

A. I. N° - 210943.0021/09-8
AUTUADO - BOMPREÇO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA.
AUTUANTE - CARLOS LÁZARO DE ANDRADE
ORIGEM - IFMT-DATMETRO
INTERNET - 27.04.2011

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0082-04/11

EMENTA: ICMS. IMPORTAÇÃO. DESEMBARAÇO ADUANEIRO EM OUTRO ESTADO. DESTINO FÍSICO. NULIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA. Aplicação da disciplina do art. 155 do RPAF/99. Trânsito fícto de entrada e saída do estabelecimento do importador disciplinado no art. 2º, §1º, inciso IV do RICMS/BA. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 22/10/2009, reclama o ICMS no valor de R\$14.802,79, 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 nº 210943.0102/09-8 (fl. 5).

O autuado apresenta, tempestivamente, impugnação às fls. 46 a 56 dos autos, aduzindo, primeiramente, que o estabelecimento autuado não mais existe uma vez que foi baixado em 11/03/1994, conforme documento que anexa. Em seguida, diz que as mercadorias importadas descritas na Declaração de Importação nº. 09/1253723-4 (doc. 05) foram importadas e adquiridas por outra pessoa jurídica, qual seja, Bompriço Supermercados do Nordeste Ltda., localizada no Estado de Pernambuco, mas precisamente na Av. Caxangá, nº. 3841, Iputinga, Cidade do Recife, CEP 50.670-000, com inscrição no CNPJ/MF sob o nº. 13.004.510/0001-89 e no Cadastro do Estado de Pernambuco sob o nº. 000104302 (doc. 06).

O Impugnante junta cópia da Nota Fiscal de Entrada de nº. 11281 (doc. 07), para demonstrar que o remetente das mercadorias importadas é Gibson Overseas Inc., sediada no exterior, e o adquirente é o Bompriço Supermercados do Nordeste LTDA, localizado no Estado de Pernambuco.

Argumenta que, no momento da entrada física das citadas mercadorias no estabelecimento da Impugnante encerrou-se a operação de importação, não havendo, portanto, o que se falar em fato gerador do ICMS - Importação para o Estado da Bahia, muito menos que a responsabilidade seja de um estabelecimento baixado localizado em Salvador.

Ressalta que a Impugnante só posteriormente e em operação interestadual, as mercadorias foram enviadas ao Estado da Bahia através da Nota Fiscal de Saída de nº. 18332 (doc. 08), mais precisamente à pessoa jurídica BOMPRIÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA, CNPJ 97.422.620/0001-50 e no CAD-ICMS/BA sob o número 40.721.448 (doc. 09), operação essa que incide tão-somente o ICMS normal, conforme valores devidamente destacados.

Por tais razões, com base no art. 18, IV, “a” e “b” que transcreve, o Auto de Infração deve, preliminarmente, ser julgado nulo por inexistir o estabelecimento autuado, ou acaso ultrapassado, improcedente em sua integridade, por inexistir qualquer ofensa ao art. 155, II, §2º, IX, alínea “a”, da Constituição Federal, ao art. 11, I, alínea “d”, da Lei Complementar nº 87/96 e ao art. 573 do RICMS/BA.

Quanto ao mérito da autuação, transcrevendo o art. 155, §2º, IX, “a”, da Constituição Federal, argumenta que a regra matriz de incidência do ICMS - Importação dispõe inequivocamente que o ICMS cabe ao Estado em que estiver domiciliado o destinatário da mercadoria.

Do mesmo modo, 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 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. 05 ao 08).

Observa que para que fosse possível a cobrança do ICMS-Importação pelo Estado da Bahia, o que se cogita em absurdo diante da inexistência do domicílio autuado, seria necessário que não houvesse trânsito das mercadorias importadas no estabelecimento do Importador, o que não ocorreu na espécie (v. docs. 06 e 07), pelo que transcreve o art. 573, I do RICMS/BA.

Por isso, diz não restarem dúvidas que o ICMS-Importação incidente sobre a importação das mercadorias descritas na Declaração de Importação nº. 09/1253723-4, ora exigido, é de competência do Estado de Pernambuco (CF/88, art. 155, §2º, IX, “a”).

Assim, por não possuir legitimidade passiva para figurar na relação jurídico-tributáriaposta 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 definido no art. 113 do CTN) porque do contrário seria dar um cheque em branco ao legislador tributário para fixar, ao seu talante, 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 indubiosa 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 à presente Impugnação, para que, seja decretada a total nulidade e, se ultrapassada a preliminar, seja julgada a IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração, tendo em vista as razões referidas.

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 lídima JUSTIÇA!

O autuante, às fls. 98 a 100 dos autos, apresenta informação fiscal, inicialmente tratando sobre a preliminar arguida, diz que o Impugnante apegue-se a uma circunstância que não considera elementar na verificação do fato gerador do ICMS devido na importação de mercadorias, uma vez que a indicação equivocada do antigo endereço do estabelecimento do contribuinte, que informa o sistema de dados da SEFAZ/BA, não causou cerceamento à defesa do contribuinte.

Argumenta que graças ao caráter itinerante do PAF houve saneamento desta falha circunstancial, posto que os responsáveis legais do sujeito passivo foram cientificados da existência da demanda porque a peça inicial contém os elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator, de modo que o art. 18, IV, “a” do RPAF não deve ser aplicado.

A seguir, rebate os fundamentos legais arguidos na defesa dizendo que não basta a simples emissão da nota fiscal 11281 (fl. 10) assinalando a opção de entrada para que, no dia 16/10/09, a mercadoria tivesse sido transportada pela empresa consignada no documento fiscal e depois estocada no endereço do importador para ser, imediatamente, ou seja, no mesmo dia, objeto de venda (fl. 11) e coletada pela mesma transportadora que emitiu o CRT 84533.

Acrescenta que o manifesto de carga e conhecimento de transporte rodoviário de cargas (fls. 8 e 9) emitidos pela empresa que fez a coleta e entrega da mercadoria importada não deixa margem para dúvida de que a mercadoria importada não saiu do estabelecimento do importador, pois os dados referentes à coleta, origem e destino da mercadoria informa que ela saiu diretamente da zona da alfândega do porto de Suape no município de Ipojuca-PE, para o estabelecimento de contribuinte do Estado da Bahia.

Copiando o comprovante de inscrição e situação cadastral, alega que o CRTC 84533 (fl. 9) contém o número da nota fiscal de importação da mercadoria e evidencia que, assim como a mercadoria, toda a documentação federal e estadual desde a importação sempre esteve em poder da empresa descrita no campo origem do CRTC.

Finalmente, para demonstrar que efetivamente a mercadoria não ingressou fisicamente no estabelecimento do importador, chama atenção para o fato de que as atividades exercidas pela SUATA exigem rigoroso controle sobre a mercadoria até a sua entrega, de modo que o container que acomodou a mercadoria importada ainda estava com seu lacre na ocasião da coleta pela transportadora LIMEIRA LOGÍSTICA.

Conclui pedindo a procedência do Auto de Infração.

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 desembarço aduaneiro ocorre, ou não, em estado diverso de seu domicílio.

O autuado, preliminarmente, suscitou a nulidade do Auto de Infração por ilegitimidade passiva, pois o adquirente e importador das mercadorias foi o estabelecimento localizado no Estado de Pernambuco, ao passo que o Auto de Infração foi lavrado contra o estabelecimento baiano.

A despeito de na análise dos autos, de fato, constatar a existência da ilegitimidade passiva suscitada pelo Impugnante, diante da possibilidade de decidir o mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, com fundamento no parágrafo único do art. 155 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, passo à apreciação da questão material do Auto de Infração.

Pois bem, ao dispor sobre operações de importação de mercadorias do exterior, o § 1º do artigo 573 do RICMS/BA, prevê 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 (GNRE)”.

Ao examinar a Declaração de Importação nº 09/1253723-4 (fl. 13) e o correspondente Comprovante de Importação (fl. 16), constato que as mercadorias objeto do presente Auto de Infração foram adquiridas e importadas por BOMPREÇO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA., CNPJ 13.004.510/0001-89, estabelecido na cidade de Recife-PE, onde ocorreu o desembarque aduaneiro das mercadorias (fl. 17). Tem-se, portanto, uma situação em que as figuras do adquirente e do importador se fundem em uma única pessoa.

O fato apurado – uma operação em que o desembarque aduaneiro ocorreu no Estado de Pernambuco, onde estava estabelecido o adquirente e importador das mercadorias – se subsume perfeitamente ao previsto no § 1º do artigo 573 do RICMS/BA e, em consequência, o sujeito passivo da relação jurídico-tributária é o BOMPREÇO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA., CNPJ 13.004.510/0001-89, estabelecido na cidade de Recife-PE.

Considerando que o Auto de Infração em comento foi lavrado contra o estabelecimento situado na Bahia (CAD-ICMS 23478998), fica caracterizada a ilegitimidade passiva do autuado, o que macula de nulidade o lançamento tributário. Entretanto, repisando o já acima dito, não a pronuncio nessa lide.

Examinando tanto os argumentos de acusação como os de defesa, de logo constato que as partes concordam em que o local da operação relativa à circulação de mercadorias ou bens, para efeito de cobrança do ICMS e da definição do estabelecimento responsável pelo recolhimento do tributo é o do estabelecimento onde ocorra a entrada física da mercadoria ou bem importado do exterior, possuindo como sujeito ativo da relação tributária a unidade federada onde estiver situado o estabelecimento em que ocorrer a entrada física das mercadorias ou bens, quando destinadas 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.

Do ponto de vista essencial para dirimir essa lide, analisando as provas autuadas, em especial a Declaração de Importação de fs. 13-15 e o Comprovante de Importação de fl. 16, vejo que o importador das mercadorias objeto da autuação é a empresa BOMPREÇO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA, CNPJ 13.004.510/0001-89, situada no Estado de Pernambuco, onde ocorreu o desembarque aduaneiro. Esta constatação atesta o argumento defensivo quanto à figura do importador neste caso, ao tempo que chamo atenção para o fato de o autuante nada objetar quanto a esse aspecto. Assim, nesta lide, a divergência matricial reside quanto ao local em que, de fato, ocorreu a entrada física da mercadoria importada para se determinar o sujeito ativo da operação de importação no que se refere ao ICMS, vez que o Impugnante alega ser Pernambuco, tendo internalizado a mercadoria com entrada no estabelecimento importador através da nota fiscal 11.281 (fl. 10), efetuando, posteriormente, uma remessa interestadual para a Bahia através da nota fiscal 18.332 (fl. 11), enquanto que o autuante entende ser a Bahia, pois alega não ter havido a entrada física da mercadoria no estabelecimento do importador, uma vez que a mercadoria saiu diretamente do porto de Suape para um estabelecimento comercial na Bahia.

Ora, no caso presente, não tenho dúvida que a relação jurídico-tributária em questão se processou entre o estabelecimento importador e o Estado de Pernambuco onde aquele se situa e onde ocorreu o desembarço aduaneiro conforme as provas autuadas (DI, Comprovante de Importação). Neste caso, a polêmica relativa à entrada física da mercadoria é resolvida pela disciplina exposta no art. 2º, §1º, IV do RICMS/BA que transcrevo abaixo, pois, embora de forma ficta, mas de pleno efeito legal, ocorreu o trânsito da mercadoria no estabelecimento do importador repercutindo no sentido de estimar o Estado de Pernambuco como o sujeito ativo em relação ao ICMS decorrente da operação de importação. Oportuno é dizer que o documento de fl. 18 do PAF, expedido pela Secretaria da Fazenda de Pernambuco, informa que o importador cumpriu com a obrigação tributária na ocasião do desembarço aduaneiro, sendo que a renúncia ao recebimento do tributo decorre da adoção de uma política fiscal que não comporta análise neste processo.

Art. 2º ...

§ 1º Para os efeitos deste Regulamento, considera-se:

IV - como tendo entrado e saído do estabelecimento do importador, do arrematante ou do adquirente em licitação promovida pelo poder público, neste Estado, a mercadoria estrangeira saída de repartição aduaneira ou fazendária com destino a estabelecimento diverso daquele que a tiver importado, arrematado ou adquirido;

Deste modo, considerando que a norma baiana do ICMS acolhe como tendo entrado e saído do estabelecimento do importador, a mercadoria estrangeira saída de repartição aduaneira ou fazendária com destino a estabelecimento diverso daquele que a tiver importado, não há como refutar tal procedimento neste caso.

De todo modo, ressalto que tanto na doutrina como no âmbito dos fiscos estaduais é antiga a polêmica no que diz respeito ao sujeito ativo na operação de importação, especificamente, nas operações triangulares por conta e ordem e por encomenda.

