além dos demais requisitos:

I - declaração de que as mercadorias ou bens se destinam a unidade federada diversa da do importador;

II - indicação dos números e das datas dos Registros de Importação e da Nota Fiscal (entrada) relativa à entrada de que cuida o § 3º;

III - declaração de que o imposto será recolhido pelo destinatário;

IV - indicação do local onde ocorreu o desembaraço aduaneiro.

§ 5º A Nota Fiscal aludida no parágrafo anterior será lançada no Registro de Entradas do destinatário, podendo este utilizar como crédito fiscal, se cabível, o imposto recolhido por ocasião do desembaraço aduaneiro.”

Feitos tais esclarecimentos, podemos concluir que foi equivocada a Decisão recorrida ao entender presente ilegitimidade passiva do autuado para figurar na relação jurídica tributária iniciada através deste lançamento de ofício, e onde se exige do autuado, corretamente, o imposto devido na operação de importação, na qualidade de importador. Exigir do destinatário o referido imposto não encontra guarida nos dispositivos acima referenciados, posto que somente cabe a este o ICMS devido na segunda operação, na forma acima explicitada, diferido para o momento da saída subsequente da mercadoria, a ser recolhido pela empresa Mirabela Mineração do Brasil Ltda.

O dispositivo citado na Decisão recorrida como embasador da ilegitimidade passiva decretada – art.13, inciso I, “d” da Lei nº 7.014/96 – que determina como local da operação, para efeito de cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, o do estabelecimento onde ocorra a entrada física da mercadoria ou bens importados do exterior, não é aplicável ao imposto ora exigido no presente Auto de Infração, ou seja, o imposto devido pela importação, e sim ao imposto devido na segunda operação – aquela em que o importador transmite a propriedade da mercadoria importada ao seu adquirente, sem que esta tenha transitado pelo seu estabelecimento, o qual se encontra diferido, nos termos do art. 343, XL e 573, §6º, ambos do RICMS, já acima transcritos.

Do exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para modificar a Decisão recorrida, devendo os autos retornar à Primeira Instância para ser proferida nova Decisão.”

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **124157.0808/09-5**, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA**.

Esta Junta 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/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de setembro de 2010.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANGELO MÁRIO DE ARAUJO PITOMBO – RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR