

A. I. N° - 210563.0706/09-1
AUTUADO - TRANSPORTADORA GASENE S/A
AUTUANTE - EMANOEL MESSIAS ALVES COELHO
ORIGEM - IFMT SUL
INTERNET - 02.03.2011

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0007-04/11

EMENTA: ICMS. IMPORTAÇÃO. DESEMBARAÇO ADUANEIRO EM OUTRO ESTADO. MERCADORIA DESTINADA FISICAMENTE A UNIDADE DA FEDERAÇÃO DIVERSA DA BAHIA. Na saída promovida, a qualquer título, por estabelecimento importador de mercadoria ou bem por ele importado do exterior, efetuada por conta e ordem de terceiros, não tem aplicação o disposto nas Instruções Normativas SRF n° 247, de 21 de novembro de 2002, nos artigos 12 e 86 a 88, e SRF n° 225, de 18 de outubro de 2002, e no Ato Declaratório Interpretativo SRF n° 7 de 13 de junho de 2002, ou outros instrumentos normativos que venham a substituí-los (Convênio ICMS 135/2002). Nas importações por conta e ordem, deve ser considerado sujeito passivo o adquirente do produto comprado no exterior, e não o importador, tampouco o estabelecimento para onde foi enviado o mesmo depois de esgotada a importação. Ultrapassadas as preliminares de nulidade, nos termos do parágrafo único do art. 155 do RPAF/99. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 29/07/2009, exige ICMS no montante de R\$ 4.209,46, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "f" da Lei n° 7.014/96, em função de falta de recolhimento do imposto no desembaraço aduaneiro de bens importados pela FRECOMEX COMÉRCIO EXTERIOR LTDA., CNPJ 02.409.463/0001-37, por conta e ordem da Transportadora Gasene S/A, CNPJ 07.295.604/0001-51 (RJ), conforme declarações de importação (DI) 09/0677847-0 e 09/0399081-9.

Está consignado que as mercadorias foram desembaraçadas no Porto Seco de Vitória, no Estado do Espírito Santo, e enviadas diretamente para a Bahia, sem transitar fisicamente no estabelecimento do importador, conforme notas fiscais 227, 235, 002.572 e 002.579, que deram suporte à transferência para este Estado, com o fim de integrar o ativo imobilizado ou serem consumidos na unidade do Município de Eunápolis.

O Termo de Apreensão e Ocorrências número 210563.0706/09-1 foi juntado às fls. 04 e 05.

O sujeito passivo ingressa com impugnação às fls. 24 a 34, através de advogado regularmente constituído, por meio do substabelecimento de fl. 51.

Inicialmente, com fundamento no art. 947 do RICMS/BA, como medida de urgência, requer a imediata liberação das mercadorias apreendidas.

Após apontar a tempestividade da peça defensiva e sintetizar os fatos ocorridos, passa a expor as suas razões.

Requer a nulidade do Auto de Infração, por erro na determinação da base de cálculo e ausência de especificação da alíquota aplicada na peça inicial. Diz que a autoridade, referindo-se às declarações de importação supracitadas e às notas fiscais de números 227, 235, 2.572 e 2.579, fixa a base de tributação na quantia de R\$ 24.761,54. Contudo, não foi observado o comando do art. 13, V

da Lei Complementar 87/96, sendo que o mencionado valor não corresponde ao das mercadorias, somado com o dos demais tributos relativos às notas fiscais 227 e 235.

No mérito, assevera que, ao falar sobre o sujeito ativo do tributo sob comento, a CF/88 atribuiu competência ao “Estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário da mercadoria, bem ou serviço” (art. 155, §2º, IX, “a”).

Na sua aceção, para podermos identificar o destinatário da mercadoria e o local de seu domicílio ou estabelecimento, é preciso ter em mente que o ICMS - Importação, apesar da nomenclatura e do seu fato gerador ocorrer no momento do desembaraço aduaneiro (art. 12, IX, da Lei Complementar 87/96), possui como aspecto material, assim como o ICMS incidente nas operações domésticas, a circulação de bens, ou seja, a efetiva mudança de titularidade jurídica.

O conhecimento de embarque (“BILL OF LANDING”) constitui, nas transações internacionais, o documento hábil para promover a transferência da posse ou propriedade das mercadorias. Emitido pelo transportador, é entregue ao exportador, que o remete ao importador, para que retire o produto importado no porto de destino, sob condições previamente estabelecidas.

Conclui que o elemento material da hipótese de incidência do ICMS - Importação se verifica com a transferência do conhecimento de embarque ao consignatário, documento que indica a propriedade das mercadorias, como assevera o art. 554 do Regulamento Aduaneiro (Decreto Federal nº 6.759/2009).

O legislador infraconstitucional apenas deslocou o elemento temporal da ocorrência do fato gerador para o momento do despacho aduaneiro (art. 12 da Lei Complementar Federal 87/96), sem, contudo, alterar o aspecto material do tributo, qual seja, a efetiva circulação de mercadoria.

Citando doutrina e jurisprudência, sublinha 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.

Sendo assim, tendo-se em vista que o destinatário da mercadoria na operação de compra e venda internacional foi a Frecomex Comércio Exterior Ltda., cujo estabelecimento se localiza no Estado do Espírito Santo, a esta unidade federativa coube o recolhimento do denominado ICMS - Importação, uma vez que o elemento material da hipótese de incidência se concretizou no mundo dos fatos quando ocorreu a circulação jurídica.

Ainda que não se entenda que o imposto é devido à unidade federada onde se localiza o importador, a exação, mesmo nessa hipótese, deveria ser recolhida ao Erário do Espírito Santo, pois é nesse Estado que também está localizado o destinatário. A importação foi efetuada por conta e ordem de estabelecimento localizado no Espírito Santo, o qual, nos termos já aduzidos, efetuou a aquisição do bem com vistas à utilização nessa Unidade Federativa. Contudo, em razão de contingências, posteriormente o remeteu para o Estado da Bahia.

O entendimento exarado na autuação afronta o regime constitucional do tributo, uma vez que desconsidera o elemento material da hipótese de incidência do denominado ICMS - Importação, que se verifica com a efetiva mudança de titularidade jurídica entre exportador e importador.

Além de desconsiderar o aspecto material da hipótese de incidência, qual seja, a efetiva circulação jurídica dos bens em questão, a autoridade fiscal imputou tributo por mera presunção de que a mercadoria tinha como destino físico o Estado da Bahia, o que se revela, do mesmo modo, ilegal e inverídico. O bem objeto da exigência circulou fisicamente pelo Espírito Santo, tendo, inclusive, composto o acervo do ativo da impugnante no referido Estado.

Ademais, não se justifica que a defendente suporte novo ICMS cobrado pela Bahia. Caso contrário, estaríamos diante um vedado “bis in idem”, em razão da cobrança do tributo em duplicidade.

Requer o julgamento no sentido da improcedência da autuação, anulando-se o lançamento e a multa cominada.

O autuante ingressa com informação fiscal às fls. 89 a 96.

Inicia afirmando que a mercadoria cuja liberação foi solicitada já se encontra em poder do defendente, sendo que os demais procedimentos, de “levantamento” do Termo de Depósito, devem ocorrer em observância às normas do art. 947, I, “b”, item 04 do RICMS/BA.

Em seguida, informa que o sujeito passivo adquiriu, no exterior, através de importação por conta e ordem, os produtos “E-PREMIER BASE”, usado no revestimento de tubos, e “MANTA TERMOCONTRÁTIL PARA JUNTA DE CAMPO”, conforme descrição constante dos documentos de fls. 06 a 09 (declarações de importação), por meio da FRECOMEX COMÉRCIO EXTERIOR LTDA., que foram enviados para a Bahia, com o objetivo de compor a construção do gasoduto localizado nesta unidade federativa.

Em obediência à legislação que rege a situação em comento, transcrita às fls. 91 e 92, elaborou planilha à fl. 99, que afirma demonstrar como foi constituída a base de cálculo. Conforme prevê o art. 18, parágrafo único da Lei nº 7.014/96, utilizou o valor determinado pela autoridade aduaneira para alcançar a base de cálculo que, somada aos demais tributos, perfaz o montante de R\$ 20.636,66, que remete ao total devido de R\$ 4.226,79.

No tocante à alíquota, diz estar expressamente designada na planilha de fl. 02.

Posteriormente, invocando artigos dos precitados diplomas legais, constata que o autuado, ao entrar com o bem no Estado da Bahia, deveria apresentar aos Postos Fiscais a guia nacional de recolhimento de tributos estaduais (GNRE), com o ICMS – Importação devido a esta unidade federada pago.

No presente caso, observa-se nos documentos de fls. 06 e 98 (declaração de importação e extrato do SINTEGRA), que o adquirente da mercadoria é a matriz da Transportadora Gasene localizada no Rio de Janeiro, cujo CNPJ é 07.295.604/0001-51. Todavia, a FRECOMEX COMÉRCIO EXTERIOR LTDA. emitiu nota fiscal eletrônica para a filial da Gasene do Espírito Santo, que depois transferiu o produto para a unidade da Bahia. Assim, diante do exposto, não corresponde à realidade a afirmação defensiva de que o Estado onde se encontrava o destinatário era o Espírito Santo, conforme se verifica no campo “ADQUIRENTE DA MERCADORIA” do documento de fl. 06 (declaração de importação). Logo, o importador está no ES, o adquirente no RJ e o destinatário na BA, sendo, portanto, devido o ICMS – Importação a essa última unidade da Federação. Segundo informa, os produtos importados não chegaram sequer a transitar fisicamente no estabelecimento da matriz localizada no Rio de Janeiro. Transcreve decisões deste Conselho de Fazenda, que apontam no sentido de que o imposto é devido ao Estado onde ocorreu a entrada física das mercadorias importadas (Acórdãos CJF 0172-11/03 e 00104-01/02).

Por fim, requer a procedência do Auto de Infração.

Na manifestação de fls. 105 a 116, o autuado inicia reiterando o pedido de lavratura do Termo de Liberação da mercadoria apreendida, dizendo que não existe previsão legal que determine a elaboração deste requerimento apartado da impugnação.

Citando as Leis Estaduais 4.794/88 e 8.210/2002, além de decisões do STF, em preliminar, assevera a nulidade do ato, à luz do art. 37, II da CF/88, em função do fato de que no corpo do Auto de Infração não consta o cargo da autoridade autuante. Também porque a Lei 8.210/2002, que reputa inconstitucional, trouxe previsão para um “novo cargo de ATE”, desta feita exigindo nível superior, dando provimento imediato a pessoas não concursadas.

Também de forma inconstitucional, a seu ver, a Lei estadual 11.470/2009, transcrita às fls. 110 e 111, introduziu modificações na de número 8.210/2002, motivo em razão do qual entende que o lançamento é nulo.

Informa que a Frecomex Comércio Exterior Ltda., por seu estabelecimento localizado na Avenida Nossa Senhora dos Navegantes, 675, 10º andar, Palácio do Café, Enseada do Suá, Vitória, Espírito Santo, importou os bens através do Porto de Vitória, por conta e ordem do seu estabelecimento localizado na Rodovia BR 101, KM 319, Estrada da Vila Velha, S/N, Amarelos, Guarapari-ES.

Os produtos foram posteriormente transferidos para outro estabelecimento da impugnante localizado em São Mateus – ES, e depois enviado para sua filial localizada na Fazenda São José, no Município de Eunápolis – BA, com a emissão de novas notas fiscais.

Ratifica a argumentação alinhada na peça defensiva e diz nada ter a declarar quanto ao novo valor apurado, por ter sido corretamente calculado. Todavia, entende que as situações de que trataram os Acórdãos CJF 0172-11/03 e 00104-01/02, citados na informação fiscal, não guardam pertinência com a presente lide. As duas decisões, em verdade, corroboram o entendimento de que o imposto não é devido à Bahia.

Repetindo os argumentos expendidos na impugnação, pondera que a mercadoria ingressou na economia nacional pelo Estado do Espírito Santo e a operação de importação foi ali mesmo encerrada.

Finaliza ratificando os pedidos da defesa.

VOTO

Antes de adentrar no mérito da presente lide, mostra-se necessário o exame dos pressupostos de validade do ato administrativo que se está a julgar.

Dos documentos presentes no PAF, em especial daqueles de fls. 06 a 18 e 98, verifica-se que os produtos foram importados, por conta e ordem, pela unidade da Transportadora Gasene localizada no Rio de Janeiro, pois é o CNPJ deste estabelecimento que consta da declaração de importação de fl. 06. Posteriormente, a FRECOMEX COMÉRCIO EXTERIOR LTDA. (intermediadora da importação) enviou as mercadorias para a Gasene de São Mateus - ES (fls. 13 e 14), de onde partiram para a unidade de Eunápolis - BA (fls. 15, 16 e 18).

Desta forma, resta definido o fato de que a operação de aquisição no exterior se deu por conta e ordem, o que traz consequências jurídicas, conforme será adiante explanado.

No que se refere à atribuição legal da autoridade que lavrou o presente Auto de Infração, percebo que está encartada no art. 1º, da Lei Estadual 11.470, de 08 de abril de 2009, com efeitos a partir de 1º de julho de 2009. Não se inclui na competência deste órgão administrativo a declaração de inconstitucionalidade, nos termos do art. 168, I do RPAF/99.

Com relação à alíquota aplicada sobre a base de cálculo, percebe-se que está devidamente destacada à fl. 02, documento fornecido ao defendente, motivo pelo qual concluo que, ao menos em função deste fato, o direito ao contraditório e à ampla defesa não restou menoscabado. Nessa toada, impende transcrever a norma contida no parágrafo 1º do art. 18 do RPAF/99, que foi obedecida, visto que concedido ao contribuinte o prazo de 10 (dez) dias para se manifestar sobre o levantamento anexado à informação fiscal.

§ 1º As eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo, fornecendo-se-lhe no ato da intimação cópia dos novos elementos, com a indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar, querendo.

No tocante ao suposto “bis in idem”, caso este Auto de Infração venha a ser julgado procedente no mérito, o que não ocorre, posto que o presente raciocínio versa ainda sobre questão preliminar, creio que 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.

Julgadas as questões da atribuição legal da autoridade, do “bis in idem” e da alíquota, onde não se encontrou qualquer vício insanável, passo à análise da legitimidade das partes envolvidas no processo administrativo fiscal e da composição da base de cálculo do ICMS – Importação.

O artigo 11, inciso I, alínea “d”, da Lei Complementar nº 87/96, fixou o local das operações no caso de importação da seguinte forma:

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;

(...)

A mesma redação acima foi mantida no art. 13 da Lei nº 7014/96. Por seu turno, o RICMS-BA/97, no seu artigo 573, inciso I e parágrafo 1º, estabelece a regra abaixo.

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;

(...)

§ 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).

(...)

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, 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.

Como 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).

Entretanto, 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, 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 do produto comprado no exterior, e não o importador, tampouco o estabelecimento para onde foi enviado o mesmo depois de esgotada a importação. 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, mas o adquirente destacado na declaração de importação, que, no caso em comento, foi a unidade matriz da Transportadora Gasene do Rio de Janeiro.

Assim, resta definido como sujeito passivo da relação jurídica tributária a Transportadora Gasene localizada no Rio de Janeiro, cujo CNPJ é 07.295.604/0001-51. Quanto à legitimidade ativa, em face dos dispositivos legais acima citados, especificamente do art. 573, I e § 1º do RICMS/BA, uma vez que as mercadorias não transitaram no estabelecimento do importador / adquirente, conclui-se que deve ser estabelecida em função do destino físico, que foi o Estado do Espírito Santo.

À Bahia, na hipótese de os bens serem destinados ao consumo ou à integração no ativo fixo, o que não está em discussão, cabe somente exigir o imposto devido por diferença entre as alíquotas interna e interestadual.

Portanto, este PAF está maculado por ilegitimidade de partes, tanto passiva quanto ativa.

Passo a apreciar a composição da base de cálculo.

Concluídos os atos de fiscalização, a autoridade competente deve lavrar o Auto de Infração, através do qual dá início à constituição do crédito tributário. Como qualquer ato administrativo, o lançamento deve atender a determinados requisitos, tais como portar a devida fundamentação de fato e de direito, sob pena de invalidade.

Dentre todas as espécies de lançamentos previstas no direito pátrio, maiores detalhes, rigores e exaustividade são requeridos quando se tratar da fundamentação de um lançamento de ofício, que tem o fim de exigir valores que o Fisco entende que deveriam ter sido lançados anteriormente. Como este ato administrativo é a manifestação da discordância entre partes, é indispensável que o acusado conheça as razões das imputações que lhe estão sendo postas, até para que possa elaborar a sua defesa em igualdade de condições e de modo útil.

Sempre que insuficiente ou ausente a fundamentação, há nulidade do ato. Atento a este fato, o legislador infralegal estadual, no art. 39, IV, “b” do RPAF/99, estabeleceu como requisito necessário à validade do Auto de Infração a demonstração da base de cálculo do tributo que se cobra.

Nessa senda, o art. 142 do CTN determina que compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

A Súmula CONSEF/BA número 01 diz que é nulo o procedimento fiscal que não contenha, de forma clara e compreensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo.

Forçoso é concluir, à luz do que foi acima exposto, que a determinação da base de cálculo do imposto exigido é fundamento de fato indispensável à validade do Auto de Infração. Obviamente, se a legislação requer a determinação da base de tributação, é necessário que se faça isso de forma documentada, inteligível, precisa, clara, sem margens para dúvidas, em obediência aos princípios da ampla defesa e do contraditório, direitos fundamentais dos cidadãos plasmados no art. 5º, LV da CF/88 e no art. 2º do RPAF/99.

Não se está a afirmar que a base de cálculo, no ato final do procedimento preparatório do lançamento (Auto de Infração), deva ser de pronto a correta, posto que sujeita a ser apreciada e modificada, nunca para maior, no contencioso administrativo ou judicial. O que se afirma é que deve ser exata e compreensivelmente delineada, para que o acusado tenha a necessária noção do que lhe está sendo imputado e para que o julgador exerça a sua função com base em premissas palpáveis.

Com referência ao ICMS – Importação, assim denominado pelas partes desta lide, a LC 87/96 determina que a sua base de cálculo é o valor da mercadoria constante dos documentos que acompanham a operação de comércio exterior, somado de todos os tributos e despesas aduaneiras incorridas.

No corpo do Auto de Infração, a autoridade fiscal consignou a base de cálculo de R\$ 24.761,54, sem que tenha apresentado qualquer demonstrativo que esclarecesse como chegou a tal quantia.

Na revisão perpetrada em sede de informação fiscal, à fl. 99, a base de cálculo e a quantia exigida foram alteradas para mais (“reformatio in pejus”), pelo que entendo que não podem ser levadas em consideração para fins de gerar efeitos tributários.

Percebo que o autuado erradamente concordou com o montante de imposto exigido à fl. 99, pois de maneira equivocada disse que é menor do que o inicial, quando na verdade é maior. Nenhuma repercussão jurídica traz o consentimento viciado do contribuinte, posto que os efeitos tributários dos fatos da vida decorrem da legislação, e não da manifestação de vontade, muito menos quando esta última está eivada do vício de consentimento denominado erro.

Do quanto acima aduzido, constata-se que o lançamento é nulo. Todavia, em cumprimento ao dispositivo do art. 155, parágrafo único do RPAF/99, prossigo no julgamento de mérito, por vislumbrar a sua improcedência.

Parágrafo único. Quando houver possibilidade de se decidir o mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

De todo entendimento acima esposado, concluiu-se que o lançamento é nulo, seja por ilegitimidade de partes, seja por indeterminação do valor devido.

No mérito, verifica-se que a mercadoria teve como destino físico, no que pertine à importação, o Estado do Espírito Santo, bem como não transitou no estabelecimento adquirente, conforme notas fiscais apensadas. A destinação à Bahia ocorreu em momento posterior, decorrência de outro fato jurídico, que ensejou inclusive outras obrigações tributárias, distintas daquelas inerentes à operação de comércio exterior, conforme é possível perceber no campo “VALOR DO ICMS” das cópias das notas fiscais de fls. 15 e 16.

Portanto, a importação restou esgotada no ES, pelo que não tem cabimento a conclusão de que o posterior envio para a Bahia ainda estava sujeito aos seus efeitos. Na prevalência de tal raciocínio, pode-se prever grande insegurança jurídica no tráfego negocial, pois qualquer produto importado, desembaraçado em uma determinada unidade federada e posteriormente enviado para diversas, ensejaria uma autêntica batalha fiscal.

Por exemplo, caso um compressor tenha sido importado e desembaraçado no Espírito Santo, e a cada dois meses enviado para um Estado, a exemplo da Bahia, Pernambuco, Pará, Amazonas e Acre, em se considerando a tese defendida pelo autuante, teríamos 05 (cinco) entes tributantes a pleitear o valor referente ao ICMS – Importação.

Com relação ao pedido de lavratura de Termo de Liberação das mercadorias que supostamente ainda estão apreendidas, este Conselho não possui atribuição legal para sobre ele decidir.

Ante o exposto, ultrapassadas as preliminares de nulidade, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

VOTO DISCORDANTE

Concordo com o posicionamento do nobre Relator quanto à sujeição passiva tendo em vista que a Declaração de Importação (fl. 6) indica como adquirente da mercadoria importada a Transportadora Gasene S.A. CNPJ 07.292.604/0001-5 localizada no Estado do Rio de Janeiro. Portanto, o sujeito passivo em relação ao pagamento do ICMS-Importação é o adquirente da mercadoria (real importador) localizado no Rio de Janeiro.

No tocante ao local da operação para efeito de cobrança do imposto o legislador elegeu o local do destino físico da mercadoria (aspecto territorial) de acordo com o art. 11, I, “d” da LC 87/96 (art. 13, I, “d” da Lei nº 7.014/96; art. 573, I, §1º do RICMS/BA).

Dispõe o artigo 11, I, "d", da LC 87/96:

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 à entrada física;

Ressalto que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) na decisão do REsp 119075- MG – 2010/0071583-0, publicado no DO de 14/41/10, cujo Relator foi o Ministro Luiz Fux não deu conhecimento ao recurso impetrado contra o Estado de Minas Gerais por entender que o ICMS-importação é destinado ao Estado onde está localizado o destinatário final do bem importado, a despeito de o desembaraço aduaneiro ocorrer em outro Estado com fundamento no dispositivo e diploma legal acima transcrito.

No citado REsp a HANOVER BRASIL LTDA, com sede no Rio de Janeiro, importou maquinário necessário para a execução dos serviços, recolheu o ICMS-Importação aos cofres do Estado do Rio de Janeiro, onde se encontrava localizada a Matriz da impetrante e após o desembaraço aduaneiro, remeteu os bens em transferência para a filial localizada no Estado de Minas Gerais (município de Santos Dumont), onde foram utilizados na execução dos serviços de compressão de gás natural. O Estado de Minas Gerais reclamou o ICMS-Importação que foi recolhido para o Rio de Janeiro.

O ministro na fundamentação do seu voto externou que esta hipótese excepcional de arrecadação do ICMS pelo Estado do destinatário final da mercadoria e não ao Estado importador (de origem) do bem, objetiva evitar uma grande desigualdade social na destinação dos recursos, entre estados produtores e consumidores tendo em vista que nem todos os Estados da Federação possuem condições de receber a demanda de mercadorias vindas do exterior, que exigem a estrutura de grandes Portos.

Manifestou ainda, que “em se tratando de ICMS sobre a importação, é de somenos importância se a intermediação para o recebimento da mercadoria foi realizada por terceiro ou por empresa do mesmo grupo-matriz, filiais ou qualquer outra "subdivisão" (grifo nosso). Deve-se levar em consideração o Estado do destinatário final, para fins de arrecadação tributária e cumprimento de política fiscal - distribuição de riquezas - principalmente aos Estados menos favorecidos”.

Por isso, com fundamento na decisão do REsp 119075- MG – 2010/0071583-0 do STJ, admitindo-se na situação presente, mesmo que houvesse entrada do bem importado no estabelecimento da Gasene situada no Estado do Espírito Santo, as notas fiscais 2572 e 2579 (fls. 15/16) indicam no campo das informações complementares: “Produto de propriedade da Gasene que será utilizado na construção de gasoduto de sua propriedade”. Como os bens importados foram utilizados na construção de gasoduto localizado no Estado da Bahia, sendo esta unidade da Federação onde está localizado o destinatário final do bem importado, o ICMS-Importação é devido ao Estado da Bahia.

Entendo ainda, que a simples emissão das notas fiscais pela Frecomex e Gasene-São Mateus/ES não configura que ocorreu entrada física naqueles estabelecimentos. Em primeiro lugar, no ato do desembaraço aduaneiro a mercadoria ora nacionalizada passou a pertencer ao adquirente (importador) que é o sujeito passivo desta operação de importação e está localizado no Estado do Rio de Janeiro. Em segundo lugar, nem a Frecomex/ES, nem a Transportadora Gasene/ES foram importadores jurídicos da mercadoria (não pagaram pela sua importação) e tampouco fizeram emprego dos produtos importados em seus estabelecimentos para que caracterizasse ativação no seu imobilizado.

Devem ser considerados como bens do ativo imobilizado, conforme art. 179 da Lei 6.04/76 “Os direitos que tenha por objeto bens destinados à manutenção das atividades da companhia e da empresa, ou exercidos com essa finalidade, inclusive os de propriedade industrial ou comercial”. Neste sentido, as notas fiscais 2572 e 2579 (fls. 15/16), conforme acima apreciado, indicam nas informações que os bens serão utilizados na construção de gasoduto de sua propriedade.

O destino físico final das mercadorias importadas foi para o estabelecimento da Transportadora Gasene/BA, tendo em vista que parte do gasoduto que estava sendo construído encontra-se situado no território deste Estado (Bahia). Portanto, o sujeito ativo desta operação de importação é o Estado da Bahia onde ocorreu a entrada física das mercadorias conforme disposto no art. 11, I, “d” da LC 87/96.

Ressalto que o entendimento, de que o importador jurídico localizado em outro Estado é o responsável pelo pagamento do ICMS relativo às importações que realizar quando não transitarem por seu estabelecimento e que o imposto deve ser recolhido para o Estado onde estiver localizada a entrada física das mercadorias, já foi manifestado na decisão contida no Acórdão CJF 068-11/10, conforme estabelecido na Lei nº 7.014/96.

Por sua vez o art. 573, I e III, do RICMS/97 determinam os procedimentos a serem observados, para viabilizar o pagamento do imposto ao Estado onde ocorrer a entrada física dos bens importados.

Também, a modalidade de importação por conta e ordem em que as mercadorias importadas forem destinadas fisicamente a Estado diverso do importador (art. 573, I do RICMS/BA) são contempladas no regime de diferimento conforme disposto no art. 343 do citado diploma legal, abaixo transcrito:

Art. 343. É diferido o lançamento do ICMS incidente:

XL - na transmissão da propriedade de mercadorias importadas do exterior por importador de outra unidade da Federação, destinadas fisicamente a este Estado, na hipótese do § 6º do art. 573;

Por tudo que foi exposto, concluo que embora o Estado da Bahia seja o sujeito ativo em relação às operações de importações de mercadorias objeto da autuação, o estabelecimento autuado não figura no pólo passivo de acordo com a legislação do ICMS e deve ser declarado nulo o lançamento de ofício por configurar ilegitimidade passiva.

Entretanto, entendo que para salvaguardar os prejuízos causados a Fazenda Pública Estadual, pelo não recolhimento do ICMS-Importação dos bens objeto da autuação, deve ser renovada a ação fiscal para exigir o imposto devido ao estabelecimento matriz da Transportadora Gasene S.A. CNPJ 07.292.604/0001-5 localizada no Estado do Rio de Janeiro.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210563.0706/09-1**, lavrado contra **TRANSPORTADORA GASENE S/A**.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de fevereiro de 2011.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/VOTO DISCORDANTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

FERNANDO A. B. DE ARAÚJO - JULGADOR