No âmbito dos fiscos, alguns estados, como Paraná e Santa Catarina, sempre tiveram o local da operação ou da prestação, para efeito de cobrança do ICMS, o em que estiver situado o importador, porque nas operações de importação de mercadorias ocorrem dois fatos geradores do ICMS, um na entrada da importação e outro na saída, por ocasião da venda dessas mercadorias a outro Estado. Tal entendimento também se deu interpretando que o texto constitucional em seu art. 155, § 2º, IX, “a” determina que o imposto é devido ao Estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento destinatário da mercadoria.

Apesar do entendimento doutrinário majoritário, alguns Estados interpretam a questão de forma distinta, entendendo que o ICMS é devido ao Estado do estabelecimento no qual ocorre a entrada física da mercadoria importada.

Assim, por exemplo, havendo importação por um estabelecimento do Paraná, com desembarço em Santos/SP, e o cliente comprador (entrada física) se situando no Rio Grande do Sul, para quem seria devido o ICMS? O fisco Paranaense exigiria para o Estado importador e o fisco Rio Grandense exigiria o ICMS para o destino físico. Em um caso como este, o importador ficava sem saber para quem recolher: se aplica o entendimento do seu ou do outro Estado, o que implica em várias complicações.

Contudo, a despeito de ainda perdurar a celeuma tributária, uma sequência de recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, a meu ver, dirimiu essa questão (AI 653654 AgR / RS de 14/09/2010, RE 600559 AgR / SP de 14/09/2010, RE 445544 AgR / MG de 23/03/2010, RE 430372 AgR / MG, de 16/03/2010, RE 405457 / SP de 04/12/2009), ao firmar decisões que o ICMS é devido ao Estado importador, considerando que o dispositivo do artigo 155 da Constituição, afirmou que a parte final do dispositivo estabelece a competência para arrecadação do ICMS incidente sobre operações de importação com base no princípio da territorialidade, “o destinatário a que alude o dispositivo constitucional é o jurídico, isto é, o destinatário legal da operação da qual resulta a transferência de propriedade do bem, ou seja, o importador adquirente”

Nas citadas decisões, o Ministro Joaquim Barbosa afirmou, ainda: "O que se indaga é quem foi o importador, pessoa efetivamente responsável pelo negócio jurídico que subsidiou a operação, que trouxe os produtos ao território nacional".

No caso presente, é patente que meu entendimento encontra respaldo nas decisões citadas, cujas ementas aqui transcrevo.

AI 653654 AgR / RS - RIO GRANDE DO SUL
AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO
Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA
Julgamento: 14/09/2010 **Órgão Julgador: Segunda Turma**

Publicação
DJe-190 DIVULG 07-10-2010 PUBLIC 08-10-2010
EMENT VOL-02418-09 PP-01917
RTFP v. 18, n. 95, 2010, p. 289-293

Parte(s)
AGTE.(S) : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AGDO.(A/S) : COMERCIAL SUL IMPORTADORA EXPORTADORA LTDA
ADV.(A/S) : MAGDA BROSSARD IOLOVITCH E OUTRO(A/S)

EMENTA: TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO E DE TRANSPORTE INTERMUNICIPAL E INTERESTADUAL. ICMS. IMPORTAÇÃO. SUJEITO ATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. 1. Segundo orientação firmada por esta Corte, o sujeito ativo do ICMS incidente sobre operações de importação de mercadorias é o estado (ou o Distrito Federal) em que localizado o destinatário jurídico do bem. 2. Destinatário jurídico não se limita ao estabelecimento em que houve a entrada física do bem. Necessidade de interpretação do contexto fático-legal. 3. Existentes duas operações distintas, ambas tributadas (a primeira de entrada do bem estrangeiro em território nacional, a segunda de remessa interestadual), descabe, sem indicação precisa de elementos comprobatórios de fraude, dolo ou simulação, descabe modificar a conclusão a que chegou o Tribunal de origem. 4. A princípio, questões relativas à concessão pretensamente inconstitucional de benefícios fiscais devem ser resolvidas pelos instrumentos federativos, judiciais ou extrajudiciais, sem que os entes federados busquem soluções individuais, circunscritas à sua autonomia e em franca divergência com os ideais de convivência harmônica e de segurança jurídica emanados da Constituição. Agravo regimental ao qual se nega provimento.

RE 600559 AgR / SP - SÃO PAULO
SEGUNDO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO
Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA
Julgamento: 14/09/2010 **Órgão Julgador: Segunda Turma**

Publicação
DJe-190 DIVULG 07-10-2010 PUBLIC 08-10-2010
EMENT VOL-02418-08 PP-01633

Parte(s)
AGTE.(S) : USIMINAS MECÂNICA S/A
ADV.(A/S) : RENATO FERNANDES TIEPPO E OUTRO(A/S)
AGDO.(A/S) : ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ementa

EMENTA: TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE OPERAÇÃO DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. ICMS. IMPORTAÇÃO. SUJEIÇÃO ATIVA. ESTADO EM QUE LOCALIZADO O DESTINATÁRIO JURÍDICO DAS MERCADORIAS. 1. Segundo orientação firmada por esta Corte, nas operações das quais resultem a importação de bem do exterior, o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS é devido ao estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário jurídico do bem, pouco importando se o desembaraço ocorreu por meio de ente federativo diverso. 2. A pesquisa sobre o "destinatário jurídico" não se esgota no exame formal da estrutura ou do modelo de importação ou de negócios adotado. Outros dados, como a utilização a ser dada ao bem e posteriores operações de circulação, tributadas ou não, são

relevantes para desate da controvérsia. No caso em exame, a própria empresa-agravante reconhece que o destinatário dos bens, entidade que iria dar-lhes função econômica, estava localizado em Taubaté/SP. Nesse sentido, competia à parte-agravante indicar a legitimidade do estabelecimento formalmente apontado como importador, fosse ela econômica, de propósito negocial ou jurídica. Agravo regimental ao qual se nega provimento.

**RE 445544 AgR / MG - MINAS GERAIS
AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO**

Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA

Julgamento: 23/03/2010 Órgão Julgador: Segunda Turma

Publicação

DJe-081 DIVULG 06-05-2010 PUBLIC 07-05-2010

EMENT VOL-02400-06 PP-01132

Parte(s)

AGTE.(S) : AMER SPORTS BRASIL LTDA - ATUAL DENOMINAÇÃO DE WILSON
SPORTING GOODS BRASIL LTDA
ADV.(A/S) : IVES GANDRA DA SILVA MARTINS E OUTRO(A/S)
AGDO.(A/S) : ESTADO DE MINAS GERAIS
ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ementa

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO. RAZÕES DE AGRAVO DISSOCIADAS DO QUADRO EXAMINADO. INÉPCIA. 1. É inepto o recurso de agravo que narra quadro incompatível com as premissas fáticas assentadas na inicial, no acórdão recorrido e nas razões de recurso extraordinário. Possibilidade de erro material considerada, consistente na indicação do Estado do Espírito Santo como local de importação dos bens, enquanto a inicial, o acórdão recorrido e o recurso extraordinário falam no Estado de São Paulo. **CONSTITUCIONAL. IMPOSTO SOBRE OPERAÇÃO DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO E DE TRANSPORTE INTERMUNICIPAL E INTERESTADUAL. ICMS. IMPORTAÇÃO. SUJEIÇÃO ATIVA. REAL DESTINATÁRIO JURÍDICO DA OPERAÇÃO.** ART. 155, § 2º, IX, A DA CONSTITUIÇÃO. OPERAÇÃO DE IMPORTAÇÃO POR ENCOMENDA VERSUS OPERAÇÃO DE IMPORTAÇÃO POR CONTA E ORDEM DE TERCEIROS. CARACTERIZAÇÃO JURÍDICA DADA AO QUADRO FÁTICO COERENTE. RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 2. Nos termos de orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal, o sujeito ativo do ICMS devido nas operações de importação é o ente federado em que localizado o real destinatário jurídico da mercadoria. Quadro fático em que evidenciado o Estado de Minas Gerais como sede do estabelecimento recipiente da mercadoria. Agravo regimental ao qual se nega provimento.

**RE 430372 AgR / MG - MINAS GERAIS
AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO**

Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA

Julgamento: 16/03/2010 Órgão Julgador: Segunda Turma

Publicação

DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010

EMENT VOL-02399-07 PP-01541

Parte(s)

AGTE.(S) : ENGEREDES REDES DE MULTIMÍDIA S/A
ADV.(A/S) : JOSÉ ROBERTO CAMARGO
AGDO.(A/S) : ESTADO DE MINAS GERAIS
ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO E DE TRANSPORTE INTERMUNICIPAL E INTERESTADUAL. ICMS. IMPORTAÇÃO. SUJEITO ATIVO. DESTINATÁRIO JURÍDICO DA OPERAÇÃO DE IMPORTAÇÃO. CLASSIFICAÇÃO JURÍDICA ATRIBUÍDA AO QUADRO FÁTICO. 1. O sujeito ativo do ICMS incidente sobre operações de importação é o ente federado (estados ou Distrito Federal) em que localizado o destinatário jurídico da avença. 2. A identificação do destinatário jurídico da operação de

importação depende da classificação jurídica atribuída ao quadro fático. O acórdão recorrido não estabeleceu o destinatário físico dos bens importados como critério para identificar o sujeito ativo do ICMS. Em sentido contrário, o Tribunal de origem adotou critérios econômico-jurídicos para concluir que a empresa-agravante era a destinatária real das operações. Nesse sentido, o acórdão recorrido está em consonância com a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal. 3. A empresa-agravante não conseguiu afastar a classificação jurídica atribuída pelo acórdão recorrido às operações de importação. Agravo regimental ao qual se nega provimento.

**RE 405457 / SP - SÃO PAULO
RECURSO EXTRAORDINÁRIO**

Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA

Julgamento: 04/12/2009 Órgão Julgador: Segunda Turma

Publicação

DJe-022 DIVULG 04-02-2010 PUBLIC 05-02-2010

EMENT VOL-02388-03 PP-00447

Parte(s)

RECTE.(S) : LA VIOLETERA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS LTDA

ADV.(A/S) : LÍGIA APARECIDA GODOI FORTES

RECDO.(A/S) : ESTADO DE SÃO PAULO

ADV.(A/S) : PGE-SP LÚCIA DE ALMEIDA LEITE

Ementa

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE A CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS - ICMS. IMPORTAÇÃO. SUJEITO ATIVO. ESTADO EM QUE LOCALIZADO O DESTINATÁRIO JURÍDICO OU ESTADO EM QUE LOCALIZADO O DESTINATÁRIO FINAL DA OPERAÇÃO (ESTABELECIMENTO ONDE HAVERÁ A ENTRADA DO BEM). ART. 155, § 2º, IX, A, DA CONSTITUIÇÃO. Nas operações das quais resultem a importação de bem do exterior, o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS é devido ao estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário jurídico do bem, pouco importando se o desembarque ocorreu por meio de ente federativo diverso. Recurso extraordinário conhecido e provido.

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

VOTO DISCORDANTE

Concordo com o posicionamento do nobre Relator quanto à sujeição passiva tendo em vista que a Declaração de Importação (fl. 12) e Comprovante de Validação do Desembarque de Mercadorias Importadas (fl. 18) indica com adquirente da mercadoria importada o estabelecimento Bomprefco Supermercados do Nordeste. CNPJ 13.004.510/0001-89 localizado no Estado de Pernambuco. Portanto, o sujeito passivo em relação ao pagamento do ICMS-Importação é o importador/adquirente da mercadoria (real importador) localizado no Estado de Pernambuco.

No tocante ao local da operação para efeito de cobrança do imposto o legislador elegeu o local do destino físico da mercadoria (aspecto territorial) de acordo com o art. 11, I, "d" da LC 87/96 (art. 13, I, "d" da Lei nº 7.014/96; art. 573, I, §1º do RICMS/BA).

Dispõe o artigo 11, I, "d", da LC 87/96:

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 à entrada física;

Ressalto que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) na decisão do REsp 119075- MG – 2010/0071583-0, publicado no DO de 14/41/10, cujo Relator foi o Ministro Luiz Fux não deu conhecimento ao recurso impetrado contra o Estado de Minas Gerais por entender que o ICMS-importação é destinado ao estado onde está localizado o destinatário final do bem importado, a despeito de o

desembarço aduaneiro ocorrer em outro Estado com fundamento no dispositivo e diploma legal acima transcrito.

No citado REsp, a HANOVER BRASIL LTDA com sede no Rio de Janeiro, importou maquinário necessário para a execução dos serviços, recolheu o ICMS-Importação aos cofres do Estado do Rio de Janeiro, onde se encontrava localizada a Matriz da impetrante e após o desembarço aduaneiro, remeteu os bens em transferência para a filial localizada no Estado de Minas Gerais (município de Santos Dumont), onde foram utilizados na execução dos serviços de compressão de gás natural. O Estado de Minas Gerais reclamou o ICMS - Importação que foi recolhido para o Estado do Rio de Janeiro.

O ministro na fundamentação do seu voto externou que esta hipótese excepcional de arrecadação do ICMS pelo Estado do destinatário final da mercadoria e não ao Estado importador (de origem) do bem, objetiva evitar uma grande desigualdade social na destinação dos recursos, entre estados produtores e consumidores tendo em vista que nem todos os Estados da Federação possuem condições de receber a demanda de mercadorias vindas do exterior, que exigem a estrutura de grandes Portos.

Manifestou ainda, que “em se tratando de ICMS sobre a importação, é de somenos importância se a intermediação para o recebimento da mercadoria foi realizada por terceiro ou por empresa do mesmo grupo-matriz, filiais ou qualquer outra "subdivisão" (grifo nosso). Deve-se levar em consideração o Estado do destinatário final, para fins de arrecadação tributária e cumprimento de política fiscal - distribuição de riquezas - principalmente aos Estados menos favorecidos”.

Por isso, com fundamento na decisão do REsp 119075- MG – 2010/0071583-0 do STJ, admitindo-se na situação presente, mesmo que houvesse entrada do bem importado no estabelecimento do Bompreço Supermercados do Nordeste situado no Estado do Espírito Santo, a Nota Fiscal 18.332 (fl. 11) indica no campo de dados adicionais: “DI 09/1253723-4; PO: 2009.30.5057; Pedido: 1351842 e DMI: 9032/2009”. Como os bens importados foram destinados a empresa Bompreço Supermercados Ltda CNPJ 97.422.620/0001-50, sendo esta unidade da Federação onde está localizado o destinatário final do bem importado, o ICMS-Importação é devido ao Estado da Bahia.

Entendo ainda, que a simples emissão de entrada feita pelo estabelecimento importador não configura que ocorreu entrada física no estabelecimento localizado no Estado de Pernambuco, definindo apenas que aquele estabelecimento figura no pólo passivo como importador. Após o ato do desembarço aduaneiro a mercadoria ora nacionalizada sendo encaminhado para estabelecimento localizado no Estado da Bahia, o legislador elegeu o local do destino físico da mercadoria (aspecto territorial) de acordo com o art. 11, I, “d” da LC 87/96 (art. 13, I, “d” da Lei 7.014/96; art. 573, I, §1º do RICMS/BA), portanto o sujeito ativo desta relação jurídica.

Ressalto 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.

Por sua vez o art. 573, I e III, do RICMS/97 determinam os procedimentos a serem observados, para viabilizar o pagamento do imposto ao Estado onde ocorrer a entrada física dos bens importados.

Também, 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) são contempladas no regime de diferimento conforme disposto no art. 343 do citado diploma legal, 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;

Por tudo que foi exposto, concluo que embora o Estado da Bahia seja o sujeito ativo em relação às operações de importações de mercadorias objeto da autuação, o estabelecimento autuado não figura no pólo passivo de acordo com a legislação do ICMS e deve ser declarado nulo o lançamento de ofício por configurar ilegitimidade passiva.

Constatou ainda que o apelante na assentada do julgamento peticionou que fosse acostado ao processo a decisão contida no Acórdão JJF 0353-01/10 que em situação similar decidiu pela nulidade do julgamento por ilegitimidade passiva, fundamentando que o sujeito passivo da relação jurídica tributária é o BOMPREÇO SUPERMERCADOS DO NORDESTE – CNPJ 13.004.510/0001-89 localizado na cidade de Recife-PE e não o estabelecimento destinatário localizado no Estado da Bahia.

Embora aquela decisão tenha sido proferida em primeira instância, constato que o Relator daquele processo (210943.0031/09-3) fez representação à autoridade competente no sentido de programar nova ação fiscal a salvo de falhas, o que implicitamente subtende-se que o Estado da Bahia é o sujeito ativo e o importador localizado no Estado de Pernambuco o sujeito passivo desta relação jurídica. Me coaduno com este posicionamento, entendo que o Auto de Infração deve ser declarado nulo por ilegitimidade passiva, sem adentrar ao mérito e representar à autoridade competente para renovar a ação fiscal a salvo de falhas.

Ante o exposto voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210943.0021/09-8**, lavrado contra **BOMPREÇO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA**.

Esta Junta recorre, de ofício, desta 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 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de abril de 2011.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/VOTO DISCORDANTE

JORGE INACIO DE AQUINO – RELATOR

PAULO DANILLO REIS LOPES – JULGADOR