

PROCESSO	- A. I. Nº 210943.0040/13-0
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- QUALITY IMPORT IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.
RECURSO	- RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5ª JJF nº 0137-05/13
ORIGEM	- IFMT – DAT/METRO
INTERNET	- 13/12/2013

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0366-11/13

EMENTA: ICMS. IMPORTAÇÃO DE MERCADORIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Compulsando-se os autos nota-se que o autuado, sediada em outro estado da federação, é destinatária final das mercadorias. Estado da Bahia. Illegitimidade. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, nos termos do art. 169, I, “a”, do RPAF/99 em razão da Decisão proferida pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal através do Acórdão nº 0137-05/13, por ter julgado NULO o Auto de Infração nº, 210943.0040/13-0 que imputou ao sujeito passivo o cometimento da seguinte infração: fata de recolhimento do ICMS sobre a importação, relativo a mercadoria procedente do exterior, destinados fisicamente a esta Estado, no caso do importador ser estabelecido em outra unidade da Federação e o desembarço aduaneiro ocorrer ou não em estado diverso de seu domicílio.

Após apresentação de impugnação pelo sujeito passivo, a 5ª JJF julgou NULO o Auto de Infração, com voto divergente, pela procedência, nos seguintes termos:

O cerne da pretensão resistida consiste na prova do ingresso físico, no Estado da Bahia, das mercadorias importadas, através do Porto de Vitória, situado no Estado do Espírito Santo, após o respectivo desembarço aduaneiro, sem, contudo, transitar no estabelecimento do importador.

O fato constitutivo constante do lançamento tributário de ofício faz nascer a obrigação tributária e possui o intuito de identificar elementos da respectiva relação jurídica: sujeito ativo, passivo e ocorrência do fato gerador do ICMS.

Dessa forma, o ônus probandi incumbe ao autor, por força do artigo 333, da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil – CPC.

“(...)

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;
(...)”

A aplicação subsidiária do mencionado estatuto processual ao processo administrativo fiscal possui previsão nas disposições finais transitórias do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09 de julho de 1999.

“(...)

Art. 180. Aplicam-se subsidiariamente ao processo administrativo fiscal as normas do Código de Processo Civil.”

In casu, ao autuante incumbe o referido encargo, cujo interesse é a constituição do ICMS para o Estado da Bahia, através do lançamento tributário de ofício.

Da análise dos documentos juntados ao processo, constata-se a falta de elementos probantes para demonstrar a ocorrência da descrição dos fatos apontados no Auto de Infração, notadamente, pela inexistência das datas de entrada e saída nos documentos acostados, às fls. 11 e 12, DANFE referentes às vendas para estabelecimento localizado no Estado da Bahia e, na fl. 64, DANFE referente ao desembarço aduaneiro.

Outrossim, ao cotejar a distância do Porto de Vitória, no Estado do Espírito Santo, para a capital baiana, de

aproximadamente de 1.200 km, com o intervalo das datas finais das programações de retirada de 14/03/2013, Doc 4, fls. 61 e 62, consideradas, inclusive, como parâmetros da exação fiscal e aquelas consignadas na lavratura do Auto de Infração e do Termo de Ocorrência Fiscal, 05/04/2013, fls. 1 e 8, verifica-se a não plausibilidade da autuação fiscal, no que concerne ao destino físico das mercadorias importadas, em estabelecimento situado no Estado da Bahia, sem trânsito no estabelecimento do importador, após o desembarço aduaneiro.

Por sua vez, a impugnante, empresa importadora, ao apresentar o DANFE e o DACTE, Doc 7, fls. 69 e 70, embora, também, não constem das datas de saída, demonstram a emissão de documento relativo a partes das mercadorias importadas, com destino a estabelecimento situado no território baiano, em 01/04/2013, além de vídeo da entrada e saída de mercadorias no pátio do seu estabelecimento, respectivamente, em 14/03/2013 e 01/04/2013, e, por conseguinte, atingem a comprovação da ocorrência de fato gerador do ICMS devido para o Estado da Bahia.

Destarte, não há, na questão posta, demonstração probatória dos fatos descritos no lançamento tributário em tela, com intuito de promover a convicção da sua realidade, para exercer o direito subjetivo material, tendo como sujeito ativo o Estado da Bahia. Do exposto, o autuante não cumpriu o encargo da indubitável comprovação da infração, como dispõe o art. 28, § 4º, inciso II, do RPAF, in verbis:

(...)

Art. 28. A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso:

(...)

§ 4º O Auto de Infração far-se-á acompanhar:

(...)

II - dos demonstrativos e dos levantamentos elaborados pelo fiscal autuante, se houver, **e das provas necessárias à demonstração do fato argüido.** (grifo acrescido)

(...)

Portanto, voto pela NULIDADE do lançamento de ofício, conforme art. 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF, recomendando a renovação do lançamento tributário, quando da execução dos trabalhos de fiscalização em estabelecimentos.

VOTO DIVERGENTE

Peço vênia para discordar do senhor relator relativamente ao deslinde deste processo. No caso concreto entendo que o ônus da prova do ingresso efetivo da mercadoria no estabelecimento importador é exatamente da empresa remetente (autuada) com sede no Estado do Espírito Santo.

Os DANFE's de nºs 001.480 e 001.479, emitidos em 14/03/2013, acobertaram a operação de remessa para a Bahia da mercadoria GRUA, GUINDANTES e DEMAIS ACESSÓRIOS (NCM 84262000), com destino à empresa Tecnotrav Técnica em Transportes Vertical Ltda, estabelecida no município de Camaçari-Ba, com tributação à alíquota interestadual de 4%. De acordo com o Comprovante de Importação anexado à fl. 52 do PAF, o desembarço da mercadoria se deu 05/03/2013. Na sessão de julgamento foi informado pelo patrono da empresa que a operação de remessa para a Bahia da mercadoria importada já se encontrava contratada com a empresa destinatária final, aguardando-se tão somente o pagamento da venda da mercadoria importada, que foi efetuada à vista, conforme documentando nos respectivos DANFE's.

Por sua vez os DANFE's nºs 1473 e 1474 (doc. fls. 64 e 65), que acobertaram as entradas das mercadorias no país após desembarço aduaneiro, revelam que a operação de importação se deu ao amparo dos Benefícios do FUNDAP, conforme detalhado nos campos “natureza da operação” e “informações complementares” das Notas Fiscais de Entrada, onde é informado que o ICMS-Importação foi objeto do benefício do diferimento, nos termos do RICMS do Estado do Espírito Santo. É do conhecimento de todos que os benefícios fiscais do FUNDAP não têm amparo em Convênio aprovado no Conselho de Política Fazendária do ICMS (CONFAZ), conforme determina a Lei Complementar nº 24/1975.

A efetiva remessa dos bens importados, de forma parcelada, se deu através do DANFE 1.511, emitido pelo autuado em 01/04/2013, que faz referência às “notas mães” (DANFE's 001.480 e 001.479), e o correspondente Conhecimento de Transporte Eletrônico - CTe (docs. fls. 69 e 70, respectivamente). Os bens foram apreendidos no trânsito de mercadorias em 05/04/2013, de acordo com o que atesta o “Termo de Ocorrência Fiscal”, apensado à fl. 8 do PAF.

Do exposto verifica-se que: 1) não há prova de que a mercadoria tenha ingressado efetivamente no estabelecimento do autuado, no Estado do Espírito Santo; 2) toda a operação de importação e subsequente remessa dos bens para a Bahia já se encontrava contratada entre as partes envolvidas, conforme foi esclarecido na sessão de julgamento, pois que a circulação posterior dos bens, após desembarço aduaneiro, foi efetuada diretamente do armazém do porto (terminal alfandegado), localizado no município de Vila Velha - ES, mediante

a comprovação do pagamento à vista; 3) ademais, a operação de importação foi beneficiada com o Regime do FUNDAP, através do qual o ICMS é diferido, nos termos da legislação interna do ES, situação sem amparo nas normas do CONFAZ, residindo exatamente aí a principal razão pela qual a referida operação foi efetuada através da empresa autuada.

Frente ao exposto, entendo que se encontra caracterizada, pelo “modus operandi” acima descrito, a importação com destinação física para a Bahia, das mercadorias arroladas nos DANFE’s N°s 001.479 e 001.480, razão pela qual o ICMS deveria ter sido recolhido em benefício dessa unidade federada, através de Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais (GNRE), antes da saída das mercadorias, de responsabilidade da empresa remetente, ora autuada.

Voto, portanto, pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração

É o que me cabe relatar.

VOTO

De ofício, suscito a ilegitimidade ativa do Estado da Bahia em cobrar o imposto cobrado por meio do Auto de Infração em tela. Digo isso porque os arts. 155, §2º, IX, ‘a’ da CF/88 e art. 11 da Lei Complementar 87/96 trazem a determinação de quem é o sujeito passivo da tributação.

Compulsando-se os autos, em especial analisando-se as Declarações de Importação (DI) acostadas noto que a importação foi realizada pela empresa autuada, que, inclusive, não tem sede no Estado da Bahia, sendo ela própria a destinatária final das mercadorias objeto da lide. Além disso, não há informação da existência de importação realizada por outra empresa, utilizando-se dos serviços de terceiros, como intermediários, para tanto.

Neste sentido, comungo com o entendimento dos tribunais superiores no sentido de que o ente tributante deve ser o estado em que se localiza o destinatário final das mercadorias importadas, como se extrai, por exemplo, do Recurso Especial nº 1190705-MG.

Deste modo, entendo que o Estado do Espírito Santo é o ente tributante legítimo para cobrar a exação em tela, e não o Estado da Bahia, razão pela qual entendo que o Auto de Infração em tela é eivado de vício que leva à sua nulidade.

Assim, NEGO PROVIMENTO ao Recurso de Ofício e, suscitanto de ofício a preliminar de ilegitimidade ativa, julgo IMPROCEDENTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício apresentado e, de ofício, modificar a Decisão recorrida e julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração nº 210943.0040/13-0, lavrado contra **QUALITY IMPORT IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de novembro de 2013.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

EDMUNDO JOSÉ BUSTANI NETO – RELATOR

ROSANA JEZLER GALVÃO – REPR. DA PGE/PROFIS