

PROCESSO - A. I. Nº 210563.0701/09-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - TRANSPORTADORA GASENE S.A.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0120-04/10
ORIGEM - IFMT - DAT/SUL
INTERNET - 19/08/2010

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0232-11/10

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

O presente Processo foi encaminhado a esta Câmara, na forma de Recurso de Ofício, para exame da Decisão exarada pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão nº 0120-04/10, que julgou Nulo o Auto de Infração nº 210563.0701/09-0, lavrado em 25/07/2009, o qual reclama a cobrança do ICMS, no valor de R\$136.762,92, com aplicação da multa 60%, pela falta de recolhimento do ICMS, na importação, relativo a mercadorias o/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 ter ocorrido ou não em Estado diverso de seu domicílio.

O autuado, tempestivamente, apresentou impugnação (fls. 20 a 29), argumentando que a empresa Frecomex Comércio Exterior Ltda., com estabelecimento no Estado do Espírito Santo, importou o bem “unidade para limpeza de tubo de gasoduto lançador e recebedor da pig, diâmetro 28x32” e “anéis de borracha sobressalente para vedação dos pig e tampão dos pig launchers, de gasoduto 4450.7410, LRP 7408 e SPARE PARTS,” via Porto de Vitória, por conta e ordem de estabelecimento do autuado localizado em São Mateus-ES.

Sustentou ser o fato gerador do ICMS - Importação a efetiva circulação jurídica da mercadoria, isto é, quando ocorre a transferência da posse ou da propriedade do bem, a qual, na importação, acontece por intermédio do conhecimento de embarque, documento hábil para promover a transferência da posse ou propriedade das mercadorias transportadas.

Prosseguindo, aduziu que, nas importações, o destinatário da mercadoria, para efeitos de identificação do Estado Federativo a quem deve ser recolhido o ICMS-Importação, é o importador que figura como consignatário no conhecimento de embarque, reproduzindo ementa do Supremo Tribunal Federal nesse sentido.

Na informação fiscal (fls. 69 a 74), o autuante, contestando os argumentos da defesa, enfatizou que a operação de importação dos bens tinha destino certo e eles estavam sendo transportados para o Estado da Bahia, quando ocorreu a ação fiscal no trânsito, comprovando, assim, que o destino físico dos produtos era o estabelecimento do Estado da Bahia.

Por meio do Acórdão JJF Nº 0120-04/10, o Auto de Infração foi julgado nulo, tendo o Relator asseverado que, pela análise das peças processuais, verificou que, por conta e ordem, pela unidade da Transportadora Gasene localizada

o CNPJ deste estabelecimento (nº 07.295.604/0001-51) que consta da declaração de importação (fl. 06).

Observou, ainda, que a FRECOMEX COMÉRCIO EXTERIOR LTDA. é intermediadora da importação, enviando as mercadorias para o estabelecimento da Gasene de São Mateus-ES, e este, por sua vez, emite notas fiscais, remetendo, em seguida, os referidos bens para Camacan, na Bahia, visando utilização na construção do gasoduto localizado no mencionado município.

Salientou, também, que, segundo o 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, efetuado pela adquirente importadora, Transportadora Gasene Rio de Janeiro, a qual desembolsou o bem numerário para liquidar as obrigações decorrentes da importação.

Em seguida, analisou os aspectos formais do lançamento, assegurando inexistir vício no Auto de Infração quanto à alíquota aplicada e que sobre a tese de “bis in idem”, não pode ela prosperar, pois aquele que pagou a exação (no caso presente, não foi sequer o autuado) tem o direito à restituição de um eventual indébito tributário.

Julgadas as questões formais do lançamento, a Decisão passou a analisar a legitimidade das partes, posicionando-se o Relator pela ilegitimidade passiva, no seguinte teor:

“Com relação à legitimidade passiva, vejo que a legislação específica (art. 11, I, “d”, da LC nº 87/96; art. 13, I, “d”, da Lei nº 7.014/96 e art. 573, I e parágrafo 1º do RICMS) determina, no caso de mercadoria ou bem importados do exterior, que o local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, 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, é a unidade da Transportadora Gasene do Rio de Janeiro.

Assim, feitos tais esclarecimentos, conclui-se que foi equivocada a autuação da Transportadora Gasene S.A situada em Camacan na Bahia, posto que, c

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.”

De outra parte, no que tange à legitimidade ativa, em face dos dispositivos legais antes citados, especificamente o art. 573, I e § 1º do RICMS/BA, não tendo as mercadorias transitado pelo estabelecimento adquirente/importador, deve ser estabelecida em função do destino físico, que é o Estado da Bahia.

Concluiu, então, a Decisão que o Auto de Infração se encontrava maculado por ilegitimidade passiva, julgando-o Nulo.

Diante da desoneração do sujeito passivo ultrapassar o valor do limite previsto no art. 169, I, “a”, “2”, do RPAF/99, a 4ª JJF recorreu de ofício de sua Decisão.

VOTO

É objeto deste Recurso de Ofício a Decisão da 4ª JJF que julgou nulo o Auto de Infração em epígrafe, lavrado para cobrar 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.

Do exame da procedimentalidade, verifico que não merece provimento o Recurso de Ofício, porém, compartilho do entendimento do Julgador que prolatou o voto discordante na primeira instância, na linha de que a exigência fiscal é Improcedente.

Nesse contexto, considerando a exata identificação, inclusive do próprio sujeito passivo, entre este Auto de Infração e o de nº 210563.0703/09-2, adoto, como fundamentação para o julgamento desta lide, o Voto proferido na Decisão, unânime, do Colegiado da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal deste CONSEF, no Acórdão CJF Nº 0121-04/10, da lavra da eminente Conselheira Sandra Urânia Silva Andrade, que segue transcrito:

“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 de 24/07/2009, emitida pela Transportadora Gasene estabelecida no Estado do Espírito Santo, CNPJ nº 07.295.604/0007-47, e destinada à Transportadora Gasene estabelecida na Bahia, CNPJ nº 07.295.604/0012-04, que foi a empresa autuada. Ainda encontra-se nos autos Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica de nº 220, emitida em 21/07/2009 pela importadora formal Frecomex destinando a mercadorias 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, descaracteriza 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, caracterizada a operação de importação a que se refere o Art. 572 do RICMS/BA, trata-se de uma operação de transferência interestadual, com o devido destaque do

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, e de Ofício votamos pela Improcedência do Auto de Infração epigrafado.”*

Ressalto que, no caso presente, conforme declaração de importação 09/0842679-2, datada de 02/07/2009, os bens foram importados pela Transportadora Gasene, estabelecida no Estado do Rio de Janeiro – CNPJ Nº 07.295.604/0001-51, e transferidos para o estabelecimento da Gasene no Estado do Espírito Santo, através das Notas Fiscais eletrônicas nºs 221, 222 e 223, sendo, posteriormente, encaminhados ao estabelecimento da Gasene no município de Laje, Estado da Bahia, acompanhados das Notas Fiscais nºs 2565, 2566 e 2567, documentos estes residentes nos autos.

Face o exposto, voto pelo **NÃO PROVIMENTO** do Recurso de Ofício apresentado pela 4ª JJF, declarando, de ofício, a **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, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210563.0701/09-0**, lavrado contra **TRANSPORTADORA GASENE S/A**.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de julho de 2010.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE - RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS