

PROCESSO - A. I. Nº 128966.0015/12-9
RECORRENTE - MARTIFER CONSTRUÇÕES METÁLICAS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0296-02/12
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 02.09.2013

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0316-13/13

EMENTA: ICMS. 1. NULIDADE. IMPORTAÇÃO. MERCADORIA IMPORTADA EM OPERAÇÃO REALIZADA POR EMPRESA SITUADA EM OUTRO ESTADO, MAS DESTINADA FISICAMENTE A EMPRESA ESTABELECIDNA NA BAHIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. LANÇAMENTO EFETUADO EM NOME DO REMETENTE DA MERCADORIA E NÃO DO REAL IMPORTADOR, OU SEJA, A EMPRESA À QUAL A MERCADORIA SE DESTINA PARA MERCANCIA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. Restou comprovado que a mercadoria importada do exterior foi destinada fisicamente a estabelecimento localizado no Estado da Bahia, sem que esta mercadoria tenha transitado fisicamente pelo estabelecimento situado no Estado de São Paulo. Nessa situação, em conformidade com o artigo 155, II, §2º, IX, “a”, da Constituição da República; artigo 11, I, “d”, e §3º, da LC 87/96; e artigo 13, I, “d”, da Lei Estadual 7.014/96, e consoante Pareceres verbais dos Representantes da PGE/Profis presentes às sessões de julgamento deste PAF, ambos considerando a Decisão prolatada em 18/06/2013 no AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 298.860-SC (2013/004214-4) – STJ, que manteve o entendimento do mencionado Tribunal no sentido de que “*Está pacificado no âmbito deste STJ que o contribuinte do ICMS, no caso de mercadorias importadas, é o estabelecimento do importador, assim entendido o destinatário do produto importado, ou seja, sob outra vertente, por quem vai utilizá-lo.*”, o imposto é devido ao Estado da Bahia pelo estabelecimento que foi o destinatário físico da mercadoria e quem vai utilizá-la, sendo por esta circunstância definido como importador. Observado que o Auto de Infração foi lavrado contra o estabelecimento remetente do bem, está caracterizada a ilegitimidade passiva do recorrente acarretando, assim, a nulidade do lançamento nos termos do art. 18, IV, “b”, do RPAF/99. Prejudicado o pedido para realização de diligência. Auto de Infração **NULO**. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime quanto ao provimento e por maioria quanto à fundamentação.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra julgamento, em Primeira Instância, do Auto de Infração nº 128966.0015-12-9, lavrado em 04/04/2012 na fiscalização ao trânsito de mercadorias para exigir ICMS no valor histórico total de R\$366.791,07, acrescido de multa de 60%, em decorrência de falta de recolhimento do ICMS devido sobre importação, relativo a mercadorias procedentes do exterior e destinadas fisicamente a este Estado, sendo “o importador” estabelecido em outra

Unidade da Federação e tendo o desembaraço aduaneiro ocorrido em Estado diverso de seu domicílio.

Consta, no campo “Descrição dos Fatos” à fl. 01 do Auto de Infração, que o autuado não recolheu o ICMS devido sobre a importação das mercadorias descritas na Declaração de Importação – DI nº 12/0507062-3, de 19/03/2012. Que estas mercadorias, sem ingressarem fisicamente no estabelecimento do encomendante da operação de importação, foram destinadas fisicamente a estabelecimento de contribuinte localizado na Bahia e que, portanto, o ICMS-Importação é devido ao Estado-membro onde estiver localizado o destinatário das mercadorias, conforme artigo 155, §2º, IX, “a”, da Constituição da República, ainda que o desembaraço aduaneiro ocorra em outra Unidade Federativa.

Consta também, neste campo, que a documentação relativa às operações de transporte das cargas importadas evidencia que as mercadorias não transitaram pelo estabelecimento do adquirente indicado na DI, e sim foram remetidas do Estado de São Paulo para o Estado da Bahia, conforme as datas de emissão dos Conhecimentos de Transporte Rodoviário e de Cargas – CTCRs e as datas de emissão dos DANFES respectivos, tendo sido todos estes documentos, DANFES e CTCRs, emitidos na data de 28/03/2010, constando nos CTCRs a natureza de operação “retirada de produtos em armazém alfandegário”, todos conforme a lista que o Fisco apresenta: DANFE 494 – CTCR 130316 [fls. 76 e 77]; DANFE 497 – CTCR 130319 [fls. 103 e 108]; DANFE 495 – CTCR 130321 [fls. 89 e 91].

O Fisco acosta, às fls. 07 a 116, documentos que consistem, dentre outros, em Termo de Ocorrência Fiscal; espelho dos Dados Cadastrais do destinatário das mercadorias, extraído do sistema informatizado de Informações do Contribuinte – INC/SEFAZ; espelho dos dados cadastrais do autuado, extraído do Sistema Integrado de Informações sobre Operações Interestaduais com Mercadorias e Serviços - SINTEGRA; demonstrativo de cálculo do levantamento fiscal realizado (fl. 74); cópia de Certificado de Registro e Licença do Veículo transportador e Carteira de Habilitação do motorista condutor do veículo (fl. 75); vias de CTCRs, cópias de Documentos Auxiliares de Nota Fiscal Eletrônica – DANFES; cópias de Ordens de Coleta de Cargas no Armazém “CNAGA Santo Amaro”, em “Santos”, nas quais citada como cliente a empresa autuada e indicado como destino a Cidade de Salvador; cópias de Comprovantes de Importação tendo como importadora a empresa autuada; cópias de Extrato da Declaração de Importação; Guia de Arrecadação Estadual GARE ICMS do Estado de São Paulo (fl. 116).

O autuado impugnou o lançamento de ofício às fls. 119 a 141, juntando documentos às fls. 142 a 192.

Agente de Tributos Estaduais designado prestou informação fiscal às fls. 197 a 222 contestando as alegações impugnatórias e mantendo a autuação. Juntou documentos às fls. 223 a 238.

Intimado acerca da informação fiscal prestada, o contribuinte novamente se pronunciou às fls. 242 a 253, juntando documentos às fls. 254 a 272.

O julgamento unânime em Primeira Instância manteve integralmente o Auto de Infração, conforme Acórdão nº 0296-02/12, às fls. 277 a 295. Em seu voto assim se expressa o digno Relator:

VOTO

Trata 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.

