

PROCESSO - A. I. Nº 232122.0201/10-5
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - SINOPEC INTERNATIONAL PETROLEUM SERVICE DO BRASIL LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 1º JFF nº 0154-01/11
ORIGEM - IFMT - DAT/SUL
INTERNET - 09/09/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0254-11/11

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 das mercadorias. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Tratam os autos de Recurso de Ofício interposto em face do acórdão em referência que julgou Nulo o Auto de Infração lavrado em 30/12/2010 para exigir ICMS no valor de R\$ 629.665,89, acrescido de multa de 60%, em decorrência de 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.

No respectivo campo “Descrição dos fatos” dessa autuação consta que, no trânsito de mercadorias a fiscalização constatou que a recorrida com sede na cidade de Vitória/ES, realizou operação de compras de mercadorias ou produtos importados do exterior, através da empresa importadora Frecomex Comércio Exterior Ltda., também situada em Vitória/ES, com destino físico para sua filial estabelecida na cidade de Teixeira de Freitas/BA, sem efetuar o pagamento do ICMS devido, tendo sido emitido o Termo de Apreensão nº 232122.0201/10-5 (fl. 9), das mercadorias importadas constantes da DI 10-2153949-1.

O recorrido defendeu-se às fls. 93/105 através de advogados legalmente constituídos tendo argüido, em síntese, que tais mercadorias envolveram exclusivamente os ativos fixos recebidos em transferência entre estabelecimento de sua titularidade para uso e consumo em obra sua em fase de realização neste Estado, acostando a documentação correspondente à guisa de prova.

Argumentou que, embora haja a edição de decretos estaduais com fins de exigir ICMS nas operações interestaduais relativas a materiais oriundos do exterior adquiridas pelo empresariado da construção civil como por demais contribuintes, como no caso presente e que o art. 572, § 7º c/c art. 47, X, e art. 573, 911 e 913 do RICMS-BA, que tal exigência tributária é incompatível com a CF e legislação correlata, já que o ICMS sobre importação é devido ao Estado onde situa-se o estabelecimento importador à luz da jurisprudência pátria.

Reportou-se ao Convênio ICMS 71/89 afirmando não legitimar a pretensão do fisco baiano quanto às empresas de engenharia civil, e que não envolve o consumidor final e nem se trata de revenda, sendo o material apenas destinado à obra de construção civil contratadas.

Alegou que o art. 34 do ADCT da CF/88 abarca a hipótese de haver omissão na legislação complementar o que renderia ensejo aos estados, através de convênios, suprir a lacuna fixando normas gerais, o que disse estender-se apenas aos serviços de comunicação e aos serviços

intermunicipais e interestaduais de transporte, estes ausentes no sistema tributário antecedente, mas não relativamente à construção civil, sendo inconstitucional o aludido convênio exigir ICMS sobre operações envolvendo bens de uso e consumo e do ativo fixo, quer importados ou nacionais.

Nesse contexto, alegou que o dito convênio e a legislação tributária baiana são inconstitucionais igualmente sob o aspecto material, pois as empresas de construção civil não contribuintes do ICMS, mas sim do ISSQN, o que resta clarividente com a edição da LC 116/03.

Em seguida, fez alusão mais especificamente ao item 7.2 que disse confirmar não só o anterior Decreto-lei 406, e que sob a égide da nova CF e da LC 87/96 em seu art. 3º, V, é prevista a não-incidência do ICMS.

Destacou que “as mercadorias não foram por si fabricadas” em estabelecimento seu diverso do local desses serviços, como ressaltado na Lista de Serviços de que trata a LC Nº 116/2003, a evidenciar a sua não sujeição à cobrança do ICMS nessas operações de transferência de material de uso e consumo na qualidade de “insumo da obra”, quer nacional ou importado.

Ressaltou que não paira dúvida de que o “consumo” para empresa de engenharia civil envolve o emprego da uma mercadoria para satisfação de uma necessidade pessoal de um consumidor e o insumo utilizado na produção de bens ou na prestação de serviços onde são empregados e que se utiliza, excepcionalmente, de bens adquiridos de terceiros para prestação de serviços de engenharia, razão pela qual não pode ser considerada como consumidora e, muito menos, como consumidora final.

Disse que resta patente que a utilização não satisfaz nenhuma necessidade, não se configurando o consumo, mas insumo, tendo por isso havido invasão de competência entre estados e municípios, o que considerou como inconstitucional.

Mencionou Decisão da 1ª Turma do STJ proferida em sede de Recurso Especial, tendo transcrito o voto respectivo que entendeu como fundamental para socorrer sua tese defensiva.

Invocou a EC 33/2001 para citar a alteração do art. 155 da CF que veio a fixar a competência dos estados, e que o inciso IX evidencia que o legislador constituinte adotou a entrada aduaneira como elemento de imposição fiscal.

Nessa esteira, transcreveu posicionamento doutrinário, aduzindo que o elemento espacial é fixado pelo local do ingresso territorial; o temporal pelo momento da entrega da declaração; o material pela realização de uma importação; o subjetivo pela titularidade do despacho aduaneiro e o quantitativo, pelo valor, tendo, assim, passado a transcrever o art. 44 do Decreto-Lei nº 37/66.

Salientou que a expressão “*entrada de bens ou mercadoria importada do exterior*” deve ser interpretada na sua acepção jurídica como admissão aduaneira. Transcreveu doutrina de Marcelo Viana Salomão e Decisão da 2ª Turma do STF.

Trouxe à baila consultas formuladas a outros estados conforme os anexos 4 e 5 que colacionou, cujo teor disse ser no mesmo sentido que aquele ali defendido, destacando, ainda, o Parecer nº 15335920098, exarado pelo Secretário da Fazenda deste Estado, em resposta à consulta, cuja conclusão é de que a cobrança do ICMS será do estabelecimento onde se efetivar a entrada física da mercadoria importada ainda que seja posteriormente enviada para outro estabelecimento localizado em outro estado, sendo o tributo devido àquele no qual houve a entrada, no Brasil.

Registrou que esse entendimento coaduna-se com aquele esposado no Parecer oriundo da SEFAZ-ES.

Por derradeiro, pugnou pela improcedência da autuação.

Às fls. 199 a 206 consta manifestação do autuante contestando a tese defensiva de se tratar a exigência fiscal de bens de ativos fixos, recebidos pelo estabelecimento filial, por simples ato de transferência.

Disse tratar-se de bens novos de uso e consumo destinados à obra realizada neste Estado adquiridos do exterior, sem pagamento do ICMS correspondente, como se verifica da DI, da

DANFE e das notas fiscais que comprovam que tais bens tiveram destino físico, diretamente, para uso e consumo na dita obra.

Rebateu a alegação de inconstitucionalidade das normas regulamentares deste Estado, citando os artigos 572, § 7º c/c art. 47, X e 573, 911 e 913 do RICMS-BA e que inexistiu Decisão do STF nesse sentido.

Rechaçou a arguição acerca do Convênio ICMS 71/89 que entendeu se inaplicar à presente autuação, isto porque esta envolve a exigência de ICMS não na “interestadualização” do produto a título de ativo fixo, mas, sim, a incidência tributária pela respectiva importação, com destinação física constatada na DI e demais documentação acostada aos autos, sendo o estabelecimento autuado o destinatário final, daí que a autuação encontra amparo no art. 11, I, “d”, da LC 87/96, sendo, portanto, o ICMS devido ao Estado onde se encontra o estabelecimento onde ocorre à entrada física e não a simbólica da mercadoria importada.

Findou transcrevendo Decisão deste CONSEF de Primeira e Segunda Instâncias e pugnando pela procedência do lançamento.

A JJF às fls. 210/217 dirimiu a lide pela Nulidade do Auto de Infração, assim se posicionando, *verbis* :

“(..)No que concerne à matéria de que cuida o Auto de Infração em exame, observo que o impugnante alega que a pessoa efetivamente responsável pelo negócio jurídico que subsidiou a operação e trouxe os bens para o território nacional foi o seu estabelecimento situado em Vitória, no Estado do Espírito Santo, segundo diz, a quem cabe o ICMS na importação.

Neste sentido, já é pacífico neste Conselho de Fazenda o entendimento de que o importador jurídico localizado em outro Estado é o responsável pelo pagamento do ICMS relativo às importações que realizar quando as mercadorias não transitarem por seu estabelecimento e forem destinadas fisicamente a outra unidade da Federação, devendo o imposto ser recolhido para o Estado onde ocorrer a entrada física das mercadorias, nos termos da Lei Complementar 87/96 e do art. 573, I do RICMS/97, abaixo transcrito:

“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;”

Seguindo esta mesma linha o § 1º do art. 573 do mesmo RICMS/97, determina que o imposto devido nesta operação será pago pelo importador 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, conforme reprodução abaixo:

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.

Vale consignar que o entendimento, de que o importador jurídico localizado em outro Estado é o responsável pelo pagamento do ICMS relativo às importações que realizar quando não transitarem por seu estabelecimento e que o imposto deve ser recolhido para o Estado onde estiver localizada a entrada física das mercadorias, já foi manifestado na Decisão contida no Acórdão CJF 068-11/10, conforme estabelecido na Lei nº 7.014/96, e o art. 573, I e III, do RICMS/97 determinam os procedimentos a serem observados.

Cabe também registrar que a modalidade de importação por conta e ordem em que as mercadorias importadas forem destinadas fisicamente a Estado diverso do importador (art. 573, I do RICMS/BA) é amparada pelo regime de diferimento, conforme disposto no art. 343 do citado diploma regulamentar, abaixo transcrito:

“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.”

Diante do exposto, considero que muito embora o Estado da Bahia seja o sujeito ativo da relação tributária em relação à operação de importação de mercadorias objeto da autuação, o estabelecimento autuado não figura no pólo passivo desta relação tributária, sendo nulo o lançamento de ofício por ilegitimidade passiva.

Nos termos do art. 21 do RPAF/99, represento a autoridade competente para repetição dos atos, a salvo de falhas.

Por derradeiro, no que concerne a indicação do impugnante para que as intimações sejam realizadas no endereço Rua Teixeira de Freitas, 31, 13º andar, Centro, Município do Rio de Janeiro, RJ, CEP 20.021-902, ressalto que nada obsta o atendimento do pleito e que o órgão competente da Secretaria da Fazenda possa enviar as intimações e demais comunicações concernentes ao andamento deste processo para o endereço apontado. Observo, contudo, que o não atendimento da solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que as situações previstas para intimação ou ciência da tramitação dos processos ao contribuinte estão disciplinadas no art. 108 do RPAF/99.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.”

Ao final desse “*decisum*”, a JJF recorreu de ofício da presente Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal 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 7.851/00, com efeitos a partir de 10.10.00.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício por ter a Decisão de primeiro grau desonerado totalmente o recorrido na medida que declarou a nulidade da autuação por ilegitimidade passiva.

Da análise dos documentos que instruem os autos em cotejo com a Decisão recorrida, verifico que, como supra relatado, tal julgado coaduna-se com o entendimento cediço deste CONSEF, no sentido de que o importador jurídico localizado em outro estado é o responsável pelo pagamento do ICMS nas importações que realizar quando não houver o respectivo trânsito no seu estabelecimento e as mercadorias sejam destinadas fisicamente a estabelecimento situado em outro estado para o qual deve ser recolhido o imposto, a teor do que dispõe o art. 573, I, do RICMS em harmonia com a LC 87/96.

Neste contexto, como salientado pelo Relator de primeira instância no voto acima transcrito, conquanto seja este Estado da Bahia o sujeito ativo, todavia, o recorrido é parte ilegítima, a culminar, por conseguinte, na nulidade do lançamento de ofício.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, mantendo na íntegra o julgado da JJF, pela nulidade do Auto de Infração, representando à autoridade competente de fiscalização de estabelecimentos, para renovar a ação fiscal, se possível.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº **232122.0201/10-5**, lavrado contra **SINOPEC INTERNATIONAL PETROLEUM SERVICE DO BRASIL LTDA.**, devendo o recorrido ser cientificado desta Decisão, com ciência também, ao patrono do contribuinte, no endereço indicado no voto do relator de 1ª Instância. Representa-se à autoridade competente de fiscalização de estabelecimentos, para renovar a ação fiscal, se possível.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de agosto de 2011.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS