

A. I. Nº - 232122.0706/09-6
AUTUADO - TRANSPORTADORA GASENE S/A
AUTUANTE - EDMUNDO SILVA COSTA
ORIGEM - IFMT SUL
INTERNET - 02.03.2011

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0008-04/11

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 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 (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 31/07/2009, exige ICMS no montante de R\$ 5.248,97, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, em função de terem sido encontrados no trânsito de mercadorias produtos importados, desembaraçados em outra unidade da Federação, com destino físico para o Estado da Bahia e sem o recolhimento, no ato do desembaraço aduaneiro, do mencionado tributo devido nas importações, de acordo com a DI número 09/0677847-0 e nota fiscal eletrônica número 238, de 29 de julho de 2009, emitida por FRECOMEX COMÉRCIO EXTERIOR LTDA., CNPJ 02.409.463/0001-37.

Consignou-se no corpo da peça inaugural, nas palavras do autuante, que a sobredita DI contempla a aquisição de “E-PRIMER CURE USADO COMO AGENTE CURADOR PARA E-PRIMER BASE, PARA REVESTIMENTO DE TUBOS”, destinado à GASENE localizada em São Mateus, no Estado do Espírito Santo, que posteriormente foi remetido para o estabelecimento da mesma sociedade empresária situado no Município de Laje, na Bahia, sem ter transitado pelo importador, que foi a matriz da Transportadora Gasene, do Rio de Janeiro. Também está dito que as mercadorias sequer circularam pela unidade da Transportadora Gasene localizada no Estado do Espírito Santo, tendo sido enviadas diretamente do Porto Seco de Vitória – ES para a Bahia, com a assim chamada “troca de notas fiscais”.

Termo de Apreensão e Ocorrências número 232122.0706/09-6 juntado às fls. 05 a 07.

O sujeito passivo ingressa com impugnação às fls. 25 a 35, através de advogado regularmente constituído, por meio do substabelecimento de fl. 36.

Informa que o produto internalizado “deu entrada” no importador e foi transferido para uma de suas filiais do Espírito Santo. A sociedade empresária 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 referidos 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. No caso concreto, verificada a necessidade, os produtos importados foram destinados à unidade da Bahia, conforme nota fiscal de transferência de material de uso e consumo número 2.584.

Aduz que, por uma questão de logística, adquire seus bens de forma centralizada no Estado do Espírito Santo e os transfere para diversos estabelecimentos espalhados em outras unidades federativas do País.

Aponda nulidade formal, em razão de erro na determinação da base de cálculo do imposto. Nos termos da Lei Complementar 87/96, a base de tributação do denominado ICMS – Importação corresponde ao valor da mercadoria constante dos documentos de importação, acrescido de todos os tributos e despesas aduaneiras incorridas. Todavia, o que foi consignado no Auto não coincide com o valor da mercadoria e demais tributos, apontado na NF 2.584. Neste documento fiscal, o valor da mercadoria é de R\$ 21.595,06, enquanto a base de cálculo indicada no lançamento de ofício alcançou o montante de R\$ 30.876,84. Igualmente, não foi destacada a alíquota aplicada no demonstrativo de fl. 02, em agressão ao art. 39, IV, “c” do RPAF/99.

A autuação não guarda qualquer relação com a realidade e não deixa claro como foi apurado o valor do tributo, dificultando, destarte, o exercício do contraditório e da ampla defesa.

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 acepção, para podermos identificar, no presente caso, 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 desembarço 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 transportadas. 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 das mercadorias.

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.

Com o fim de refutar a acusação de que o produto não transitou nos estabelecimentos do importador e do adquirente, cita o conhecimento de transporte número 01-168028, doc. 07 da defesa, de fls. 09 e 38.

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.

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, seja em virtude das preliminares suscitadas, seja em virtude das razões de mérito esposadas, anulando-se o lançamento e a multa cominada.

O autuante ingressa com informação fiscal às fls. 66 a 74.

Após descrever os fatos e sintetizar a defesa, afirma que o sujeito passivo adquiriu, no exterior, através de importação por conta e ordem de terceiros, os itens elencados na DI 09/0677847-0 (fls. 12 a 18), por meio da FRECOMEX COMÉRCIO EXTERIOR LTDA., que em seguida foram destinados à Bahia para a construção do Gasoduto Sudeste-Nordeste.

Transcreve e cita artigos da Lei Estadual 7.014/96, da Lei Complementar Federal 87/96 e do RICMS/BA, todos referentes à composição da base de cálculo do ICMS nas operações de importação, para aduzir que elaborou demonstrativo de débito em observância aos mesmos (fl. 75). No tocante à alíquota, diz estar expressamente designada na planilha de fl. 03.

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.

Colacionando Acórdãos deste Conselho, diz que, no presente caso, observa-se no documento de fl. 12 (declaração de importação), 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 os produtos 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. 12 (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.

Finaliza requerendo a procedência do Auto de Infração.

Na manifestação de fls. 81 a 92, o autuado inicia pedindo a lavratura do Termo de Liberação da mercadoria supostamente 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 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 Bahia, 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 JJF 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.

Conclui 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 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. 12. Posteriormente, a FREECOMEX COMÉRCIO EXTERIOR LTDA. (intermediadora da importação) enviou as mercadorias para a Gasene de São Mateus - ES (fl. 11), de onde partiram para a unidade de Laje - BA (fls. 08 e 09).

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, noto 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. 03, 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. A base de cálculo, que não estava demonstrada precisamente no corpo do Auto de Infração, foi corrigida no levantamento anexado à informação fiscal, com o que o autuado inclusive concordou. 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”, da base de cálculo e da alíquota, onde não se encontrou qualquer vício insanável, passo à análise da legitimidade das partes envolvidas no processo administrativo fiscal.

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. O defendente trouxe comprovante de que o que foi importado circulou em sua unidade do ES (fl. 08), e a afirmação em contrário do autuante acusador não pode ser acolhida, posto que desacompanhada de prova. Cabe a quem acusa o ônus da prova.

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.

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.

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” da cópia da nota fiscal de fl. 09.

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 tráfico 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. 12) e Bill of Lading (fl. 26) 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, a nota fiscal 2584 (fl. 9) indica 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, a nota fiscal 2584 (fl. 9) indica no campo das informações complementares: “Produto de propriedade da Gasene que será utilizado 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 determina 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 **232122.0706/09-6**, 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