

A. I. Nº - 124157.1206/12-9
AUTUADO - BOMPREÇO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA.
AUTUANTE - ANTONIO JOSE DOS SANTOS
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET - 29/10/2013

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0173-05/13

EMENTA: ICMS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. A autuação contém vícios que afetam a sua eficácia, haja vista que não foi lavrado Termo de Início de Fiscalização e o Termo de Apreensão constante do processo refere-se a outro Auto de Infração. É nulo o procedimento que não atenda ao devido processo legal, que implique cerceamento de defesa ou que não contenha elementos suficientes para determinar, com precisão a infração apontada. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 22/11/2012, exige ICMS, no valor de R\$67.195,34, acrescido da multa de 60%, em decorrência da falta de recolhimento do ICMS sobre importação, relativo a mercadorias e/ou bens procedentes do exterior, destinados fisicamente a este Estado, no caso do importador ser estabelecido em outra unidade federativa e o desembaraço aduaneiro ocorrer ou não em Estado diverso de seu domicílio.

O sujeito passivo apresenta defeso, às fls. 42 a 51 dos autos, afirmando que o Autuante lavrou contra a ora Impugnante Auto de Infração (doc. 03) em substituição ao de nº 124157.0808/09-5, por suposta infração relativa ao ICMS - Importação, impondo-lhe “débito” no valor total de R\$107.512,54 (cento e sete mil, quinhentos e doze reais, e cinquenta e quatro centavos), acrescido de multa de 60% (sessenta por cento), aduzindo que:

Relata que o Auto de Infração foi lavrado em substituição ao de nº 124157.0808/09-5 de 10/01/2010, em obediência ao disposto no § 1º, b, do Art. 18 do RAPF Decreto nº 7.629 de 09/07/1999, à vista da orientação exarada da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do CONSEF, ancorada no Acórdão nº JJF 0246-02 de 03/09/2010, e ratificada pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do CONSEF, à luz do Acórdão CJF nº 0242-12/11 de 15/08/2012.

Assegura que já foi objeto de julgamento pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal e 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, a qual decidiu pela anulação do Auto de Infração, em vista da ilegitimidade do sujeito passivo (autuado na ocasião) e do sujeito ativo (Estado da Bahia).

Argumenta que, se o Auto de Infração ora guerreado está sendo lavrado em substituição ao de nº 124157.0808/09-5, de 10/10/2010, que trata da mesma operação de importação, não havendo qualquer fato novo que justifique sua lavratura, depois do que já ficou consignado no julgamento referido.

Alude que no Acórdão CJF nº 0242-12/11 (doc. 04) ficou consignado, primeiro, que o sujeito passivo da operação é de fato a pessoa jurídica BOMPREÇO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA., importador e destinatário das mercadorias objeto da DI nº 09/1797006-8 e, segundo, que o Estado da Bahia não é sujeito ativo da operação fiscalizada, já que as mercadorias foram importadas pelo BOMPREÇO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA., localizado no Estado de Pernambuco, e, somente posteriormente, vendidas para BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA., localizado no Estado da Bahia, quando então foi objeto de Apreensão.

Nesse sentido, continua o autuado, que é oportuno trazer à baila o declarado no voto do relator, seguido unanimemente por seus pares, no citado Acórdão:

“Portanto, resta claro que o BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA. é parte ilegítima para figurar no pólo passivo da relação tributária do presente Auto de Infração, assim como o Estado da Bahia é sujeito ativo ilegítimo para cobrar o ICMS/importação da operação trazida fiscalizada nos autos.” (grifos nossos)

Entende que, se este Auto de Infração é substituto do anterior, a operação é a mesma e, sendo assim, não há razão para esta nova autuação, pois o Estado da Bahia continua sendo ilegítimo para cobrar o ICMS/importação devido e já recolhido ao Estado de Pernambuco.

Por tais razões, o Auto de Infração sob reproche deve ser julgado improcedente.

Argui que a regra matriz de incidência do ICMS - Importação, estampada no art. 155, § 2º, IX, “a”, da Constituição Federal, dispõe inequivocamente que o ICMS cabe ao Estado em que estiver domiciliado o destinatário da mercadoria.

Consigna que, por sua vez, a Lei Complementar nº 87/96, editada na forma do art. 146, III, “a”, da Carta Magna, dispõe que o imposto será recolhido ao Estado onde estiver estabelecido o importador (art. 11, I, “e”).

Nesses termos, a legislação do Estado da Bahia não difere. Determina no art. 47 do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284, de 14 de março de 1997, que:

Art. 47. O local da operação relativa à circulação de mercadorias ou bens, para efeito de cobrança do ICMS e da definição do estabelecimento responsável, é: (...)

X - o do estabelecimento onde ocorra a entrada física da mercadoria ou bem importados do exterior;

XI - o do domicílio do adquirente, quando não estabelecido, no caso de mercadoria ou bem importados do exterior;

Observa que para que fosse possível a cobrança do ICMS - Importação pelo Estado da Bahia seria necessário que não houvesse um estabelecimento do Importador no Estado de Pernambuco responsável pelo desembaraço das mercadorias, conforme comprovado nos autos do Processo Auto de Infração nº 124157.0808/09-5.

Acrescenta que ficou consignado no voto do relator do julgamento, seguindo por seus pares unanimemente, do Auto de Infração já referido acima e que foi substituído por esse agora combatido:

“No que tange aos argumentos da fiscalização, importante dizer que os artigos 47, X e 573, I, do RICMS/BA só poderiam ser aplicados se houvesse importação direta ao estabelecimento do autuado localizado no Estado da Bahia, o quê não foi o caso. As mercadorias foram desembaraçadas no Estado de Pernambuco.”

Conclui, assim, que o ICMS - Importação incidente sobre a importação das mercadorias descritas na Declaração de Importação nº 09/1253723-4, ora exigido, é de competência do Estado de Pernambuco (CF/88, art. 155, § 2º, IX, “a”) e para tal já foi devidamente recolhido, devendo, portanto, ser o presente Auto de Infração julgado improcedente em sua integralidade.

Argumenta que não poderia o Autuante, sob o manto da lavratura de um novo Auto de Infração em substituição ao original, modificar a coisa julgada. (art. 5º, XXXVI, da CF)

Afirma que, no julgamento anterior relativo ao mesmo crédito tributário restou decidido, por unanimidade, que: “... o BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA., é parte ilegítima para figurar no pólo passivo da relação tributária do presente Auto de Infração, assim como o Estado da Bahia é sujeito ativo ilegítimo para cobrar o ICMS/importação da operação trazida fiscalizada nos autos”.

Desta forma, pede que seja julgado NULO e/ou IMPROCEDENTE o Auto de Infração em epígrafe por contrariar a lei e tentar prejudicar a coisa julgada.

Considera a multa de 60% confiscatória, e, portanto inconstitucional, conforme art. 150, IV, da CF/88. Traz a ADIN nº 551/RJ, para consolidar seu entendimento.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. §§ 2º E 3º DO ART. 57 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. FIXAÇÃO DE VALORES MÍNIMOS PARA MULTAS PELO NÃO-RECOLHIMENTO E SONEGAÇÃO DE TRIBUTOS ESTADUAIS. VIOLAÇÃO AO INCISO IV DO ART. 150 DA CARTA DA REPÚBLICA. A desproporção entre o desrespeito a norma tributária e sua consequência jurídica, a multa, evidencia o caráter confiscatório desta, atentando contra o patrimônio do contribuinte, em contrariedade ao mencionado dispositivo do texto constitucional federal. Ação julgada procedente. (ADI 551/RJ, Tribunal Pleno, Relator Min. ILMAR GALVÃO, DJ 14/02/2003, p. 58). (Grifos acrescentados)

Alinha que, se alguma dúvida restar, de acordo com a determinação contida no art. 112 do CTN que se aplique a interpretação mais favorável ao Contribuinte, julgando Improcedente o Auto de Infração em epígrafe, inclusive a multa de 60% (sessenta por cento) aplicada, sendo o que se requer.

Diante do exposto, uma vez analisados e exauridos os fundamentos de fato e de direito desta peça impugnatória, a Impugnante requer, seja julgado nulo e/ou improcedente o Auto de Infração em sua integralidade, por inexistir qualquer ofensa ao art. 155, II, § 2º, IX, alínea “a”, da Constituição Federal, ao art. 11, I, alínea “d”, da Lei Complementar nº 87/96, já que as mercadorias descritas na DI nº 13366/2009 foram importadas por contribuinte localizado no Estado de Pernambuco.

Caso não seja esse o entendimento dessa Junta de Julgamento Fiscal do Egrégio CONSEF, o que se cogita pelo princípio da eventualidade, requer seja excluída, ou no mínimo reduzida, a confiscatória multa aplicada no percentual de 60% (sessenta por cento).

Requer que em caso de dúvida se interprete a norma jurídica da forma mais favorável à Impugnante (art. 112 do CTN).

Protesta e requer por todos os meios de provas permitidos em direito, bem como por juntada posterior de provas, perícia e diligência fiscal-contábil, assim como vistoria, inspeção, e tudo o mais que concorra para a prática da mais lúdima justiça.

O autuante apresenta sua informação fiscal, às fls. 77 a 85 dos autos, relatando que foi efetuada operação de importação com Mercadorias Tributáveis, através da DI nº 09/1797006-8 de 17/12/2009, contemplando diversas malas de viagens, descumpriu exigência da Legislação pertinente, em virtude de não ter recolhido o ICMS devido no momento do desembarço aduaneiro em favor do Estado da Bahia, uma vez que as referidas mercadorias foram destinadas fisicamente a este Estado, conforme exige o então Diploma Legal transcrito a seguir, com grifo do autuante:

CAPÍTULO VII

DO LOCAL DA OPERAÇÃO E DA PRESTAÇÃO

SEÇÃO I

Do Local da Operação

Art. 47. O local da operação relativa à circulação de mercadorias ou bens, para efeito de cobrança do ICMS e da definição do estabelecimento responsável, é:

X - o do estabelecimento onde ocorra a entrada física da mercadoria ou bem importados do exterior;

CAPÍTULO XLIV

DAS OPERAÇÕES DE IMPORTAÇÃO E DE ARREMATACÃO DE MERCADORIAS PROCEDENTES DO EXTERIOR

SEÇÃO I

Do Desembarço Aduaneiro

Art. 572. O ICMS incidente no desembarço aduaneiro de mercadorias ou bens importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, será recolhido no momento do despacho aduaneiro da mercadoria ou bem (Conv. ICM 10/81 e Prot. ICM 10/81).

§ 1º Quando forem desembarçadas, neste Estado, mercadorias destinadas a contribuinte de outra unidade da Federação, o recolhimento do ICMS será feito, em Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais

(GNRE), com indicação da unidade federada beneficiária, no mesmo agente arrecadador onde forem efetuados os recolhimentos dos tributos e demais gravames federais devidos na ocasião.

§ 2º O disposto no caput deste artigo aplica-se, também, às arrematações em leilões e 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, arrematados em leilão ou adquiridos em licitação promovida pelo poder público, será exigida:

I - a comprovação do pagamento do ICMS;

§ 4º-B. Nos casos previstos no § 4º-A, a guia será preenchida pelo contribuinte em 3 (três) vias, que após visadas terão a destinação:

I - 1ª via: contribuinte, devendo acompanhar a mercadoria ou bem no seu transporte;

II - 2ª via: retida pelo fisco da unidade federada da situação do importador;

III - 3ª via: fisco federal – retida por ocasião do despacho ou liberação da mercadoria ou bem.

§ 5º O visto a que se refere do § 4º e 4º-A não tem efeito homologatório da desoneração tributária, sujeitando-se o contribuinte ao recolhimento do imposto e às sanções previstas na legislação tributária, no caso de ser constatada, na unidade federada do importador, a obrigatoriedade de recolhimento do tributo na operação ou prestação descrita no documento (Conv. ICMS 132/98).

§ 6º A entrega de mercadoria ou bem importados do exterior por depositário estabelecido em recinto alfandegado somente poderá ser efetuada mediante prévia apresentação do comprovante de recolhimento do ICMS, ou do comprovante de exoneração do imposto, cabendo, no caso de descumprimento da obrigação, a responsabilização do depositário pelo pagamento do ICMS incidente nas respectivas operações, se for o caso, sem prejuízo da aplicação das penalidades pertinentes ao descumprimento das obrigações tributárias (art. 39, II, “c”).

§ 7º O transporte das mercadorias deverá ser acompanhado, além dos documentos fiscais exigidos, da guia de recolhimento do ICMS, se devido, ou da Guia a que se refere o inciso II do § 3º (Conv. ICMS 132/98).

(...)

SEÇÃO II

Da Importação de Mercadorias ou Bens Destinados Fisicamente a Unidade Federada Diversa da do Domicílio do Importador e da Subseqüente Revenda

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;

II - revogado

III - do domicílio do adquirente, se este não for estabelecido.

§ 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).

§ 2º Na hipótese de fracionamento de carga para destinatários físicos diversos, o imposto será recolhido proporcionalmente, e de forma individualizada.

§ 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.

§ 4º Para efeitos de transmissão da propriedade das mercadorias ou bens ou do título que os represente, subseqüente à operação de importação de que cuida o inciso I do “caput”, o importador emitirá Nota Fiscal relativa à transmissão para o destinatário, sem destaque do imposto, a qual deverá conter além dos demais requisitos:

I - declaração de que as mercadorias ou bens se destinam a unidade federada diversa da do importador;

II - indicação dos números e das datas dos Registros de Importação e da Nota Fiscal (entrada) relativa à entrada de que cuida o § 3º;

III - declaração de que o imposto será recolhido pelo destinatário;

IV - indicação do local onde ocorreu o desembaraço aduaneiro.

(...)

§ 9º Na circulação, as mercadorias ou bens, além do documento de importação federal, do Conhecimento de Transporte e do documento de arrecadação ou da Guia para Liberação de Mercadoria Estrangeira sem Comprovação do Recolhimento do ICMS (Anexo 87-A), conforme o caso, deverão ser acompanhados da Nota Fiscal (art. 229, § 2º) e do Passe Fiscal de Mercadorias, quando exigido (Conv. ICMS 132/98).

§ 10. Às Notas Fiscais mencionadas neste artigo será anexada via do correspondente documento de arrecadação ou da Guia para Liberação de Mercadoria Estrangeira sem Comprovação do Recolhimento do ICMS (Anexo 87-A), conforme o caso (Conv. ICMS 132/98).

(...)

DAS INFRAÇÕES E DAS PENALIDADES

Art. 911. Constitui infração relativa ao ICMS a inobservância de qualquer disposição contida na legislação deste tributo, especialmente das previstas no art. 915.

§ 1º A responsabilidade por infração relativa ao ICMS não depende da intenção do agente ou beneficiário, bem como da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.

DAS INFRAÇÕES E DAS MULTAS

Art. 911. Constitui infração relativa ao ICMS a inobservância de qualquer disposição contida na legislação deste tributo, especialmente das previstas no art. 915.

§ 1º A responsabilidade por infração relativa ao ICMS não depende da intenção do agente ou beneficiário, bem como da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.

(...)

Art. 913. Respondem pela infração, conjunta ou isoladamente, todos os que tenham concorrido, de qualquer forma, para a sua prática, ou que dela se tenham beneficiado.

Art. 915. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

II - 60% do valor do imposto não recolhido tempestivamente:

(...)

f) quando ocorrer qualquer hipótese de infração diversa das previstas neste Regulamento que importe descumprimento de obrigação tributária principal, em que não haja dolo, inclusive quando da utilização indevida ou antecipada de crédito fiscal. (grifo nosso)

Em consonância com o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia em que pese o então Decreto 6.284/97, nos artigos supra mencionados, reproduzimos parcialmente a seguir, no que tange o assunto em tela, como forma de corroborar em seu enunciado a licitude da lavratura do auto de infração em epígrafe, com a exigência do crédito tributário do ICMS em favor do Estado da Bahia, onde se verificou, de fato, a entrada física das mercadorias alvo do termo de apreensão nº 124157.0905/12-0 de 22/11/2012. (Grifo nosso)

LEI COMPLEMENTAR Nº 87, DE 13 DE SETEMBRO DE 1996

Dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, e dá outras providências. (LEI KANDIR)

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir o imposto sobre 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

(...)

§ 1º O imposto incide também:

I – sobre a entrada de mercadoria ou bem importados do exterior, por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade; (Redação dada pela Lcp 114, de 16.12.2002)

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;

3. DA ALEGAÇÃO:

1 - A Autuada, alega em sua defesa que é totalmente indevida a exigência imposta pela fiscalização, tendo em vista ter recebido as mercadorias constantes dos Danfe's nº 000.138/000.139 e 000.140, em operação interestadual onde a remetente é a empresa BOMPREGO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA, e a impugnante figura apenas como adquirente numa operação normal de saída de mercadorias em cujos documentos foram lançados o ICMS correspondente;

2 – “Que as mercadorias importadas descritas na Declaração de Importação nº 09/1797006-8 (doc. 04) foram importadas e adquiridas por outra pessoa jurídica, qual seja, BOMPREGO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA., localizada no Estado de Pernambuco, mas precisamente na Av. Caxangá, nº 3841, Iputinga, Cidade do Recife, CEP 50.670-000, com inscrição no CNPJ/MF sob o nº 13.004.510/0001-89 e no Cadastro do Estado de Pernambuco sob o nº. 000104302;”

3 – “ Para que fosse possível a cobrança do ICMS - Importação pelo Estado da Bahia, nos termos apresentados pelo Fiscal Autuante, seria necessário que não houvesse trânsito das mercadorias importadas no estabelecimento do Importador o que não ocorreu na espécie.”

Aduz ainda, a impugnante:

“[RICMS/BA] 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.”

Assevera que a autuada não concordando com a interpretação dada pelo fisco baiano à operação realizada, os argumentos apresentados pela mesma, especialmente o item três das alegações acima e constante da defesa à folha 46 do PAF, ratifica o entendimento da legislação aplicada pelo preposto fiscal, como sendo de “Falta de recolhimento do ICMS sobre importação, relativo a mercadorias e/ou bens 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.”

Alude que, se observarmos o Conhecimento de Transporte Rodoviário de Cargas de nº 088530, colacionado à folha 18 do presente PAF, emitido pela Empresa LIMEIRA LOGÍSTICA E ARMAZENAGENS GERAIS LTDA., veremos que as mercadorias em questão foram carregadas no PORTO DE SUAPE na cidade de IPOJUCA/PE, geograficamente distante 57 KM da cidade do Recife, onde está localizada a empresa BOMPREGO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA., conforme a folha 20 extraída do site <http://pt.wikipedia.org/wiki/Ipojuca> e colacionada ao presente PAF.

Aduz que no mesmo documento de Transporte de Cargas, verifica-se que o destinatário das citadas mercadorias é a empresa BOMPREGO BAHIA S/A., CNPJ 097.422.620/0001-50, Inscrição Estadual nº 40.721.448, com endereço à Rodovia Salvador BR 324 KM 7,8 – Pirajá em Salvador/BA.

Como se pode observar, a origem no desembaraço aduaneiro (Ipojuca - PE), e o destino dos produtos (Salvador/Bahia), sem que estes transitassem fisicamente pelo estabelecimento da Autuada em Recife/PE, está claramente demonstrado através do Conhecimento de Transporte nº 088530 datado de 07/01/2010 (folha 18 do PAF), onde consta, inclusive, a observação como Natureza da Carga/Produto, que trata-se de uma operação de “Transferência de Carga Fechada”.

Alude que a autuada, em seu arrazoado tenta mostrar a licitude da operação acreditando ter

seguido as exigências contidas no RICMS/BA, do então Decreto nº 6.284/97, insinuando ter o agente fiscal cometido erro no enquadramento da infração, alegando uma dissonância entre a verdade material dos autos e a capitulação imposta. Diante do exposto, pede Nulidade e conseqüentemente a improcedência do auto de infração em epígrafe, por considerá-lo insubsistente.

Afirma que a impugnante adquiriu através de importação, elevada quantidade de Malas para Viagem conforme documento de importação nº DI 09/1797006-8 de 17/12/2009 e Conhecimento de Transporte Rodoviário de Cargas nº 088530, tendo havido desembaraço aduaneiro na cidade de Ipojuca no Estado de Pernambuco com destino determinado pelo documento de transporte já referido, como sendo Salvador no Estado da Bahia. Embora a legislação que norteia essas operações, exija com clareza que o ICMS importação seja pago em favor do Estado onde ocorra a entrada física das mercadorias ou bens, a autuada deixou de fazê-lo, promovendo assim prejuízo ao erário baiano.

Com amparo no art. 573, inciso I, do RICMS/97 contido no então Decreto nº 6.284/97 e a Lei Complementar nº 87/96, aqui já transcritos, considera claro que, cabe o recolhimento do imposto incidente nas operações de importação de mercadorias procedentes do exterior, onde estiver situado o estabelecimento em que ocorrer a entrada física das mercadorias, quando destinadas a unidade federada diversa do domicílio do importador, no caso de transmissão de sua propriedade, sem que os bens transitem pelo estabelecimento do importador.

Conclui restar evidenciado, portanto, que esta operação está enquadrada na regra estabelecida na legislação vigente, constatando-se, que embora o fato gerador do ICMS ocorra no ato do desembaraço aduaneiro (aspecto temporal), a lei considera-o verificado no local do estabelecimento onde ocorreu a entrada física da mercadoria ou bem importado do exterior (aspecto espacial), que no caso, é o Estado a Bahia.

Considerando que a impugnante não acostou ao presente PAF argumentos e/ou documentos suficientes para descaracterizar a sua condição de responsável pelo pagamento do imposto exigido pelo fisco do Estado da Bahia, em que pese considerar este Estado como destinatário final das mercadorias, tendo em vista que o recolhimento do imposto é devido no local onde estiver situado o estabelecimento onde ocorra a entrada física das mercadorias e/ou bens, conforme prevê a legislação em vigor e,

Pelo exposto acima, pede pela manutenção do competente Auto de Infração.

VOTO

O presente Auto de Infração foi lavrado para corrigir os vícios que inquinaram em nulidade o Auto de Infração nº 124157.0808/09-5, relativo à Declaração de Importação nº 09/1797006-8 (mesma que originou o presente lançamento de ofício), conforme voto proferido no **ACÓRDÃO Nº 0242-12/11, da 2ª CJF, in verbis:**

VOTO

Após análise dos autos, verifico que a 2ª JJF fundamentou corretamente sua Decisão em declarar Nulo o presente Auto de Infração por ilegitimidade passiva (art. 18, IV, “b”, do RPAF/99), uma vez que este fora lavrado em desacordo com o disposto nos arts. 5º, §1º, I da Lei 7.014/96 e 47, X e 573, §1º do RICMS/BA.

O caso é regido pelo mandamento da LC 87/96, artigo 11. I, ‘e’, bem como na prescrição constitucional do art. 155, § 2º, IX, “a”, que determinam como local da operação, para efeito de cobrança do ICMS/Importação, o domicílio do adquirente ou o estabelecimento do destinatário da mercadoria.

Pelo que consta nos autos, a empresa BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA., localizada na Bahia não era a destinatária da mercadoria importada, mas, sim, a companhia BOMPREGO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA., situada em Pernambuco. Dessa forma, não há dúvida que a importação ocorreu em outro Estado da Federação e por outra pessoa jurídica.

Portanto, resta claro que o BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA., é parte ilegítima para figurar no pólo passivo da relação tributária do presente Auto de Infração, assim como o Estado da Bahia é sujeito ativo ilegítimo para cobrar o ICMS/Importação da operação trazida fiscalizada nos autos.

No que tange aos argumentos da fiscalização, importante dizer que os artigos 47, X e 573, I do RICMS/BA só poderiam ser aplicados se houvesse importação direta ao estabelecimento do autuado localizado no Estado da Bahia, o quê não foi o caso. As mercadorias foram desembaraçadas no Estado de Pernambuco.

Também é imprescindível afirmar que o art. 5º, § 1º, I da Lei nº 7.014/96 é claro ao dispor que o sujeito passivo do ICMS/Importação é o contribuinte pessoa física ou jurídica que, mesmo sem habitualidade ou intuito comercial, importe mercadoria ou bem do exterior. Portanto, afasto a aplicação desse mandamento legal pela simples razão de restar evidente nos autos que não houve importação por parte do autuado, mas sim, por terceira pessoa, estabelecida em outro Estado da Federação.

Destarte, em face de tudo quanto acima exposto, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso de Ofício, mantendo a Decisão recorrida em toda a sua inteireza.

O exame dos elementos constantes dos autos permite concluir que a nulidade, alvo da decisão, tanto da primeira instância como da segunda instância, se deve à ilegitimidade passivo do autuado e ilegitimidade ativa do Estado da Bahia.

Para comprovar o ilícito fiscal, o autuante lavrou o termo de ocorrência fiscal nº **124157.0905/12-0** onde não consta a ciência do contribuinte ou de seu representante legal, destacando que o citado termo pretende substituir o Termo de Apreensão nº 124157.0808/09-5, de 10/01/2010.

Compulsando os autos, vejo que o citado termo de apreensão era parte integrante do Auto de Infração de nº 124157.0808/09-5, julgado nulo pelo CONSEF, conforme acórdão da 3ª JF, com recomendação do julgador de refazimento do feito, com fundamento no artigo 156 do RPAF/BA.

Observe, portanto, que este Auto de Infração trata de um novo procedimento fiscal e como tal deveria obedecer aos ditames legais no que se refere às formalidades requeridas nos termos do art. 28 do RPAF/99. Embora o Auto de Infração tenha sido lavrado no modelo 4, relativo à fiscalização de mercadorias em trânsito, o presente lançamento não se trata mais de Auto de Infração de trânsito. O presente Auto de Infração não substitui o Termo de Apreensão nº 124157.0808/09-5, que deu respaldo ao auto de infração anterior julgado nulo, conforme registra o autuante na descrição dos fatos. Tampouco o termo de ocorrência, nº **124157.0905/12-0** o substitui, visto que a mercadoria já não se encontra apreendida como prova do ilícito cometido pelo autuado.

Conforme estabelece o art. 26 do RPAF/BA, considera-se iniciado o procedimento fiscal no momento da lavratura do termo de Início da Fiscalização, da intimação por escrito ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimentos ou exibir elementos solicitados pela fiscalização, o que não se verifica neste processo. Quanto ao início da fiscalização, o art. 28 do RPAF/BA, estabelece:

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:

I - Termo de Início de Fiscalização, destinado a documentar o início do procedimento fiscal, com indicação do dia e hora da lavratura, devendo ser colhida a assinatura do intimado no instrumento ou em recibo, a menos que seja transcrito diretamente em livro do próprio contribuinte;

II - Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, para que o sujeito passivo, seu representante legal ou preposto preste esclarecimento ou exiba elementos solicitados pela fiscalização, sendo que a emissão deste termo dispensa a lavratura do Termo de Início de Fiscalização;

Vale salientar que a exigência do Termo de Início de Fiscalização representa um requisito essencial, e o seu descumprimento resulta em invalidade do procedimento, por inobservância do devido processo legal. Neste caso, constato que a autuação contém vício que afeta a sua eficácia, haja vista que não foi lavrado o Termo de Início de Fiscalização e não consta que foi efetuada intimação prévia ao autuado para apresentação de livros e documentos, o que dispensaria a lavratura do mencionado Termo.

O § 1º do art. 18 do RPAF/99 somente admite o saneamento do Auto de Infração no caso de eventuais incorreções ou omissões e a não observância de exigências meramente formais. No caso em análise não se constatou incorreção eventual, pois a irregularidade apontada, a falta de um instrumento essencial para a validade da autuação, o Termo de Início de Fiscalização, implica cerceamento do direito de defesa do contribuinte.

Diante do exposto, considerando que os equívocos constatados na lavratura do Auto de Infração implicam cerceamento do direito de defesa, concluo que deve ser decretada a nulidade do presente lançamento, e represento à autoridade fazendária para verificar a possibilidade de renovação do procedimento fiscal, no estabelecimento, a salvo dos equívocos apontados.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **124157.1206/12-9**, lavrado contra **BOMPREGO SUPERMERCADOS DO NORDESTE 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”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de outubro de 2013.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE/RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – JULGADOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO - JULGADOR