

PROCESSO - A. I. Nº 09172327/02
RECORRENTE - ENGEPACK EMBALAGENS SÃO PAULO LTDA. (ENGENPACK EMBALAGENS SÃO PAULO S/A)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JF nº 0494-01/04
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 16/11/2006

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0396-11/06

EMENTA: ICMS. IMPORTAÇÃO. ESTABELECIMENTO IMPORTADOR LOCALIZADO EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. MERCADORIA DESTINADA AO ESTADO DA BAHIA. Conforme jurisprudência deste Colegiado, nas operações de importação de mercadorias, cabe o recolhimento do imposto sobre elas incidente à unidade federada onde estiver situado o estabelecimento em que ocorrer a entrada física das mercadorias, quando destinadas à unidade federada diversa da do domicílio do importador, sempre que houver transmissão de sua propriedade sem que as mesmas transitem pelo estabelecimento importador. No caso concreto, ficou comprovada nos autos que não ocorreu, em momento algum, a transmissão da propriedade das mercadorias do estabelecimento importador, tanto no caso de empréstimo como no de remessa para industrialização. Porém, a posição atual do STF é de que o sujeito ativo da relação jurídico-tributária do ICMS é o Estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário jurídico da mercadoria (importador), conforme alínea “a” do inciso IX do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, pouco importando se o desembaraço aduaneiro ocorreu por meio de ente federativo diverso. Exigência insubsistente. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de infração, lavrado no trânsito de mercadorias, exige o ICMS, no valor de R\$ 42.539,15 e multa de 60%, sobre operação de importação de “50 BIG BAGS DE TEREFTALATO DE POLIETILENO EM FORMA PRIMARIA”, cujo desembaraço aduaneiro ocorreu no Porto de Salvador, relativo a mercadorias procedentes do exterior, destinados fisicamente a Engepack Embalagens S/A, localizada neste Estado da Bahia, remetida a título de empréstimo pelo importador Engepack Embalagens São Paulo Ltda, estabelecido no Estado de São Paulo, tendo sido recolhido o ICMS através da GNRE em favor do Estado de São Paulo (fl. 10).

A Decisão recorrida, fundamentada na Diligência da ASTEC do CONSEF, concluiu que a mercadoria não transitou pelo Estado de São Paulo, pois o autuado não apresentou qualquer documento que comprovasse que a mercadoria importada tenha saído fisicamente do Estado da Bahia, uma vez que todas as operações, a seguir indicadas, foram realizadas de forma “Simbólicas”: 1- “Entrada no estabelecimento em São Paulo”, quando do desembaraço aduaneiro na Bahia; 2- “Empréstimo de São Paulo para Bahia”; 3- “Devolução de Empréstimo da Bahia

para São Paulo”; 4- “Remessa para Industrialização – de São Paulo para Bahia” e 5- “Retorno de Industrialização da Bahia para São Paulo”.

Assim, sustenta a JJF que a mercadoria somente circulou fisicamente no território baiano, caracterizando o Estado da Bahia como sujeito ativo da operação tributária, conforme art. 11 da LC 87/96, reproduzido pelo art. 13, I, “d”, da Lei n. 7.014/96 e pelo art. 573, I, § 1º, do RICMS/97, os quais determinam que o imposto é devido ao Estado onde se localiza o estabelecimento no qual ocorreu a entrada física das mercadorias, não fazendo nenhuma distinção em relação ao empréstimo de mercadorias ou bens.

Em seu Recurso Voluntário, o recorrente, preliminarmente, salienta que a Engepack Embalagens S.A. e a Engepack Embalagens São Paulo Ltda, ora recorrente, não obstante pertencerem ao mesmo grupo econômico são pessoas jurídicas distintas.

Aduz que adquiriu do exterior 100 big bags de tereftalato de polietileno (PET), promovendo o seu desembaraço no Estado da Bahia, das quais, em 29/11/2002, remeteu, a título de empréstimo, 50.000 quilogramas de PET para a Engepack Embalagens S.A., empresa situada no Estado da Bahia, conforme Nota Fiscal de Saída n. 36.871 (fl. 210).

Relata que, em 04/12/2002, a Engepack Embalagens S.A. procedeu a devolução simbólica da mercadoria recebida a título de empréstimo, conforme Notas Fiscais n. 00403, 00404 e 00405 (fls. 212 a 214) e, posteriormente, em 17/12/2002, a Engepack Embalagens São Paulo Ltda, remeteu simbolicamente a mercadoria para a Engepack Embalagens S.A., para fins de industrialização e com suspensão do ICMS, conforme Nota Fiscal n. 37.256 (fl. 216).

Salienta que à medida que ia concluindo o processo de industrialização, que consiste na transformação de resina PET em pré-formas de garrafas, a mercadoria, já sob a forma de preforma injetada, foi sendo devolvida á recorrente, através das Notas Fiscais nºs: 10847; 10900; 10949; 11615; 11737; 11806; 11929; 11934; 12136; 12146; 12468; 12610; 12752; 12849 e 12974 (fls. 218 a 236)

Ressalta que todas as citadas notas fiscais possuem o crivo da fiscalização fazendária e data de ingresso no estabelecimento do recorrente, comprovando o efetivo trânsito físico da mercadoria pelo estabelecimento importador, razão pela qual a presente autuação deve ser cancelada.

Destaca que em vista da inexistência de transferência da propriedade das mercadorias importadas, matéria já pacificada em nossos Tribunais, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula nº. 573, na qual assentou que nos casos de empréstimos não há fato gerador do “ICM”, pois não há operação (negócio jurídico oneroso). Cita também doutrina e jurisprudência.

Já em relação à remessa para fins de industrialização, sustenta que também não há transferência de propriedade, pois a referida operação importa tão-somente na suspensão do ICMS, ou seja, o pagamento do imposto foi postergado para quando for vendido.

Por fim, entende que não pode ser mantida a Decisão recorrida, pois restou comprovado que, ao final, após a sua industrialização, a mercadoria importada seguiu fisicamente para o Estado de São Paulo, sujeito ativo da relação tributária, não existindo, portanto, a luz da legislação pertinente, qualquer direito creditório ao Estado da Bahia.

A PGE/PROFIS, em sem Parecer de fls. 238 a 242 dos autos, opina assistir razão ao recorrente, pois tanto a LC 87/96, como o STJ atribuem a qualidade de sujeito ativo do ICMS ao Estado onde estiver situado o estabelecimento importador, visto que, malgrado o art. 11, “d”, da aludida espécie normativa diga que o local da operação ou da prestação, para efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é o estabelecimento onde ocorrer a entrada física da mercadoria ou bem importado do exterior e o art. 12, IV, subsequente disponha que o fato gerador do ICMS é considerado ocorrido no momento da transmissão de propriedade, de mercadoria ou de título que a represente, quando a mercadoria não tiver transitado pelo estabelecimento transmitente, da compatibilização dos mencionados dispositivos resta indubitado que não

competete ao Estado da Bahia atribuir a si próprio a qualidade de sujeito ativo do imposto materializado no processo em epígrafe.

Ressalta que a disposição do referido art. 11 deve ser entendido apenas para fixação da responsabilidade de que tratam os artigos 121 a 134 do CTN, já que, à luz do art. 12, IX, da LC 87/96, o imposto é devido no momento do desembaraço aduaneiro e deve ser recolhido ao Estado da localização do importador, aquele que, de acordo com o art. 155, § 2º, IX, “a”, da Constituição Federal, promoveu juridicamente a entrada dos bens ou mercadorias no território nacional.

Sustenta que outra não pode, pois, ser a conclusão que não a de que a responsabilidade a que se refere a LC 87/96 é a responsabilidade solidária, em razão do que o estabelecimento onde se verificar a entrada física da mercadoria só assume a obrigação de pagar o imposto quando deixar de adotar alguma providência a que esteja obrigado por lei. Aduz que a análise dos autos revela que a mercadoria ao entrar, mesmo que não fisicamente, no estabelecimento situado no Estado de São Paulo (destinatário da importação) teve amparo documental, como também o teve a posterior saída fictícia e entrada real no Estado da Bahia.

Ressalta que nessa linha, entende o Superior Tribunal de Justiça que o sujeito ativo do ICMS é o Estado onde estiver situado o estabelecimento importador, sendo irrelevante se o produto ingressou em Estado diverso ou se a empresa do destino final do produto esteja localizada no Estado em que houve o desembaraço aduaneiro, pois mesmo que a mercadoria não tenha ingressado em estabelecimento do adquirente e a sua circulação tenha ocorrido inteiramente no Estado onde se deu a sua chegada do exterior, ainda assim, por imposição legal, o Estado importador é quem tem direito ao ICMS, pois, apesar de fisicamente interna, a operação deve ser considerada, por ficção, como interestadual (RESP 256814, STJ, 2ª Turma, sendo relatora a Ministra Nancy Andrighi. DJ, de 11.09.2000 e RESP 282262/RJ. STJ, 1ª Turma, cuja relatoria coube ao Ministro Francisco Falcão. DJ, de 06.11.2001).

Assim, conclui a ilustre procuradora, Drª Verônica S. de Novaes, que a situação do processo, mesmo se tratando de empréstimo de produtos, subsume-se à hipótese adrede mencionada, uma vez que não ocorreu o ingresso físico da mercadoria no estabelecimento do importador, mas tão somente uma entrada simbólica, do que opina pelo Provimento do Recurso Voluntário.

Em Parecer, às fls. 243 e 244 dos autos, a ASTEC/PROFIS faz um histórico das operações e conclui, quanto ao aspecto fático, que não houve omissão de recolhimento do ICMS, entendendo que a questão gira em torno de qual Estado da Federação é o beneficiário do ICMS recolhido.

Em novo Parecer, às fls. 245 a 250 dos autos, a PGE/PROFIS, através do seu i. Procurador, Dr. José Augusto Martins Júnior, opina pela manutenção do Parecer anterior, submetendo a sua manifestação ao crivo do Procurador Assistente da PROFIS, Dr. Rogério Leal Pinto de Carvalho, no qual conclui que *“...o ICMS sobre mercadorias importadas deve ser recolhido no local onde ocorreu o despacho aduaneiro, contudo, em que pese o ato de cobrança ocorrer no momento da entrada da mercadoria, o sujeito passivo da relação jurídico-tributária é o estado do local do estabelecimento importador, ente federado a quem caberá o produto da arrecadação do ICMS, já efetivada no despacho”*. Ressalta que neste sentido trilhou Decisão recente do STF, 1ª Turma, no RE 299.079/RJ, da relatoria do Ministro Carlos Britto, de 30/06/2004, anexo às fls. 251 a 267 do PAF.

Por fim, à fl. 268 dos autos, em despacho exarado pelo Dr. Rogério Leal Pinto de Carvalho, foram ratificados os citados Pareceres, que concluem pelo Provimento do Recurso Voluntário interposto para o fim de se julgar improcedente a exigência contida no Auto de infração epígrafado.

VOTO

Ficou evidenciado, à fl. 10 dos autos, que o ICMS sobre a operação de importação, cujo desembaraço aduaneiro ocorreu no Porto de Salvador/BA, fora recolhido em favor do Estado de São Paulo, no qual se localiza a empresa que realizou a importação.

Também restou evidenciado que parte desta mercadoria importada (50.000 kg) foi destinada para Engepack Embalagens S.A., situada no Estado da Bahia, inicialmente a título de empréstimo e posteriormente a título de industrialização, sem que transitasse pelo estabelecimento importador.

Assim, a ação fiscal baseou-se na falta de recolhimento do ICMS em favor do Estado da Bahia, decorrente da operação de importação de mercadorias tributáveis, através do porto de Salvador (BA), sendo parte destinada fisicamente a contribuinte estabelecido neste Estado.

No Recurso Voluntário o recorrente destaca que nos casos de empréstimos e de remessa para fins de industrialização não há transferência da propriedade das mercadorias. Cita a Súmula nº. 573 do STF no sentido de que nos empréstimos não há fato gerador do “ICM” e que após a industrialização, a mercadoria importada seguiu fisicamente para o Estado de São Paulo, não existindo, a luz da legislação pertinente, qualquer direito creditório ao Estado da Bahia.

O entendimento deste Colegiado é de que nas operações de importação de mercadorias, cabe o recolhimento do imposto sobre elas incidente à unidade federada onde estiver situado o estabelecimento em que ocorrer a entrada física das mercadorias, quando destinadas à unidade federada diversa da do domicílio do importador, sempre que houver transmissão de sua propriedade sem que as mesmas transitem pelo estabelecimento importador.

Contudo, no caso concreto, ficou comprovado nos autos que não ocorreu, em momento algum, a transmissão da propriedade das mercadorias, pois, tanto no caso de empréstimo como no de remessa para industrialização, não ocorreu a transferência da propriedade do estabelecimento importador. Assim, diante deste entendimento, até então predominante neste CONSEF, descabe a exigência do imposto, no caso sob análise, pelo Estado da Bahia.

Por outro lado, a PGE/PROFIS traz aos autos o entendimento de que tanto a LC 87/96, como o STJ e o STF atribuem a qualidade de sujeito ativo do ICMS ao Estado onde estiver situado o estabelecimento destinatário da mercadoria ou serviço (importador), ou seja, aquele que, de acordo com o art. 155, § 2º, IX, “a”, da Constituição Federal, promoveu juridicamente a entrada dos bens ou mercadorias no território nacional, sendo irrelevante para caracterização do pólo ativo da relação obrigacional tributária o local onde o produto importado ingressou no território nacional.

Assim, ressalta em seu Parecer o i. Procurador, Dr. José Augusto Martins Júnior, que *“Com o escopo de dirimir possíveis conflitos de competência entre as Unidades Federadas, precisamente nas importações de bens/mercadorias, estabeleceu a Lei Complementar n.º 87/96, em seu art. 11, I, “d”, como “local de operação”, para fins de cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, aquele onde ocorrer a entrada física da mercadoria.”*

Em seguida explica que ao regulamentar a referida norma no Estado, o legislador ordinário do Estado da Bahia, dentro do permissivo constitucional, não o fez de forma literal, mas, sim, buscando alcançar o objetivo real da mesma, definindo o elemento temporal do fato gerador do ICMS, para efeito de pagamento do imposto, no artigo 4º, IX, da Lei n.º 7014/96, ou seja, considerando ocorrido o fato gerador do imposto no momento do desembaraço aduaneiro de mercadoria ou bem importados do exterior, e definindo como local da ocorrência do fato gerador do ICMS no art. 13, I, “d”, da citada Lei, ou seja, o local da operação ou da prestação, para efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, tratando-se de mercadoria ou bem importados do exterior, o do estabelecimento onde ocorrer a entrada física.

Assim, o ilustre procurador conclui ser possível inferir, partindo de uma exegese sistemática das normas acima descritas, que quis o legislador estadual, na esteira do disposto na LC n.º. 87/96, que o pagamento do imposto seja realizado à pessoa jurídica onde ingressar o produto oriundo do exterior, sendo o momento do recolhimento àquele relativo ao desembaraço aduaneiro.

Porém, consoante com o entendimento do STF, 1ª Turma, no RE 299.079/RJ, de relatoria do Ministro Carlos Britto, de 30/06/2004, a PGE/PROFIS, sustenta que *“...o ICMS sobre mercadorias*

importadas deve ser recolhido no local onde ocorreu o despacho aduaneiro, contudo, em que pese o ato da cobrança ocorrer no momento da entrada da mercadoria, o sujeito ativo da relação jurídico-tributária é o estado do local do estabelecimento importador, ente federado a quem caberá o produto da arrecadação do ICMS, já efetivado no despacho”.

Do exposto, os dois entendimentos direcionam meu voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, modificando a Decisão Recorrida, para julgar o Auto de infração IMPROCEDENTE.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de infração nº **09172327/02**, lavrado contra **ENGEPACK EMBALAGENS SÃO PAULO LTDA. (ENGENPACK EMBALAGENS SÃO PAULO S/A)**.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de outubro de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS