

PROCESSO - A. I. Nº 210934.0715/09-0
RECORRENTE - EC SANTANA VARIEDADES (SUCESSO IMPORTADOS)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JF nº 0294-05/10
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET - 28/11/2012

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0339-12/12

EMENTA: ICMS. IMPORTAÇÃO. BENS ARREMATOS EM LEILÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. NULIDADE. ILEGITIMIDADE ATIVA. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. O art. 11, I, “f”, da LC nº 87/96 determina que o local da operação ou da prestação para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável é aquele onde seja realizada a licitação, no caso de arrematação de mercadoria ou bem importados do exterior e apreendidos ou abandonados. No presente caso, a praça do leilão foi no Estado do Rio de Janeiro. Ilegitimidade ativa do Estado da Bahia para exigência do imposto. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decretada, de ofício, a **NULIDADE** do lançamento fiscal. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte contra Decisão proferida pela 5ª JF que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 29/07/09, para exigir ICMS em razão da seguinte acusação: *“Falta de recolhimento do ICMS incidente no desembaraço aduaneiro de mercadorias e bens importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte do imposto. Valor total do Auto de Infração: R\$ 68.000,00, acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “f”, da Lei nº 7.014/96, e os correspondentes juros moratórios. Para subsidiar o lançamento foi formalizado Termo de Apreensão de nº 110526.0060/09-0”*.

A JF, após instrução dos autos, prola a seguinte Decisão:

No presente processo foi exigido ICMS na importação de bens arrematados em leilão público. O arrematante foi enquadrado na ação fiscal empreendida no trânsito de mercadorias da Bahia, como importador dos bens leiloados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.

A autuação tomou por norte as disposições contidas no RICMS/Ba (art. 1º, § 2º, inc. V, com a redação dada pelo Decreto nº 8.413, efeitos a partir de 29/12/02), texto que se encontra em conformidade com a literalidade da Emenda Constitucional nº 33/2001. É importante registrar que os fatos geradores objeto do lançamento se verificaram no exercício de 2009, portanto, quando já se encontrava vigente a legislação mencionada.

Importante destacar que após a entrada em vigor da EC nº 33, a regra positivada na alínea “a”, do inc. IX, do § 2º, do art. 155, da Carta Magna passou a abranger todas as espécies de importação, inclusive a arrematação de bens leiloados. Em comparação com o texto originário que era circunscrito à importação de “mercadoria e bem destinado a consumo ou ativo fixo do estabelecimento”, o novo preceito suprimiu a referida destinação ao dispor que a incidência tributária independente da finalidade que se venha a dar à mercadoria ou ao bem.

Conforme leciona José Eduardo Soares de Melo, em seu livro “ICMS Teoria e Prática (10ª ed. Dialética, pág. 49), “o imposto será exigido sem considerar a destinação da coisa importada (mercancia, industrialização, prestação de serviço, integração no ativo fixo, consumo, uso particular etc)”. Houve, portanto, a partir da revisão operada pela Emenda 33, uma ampliação da base econômica do ICMS nas importações de bens e mercadorias do exterior. Restou claro, assim, que qualquer pessoa, física ou jurídica, pode ser contribuinte do ICMS na importação e arrematação de bens apreendidos, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, ou seja, mesmo que a operação não seja voltada à atividade industrial ou comercial.

No mesmo sentido também leciona Leandro Paulsen, na sua obra, “Direito Tributário – Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência”, 10ª edição, Livraria do Advogado Editora, pág. 375, nos seguintes termos “Nitidamente, o Constituinte Derivado procurou contornar a jurisprudência do STF, que sinalizava no sentido de que a importação de bem por pessoa física e também por sociedade civil não se sujeitava à incidência do ICMS. Com a ampliação da base econômica pela EC 33/01, a competência tributária passa a abranger a importação de bens por tais pessoas”.

Nessa mesma linha, esboçada pela doutrina mais recente, já se posicionou o STF, através do Min. Joaquim Barbosa (RE-439796 - Informativo STF nº 436, ago/06).

E é nessa linha que também nos posicionamos. Portanto, no caso em exame, tem plena aplicabilidade à norma da incidência do ICMS para os casos de desembaraço decorrente de mercadorias importadas, como também, aqueles derivados da arrematação de bens e mercadorias abandonadas ou apreendidas. Não procede, o argumento defensivo no sentido de se excluir da norma de incidência quando do arremate de bens em leilão promovido pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (SRF).

Importante frisar ainda que diante do fato de que as entradas dos bens no estabelecimento do autuado, no Estado da Bahia, foram acobertadas por NF emitida pelo próprio contribuinte, fica caracterizada a intenção de internação neste Estado, razão que justifica a aplicação, ao caso, das regras abaixo reproduzidas, no que tange ao sujeito ativo da obrigação tributária

- Lei Complementar nº 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) importados do exterior, o do estabelecimento onde ocorrer a entrada física”.

- Lei Estadual nº 7.014/96.

“**Art. 13.** 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) importados do exterior, o do estabelecimento onde ocorrer a entrada física”.

- RICMS-BA/97.

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

I - onde estiver situado o estabelecimento em que ocorrer a entrada física das mercadorias ou bens, quando destinados a unidade federada diversa da do domicílio do importador, sempre que houver transmissão de sua propriedade ou de título que os represente sem que os mesmos transitem pelo estabelecimento importador;” (redação originária efeitos até 09/11/05)”.

Frente às disposições normativas citadas é irrelevante para a definição do sujeito ativo do ICMS, na importação, o local do estabelecimento importador ou do desembaraço aduaneiro, cabendo o imposto para o Estado em que se operar a entrada física da mercadoria importada.

Assim, diante do regramento acima explicitado, o pagamento que o contribuinte fez em favor do Estado do Rio de Janeiro (DARJ anexo), deve ser considerado indevido. O recolhimento do tributo deveria ter sido efetuado para o Estado da Bahia. Como este fato só foi verificado por ocasião da passagem das mercadorias pelo posto fiscal da Secretaria da Fazenda da Bahia, no trânsito das mercadorias, houve a formalização do lançamento fiscal, por dever de ofício.

Ante o exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA** do Auto de Infração.

Inconformado com a Decisão da JJF, a empresa, por advogado legalmente constituído (fls. 100/104), interpõe Recurso Voluntário. Diz que a autuação exige o ICMS incidente sobre o desembaraço aduaneiro de mercadorias ou bens importados e constantes na Nota Fiscal nº 0151, já que arrematou as mercadorias no referido documento consignado em leilão realizado pela Secretaria da Fazenda do Rio de Janeiro, tendo, supostamente, deixado de recolher o referido imposto ao Estado da Bahia, destinatário das mercadorias.

Que mesmo provando, através de documentação, que havia recolhido o imposto em lixe, a JF não acolheu seus argumentos mantendo a ação fiscal, o que, no seu entender desagua na reforma da Decisão recorrida.

Passa, em seguida, a analisar os artigos 572, § 2º e art. 573, ambos do RICMS/97 e base da autuação, fazendo as seguintes colocações:

1. que de fato o art. 572, § 2º, do RICMS/97 determina que o momento do recolhimento do ICMS é o do despacho aduaneiro. Entretanto, conforme prova o DARJ acostado aos autos, o ICMS incidente sobre a operação de compra das mercadorias em leilão foi devidamente recolhido em 21/05/2009, o que, no seu entender, afasta a alegação da ausência de recolhimento do citado imposto. Nesta sua argumentação ainda ressalta que o imposto foi recolhido quatro dias antes da emissão da nota fiscal, que se deu em 25/05/2009 e que seguiu todas as determinações do edital do leilão “*promovido pelo Estado do Rio de Janeiro*”. Assim, diz ser “*flagrante a não infração do Art. 572, § 2º do RICMS, vez que a conduta do autuado converge com o que prescreve o citado artigo*”.
2. quanto à alegação da desobediência ao art. 573, I, § 1º, do RICMS/97, diz que não pode ser alegado, pois não realizou qualquer operação de importação. Assim, não pode ser enquadrado como importador. Ressalta que o dispositivo acima citado é taxativo em atribuir a responsabilidade do pagamento do imposto e ao Estado onde ocorreu a entrada física das mercadorias ao importador. Entende que a autoridade fiscalizadora, no presente caso, aplicou interpretação pessoal à norma vigente, o que entende temerário.

Voltando a afirmar que já havia recolhido o imposto ora exigido, requer a reforma da Decisão recorrida e a anulação do Auto de Infração.

Em Parecer da lavra do n. Procurador José Augusto Martins Junior (fls. 110/111), a PGE/PROFIS opina pelo provimento do Recurso Voluntário, tendo por base a seguinte argumentação:

[..]

...na esteira do argumento recursal, com a devida vênia, falece o presente lançamento de amparo legal, senão vejamos.

Compulsando os autos, verifica-se que, de forma efetiva, a mercadoria objeto da autuação foi arrematada em hasta pública na Receita Federal do Brasil, na repartição fazendária do Rio de Janeiro, não sendo possível, a nosso sentir, a imputação de falta de recolhimento de ICMS em razão da importação.

Ora, a expropriação das mercadorias importadas irregularmente pela Receita Federal, desnatura e transmuda a operação de importação originária, para uma operação de arrematação de bem em leilão, cuja imputação não se confunde com a cobrança decorrente da importação, por se tratar de fatos geradores absolutamente distintos, conforme se verifica da dicção dos art. 2º e 5º da Lei nº 7.014/96.

Neste passo, com arrimo no disposto no art. 13 da Lei nº 7.014/96, o sujeito ativo do imposto é o Estado do Rio de Janeiro, não havendo que se falar em cobrança de ICMS pelo Estado da Bahia.

Em face do exposto, opinamos pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, encaminhando o presente feito à Procuradora Assistente da PGE/PROFIS/NCA para a devida manifestação.

A n. Procuradora Assistente da PGE/PROFIS/NCA acompanha integralmente os termos do Parecer exarado pelo n. Procurador acima nominado e encaminha os autos ao CONSEF para julgamento.

VOTO

O presente processo trata da exigência do imposto incidente no desembaraço aduaneiro de mercadorias e ou bens importados do exterior por pessoa física e jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto. Ao se analisar os fatos da presente autuação trata-se da exigência do ICMS-Importação (sobre mercadoria estrangeira e tem como fato gerador sua entrada no Território Nacional) que deve ser recolhido ao Estado destinatário das mercadorias

O recorrente arrematou em leilão público realizado pela Receita Federal, no Estado do Rio de Janeiro (edital nº. 0717600/0001/2009), um lote de mercadorias (cintos, bolsas, trena de led, escova

para cabelo, secador de cabelo, entre outras) apreendidas por aquele Órgão Público Fiscal ou mesmo abandonadas. Emitiu uma nota fiscal de entrada (nº 0151) e, erroneamente, destacou o ICMS, já que sendo microempresa não poderia destacá-lo no documento fiscal (art. 391, do RICMS/97). As mercadorias estavam acompanhadas da referida nota fiscal, da Guia de Licitação da Receita Federal e do recolhimento dos impostos federal através do DARF (fls. fl. 08/11).

No seu Recurso a empresa volta com o argumento de que já havia recolhido o imposto, quando da arrematação das mercadorias e que não pode ser considerado importador, pois não importou qualquer mercadoria. Apresenta DARJ com o imposto recolhido (fls. 67/68).

Por seu turno, a PGE/PROFIS, entende que o Recurso deve ser provido, tendo por base duas premissas: a primeira de que o fato gerador de uma importação é fato diferente da arrematação em leilão, portanto com ele não se identificando. Em segundo, mesmo devido, o imposto não seria deste Estado.

Toda a questão ora apresentada cinge-se às determinações contidas no art. 572, §§ 2º e 3º, do RICMS/97, cujo teor transcrevo:

Art. 572. O ICMS incidente na entrada no país de mercadorias ou bens importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, será recolhido por ocasião do despacho aduaneiro (Conv. ICM 85/09).

[...]

§ 2º O disposto no caput deste artigo aplica-se, também, às aquisições em licitação promovidos pelo poder público, de mercadorias ou bens importados e apreendidos ou abandonados.

§ 3º No desembaraço de mercadorias ou bens importados para consumo, bem como na liberação de mercadorias ou bens importados e apreendidos ou abandonados, adquiridos em licitação promovida pelo poder público, será exigida:

I - a comprovação do pagamento do ICMS;

II - a apresentação da Guia para Liberação de Mercadoria Estrangeira sem Comprovação do Recolhimento do ICMS – GLME (Anexo 87-A), quando a operação estiver sujeita a isenção, não incidência, diferimento ou outro motivo, preenchida pelo contribuinte em 3 (três) vias, que, após serem visadas, terão a seguinte destinação:

[...]

No mais, acessando o site da Receita Federal a respeito dos procedimentos que o contribuinte (empresa) deve tomar quando da arrematação de mercadorias em leilão lá consta a seguinte informação (www.receita.fazenda.gov.br): **Informação sobre o pagamento.** Normalmente, o pagamento dos produtos arrematados em leilão deve ser efetuado em agência do Banco do Brasil designada pela Comissão de Leilão, em moeda corrente do país ou por meio de cheque nominativo à Receita Federal do Brasil, de emissão da pessoa ou empresa licitante. **Sobre o valor arrematado incidirá a cobrança do ICMS, em percentual variável conforme a legislação do estado.** No caso de pagamento em cheque, via de regra as mercadorias somente serão entregues após confirmação do pagamento junto à rede arrecadadora.

Quanto ao argumento da empresa com a qual a PGE/PROFIS se alinhou, de fato pode-se concluir ao analisar a norma legal posta, como fez este Órgão Jurídico, que os fatos geradores do ICMS não são os mesmos, portanto, o recorrente não pode ser identificado como importador. E, indo adiante aos artigos da Lei nº 7.014/96 mencionados pelo n. Procurador (art. 2º e 5º), o art. 4º da nominada Lei identifica o fato gerador do imposto de forma distinta, ou seja:

Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

IX - do desembaraço aduaneiro de mercadoria ou bem importados do exterior;

X - da aquisição em licitação pública de mercadoria ou bem importados do exterior e apreendidos ou abandonados;

Porém não se deve esquecer que mercadorias importadas apreendidas ou abandonadas ainda não foram internalizadas no País. Para que este fato ocorra, devem ser pagos os impostos sobre a operação incidente, e que no caso recai sobre o seu arrematante.

Em assim sendo, reza o art. 130, do RICMS/97:

Art. 130. O pagamento do imposto pelo importador, adquirente ou arrematante de mercadoria ou bem procedentes do exterior será feito na forma e no momento previstos no art. 572.

Poderiam ser feitas outras considerações a respeito de toda a argumentação ora posta. No entanto, trouxe o n. Procurador uma situação que, a meu ver, desconstitui o Auto de Infração em combate.

A LC nº 87/96 determina no seu art. 11:

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

I - tratando-se de mercadoria ou bem:

[...]

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

e) importado do exterior, o do domicílio do adquirente, quando não estabelecido;

f) aquele onde seja realizada a licitação, no caso de arrematação de mercadoria ou bem importados do exterior e apreendidos ou abandonados; (Redação dada pela Lcp 114, de 16.12.2002)

Por sua vez, a Lei nº 7.014/96, no seu art. 13, inciso I, “d”, “e” e “f” segue as mesmas diretrizes, como não poderia deixar de fazê-lo, da LC nº 87/96.

No presente caso, a licitação se deu no Estado do Rio de Janeiro. Sendo assim, o imposto deve ser exigido pelo referido Estado, como recolhido e provado através do DARJ de fls. 67/68.

Diante do exposto, não vislumbro condições para que o presente Auto de Infração possa prosperar em razão da ilegitimidade ativa do Estado da Bahia.

Em assim sendo, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário interposto e, de ofício, pela NULIDADE do Auto de Infração ao teor do art. 18, I e 20 do RPAF/BA.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e, de ofício, modificar a Decisão recorrida e julgar **NULO** o Auto de Infração nº **210934.0715/09-0**, lavrado contra **EC SANTANA VARIEDADES (SUCESSO IMPORTADOS)**.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de outubro de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS