

A. I. N° - 232122.0201/10-5
AUTUADO - SINOPEC INTERNATIONAL PETROLEUM SERVICE DO BRASIL LTDA.
AUTUANTE - EDMUNDO SILVA COSTA
ORIGEM - IFMT-DAT/SUL
INTERNET - 09. 06. 2011

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0154-01/11

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. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/12/2010, exige 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. Tendo sido emitido o Termo de Apreensão n° 232122.0201/10-5, fl. 9, das mercadorias importadas constantes da DI 10-2153949-1. Consta no campo “Descrição dos fatos” do Auto de Infração que no trânsito de mercadorias a Fiscalização constatou que a empresa Sinopec International Petroleum Service do Brasil Ltda., 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 Sinopec International Petroleum Service do Brasil Ltda., estabelecida na cidade de Teixeira de Freitas/BA, sem efetuar o pagamento do ICMS devido.

O autuado, através de advogados legalmente constituídos, apresentou defesa (fls. 93 a 105) indicando como endereço a Rua Portugal, n° 15, no Bairro Jardim Europa, no Município de Teixeira de Freitas, BA, CEP 45996-041, inscrita no CNPJ-MF sob o n° 07.199.883/0004-00, e, com Sede Social, na Rua Teixeira de Freitas, 31, 13° andar, Centro, Município do Rio de Janeiro, RJ, CEP: 20.021-902, onde receberá intimações.

Reporta-se sobre os fatos que culminaram com a autuação, para em seguida rechaçar a acusação fiscal, observando, primeiramente, que as mercadorias objeto da autuação envolvem unicamente ativos fixos recebidos em transferência de outro estabelecimento do autuado, para uso e consumo na obra em fase de realização pela mesma no Estado da Bahia, conforme comprovam os documentos provenientes da contabilidade fiscal constantes no Anexo 3.

Diz que inobstante os Estados, incluindo o da Bahia, tenham se empenhado em passar a exigir o pagamento do ICMS nas operações interestaduais envolvendo materiais procedentes do exterior, adquiridos não só pelas empresas de construção civil, como também por outros contribuintes, mediante a edição de Decretos estaduais, que contêm dispositivos como os empregados no enquadramento do Auto de Infração, no caso, o artigo 572, § 7º, c/c os artigos 47, inciso X, 573, 911 e

913, todos do RICMSBA, a realidade é que a interpretação mais correta da Constituição Federal e da legislação complementar correlata não oferecem guarida à pretensão do Fisco estadual, tendo em vista, principalmente que o ICMS de importação é devido ao Estado onde se encontra o estabelecimento importador das mercadorias, conforme reconhece a jurisprudência das Cortes superiores, e, no tocante às empresas de construção civil, como é seu caso, a realidade é a de que estas não se revestem nem de contribuintes do ICMS, no que diz respeito aos materiais empregados em suas obras, nem se constituem em consumidoras finais dos produtos que adquirem para empregar nas mesmas obras.

Aduz que apesar de o Convênio ICMS 71/89 tentar legitimar a exigência, sua determinação não passa de apenas um louvável esforço em buscar por via “infra” legal a consubstanciação de uma pretensão que não se molda para as empresas de engenharia voltadas para a construção civil ou para outras atividades envolvendo a execução de trabalhos de engenharia, que não se caracterizam como envolvendo o consumo final da mercadoria nem a revenda das mesmas em ato subsequente ao recebimento dos materiais, considerando que estes são empregados apenas na execução das obras de construção civil contratadas.

Salienta que o artigo 34 do ADCT da CF/88, em seu § 8º, previu apenas que, na omissão do legislador complementar, os Estados poderiam, mediante convênio, viabilizar a instituição do ICMS, estabelecendo normas gerais a respeito desse imposto, contudo, em seu § 5º recepcionou toda a legislação anterior, não incompatível com o novo sistema constitucional tributário.

Frisa que a atribuição de competência aos Estados, de modo a suprirem eventual omissão do legislador complementar, há de ser entendida no que diz respeito ao estritamente necessário à implantação do ICMS no tocante à sua exigência com relação aos serviços de comunicação e aos serviços intermunicipais e interestaduais de transporte ausentes no sistema tributário anterior, mas não com relação à circulação de mercadorias, já prevista e dotada de legislação de regência totalmente compatível com a nova Constituição de 1988 e, portanto, por esta recebida, sustentando-se, por esta razão, a inconstitucionalidade do referido Convênio e dos demais dispositivos legais que buscam o pagamento do ICMS sobre bens de uso e consumo e sobre bens de ativo fixo, quer importados por outro Estado ou não.

Alega que o Convênio e a legislação do Estado da Bahia antes citada, mostram-se inconstitucionais igualmente sob o aspecto material, considerando que as empresas de construção civil não são contribuintes do ICMS com relação aos serviços de engenharia que prestam e isso fica absolutamente claro após a edição da Lei Complementar 116/03, que não apenas manteve as empresas de construção civil como contribuintes do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN, como também não incluiu qualquer ressalva estabelecendo a incidência do ICMS sobre os materiais empregados nas obras, confirmando que a ampliação do campo de incidência do ICMS na Constituição de 1988 limitou-se apenas a abranger as prestações de serviços que determinaram a inclusão do “S” na sigla anterior “ICM”, mas sem modificar a tributação das operações de circulação de mercadorias.

Invoca lição do mestre Ives Gandra da Silva Martins, referente ao fato gerador do ICMS, no sentido de que anteriormente à edição da Lei Complementar 116/03, “... *no concernente às operações relativas à circulação de mercadorias não houve alteração no novo texto,...*”.

Assevera que as operações típicas das empresas de construção civil permanecem sob mesmo regime jurídico, ou seja, submetem-se única e exclusivamente à tributação municipal pelo ISSQN, portanto, não sendo contribuintes do ICMS quanto aos materiais empregados em suas obras.

Realça que no tocante à sujeição dos serviços de engenharia ao Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza deve-se de ter sempre em conta a Lista de serviços de que trata a Lei Complementar 116/03 e mais especialmente o item 7.2 aplicável aos serviços prestados pela

Autuada, que confirmam não só o anteriormente disposto no Decreto-lei 406 como também, já sob a égide da nova Constituição, o previsto na Lei Complementar 87/96, que já determina no seu artigo 3º, V, a não incidência do ICMS sobre as "operações relativas a mercadorias que tenham sido ou que se destinem a ser utilizadas na prestação, pelo próprio autor da saída, de serviço de qualquer natureza definido em lei complementar como sujeito ao Imposto sobre Serviços, de competência dos Municípios, ressalvadas as hipóteses previstas em lei complementar".

Enfatiza que em nenhum momento os bens objeto da autuação foram "fabricados" pelo seu estabelecimento fora do local de serviços, objeto da ressalva contida no item da Lista acima reportada, o que reforça o ponto quanto a não sujeição do ICMS nas operações de transferência de material de uso e consumo, na qualidade de "insumo" da obra, quer importados quer de procedência nacional.

Reitera que as empresas de construção civil não se constituem no "consumidor final" dos materiais que utilizam em sua atividade fim, sendo o rigor terminológico em questão de suma importância para não se confundir o "consumo" com "insumo".

Diz não restar dúvida, que o "consumo" envolve o emprego de uma mercadoria para a satisfação de necessidade pessoal de um consumidor e o "insumo" ocorre quando da utilização de um bem na produção de outros bens ou na prestação de serviços em que estes se empregam. Acrescenta que dessa forma, a utilização, que não satisfaz nenhuma necessidade, não configura "consumo" mas "insumo" do bem ou do serviço produzido.

Salienta que na qualidade de empresa de construção civil, salvo nas situações excepcionais como as anteriormente apontadas, utiliza os bens que adquire de terceiros para a prestação de serviços de engenharia, não podendo, portanto, ser considerada como consumidor. Muito menos consumidor final, na medida em que esta qualificação ("final") envolve a impressão de que se trata da última etapa na circulação econômica do bem, distanciando-se da conceituação mais apropriada de "insumo" acima contextualizada. Sustenta que em razão do acima exposto, resta patente que a exigência do ICMS que lhe é feita na qualidade de empresa de construção civil, consiste em evidente invasão de competência dos Estados sobre os Municípios.

Afirma que não se pode admitir a aplicação de legislação Estadual que envolva insuperável conflito com a Constituição Federal e com a própria Lei Complementar editada com a finalidade de melhor detalhar as incidências nela previstas.

Alega que além de configurar inadmissível invasão, pelos Estados, de competência tributária dos Municípios, a exigência do ICMS na transferência de bens importados para uso e consumo representa verdadeira distorção no sistema do imposto, uma vez que, se fosse efetivamente devido pelas empresas da construção civil, o ICMS teria que incidir sobre o valor agregado, já que, na condição de contribuintes do ICMS, acabariam suportando o imposto nas saídas, creditando-se do imposto relativo às entradas, o que não ocorre no caso objeto da autuação.

Invoca decisão da Primeira Turma do STJ, em Recurso Especial julgado em 25 de outubro de 1995, no sentido de que "Não é lícito aos Estados, modificar, através de convênios, o DL 406/66, para - em operações interestaduais - submeter as empresas de construção civil ao tratamento previsto no Art. 155, VII, a da Constituição Federal." (REsp 62.589-PB, DJU II de 27.11.95 – página 40.850 e também "in" Repositório IOB de Jurisprudência 02/96 página 32). Destaca e transcreve o voto do eminente Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, que prevaleceu para o deslinde da questão levada ao STJ através do REsp acima identificado, dizendo assemelhar-se à perfeição à matéria objeto do Auto de Infração em lide.

Realça que o entendimento da Primeira Turma do STJ é fundamental, uma vez que, por um lado, reafirma a impossibilidade de um Convênio firmado entre os Secretários de Fazenda dos Estados

modificar o que se encontra está disposto em Leis recepcionadas com o caráter de Lei Complementar, esclarecendo conforme sustentado no princípio desta Impugnação que a excepcional autorização constante do § 8º do art. 34 do ADCT não permite que os Convênios tratem de matéria outra, além daquela estritamente necessária à implementação da nova abrangência do ICMS, qual seja, a prestação dos serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação. E reconhece a condição das empresas de construção civil de não contribuintes do ICMS.

Diz que se confirmou a posição já anteriormente consagrada pelo mestre Bernardo Ribeiro de Moraes no sentido de que "Na hipótese do prestador de serviços adquirir mercadorias de terceiros para emprego na obra, ficará ele sujeito apenas ao ISS." Acrescenta que da mesma forma, corrobora seu entendimento outro Acórdão do STJ que teve como Relator o Ministro Luiz Fux, afastando também a incidência do ICMS sobre as empresas de construção civil, salvo nas hipóteses excepcionadas na Lei de regência ou envolvendo a efetiva venda de mercadorias, acompanhando os precedentes anteriores da Corte, no caso, ERESP 149946/MS, Rel. Min. José Delgado, DJ 20/03/2000.

Prosseguindo, alega que especificamente quanto à incidência do ICMS nas importações, tendo em vista a legislação estadual do Estado da Bahia antes identificada, torna-se importante observar que, dentro do contexto maior de política exterior do Brasil, a questão colocada no Auto de Infração, parece suficiente para demonstrar que o problema tratado na impugnação não se limita às evidentes inconstitucionalidades e ilegalidades já cabalmente demonstradas. Frisa que de fato, a Emenda Constitucional 33/2001 alterou o artigo 155 da Constituição Federal de 1988, fixando a competência dos Estados da Federação nos termos que reproduz.

Afirma que o artigo 155, IX, "a", da Constituição Federal 1988, evidencia haver o constituinte adotado a entrada aduaneira como elemento de imposição fiscal, isto é, este ICMS é uma exação cuja hipótese de incidência ou fato gerador é a "entrada do bem ou mercadoria importados do exterior". Invoca lição de Roque Antonio Carrazza, em análise que precede a edição da Emenda Constitucional 33/01, porém referindo-se a fenomenologia instaurada pela Constituição relativamente à incidência do ICMS sobre a entrada de mercadoria importada do exterior. Também reproduz definição do efeito da nacionalização no Glossário de Aduana e Comércio Exterior.

Aduz que o elemento espacial, é fixado pelo local do ingresso territorial; o elemento temporal pelo momento da entrega de uma declaração; o elemento material pela realização de uma importação; o elemento subjetivo pela titularidade do despacho aduaneiro e o elemento quantitativo pelo valor. Cita e transcreve o artigo 44 do Dec. Lei 37/66, no sentido de que "o despacho aduaneiro de mercadoria importada, qualquer que seja o regime, será processado com base em declaração a ser apresentada na repartição aduaneira, como prescrever o regulamento" Acrescenta que isso significa que as importações para consumo ou definitivas não prescindem do pertinente despacho alfandegário, cujo início se dá pelo registro de uma declaração, sendo por esta que se estabelece a sujeição passiva direta.

Ressalta que a expressão "entrada do bem ou mercadoria importada do exterior", utilizada pelo legislador constituinte há de ser compreendida na sua acepção jurídica, isto é, como expressão da admissão aduaneira, expressão que melhor caracteriza o aspecto jurídico do ingresso. Transcreve nesse sentido lição de Marcelo Viana Salomão. Acrescenta que para dirimir a questão, a 2ª Turma do STF decidiu recentemente que o ICMS é devido ao Estado importador, ou seja, ao analisar o artigo 155 da Constituição Federal de 1988, concluiu que a parte final do referido 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”.

Observa que o Ministro Joaquim Barbosa no julgamento acima citado afirmou que: “*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*”.

Frisa que não resta dúvida que no caso em questão o importador jurídico da mercadoria, ou seja 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, a quem cabe, portanto, o ICMS na importação.

Salienta que não é por outra razão que consultas formuladas aos respectivos Estados envolvidos, conforme os Anexos 04 e 05, concluem da mesma forma que o seu entendimento.

Consigna que a Secretaria de Fazenda do Estado da Bahia no parecer do Processo nº 15335920092, em consulta referente ao caso em tela, entendeu que no caso de importação de bem do exterior, o local da operação para fins de cobrança do ICMS será o do estabelecimento onde ocorrer a entrada física do bem importado, tendo sido salientado na resposta que mesmo que tal mercadoria seja posteriormente enviada para outro estabelecimento em outra Unidade da Federação, o ICMS será devido no Estado no qual houve a entrada da mercadoria no Brasil.

Registra que este foi o mesmo entendimento adotado pela Secretaria de Fazenda do Estado de Espírito Santo em seu Parecer 036/2007, sendo dito na resposta que o ICMS será devido pelo estabelecimento onde ocorrer a entrada física da mercadoria, ou seja, no Estado de Espírito Santo.

Conclui requerendo a improcedência do Auto de Infração.

O autuante prestou informação fiscal (fls. 199 a 206), na qual contesta a alegação defensiva, dizendo que a exigência fiscal não diz respeito a bens de ativos fixos, como diz o autuado, recebidos pelo estabelecimento filial, por simples ato de transferência.

Afirma que se trata de bens novos de uso e consumo, que serão empregados na obra em fase de realização pelo autuado, no Estado da Bahia, adquiridos por atos de importação do exterior, sem ter realizado o recolhimento do ICMS de importação, devido ao Estado da Bahia, conforme comprovam os documentos de aquisição, DI 10/2153949-1, DANFE's e notas fiscais, individualmente descritos neste processo, que segundo diz provam que referidos bens importados do exterior têm como destino físico, diretamente, o uso e consumo na obra em fase de realização pelo autuado, localizado no Estado da Bahia.

Rechaça o argumento defensivo referente à inconstitucionalidade dos dispositivos regulamentares, no caso, os artigos 572, § 7º, c/c os artigos 47, inciso X, e 573, 911 e 913 do RICMS/BA, dizendo que lhe parece equivocado por inexistir pressuposto declaratório da Suprema Corte sobre inconstitucionalidade nos dispositivos em comento.

Quanto à alegação defensiva referente ao Convênio ICMS 71/89, manifesta o entendimento de que não é aplicável a matéria de que cuida o presente Auto de Infração, haja vista que a exigência do recolhimento do ICMS devido ao Estado da Bahia, não tem por fato a “interestadualização” dos produtos a título de ativo fixo, mas, sim, a incidência tributária pelo ato de importação dos produtos, cuja destinação física, objetivamente, constatada entre a DI - Declaração de Importação nº. 10/2153949-1, os DANF's, e as notas fiscais de desembaraço e transportes, indicam em sua sucessão de atos o estabelecimento autuado como destinatário final dos produtos no Estado da Bahia. Acrescenta que a fundamentação legal do ato constitutivo do crédito tributário constituído através do Auto de Infração em lide obedece às disposições do art. 11, inciso I, alínea “d” da Lei Complementar nº. 87/96, cujo teor transcreve. Diz que a entrada física do bem ou mercadoria em

apreço ocorreu no estabelecimento do adquirente, localizado no Estado da Bahia, sendo este o responsável tributário pela cobrança do imposto, conforme se encontra na definição do artigo acima referido. Invoca e reproduz julgado do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, confirmando em favor da Fazenda Pública estadual, decisão monocrática recorrida de igual exigência tributária.

Continuando, reitera que a legislação tributária do Estado da Bahia, escudada na Lei estadual nº 7.014/96 reafirma literalmente, o disposto na Lei Complementar nº 87/96, dispondo em seu artigo 13, o local da operação, conforme reproduz.

Consigna que nos artigos 572 até 580 do RICMS/BA, estão regulamentadas diversas situações e procedimentos referentes a tributação pelo ICMS, incidente sobre as operações de importação de bens e mercadorias, reproduzindo os artigos 572 e 573, que guardam relação com o Auto de Infração em tela.

Afirma que o argumento defensivo fundamentado na da Lei Complementar nº 116/03, também não é aplicável ao caso em discussão, haja vista que a exigência não se fundamenta na cobrança de ICMS devido ao Estado da Bahia, decorrente da atividade de prestação de serviços do autuado, mas exclusivamente pela aquisição de tais produtos e o seu destino físico, imediatamente desembaraçado na aduana capixaba, ter sido o estabelecimento do adquirente, localizado no Estado da Bahia. Frisa que a leitura oferecida em toda a documentação fiscal de circulação no trânsito das referidas mercadorias ter se configurado em procedimento de triangulação particular, possibilitando uma ocorrência da exação em prejuízo econômico tributário do Estado da Bahia, que é a unidade federativa em que se localiza o estabelecimento destinatário final dos produtos importados.

Salienta que os pareceres consultivos argüidos e compostos no Anexo 3, não contrariam a exigência do recolhimento do ICMS pelo Estado da Bahia, uma vez que o autuado, muito embora na condição de adquirente dos produtos importados possua e tenha utilizado endereço para a importação o seu estabelecimento, localizado no Estado do Espírito Santo, mesmo Estado do agente importador Frecomex Comércio Exterior Ltda., os bens e mercadorias importados se destinaram fisicamente, ato constante ao desembaraço, ao estabelecimento da adquirente, no Estado da Bahia. Acrescenta que o Parecer nº 17928/2009, exarado do Processo de consulta nº. 15335920092, formulada pela Frecomex Comércio Exterior Ltda., também não deixa dúvida a respeito do entendimento da pertinência do ICMS sobre importação, exigido pelo Estado do estabelecimento de destino físico dos produtos ou bens importados, cujo teor transcreve.

Observa que o entendimento sobre a competência tributária para exigir o ICMS devido sobre operação de importação, conforme exarado no Parecer nº. 17928/2009 é do Estado onde se encontre o estabelecimento que efetivará a entrada física e não a entrada simbólica da mercadoria importada, conforme pretende o autuado no intuito de elidir a autuação.

Cita e transcreve para demonstrar o acerto da autuação, decisões do Conselho de Fazenda Estadual da Bahia – CONSEF, cujos julgados deram pela procedência da autuação, no caso, os Acórdãos JJF Nº 00104-01/02 e CJF Nº 0172-11/03.

Finaliza mantendo integralmente a autuação.

VOTO

Versa o presente Auto de Infração sobre a falta de recolhimento do ICMS, relativo a mercadorias procedentes do exterior, destinados 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.

Do exame das peças que compõem o presente processo, constato que a mercadoria foi importada por conta e ordem pela Sinopec International Petroleum Service do Brasil Ltda., localizada no Estado do Espírito Santo, haja vista que a Declaração de Importação nº 10/2153949-1, os DANF's, e as notas fiscais de desembaraço e transportes, indicam o CNPJ nº 07.295.604/0001-51 deste estabelecimento, figurando a Frecomex Comércio Exterior Ltda., como intermediadora da importação. Noto, ainda, que após o desembaraço, a Frecomex Comércio Exterior Ltda., enviou a mercadoria para o estabelecimento da Sinopec International Petroleum Service do Brasil Ltda., localizado no Estado do Espírito, tendo este, em seguida, emitido nota fiscal enviando a mercadoria para o estabelecimento autuado localizado no município de Teixeira de Freitas, Estado da Bahia.

Portanto, resta evidente que a exigência fiscal diz respeito à *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*, não se tratando de exigência de pagamento do ICMS referente à operação interestadual realizada por empresa de construção civil, conforme aduzido pelo impugnante.

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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 232122.0201/10-5, lavrado contra SINOPEC INTERNATIONAL PETROLEUM SERVICE DO BRASIL LTDA.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de maio de 2011.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR