

**PROCESSO** - A. I. Nº 210563.0703/09-2  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDA** - TRANSPORTADORA GASENE S/A.  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0121-04/10  
**ORIGEM** - IFMT - DAT/SUL  
**INTERNET** - 19/08/2010

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0217-11/10

**EMENTA:** ICMS. IMPORTAÇÃO. DESTINO FÍSICO. Havendo operação jurídica de transferência interestadual da mercadoria importada para outro estabelecimento, que não o importador, antes da operação de remessa para o Estado da Bahia, descaracteriza a exigência fiscal. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decretada de Ofício a **IMPROCEDÊNCIA** do Auto de Infração. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, interposto pela 4ª JJF após julgamento pela Nulidade do Auto de Infração, em Decisão não unânime, através do Acórdão JJF nº 0121-04/10, lavrado para imputar ao sujeito passivo a falta de recolhimento do ICMS na importação de mercadoria desembaraçada em outra unidade da Federação e destinada fisicamente à Bahia, não tendo o imposto sido recolhido no ato do desembaraço aduaneiro, conforme Declaração de Importação e nota fiscal emitida por empresa estabelecida em Vitória, ES.

No julgamento de Primeira Instância, inicialmente o Relator consignou que pela análise das peças processuais verificou que o equipamento foi importado, por conta e ordem, pela unidade da Transportadora Gasene localizada no Rio de Janeiro, pois é o CNPJ nº 07.295.604/0001-51 deste estabelecimento que consta da declaração de importação, às fl. 06 dos autos. Observou, ainda, que a FRECOMEX COMÉRCIO EXTERIOR LTDA. é a intermediadora da importação, enviando o produto para o estabelecimento da Gasene de São Mateus-ES, e este, por sua vez, emitindo uma nota fiscal enviando em seguida o referido produto para Barra do Rocha, na Bahia, para utilização na construção do gasoduto localizado no mencionado município.

Ressaltou, ainda, que pelo que consta da DI, a FRECOMEX COMÉRCIO EXTERIOR LTDA para efeito do ICMS, não possui qualquer vinculação jurídica com a operação, posto que figura na condição de intermediária no processo de importação, visto que não foi dela o ônus da importação, a contratação e o fechamento do câmbio, que foi feito pela adquirente importadora, Transportadora Gasene Rio de Janeiro, que desembolsou o bem numerário para liquidar as obrigações decorrentes da importação.

Após, passou analisar os aspectos formais do lançamento, observando que não há vícios no Auto de Infração quanto à alíquota aplicada e que, em relação à alegação de “*bis in idem*”, não se pode cogitar a sua ocorrência, já que, quem pagou a exação, que não foi sequer o autuado, tem o direito à restituição de um eventual indébito tributário.

Na análise da legitimidade das partes, porém, entendeu o Relator da JJF que há ilegitimidade passiva, ao fundamento que:

*“...a legislação específica (art. 11, I, “d”, da LC nº 87/96; art. 13, I, “d” parágrafo 1º do RICMS), determina, no caso de mercadoria ou bem impc operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definiç*

Created with

 **nitroPDF** professional

download the free trial online at [nitropdf.com/professional](http://nitropdf.com/professional)

*é o do estabelecimento onde ocorrer a entrada física do bem importado, sem que os mesmos tenham transitado pelas instalações do importador. Já o art. 4º, IX, da Lei nº 7.014/96, considera ocorrido o fato gerador do imposto no momento do desembaraço aduaneiro de mercadoria ou bem importado do exterior. Assim, o momento do recolhimento do ICMS sobre a operação de importação, à luz deste artigo da mencionada Lei Estadual, é o do desembaraço aduaneiro, sob responsabilidade tributária do importador, (Transportadora Gasene Rio de Janeiro) o qual deve recolher o imposto em favor da unidade federada do destino físico da mercadoria, por meio de GNRE, sob pena de ter lavrado contra si eventual lançamento de ofício. Conforme dito, corroborando este entendimento, o RICMS/BA, através do seu art. 573, I e § 1º, preconiza que nas operações de importação de mercadorias ou bens procedentes do exterior, cabe o recolhimento do imposto sobre elas incidente à unidade federada 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, e que este 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). O Convênio ICMS 135/2002, que tem o objetivo de harmonizar o entendimento sobre o cumprimento de obrigações tributárias na importação de bens ou mercadorias por pessoa jurídica importadora, assim considerada pela Receita Federal, na sua cláusula primeira, afasta a sujeição passiva do importador em casos semelhantes ao presente, na medida em que estabelece que, para efeito de cumprimento das obrigações tributárias relativas ao ICMS, na saída promovida, a qualquer título, por estabelecimento importador de mercadoria ou bem por ele importado do exterior, ainda que tida como efetuada por conta e ordem de terceiros, não tem aplicação o disposto nas Instruções Normativas SRF nº 247, de 21 de novembro de 2002, nos artigos 12 e 86 a 88, e SRF nº 225, de 18 de outubro de 2002, e no Ato Declaratório Interpretativo SRF nº 7 de 13 de junho de 2002, ou outros instrumentos normativos que venham a substituí-los. Isso significa que, nas importações por conta e ordem, deve ser considerado sujeito passivo o adquirente importador do produto comprado no exterior (Gasene Rio de Janeiro), e não o importador considerado pela RFB (intermediário), tampouco o estabelecimento para onde foi enviado o mesmo. Ou seja, o legitimado para figurar no pólo passivo não é quem pratica os atos materiais de desembaraço aduaneiro, nem a sociedade empresária que sequer tomou conhecimento da aquisição internacional, (o caso da Transportadora Gasene S. A. de São Mateus - Espírito Santo), mas o adquirente destacado na declaração de importação, que, no caso em comento, é a unidade da Transportadora Gasene do Rio de Janeiro. Assim, feitos tais esclarecimentos, conclui-se que foi equivocada a autuação, atribuindo a sujeição passiva, à Transportadora Gasene S.A situada em Camacan na Bahia, posto que, consoante esclarecido acima, restou definido como sendo sujeito passivo da relação jurídica tributária a Transportadora Gasene localizada no Rio de Janeiro, cujo CNPJ é 07.295.604/0001-51.”*

Ressaltou, ainda, quanto à legitimidade ativa, que em face dos dispositivos legais citados acima, especificamente do art. 573, I e § 1º do RICMS/BA, uma vez que as mercadorias não transitaram no estabelecimento adquirente/importador, conclui-se que deve ser estabelecida em função do destino físico, que é o Estado da Bahia. Concluiu, assim, que o Auto de Infração está maculado por ilegitimidade passiva, julgando-o Nulo.

Ao final do seu voto, recorre de ofício da presente Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 2, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10.10.00.

## VOTO

Da análise dos documentos e demais elementos constantes dos autos, devemos, inicialmente ressaltar que a operação de importação em referência foi realizada através da modalidade de Importação por Conta e Ordem, onde o importador formal foi a empresa Frecomex Comércio Exterior Ltda., localizada no Estado do Espírito Santo, empresa contratada pela Transportadora Gasene estabelecida no Estado do Rio de Janeiro – CNPJ nº 07.295.604/0001-51, que figura como importador real, porquanto adquirente da mercadoria desembaraçada através da Declaração de Importação de fls. 06 e 07 dos autos, datada de 02/07/2009.

Por sua vez, a mercadoria importada, objeto da autuação, se encontrava acompanhada da Nota Fiscal nº 002564, com data de emissão de 23/07/2009 e data de saída da Transportadora Gasene estabelecida no Estado do Espírito Santo destinada à Transportadora Gasene estabelecida na Bahia, CNPJ nº 07.295.604/0001-51.

empreso autuado. Ainda se encontra nos autos Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica de nº 220, emitida em 21/07/2009 pela importadora formal Frecomex destinando a mercadoria importada para a Transportadora Gasene estabelecida no Estado do Espírito Santo.

Do exposto, de logo devemos consignar que houve, de fato, uma transferência da mercadoria importada para outro estabelecimento que não o importador, antes da operação de remessa para o Estado da Bahia, ainda que sem circulação física, muito embora não conste dos autos a documentação fiscal de transferência entre o estabelecimento da Transportadora Gasene do RJ e a do Espírito Santo.

Este fato evidencia, portanto, que antes da remessa da mercadoria para o Estado da Bahia, houve uma operação jurídica de transferência interestadual anterior, entre os estabelecimentos da empresa no RJ (adquirente da mercadoria importada) e no ES, ou seja, a remessa da mercadoria para a BA, objeto da autuação, já é uma segunda operação interestadual com a mesma mercadoria, situações que, a nosso ver, descaracterizam a exigência fiscal em tela.

Ora, se após o desembaraço da mercadoria no Porto de Vitória houve uma operação de transferência entre o estabelecimento importador adquirente (RJ) e sua filial no Estado do ES, e esta, ao receber a mercadoria diretamente da importadora formal – Frecomex – a remeteu, 22 dias depois, para a sua filial na Bahia, não está caracterizada a operação de importação a que se refere o Art. 572 do RICMS/BA, lastro da exigência fiscal, e sim uma operação de transferência interestadual, com o devido destaque do ICMS, à alíquota interestadual.

Neste sentido, com os argumentos acima expostos, também entendo, como o Julgador prolator do voto discordante, que a exigência fiscal é Improcedente.

Do exposto, somos pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício apresentado e, de Ofício, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração epigrafado.

## 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 **210563.0703/09-2**, lavrado contra **TRANSPORTADORA GASENE S/A**.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de julho de 2010.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

JOÃO SAMPAIO REGO NETO - REPR. DA PGE/PROFIS