Na análise da documentação acostada aos autos, constata-se que as mercadorias foram importadas pelo estabelecimento autuado, sediado em outra unidade da Federação, a empresa MARTIFER CONSTRUÇÕES METÁLICAS LTDA., estabelecida no Estado de São Paulo.

A Importação foi realizada mediante Declaração de Importação - DI nº 12/0507062-3, registrada em 19/03/2012.

Por sua vez, consta nos DANFE's 494, 495 e 497, que a Natureza da operação é: retirada de produtos em armazém alfandegário.

Em sua defesa o sujeito passivo reconhece que as mercadorias não entraram fisicamente em seu estabelecimento, o importador.

Nesta situação, a Constituição Federal, no inciso IX do § 2º do artigo 155, prevê que o ICMS incidirá sobre a entrada de bem ou mercadoria importada do exterior, “cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento destinatário da mercadoria, bem ou serviço”.

Por sua vez, o art. 13 da Lei nº 7.014/96, repetindo disposições de idêntico teor do art. 11 da Lei Complementar nº 87/96, determina que o ICMS devido na importação caberá ao Estado da Bahia, no caso de mercadoria ou bem destinados fisicamente a este Estado, sendo o importador estabelecido em outra unidade da Federação, sem que esta transite pelo seu estabelecimento.

No mesmo sentido, o art. 573, inciso I do RICMS/BA, abaixo transcrito, estabelece que o imposto devido na operação de importação será pago pelo importador, à unidade federada onde estiver situado o estabelecimento em que ocorrer a entrada física das mercadorias ou bens, conforme abaixo transcrito:

Art. 573 – *Nas operações de importação de mercadorias ou bens importados 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. Grifei.

Ainda, determina o § 1º do art. 573, do RICMS/BA, abaixo transcrito, que o imposto devido na operação de importação será pago pelo importador, no caso presente o autuado, mediante documento de arrecadação próprio previsto em sua legislação ou através de GNRE:

§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). Grifei.

Logo, entendo que restou comprovado que a mercadoria importada jamais ingressou fisicamente no estabelecimento do autuado, sendo o Estado da Bahia o legítimo sujeito ativo da importação, pois a entrada física ocorreu em estabelecimento situado em seu território, não podem ser acolhida a arguição de nulidade por ilegitimidade passiva arguida pela defesa.

Em relação a demonstração da base de cálculo, constatei que o autuante acostou à folha 74 dos autos, de forma detalhada as parcelas de cada item para a correta apuração do ICMS devido ao Estado da Bahia. Além disso, na informação fiscal, o autuante acostou os demonstrativos denominados de Anexo 1 – CORRELAÇÃO ENTRE AS NOTAS FISCAIS EMITIDAS NAS OPERAÇÕES, fl. 224; Anexo 2 – DETALHAMENTO DAS ADIÇÕES, fl. 225, e o Anexo 3 – DEMONSTRATIVO DA BASE DE CÁLCULO, o qual indica o número da DI, fl. 226, todos devidamente entregues ao autuado. Assim, entendo não existir irregularidade no procedimento fiscal, não havendo causa para nulidade conforme entende à defesa. Saliento que o valor da base de cálculo apontada no levantamento inicialmente acostado à folha 74 é o mesmo apurado no Anexo 3 – DEMONSTRATIVO DA BASE DE CÁLCULO, o qual indica o número da DI, fl. 226, qual seja R\$2.157.917,63.

Quanto a alegação de nulidade sob a alegação de falta de motivação na descrição da infração e erro na identificação das operações, também não pode ser acolhida, uma vez que o Auto de Infração foi lavrado por Sistema Informativa da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, sendo a descrição da irregularidade a previamente definida para o caso em tela. Ademais, o autuante descreveu detalhadamente a motivação no campo Descrição dos Fatos, constante no próprio corpo do Auto de Infração.

No tocante a alegação defensiva de isenção para a operação, a mesma não pode ser acolhida, uma vez que o referido benefício fiscal somente poderia ser aplicado, entre outras condições, a inexistência de produto similar produzido no país, que será atestada por órgão federal competente ou por entidade representativa do setor produtivo com abrangência em todo o território nacional, o que não foi comprovado pela defesa. Cabe destacar que a peça defensiva reconheceu, de forma expressa, a existência de produto similar no mercado interno.

Por fim, é importante destacar que as decisões administrativas e judiciais colacionadas pelo contribuinte na peça de defesa, não podem servir de lastro para alterar o entendimento aqui externado, visto que as mesmas não vinculam o Estado da Bahia. Somente, através de Decisão judicial no caso concreto, em que o autuado seja parte, ou através de ação de efeitos “erga omnes”, a exemplo da ADIN, estará a Bahia obrigada a adotar posição distinta da externada na presente lide, assim como não lhe cabe competência para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o art. 167, I do RPAF/BA.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado com a Decisão proferida, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário às fls. 306 a 315, reproduzindo as suas alegações da impugnação originária. O Recorrente historia os fatos do processo e aduz que importou as mercadorias para si mesmo, e assim registrou sua

Declaração de Importação perante o Sistema Integrado de Comércio Exterior - SISCOMEX. Que teria demonstrado, na impugnação originária, vícios no lançamento tributário, além de jurisprudências administrativas e judiciais que guardariam identidade fática análoga. Que a motivação para a alteração do lançamento devidamente notificado ao sujeito passivo não se encontra entre as hipóteses permitidas pelo artigo 145 do CTN. Que, no entanto, a JF considerou o Auto de Infração procedente, acatando o entendimento de que o local da entrada física das mercadorias seria fator determinante, com base no dispositivo legal da Lei Complementar nº 87/96, artigo 11, inciso I, alínea “d”, mas que a Decisão de base não deveria prosperar porque o lançamento teria vícios que tornariam a autuação fiscal ilegítima, e teria sido ferido o princípio da legalidade, *“já que as decisões do Supremo Tribunal Federal em casos semelhantes ao ora combatido, são a favor do contribuinte e devem prevalecer sobre atos administrativos inconstitucionais.”*

O contribuinte volta a dizer que o Auto de Infração deveria ser considerado nulo porque possuiria erro na identificação das operações fiscais realizadas por ele, Recorrente, e equívoco relacionado à identificação da base de cálculo. Que embora na Decisão de base tenha sido citado que o autuante acostou, à folha 74 dos autos, de forma detalhada, as parcelas de cada item para a correta apuração do ICMS devido ao Estado da Bahia, e que na informação fiscal o autuante acostou os demonstrativos denominados de Anexo I – CORRELAÇÃO ENTRE AS NOTAS FISCAIS EMITIDAS NAS OPERAÇÕES, fl. 223; Anexo II – DETALHADAMENTO DAS ADIÇÕES, fl. 225, e o Anexo III – DEMONSTRATIVO DA BASE DE CÁLCULO, o qual indica o número da DI, fl. 226, todos devidamente entregues ao autuado, entendendo não existir irregularidades no procedimento fiscal, nem causa para a nulidade, e que o valor da base de cálculo apontada no levantamento inicialmente acostado à fl. 74 é o mesmo apurado no Anexo III – DEMONSTRATIVO DA BASE DE CÁLCULO, o qual indica o número da DI, fl. 226, qual seja R\$2.157.971,63, mas que ainda assim ele, recorrente, observa que as informações, tanto em substância quanto em qualidade, teriam sido prestadas em momento posterior ao lançamento tributário notificado. Que toda a fundamentação, identificação das notas fiscais e apuração da base de cálculo teriam sido realizadas com o retrabalho de outro agente fiscal, e que foram prestadas na Informação Fiscal de 21 de setembro de 2012, pelo que o lançamento original apresentaria vícios materiais insanáveis, motivo pelo qual o lançamento tributário seria insubsistente, e a Decisão estaria equivocada.

Passa a discorrer acerca da incidência do ICMS nas importações; legitimidade ativa para a cobrança do imposto; princípio federalista; conflitos positivos de competência. Aduz que a expressão “entrada física” da mercadoria, presente na Lei Complementar nº 87/96, bem como do disposto em sua legislação ordinária, Lei nº 7.014/96 e no Regulamento do ICMS da Bahia, não estariam em linha com o que dispõe a Constituição da República no artigo 155, parágrafo 2º, inciso IX, alínea “a”. Que o preceito constitucional não utilizaria a expressão “entrada física”, e sim do local onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário da mercadoria, e o destino final das mercadorias seria no Estado de São Paulo, local onde se situa ele, Recorrente. Que entender que o ICMS é devido para o Estado da Bahia nesse caso seria dizer que o ICMS sempre deve ser recolhido para o Estado onde se encontrar o comprador de uma mercadoria, mesmo que isso ocorra meses depois. Que, além disso, pagar o ICMS para o Estado da Bahia seria vulnerar o princípio da não-cumulatividade à Recorrente.

Diz que importou por São Paulo, cuja alíquota incidente é de 18%, e não teve qualquer aproveitamento fiscal em comparação com o Estado da Bahia. Que na Decisão de base não foi analisada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que em situações similares firmou posicionamento de que o ente competente para a cobrança do imposto seria aquele onde esteja situado o estabelecimento importador (onde há ingresso jurídico). Que, outrossim, ainda que Decisão isolada, o próprio Estado da Bahia administrativamente já decidiu nesse sentido, conforme Acórdão 5ª JF nº 0652/99. Diz que houve equívoco quanto a Decisão judicial citada na informação fiscal. Discorre a respeito e cita voto em lide judicial. O recorrente aduz que *“Analisar o caso em tela de forma parcial ao Estado da Bahia, e desconsiderando evidentes vícios materiais que tornam o lançamento tributário nulo, além de entendimentos firmados pelo STF, é Decisão que não deve prosperar.”*

O autuado protesta pela produção das provas em Direito admitidas, e pela conversão do feito em diligência para afastar “quaisquer dúvidas”; conclui pedindo o provimento do Recurso Voluntário interposto, por nulidade da autuação, e o cancelamento do Auto de Infração. Requer que as intimações ocorridas nos autos sejam efetuadas em nome do Recorrente, no endereço constante do presente Recurso.

A PGE/Profis, por intermédio da Procuradora Maria Helena Cruz, emite Parecer às fls. 321 a 323 aduzindo que a Decisão de base foi acertada. Que o autuado, estabelecido em outra Unidade da Federação, promoveu a importação das mercadorias objeto da autuação. Que estas foram desembarçadas no Estado de São Paulo e seguiram para a Bahia sem transitar pelo estabelecimento do importador, ora autuado. Que o artigo 11, I, “d”, da LC 87/96, define que o local da operação, ou da prestação, para os efeitos de cobrança do imposto, tratando-se de mercadoria importada do exterior, é o do estabelecimento no qual ocorrer a entrada física, e tal regramento está repetido no artigo 13, I, “d”, da Lei nº 7014/96. Que ambos os preceitos não entram em conflito, e aliás se coadunam, com o artigo 155, §2º, IX, “a”, da Carta Magna, porque o texto constitucional aduz, quanto à incidência do ICMS sobre a entrada de mercadoria importada do exterior, que o imposto cabe ao Estado no qual estiver situado o estabelecimento destinatário da mercadoria, e que este só pode ser aquele no qual ocorre a entrada física da mercadoria. Que o dispositivo constitucional não contempla a hipótese do cabimento do imposto ao Estado onde situado o estabelecimento importador, e sim o Estado onde situado o estabelecimento destinatário. Que podem coincidir, mas não necessariamente, como no caso em foco.

Afirma que neste sentido o artigo 573, I e §1º, do RICMSBA, preconiza que nas operações de importação de bens, ou mercadorias, cabe o recolhimento do imposto sobre esses incidentes à Unidade Federada no qual situado o estabelecimento em que ocorrer a entrada física das mercadorias, ou bens, quando destinados a Unidade 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, e que este seria recolhido pelo importador, em favor da Unidade Federada em cujo território houver ocorrido a entrada física das mercadorias ou bens, por meio de documento de arrecadação previsto em sua legislação, ou da GNRE. Que o autuante seguiu os ditames legais e constitucionais e, nestes termos, o imposto é devido ao Estado da Bahia.

Conclui opinando pelo Improvimento do Recurso Voluntário interposto.

O processo foi pautado para a sessão de julgamento desta 3ª CJF do dia 29/07/2013, quando foram pedidas vistas nos termos do artigo 118, IV, do RPAF/99 c/c artigo 66, II, do Regimento Interno deste Conselho de Fazenda, pelo digno Representante da PGE/PROFIS, Procurador José Augusto Martins Júnior, que na sessão de julgamento seguinte veio a se pronunciar oralmente ressaltando não assistir razão ao autuado quanto à alegação de ilegitimidade ativa, posto que o sujeito ativo da operação é o Estado da Bahia em razão do destino físico da mercadoria importada sem trânsito pelo estabelecimento que tomou as providências relativas à importação, situado em outra Unidade Federativa. Mas, considerando o teor da Decisão prolatada em 18/06/2013 no AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 298.860-SC (2013/004214-4) – STJ, o Procurador opinou no sentido da nulidade do Auto de Infração por ilegitimidade passiva do autuado, restando assim nulo o Auto de Infração.

Na sessão de julgamento seguinte, datada de 05/08/2013, foram solicitadas vistas pelo digno Conselheiro Valtércio Serpa Júnior, também devidamente concedidas nos termos do artigo 160 do RPAF/99, c/c artigo 66, II, do Regimento Interno deste Conselho.

Seguindo as disposições do artigo 67, I, “b”, do Regimento Interno deste CONSEF, o processo foi levado a julgamento na sessão seguinte, realizada na data de 07/08/2013 e nesta sessão, presente a digna Representante da PGE/PROFIS Procuradora Rosana Jezler Galvão, a mesma pronunciou-se nos termos do artigo 64, IV, do mesmo Regimento, então corroborando o entendimento esposado pelo ilustre Procurador José Augusto Martins Júnior, afirmando ser o Estado da Bahia o sujeito ativo da obrigação tributária objeto da ação fiscal e, observado o teor da antecitada Decisão

judicial, igualmente opinando no sentido da nulidade do lançamento de ofício por ilegitimidade passiva do autuado.

Em fase de debate na sessão de julgamento, dentre outros aspectos foi analisado o teor da Decisão prolatada em 18/06/2013 no AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 298.860-SC (2013/004214-4) – STJ, e discutida a semelhança de dados da situação ora em lide com o teor do Acórdão CJF nº 0091-13/13, proferido por esta 3ª CJF.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância.

O Auto de Infração foi lavrado em razão de falta de recolhimento do ICMS devido sobre importação, relativo a mercadorias procedentes do exterior e destinadas fisicamente a este Estado, sendo o estabelecimento importador estabelecido em outra Unidade da Federação e o desembaraço tendo aduaneiro ocorrido em São Paulo, Estado diverso de seu domicílio. O autuante fez constar, no campo “Descrição dos Fatos” à fl. 01 do Auto de Infração, que o autuado não recolheu o ICMS devido sobre a importação das mercadorias descritas na Declaração de Importação – DI nº 12/0507062-3, de 19/03/2012. Que estas mercadorias, sem ingressarem fisicamente no estabelecimento do encomendante da operação de importação, foram destinadas fisicamente a estabelecimento de contribuinte localizado na Bahia e que, portanto, o ICMS-Importação é devido ao Estado-membro onde estiver localizado o destinatário das mercadorias, conforme artigo 155, §2º, IX, “a”, da Constituição da República, ainda que o desembaraço aduaneiro ocorra em outra Unidade Federativa.

O Fisco fez constar também, no mesmo campo, que a documentação relativa às operações de transporte das cargas importadas evidencia que as mercadorias não transitaram pelo estabelecimento do adquirente indicado na DI, e sim foram remetidas do Estado de São Paulo para o Estado da Bahia, conforme as datas de emissão dos Conhecimentos de Transporte Rodoviário e de Cargas – CTRCs e as datas de emissão dos DANFES respectivos, tendo sido todos estes documentos, DANFES e CTRCs, emitidos na data de 28/03/2010, constando nos CTRCs a natureza de operação “retirada de produtos em armazém alfandegário”, todos conforme a lista que o Fisco apresenta: DANFE 494 – CTRC 130316, DANFE 497 – CTRC 130319, e DANFE 495 – CTRC 130321. Os documentos citados pelo autuante foram juntados ao Auto de Infração respectivamente às fls. 76 e 77, 103 e 108, 89 e 91.

No procedimento fiscal desenvolvido pelo autuante este acostou também, às fls. 07 a 116, documentos que consistem, dentre outros, em Termo de Ocorrência Fiscal; espelho dos Dados Cadastrais do destinatário das mercadorias, extraído do sistema informatizado de Informações do Contribuinte – INC/SEFAZ; espelho dos dados cadastrais do autuado, extraído do Sistema Integrado de Informações sobre Operações Interestaduais com Mercadorias e Serviços - SINTEGRA; demonstrativo de cálculo do levantamento fiscal realizado (fl. 74); cópia de Certificado de Registro e Licença do Veículo transportador e Carteira de Habilitação do motorista condutor do veículo (fl. 75); vias de CTRCs, cópias de Documentos Auxiliares de Nota Fiscal Eletrônica – DANFES; cópias de Ordens de Coleta de Cargas no Armazém “CNAGA Santo Amaro”, em “Santos”, nas quais citada como cliente a empresa autuada e indicado como destino a Cidade de Salvador; cópias de Comprovações de Importação tendo como importadora a empresa autuada; cópias de Extrato da Declaração de Importação; Guia de Arrecadação Estadual GARE ICMS do Estado de São Paulo (fl. 116).

Portanto, da análise desses documentos verifica-se descabida a alegação impugnatória, repetida em fase recursal, no sentido de que apenas quando da informação fiscal teria sido juntada a documentação que lastrearia a autuação. Quando prestada a informação fiscal apenas foram respondidos, documentadamente na forma regulamentar, os questionamentos trazidos pelo contribuinte em sua peça de insurgência ao lançamento de ofício. Não acolho a alegação de existência de vício em razão desse argumento.

Em relação à alegação recursal no sentido de que seria nulo o Auto de Infração por ilegitimidade ativa, observo que na situação em análise o contribuinte, tal como já dito na Decisão de base; no Parecer PGE/Profis acostado aos autos – e, conforme consta no Relatório que antecede este voto, também dito nos opinativos proferidos nas sessões de julgamento pelos dignos Procuradores presentes às sessões de julgamento que, embora discordem da conclusão do teor do Parecer técnico-jurídico constante dos autos quanto à legitimidade passiva, mas quanto à legitimidade ativa são consentâneos; provado na documentação anexada ao Auto de Infração, que citei no Relatório deste PAF e neste voto; e confessado pela própria empresa autuada, esta promoveu a importação de mercadorias que ingressaram do exterior no Estado de São Paulo e, sem transitarem pelo seu estabelecimento, a partir do desembaraço aduaneiro foram destinados ao ingresso físico no estabelecimento destinatário das mercadorias, localizado na Bahia. O ICMS decorrente desta operação é devido ao Estado da Bahia.

Ademais, a própria Decisão prolatada pelo STJ em 18/06/2013 no AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 298.860-SC (2013/004214-4), publicada no DJE em 26/06/2013, citando Decisão do STF determina a legitimidade ativa do Estado no qual localizado o estabelecimento que praticará mercancia com a mercadoria importada, independentemente do local em que houve o desembaraço aduaneiro:

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 298.860 - SC (2013/0042014-4)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN(Relator):

(...)

Na mesma linha encontra-se jurisprudência firmada no STF de que o ICMS das importações será devido ao estado-membro onde efetivamente ocorrerá a mercância das mercadorias importadas, independentemente do local em que houve o desembaraço aduaneiro. Confirmam-se:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONVERTIDOS EM AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. ICMS. IMPORTAÇÃO. SUJEITO ATIVO. ESTADO ONDE SITUADO O ESTABELECIMENTO IMPORTADOR. PRECEDENTES. DESPROVIMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL. 1. O Sujeito ativo do ICMS é o estado-membro em que localizado o domicílio ou o estabelecimento onde efetivamente se der a mercância da mercadoria importada, independentemente de onde ocorra o desembaraço aduaneiro. Precedentes: ARE nº 642.416-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe 17.08.2011; AI nº 642.416-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 1º/02/2011 e RE nº 555.654, Segunda Turma, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe de 16/12/2011. 2. A súmula 279/STF dispõe, verbis: Para simples reexame de prova não cabe Recurso extraordinário. 3. É que o Recurso extraordinário não se presta ao exame de questões que demandam revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, adstringindo-se à análise da violação direta da ordem constitucional. 4. Nego provimento ao agravo regimental.

(RE 611576 ED / RS, Relator Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, Dje 06/03/2013)

(...)

(grifos nossos)

Portanto, com base no artigo 155, II, §2º, IX, “a”, da Constituição da República; no artigo 11, I, “d”, e §3º, da LC 87/96; no artigo 13, I, “d”, da Lei Estadual 7.014/96; consoante Pareceres dos Representantes da PGE/Profis constante nos autos deste processo e proferidos oralmente pelos dignos Procuradores presentes às sessões de julgamento deste PAF; e considerando também o teor da Decisão prolatada em 18/06/2013 no AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 298.860-SC (2013/004214-4) – STJ, a Bahia detém a legitimidade ativa para a cobrança do ICMS na operação objeto do Auto de Infração em julgamento.

Contudo, diante do quanto exposto no Relatório que antecede este voto, para a análise deste processo contamos com a valiosa ponderação técnico-jurídica dos representantes da PGE/Profis, presentes às sessões de julgamento, que nos auxiliaram no estudo da Decisão do STJ no AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 298.860-SC (2013/004214-4). Nesta Decisão o STJ manteve o seu entendimento no sentido de que “*Está pacificado no âmbito deste STJ que o contribuinte do ICMS, no caso de mercadorias importadas, é o estabelecimento do importador, assim entendido o destinatário do produto importado, ou seja, sob outra vertente, por quem vai utilizá-lo.*”.

Nestes exatos termos, define o STJ que o importador é quem vai utilizar a mercadoria importada.

Consoante este entendimento do STJ, o ICMS devido deverá ser pago ao Estado da Bahia pelo estabelecimento que foi o destinatário físico da mercadoria e quem vai utilizá-la, sendo por esta circunstância definido como importador.

Da análise dos documentos constantes neste processo, resta indubitável que a empresa que realizou as providências necessárias à operação de importação no Estado de São Paulo não é o estabelecimento onde efetivamente se dará a mercancia da mercadoria importada.

Portanto não é o autuado, remetente das mercadorias para o estabelecimento situado na Bahia, o sujeito passivo tributário na operação objeto do lançamento de ofício.

Observado que o Auto de Infração foi lavrado contra o estabelecimento remetente do bem, está caracterizada a ilegitimidade passiva do recorrente, o que acarreta a nulidade do lançamento nos termos do artigo 18, IV, “b”, do RPAF/99.

Em decorrência deste voto pelo julgamento no sentido da nulidade da autuação por ilegitimidade passiva, resta prejudicada a análise da necessidade de realização da diligência solicitada pelo recorrente, para verificação de dados materiais, em razão de que o mérito da ação fiscal não está sendo analisado neste julgamento.

Observe, por necessário, que em sede de Recurso Voluntário o contribuinte pede o julgamento pela nulidade do Auto de Infração, embora fundamente seu pedido na premissa, *data venia* equivocada, de que teria ocorrido ilegitimidade ativa. Sendo o Auto de Infração julgado nulo, embora por ilegitimidade passiva, entendo que provido o pleito recursal quanto ao resultado do julgamento.

Por tudo quanto dito, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida, julgando então NULO o Auto de Infração.

Contudo, diante dos dados dos documentos deste processo, nos termos do artigo 156 do RPAF/99 represento à autoridade fazendária competente para a realização de nova ação fiscal no estabelecimento do destinatário das mercadorias, neste Estado, para a verificação do cumprimento das obrigações tributárias acessórias e principal em relação às operações objeto do Auto de Infração que deu origem a esta lide.

Quanto ao pedido do sujeito passivo para que suas intimações sejam realizadas no endereço que indica, inexistente óbice a seu atendimento pela repartição fazendária competente, desde que respeitado o previsto no artigo 108 do RPAF/99.

VOTO DIVERGENTE (Fundamentação pela improcedência)

Com a devida vênia, divirjo da ilustre Conselheira Relatora quanto à fundamentação de seu voto. De fato, o Recurso Voluntário deve ser provido, mas não em razão da nulidade do auto de infração, e sim por sua improcedência.

Segundo entendimento sustentado pela nobre Relatora, o auto de infração seria nulo em razão da ilegitimidade passiva do autuado, entendendo que o ICMS-Importação nele exigido seria efetivamente devido pela empresa encomendante. Divirjo nesse particular, pois entendo que o presente PAF não gira em torno da identificação do sujeito passivo responsável pelo pagamento do imposto, pois os elementos constantes nos autos demonstram inequivocamente que somente uma empresa realizou a dita operação de importação, no caso, a recorrente, que figura como “importador” e por isso é o contribuinte do imposto devido.

Assim, a celeuma processual reside na identificação do sujeito ativo competente para exigir tal tributo, que no meu entendimento, seria o Estado de São Paulo, onde a recorrente tem o seu domicílio fiscal. Por tal razão, não vejo nulidade do auto de infração, e sim improcedência, pois o Estado da Bahia não é credor do ICMS devido pela recorrente.

Para fundamentar meu voto, registro, logo de início, que a interpretação de qualquer norma jurídica, sobretudo aquelas de natureza tributária, deve partir do vértice da pirâmide normativa, que é a Constituição Federal, de onde emanam os requisitos de validade de todo o ordenamento.

É equivocado, portanto, interpretar o regramento tributário partindo dos regulamentos administrativos e leis infraconstitucionais, desconsiderando que o nascedouro do poder de tributar está na Carta Magna; tal caminho inverso conduzirá o intérprete a conclusões equivocadas.

Assim, entendo que o caso em análise, no qual se está diante de um verdadeiro conflito de competência positiva para exigência do ICMS-Importação, não se pode deixar de analisar o que diz o art. 155, inciso II, § 2º, IX, “a”, da Constituição Federal, abaixo transcrito:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

§ 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

IX - incidirá também:

a) sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade, assim como sobre o serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário da mercadoria, bem ou serviço;(grifei)

Nota-se que o texto constitucional elegeu o critério jurídico para definição do sujeito ativo do ICMS-Importação, qual seja o “Estado onde estiver situado o domicílio fiscal ou o estabelecimento do destinatário da mercadoria”.

Diante de tal critério, torna-se imprescindível estabelecer quem é o destinatário da mercadoria, e não há dúvidas de que, em se tratando de uma operação de importação, o destinatário é o importador, por pressuposto lógico.

Nesse particular, a fim de estabelecer o conceito de importador e destinatário da mercadoria importada, faz-se necessário conhecer a legislação infraconstitucional que conceitua a operação de importação, no caso o Decreto-Lei nº 37/66, com as alterações promovidas pela Lei nº 11.281/2006, que estabelece a distinção entre importação por conta e ordem e importação por encomenda. No primeiro caso, a empresa de importação figura como agente prestador de serviço que viabiliza a compra da mercadoria estrangeira para o destinatário, que figurará como efetivo importador, enquanto no segundo caso, a empresa de importação é o próprio importador, que adquire a mercadoria, promove o desembaraço aduaneiro, emite nota fiscal de entrada, registra contabilmente a entrada da mercadoria em seu estabelecimento, agrega sua margem de lucro e, por fim, promove a saída da mercadoria no mercado interno destinada ao encomendante. Tal distinção está nitidamente esclarecida no art. 11 da Lei 11.281/2006, *in verbis*:

Art. 11. A importação promovida por pessoa jurídica importadora que adquire mercadorias no exterior para revenda a encomendante predeterminado não configura importação por conta e ordem de terceiros.

Portanto, importa saber, no caso em tela, que tipo de operação de importação foi realizada pelo recorrente, a fim de se estabelecer o pressuposto constitucional que dá início à interpretação da hipótese de incidência do ICMS-Importação. Nesse particular, é fato incontroverso que o recorrente promoveu uma típica importação por encomenda, evidenciando que as mercadorias em questão foram primeiro importadas pelo apelante, que registrou a operação de importação, recolheu o ICMS devido ao Estado de São Paulo, onde está seu estabelecimento, e na sequência promoveu a saída da mercadoria no mercado interno, destinada à empresa encomendante no Estado da Bahia.

Assim, considerando que o recorrente realizou operação de importação por encomenda, não há dúvidas de que ele próprio é o importador e destinatário da mercadoria importada, de modo que o ICMS incidente sobre tal operação será devido ao Estado de São Paulo, onde está situado o seu estabelecimento, tal como determina a Constituição Federal.

Apesar da simplicidade do texto constitucional e da legislação definidora das regras de importação, o tema ora em debate comporta diferentes interpretações, vez que a Lei Complementar nº. 87/96, ao disciplinar as normas gerais aplicáveis ao ICMS-Importação, em seu art. 11, inciso I, alínea “d”, utilizou redação confusa, conforme abaixo transcrito:

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;(grifei)

O dispositivo acima citado define o local onde se reputa ocorrida a operação para fins de definição do “estabelecimento responsável”, como sendo aquele onde ocorre a “entrada física” da mercadoria importada.

O texto gera dúvidas porque, numa leitura rápida, induz o intérprete a entender que o sujeito ativo do ICMS-Importação seria o Estado onde está situado o estabelecimento que recebe a entrada física da mercadoria. E foi certamente com base nesse erro de interpretação que o legislador baiano editou o Art. 573, § 1º, do RICMS-BA/97.

Entretanto, analisando detidamente o caput do art. 11, da LC 87/96, nota-se que referida norma disciplina hipóteses de responsabilidade tributária, ou seja, definição de sujeição passiva, e não de sujeição ativa; tal conclusão fica evidenciada a partir da expressão “*e definição do estabelecimento responsável*” contida no final do texto. Portanto, a regra estabelecida na alínea “a” do referido artigo, citado adrede, é responsabilizar o estabelecimento destinatário físico da mercadoria por eventual omissão quanto às obrigações previstas em lei. Até porque, jamais poderia a Lei Complementar inovar o ordenamento jurídico criando outro critério definidor da sujeição ativa, pois como norma infraconstitucional que é, guarda obediência hierárquica em relação ao art. 150, inciso II, § 2º, IX, “a”, da Constituição Federal.

Nesse sentido, cumpre transcrever trecho do Parecer da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, em resposta à consulta sobre o tema em debate:

“Fica evidente que o estabelecimento destinatário da mercadoria ou serviço é aquele que efetivamente praticou o fato jurídico, ou seja, aquele que realizou a importação. É irrelevante que a entrada das mercadorias tenha se dado em Estado diverso. Um importador do Estado A pode efetivar importações através do Porto situado no Estado B. O imposto sempre será devido ao Estado destinatário, no caso, o Estado A.

(...)

Não é cabível que os efeitos jurídicos da importação fiquem condicionados ao ingresso físico da mercadoria no estabelecimento destinatário, para que, então, seja fixado a qual Estado é devido o imposto. A circulação que interessa ao legislador é meramente jurídica.

Não há como transladar a figura do contribuinte descrita na LC (importador) e o momento da concretização da hipótese de incidência (desembarço aduaneiro), para terceiro evento (entrada física), que não possui relevância jurídica, a não ser através de razoável interpretação dos dispositivos da LC 87/96, como adiante será levado a efeito.

(...)

Na verdade, o imposto é devido no momento do desembarço aduaneiro (geralmente no porto ou aeroporto) e deve ser recolhido ao Estado da localização do importador, aquele que juridicamente promoveu a entrada dos bens ou mercadorias no território nacional (Estado destinatário da importação).

A figura da responsabilidade aparece no cenário do direito tributário por diversos fatores que são definidos pelo legislador ao fixar a sujeição tributária. Após a definição do fato gerador (desembarço aduaneiro) e, naturalmente, localizar a pessoa que deve ocupar o pólo passivo da obrigação tributária na condição de contribuinte (importador), o legislador pode ignorar ou não esse personagem elegendo como sujeito passivo outra pessoa.

Esse terceiro não participa do binômio fisco-contribuinte. A eleição desse terceiro decorre de razões que vão da conveniência até a necessidade.

Cremos que este é o tipo de responsabilidade a que se refere a LC 87/96. O estabelecimento onde se verificar a entrada física da mercadoria só assume a obrigação de pagar o imposto quando deixar de adotar alguma providência a que esteja obrigado por lei. Se isto ocorrer, a lei o responsabiliza solidariamente no que respeita ao cumprimento do dever de recolher o tributo.

Conclui-se:

a) Destinatário da mercadoria ou do bem, na importação, é o próprio estabelecimento importador, cujo domicílio fiscal define a unidade da Federação competente para cobrar o ICMS nessa operação; e

b) A designação contida na alínea d do inciso I do art. 11 da Lei Complementar nº 87/96 simplesmente determina a fixação de responsabilidade tributária, de que tratam os arts. 121 a 134 do Código Tributário Nacional.” (PGFN/CAT/nº 1.093, de 9.7.97) - Grifei

Entendo que a interpretação conferida pela PGFN é a mais razoável, sobretudo porque o entendimento contrário infirma a regra constitucional. Demais disso, a doutrina especializada segue também o mesmo rumo, a exemplo do Professor José Eduardo Soares de Melo, em sua obra ICMS – Teoria e Prática, cujo trecho transcrevo:

“Por conseguinte, e desde que exista embasamento documental, é viável a nacionalização dos bens independentemente da sua titularidade. Essa situação representa racionalidade das operações de importação, objetivando maior eficácia, evitando-se dispêndios desnecessários.

Em termos objetivos, não haveria sentido – na situação enfocada – que uma empresa situada no Estado A tivesse que adotar um dos procedimentos seguintes:

- a) Desembaraçar os bens importados em seu Estado (A), fazê-los ingressar fisicamente em seu estabelecimento; e, depois, promover sua remessa para empresa do Estado B; ou*
- b) Abrir estabelecimento no Estado B, desembaraçar os bens (também em B), ingressá-los fisicamente no mesmo estabelecimento, para, então, remetê-los a empresa sediada no mesmo Estado (B).*

As duas hipóteses não ensejariam nenhum tipo de questionamento fiscal, posto que os fatos físicos estariam consentâneos com as operações mercantis, ficando perfeitamente delineada a territorialidade.

Entretanto, tais práticas são onerosas, desnecessárias e incompatíveis com as dinâmicas empresarias; e, além de tudo, impertinentes para fins tributários, que devem considerar a realização de ‘operações jurídicas’, e não meras ‘circulações físicas’.

(...)

Observando a diretriz indicada nos itens anteriores, para fins de exigência e local de recolhimento do ICMS/Importação, também deve ser considerado o estabelecimento da empresa que efetuou a importação, ou seja, a pessoa que promoveu o ingresso (jurídico) no território nacional. O fato de a “trading” – que realize a importação de mercadorias “por encomenda”, ou “por conta e ordem de terceiros” – se encontrar localizada em unidade da federação distinta daquele onde se situa o estabelecimento destinatário (comprador da mercadoria), não tem importância jurídica, uma vez que permanece a competência do Estado onde se situa o importador (no caso, a “trading”).” (ICMS – Teoria e Prática. Dialética. 12ª e.d., p.124/125 e 134)

Aliás, a doutrina especializada é uníssona no sentido de que a expressão “circulação de mercadoria”, para fins de definição do critério material do ICMS, jamais deverá ser considerada a partir do sentido meramente físico, importando sempre compreender o sentido jurídico da operação encetada. Comungam desse entendimento os juristas Geraldo Ataliba, Cleber Giardino, Souto Maior Borges, Carvalho de Mendonça e Paulo de Barros Carvalho (in José Soares de Melo. ICMS – Teoria e Prática. Dialética. 12ª e.d., p.16).

Não por acaso, a matéria ora em debate chegou ao SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL que firmou pacífica orientação no sentido de que, nas operações de importação, o ICMS é devido ao Estado onde estiver situado o domicílio ou estabelecimento do destinatário jurídico da mercadoria. Segue transcrição de alguns precedentes:

“O Sujeito ativo do ICMS é o estado-membro em que localizado o domicílio ou o estabelecimento onde efetivamente se der a mercância da mercadoria importada, independentemente de onde ocorra o desembaraço aduaneiro. Precedentes: ARE nº 642.416-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe 17.08.2011; AI nº 642.416-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 1º/02/2011 e RE nº 555.654, Segunda Turma, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe de 16/12/2011. Vide: RE 611576, Rel. Min. Luiz fux, julgamento em 05/02/2013, Primeira Turma, DJ de 06-03-2013.

“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. 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. Vide: RE 430372, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 16/03/2010, Segunda Turma, DJ de 29-04-2010. – Grifei.

“O sujeito ativo da relação jurídico-tributária do ICMS é o Estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário jurídico da mercadoria (alínea a do inciso IX do § 2º do art. 155 da Carta de Outubro); pouco importando se o desembaraço aduaneiro ocorreu por meio de ente federativo diverso.” (RE

299.079, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 30-6-2004, Primeira Turma, DJ de 16-6-2006.) No mesmo sentido: RE 405.457, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 4-12-2009, Segunda Turma, DJE de 5-2-2010; AI 733.464-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 25-8-2009, Primeira Turma, DJE de 23-10-2009; AI 663.936-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 30-6-2009, Primeira Turma, DJE de 28-8-2009; RE 598.051-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 12-5-2009, Segunda Turma, DJE de 29-5-2009. Vide: RE 224.277, Rel. Min. Néri da Silveira, julgamento em 25-5-1998, Segunda Turma, DJ de 26-6-1998. – Grifei.

Em verdade, pesquisando na jurisprudência do STF, não encontrei nenhum acórdão em sentido contrário ao entendimento acima esposado. A partir daí, considerando que a matéria em discussão é de cunho estritamente constitucional, pois discute a aplicação do art. 155, inciso II, § 2º, IX, “a”, da Constituição Federal, o entendimento da Corte Suprema é suficiente para definir a questão.

Entretanto, é importante registrar que o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, órgão judicante hierarquicamente inferior ao STF em matérias constitucionais, também enfrentou a matéria em debate e firmou entendimento coerente com a jurisprudência do Supremo. Vejamos:

“Na importação indireta, o ICMS é devido ao Estado onde se localiza o destinatário final da mercadoria importada. Precedentes do STJ e do STF. (AgRg no AREsp 298860 / SC, Relator(a) Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 18/06/2013 Data da Publicação/Fonte DJe 26/06/2013)

Apesar da aparente dissonância da Ementa acima transcrita, o voto do Ministro Relator Herman Benjamin esclarece que o entendimento do STJ vai no mesmo sentido do STF, pois sustenta que a importação por encomenda – como é o caso em análise, não se confunde com a chamada “importação indireta”. Vejamos:

“Conforme consignado na decisão monocrática, O Tribunal a quo asseverou:

‘Na sentença o Juiz Hélio do Valle Pereira expressamente ressaltou que: “1. O mero trânsito de um bem por um Estado não representa que a importação ali tenha ocorrido. Deve-se fazer a distinção entre a entrada, por via de porto, aeroporto ou outra situação equivalente, e o seu destino derradeiro. O ICMS é imposto sobre a compra e venda mercantil de bens móveis. Por isso, será contribuinte aquele que adquire o objeto, isto é, o seu destinatário. Dessa maneira, se empresa gaúcha (como é o caso) encomenda mercadorias que apenas ingressam no país por meio de Santa Catarina, não é aqui que se caracteriza o fato gerador tributário, mas sim no Rio Grande do Sul. Por questões operacionais, é verdade, impõe-se o pagamento do ICMS de plano, mas isso não permite que se faça confusão conceitual: esse recolhimento tem em mira evidentemente impedir a sonegação, mas não altera a sujeição subjetiva tributária. (...) Em síntese, portanto, o ICMS é devido ao Rio Grande do Sul”. 02. Dispõe a Constituição da República: “Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; [...]

IX - incidirá também: a) sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade, assim como sobre serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o domicílio ou estabelecimento do destinatário da mercadoria”. O texto constitucional é claro; não permite tergiversação: o ICMS é devido ao Estado “onde estiver situado o domicílio ou estabelecimento do destinatário da mercadoria”. (...) 03. No caso em exame, a mercadoria que o Estado de Santa Catarina pretende tributar com ICMS, conquanto adquirida pela Seger Comercial Importadora e Exportadora, como “intermediária”, destina-se ao Consórcio Racional - Delta (fls. 52/58). Aquela é sediada neste Estado (fls. 59); esta, no vizinho Estado do Rio Grande do Sul (fl. 25). (fls. 331- 335-, e-STJ)’

Dessa forma, in casu, forçoso reconhecer que o acórdão recorrido trata da interpretação de dispositivo da Constituição da República (art. 155).

Assim, é evidente o caráter constitucional da discussão, o que inviabiliza o conhecimento do Recurso Especial.

Reitero que, ainda que superado o óbice acima, a irresignação não merece prosperar porque o acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que, nos casos de importação indireta, o ICMS deverá ser recolhido no Estado onde se localiza o destinatário final da mercadoria, a despeito de ter sido esta desembaraçada por estabelecimento intermediário sediado em outra Unidade da Federação.”

Assim, vejo que os argumentos recursais estão em perfeita consonância à correta interpretação da legislação aplicável ao caso em tela, tal como entende a melhor doutrina e a pacífica jurisprudência do STF e STJ.

Ante o exposto, voto pelo PROVIMENTO do recurso voluntário para reformar a decisão recorrida e julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração nº 128966.0015/12-9, lavrado contra MARTIFER CONSTRUÇÕES METÁLICAS LTDA.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado, porém em decisão por maioria quanto à fundamentação, com voto de qualidade do presidente, para modificar a Decisão recorrida e julgar **NULO** o Auto de Infração nº **128966.0015/12-9**, lavrado contra **MARTIFER CONSTRUÇÕES METÁLICAS LTDA**. Representa-se à autoridade fazendária competente nos termos do artigo 156 do RPAF/99, para a realização de nova ação fiscal no estabelecimento do destinatário das mercadorias, neste Estado, para a verificação do cumprimento das obrigações acessórias e principal em relação às operações objeto do Auto de Infração que deu origem a esta lide.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros – Osmira Freire de Carvalho Ribeiro da Silva, Valtércio Serpa Junior e Fernando Antonio Brito de Araújo.

VOTO VENCIDO: Conselheiros – Leonardo Baruch Miranda Souza, Oswaldo Ignácio Amador e Rafael Barbosa de Carvalho Figueiredo.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de agosto de 2013.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – RELATORA

LEONARDO BARUCH MIRANDA SOUZA – VOTO DIVERGENTE
(Fundamentação pela improcedência)

ROSANA JEZLER GALVÃO - REPR. DA PGE/PROFIS