

PROCESSO - A. I. N° 020983.0001/09-0
RECORRENTE - TERNA SERVIÇOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5^a JJF n° 0094-05/10
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET - 18/03/2011

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0032-11/11

EMENTA: ICMS. IMPORTAÇÃO. DESEMBARAÇO ADUANEIRO EM OUTRO ESTADO. MERCADORIA DESTINADA FISICAMENTE AO ESTADO DA BAHIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Nas operações de importação de 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, o imposto caberá à unidade onde estiver situado o estabelecimento em que ocorrer a entrada física das mercadorias. Restou comprovado que as mercadorias foram importadas pelo autuado localizado em outra Unidade da Federação, e o destino físico das mercadorias foi o Estado da Bahia, sendo devido o imposto a este Estado nos termos do artigo 573, I, do RICMS/97. Infração subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão proferida pela 5^a JJF, que através do Acórdão JJF N° 0094-05/10, julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 29/05/2009, em razão da falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$132.952,47 acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei n° 7.014/96, por falta de recolhimento do imposto no momento do desembaraço aduaneiro das mercadorias importadas.

A Junta de Julgamento Fiscal, após análise das razões apresentadas pelo autuado e autuante, decidiu pela procedência da autuação, por entender que o ICMS sobre as mercadorias importadas cabe ao Estado da Bahia, por ser o Estado onde se localiza o estabelecimento onde ocorreu a entrada física da mercadoria importada, conforme expressamente dispõe a legislação tributária através da alínea “d” do inciso I do art. 13 da Lei 7.014/96 e o artigo 572, I, e § 1º, do RICMS/97.

Quanto à base de cálculo, observou que o lançamento se encontra respaldado no demonstrativo anexado à fl. 08 dos autos, não havendo da parte do impugnante qualquer contestação relativamente aos dados numéricos do lançamento.

Assim, a JJF concluiu que restou comprovado nos autos o cometimento da infração.

Em sede de Recurso Voluntário, às fls. 175 a 196, o recorrente alegou que os bens importados (Unidade Móvel de Descontaminação e reagentes), são destinados ao seu ativo fixo e serão utilizados na prestação de serviços de despolarização seletiva de transformadores e reatores, objeto de contrato firmado com a empresa TSN – TRANSMISSORA SUDESTE NORDESTE S/A, localizada no município de Salvador.

Aduziu que a importação foi registrada por meio das Declarações de Importação de números 09/0277574-4 e 09/0305372-6, as quais atestam que é a importadora e destinatária das mercadorias adquiridas no exterior, sendo certo que o seu estabelecimento está localizado no Estado do Rio

de Janeiro. Disse que tal fato é confirmado ainda pela nota fiscal de aquisição (“invoice”), emitida pela empresa italiana SEA MARCONI, onde consta que é a destinatária das mercadorias.

Transcreveu o artigo 155, II, § 2º, da Constituição Federal de 1988 visando a demonstrar que o ICMS incidente na operação é devido ao Estado do Rio de Janeiro, pouco importando que o desembaraço da mercadoria tenha ocorrido em outra unidade da Federação.

Afirmou que aplicou a regra contida no citado artigo da Constituição Federal e recolheu o ICMS incidente na operação por meio de GNRE, ao Estado do Rio de Janeiro, no momento do desembaraço aduaneiro do equipamento, fato reconhecido no Auto de Infração.

Transcreveu a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em processos que versam sobre a questão relacionada com destinatário jurídico *versus* destinatário físico para fins de ICMS incidente na importação de mercadorias.

Pontuou que tanto o equipamento, Unidade Móvel de Descontaminação, quanto os reagentes são utilizados na prestação de serviços de despolarização seletiva, logo, não se trata de bens vendáveis, que possam ensejar a incidência do ICMS para o Estado da Bahia.

Esclareceu que as mercadorias foram desembaraçadas no Porto de Salvador, momentaneamente, para serem utilizadas na prestação de serviços neste Estado e, posteriormente, o equipamento, que é de sua propriedade, será remetido para o seu estabelecimento localizado no Rio de Janeiro, enquanto que os reagentes serão consumidos no processo de despolarização.

Assim, disse que entende que a cobrança do imposto para o Estado da Bahia não se justifica, uma vez que não houve transferência de propriedade para a TSN, visto que ela, o recorrente, continua sendo a proprietária e destinatária final das mercadorias. Esclareceu que foram emitidas notas fiscais de simples remessa para acobertar o trânsito das mercadorias até o local da prestação de serviço, nos moldes do art. 40, inciso XIV, da Lei Estadual nº 2.657/96 (legislação do Rio de Janeiro).

Reiterou que houve a mera circulação física (simples remessa) de um ativo fixo de sua propriedade para o local onde se daria a execução dos serviços contratados (Bahia). Assim, entende que, inexistindo a transferência de propriedade (venda), não há incidência do ICMS.

Dessa forma, considerando a regra contida no art. 573, inciso I, do RICMS-BA, alegou que o imposto somente será recolhido a estado diverso do domicílio do importador quando houver transmissão da propriedade do bem, o que não foi o caso.

Remetidos os autos à PGE/PROFIS, para emissão de Parecer, a Dra. Maria José Coelho Lins de A. Sento –Sé acatou o pleito do sujeito passivo em relação à improcedência da infração, tendo em vista a aplicação sistemática do art. 573, inciso I, do RICMS/97, combinado com o art. 11, inciso I, alínea “d”, da LC nº 87/96, que permite concluir que para ocorrer a incidência do ICMS, é necessária a conjugação de duas circunstâncias, a entrada física da mercadoria aliada à transmissão da propriedade das mercadorias.

Entendeu a PGE/PROFIS que restou caracterizada a ausência de mudança na titularidade das mercadorias importadas, tendo em vista que as mercadorias do ativo fixo do recorrente foram remetidas para a TSN, empresa localizada no Estado da Bahia, com o objetivo de viabilizar cumprimento de obrigações pactuadas em contrato. Finalizou, opinando pelo Provimento do Recurso Voluntário.

Em despacho às fls.204/210, a procuradora assistente da PGE/PROFIS, Dra.Aline Souza Casali Bahia, discordou do Parecer supracitado, sob o argumento de que, no presente Auto de Infração, não se trata de operação de remessa de mercadorias entre a empresa importadora (oro autuado, TERNA SERVIÇOS LTDA. e a empresa TSN-TRANSMISSORA SUDESTE NORDESTE S.A.e sim a uma operação de importação de mercadorias efetuada por TERNA SERVIÇOS LTDA. (o autuado).

Acrescentou que o fato gerador do ICMS ocorre no momento do desembarque aduaneiro (art. 12, inciso IX, da Lei Complementar nº 87/96) e o contribuinte é aquele que importou a mercadoria do exterior, qualquer que seja a sua finalidade, conforme previsão contida no inciso I do parágrafo único do art. 4º da Lei Complementar nº 87/96.

Aduziu que, de acordo com diversas decisões do CONSEF, o sujeito ativo do ICMS incidente sobre a importação de mercadorias quando o estabelecimento importador possui endereço em Estado diverso do destino físico das mercadorias importadas é o estado do destino físico. Por fim, opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra o Acórdão nº 0094-05/10, prolatado pela 5ª JJF, que julgou procedente o Auto de Infração, em razão da falta de recolhimento do ICMS sobre importação, no valor de R\$132.952,47, relativo a mercadorias e/ou bens procedentes do exterior, destinados fisicamente ao Estado da Bahia, cujo importador está estabelecido em outra Unidade da Federação.

Ficou evidenciado, à fl.13 dos autos, que o ICMS sobre a operação de importação, cujo desembarque ocorreu no Porto de Salvador/BA, fora recolhido em favor do Estado do Rio de Janeiro, no qual se localiza a empresa que realizou a importação, no caso o recorrente.

Também restou evidenciado que a empresa autuada – Terna Serviços Ltda - estabelecida no Estado do Rio de Janeiro adquiriu no exterior as mercadorias, REAGENTES SÓLIDOS, descritas na Declaração de Importação nº 09/0277574-4 , fl. 23, e as desembarçou no Porto de Salvador. Após o desembarque, o importador enviou imediatamente as mercadorias para a empresa TSN – TRANSMISSORA SUDESTE NORDESTE S/A, localizada no município de Sapeaçu-BA.

Assim, pelos documentos anexados ao PAF resta caracterizada a ocorrência de duas operações: uma operação de importação realizada pela Terna Serviços, e uma operação de remessa da mercadoria para a empresa TRANSMISSORA SUDESTE NORDESTE S/A, esta última documentada pelas Notas Fiscais nºs 71200, 477434,477433,477431 e 477232 acostadas às fls. 32 a 36 dos autos.

Portanto, a presente ação fiscal refere-se à primeira operação, a importação de mercadorias tributáveis, através do porto de Salvador (BA), sendo destinada fisicamente a contribuinte estabelecido neste Estado. Cabe indagar, então, quem é o sujeito ativo da importação, a Bahia ou o Rio de Janeiro, uma vez que o importador está perfeitamente identificado?

O recorrente alegou que os bens importados (Unidade Móvel de Descontaminação e reagentes), são destinados ao seu ativo fixo e serão utilizados na prestação de serviços de despolarização seletiva de transformadores e reatores, objeto de contrato firmado com a empresa TSN – TRANSMISSORA SUDESTE NORDESTE S/A, localizada neste Estado.

Entretanto, o que se constata através das notas fiscais anexadas às fls.30/36 é que se trata de importação exclusivamente de reagentes sólidos que, como a próprio recorrente afirma, serão utilizados na prestação de serviços de despolarização seletiva. Desse modo, são mercadorias que serão consumidas no processo de despolarização no estabelecimento da empresa destinatária - TSN – TRANSMISSORA SUDESTE NORDESTE S/A -, localizada neste Estado, não sendo possível em nenhuma hipótese o seu retorno. Assim, o que se deduz das provas carreadas aos autos é que as mercadorias foram desembaraçadas no Porto de Salvador e foram imediatamente destinadas à empresa TSN – TRANSMISSORA SUDESTE NORDESTE S/A situada no território baiano, sem que tivessem ingressado no estabelecimento do importador, ora autuado, a empresa Terna Serviços Ltda.

A Constituição Federal, no inciso IX do § 2º do artigo 155, prevê que o ICMS incidirá sobre a entrada de bem ou mercadoria importada do exterior, “cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento destinatário da mercadoria, bem ou serviço”.

O art. 13 da Lei nº 7.014/96, repetindo disposições de idêntico teor do art. 11 da Lei Complementar 87/96, determina que o ICMS devido na importação caberá ao Estado da Bahia, no caso de mercadoria ou bem destinados fisicamente a este Estado, sendo o importador estabelecido em outra unidade da Federação, sem que esta transite pelo seu estabelecimento.

Ainda determina o art. 573 §1º do RICMS/BA, abaixo transcrito, que o imposto devido na primeira operação - operação de importação- será pago pelo importador, no caso presente o recorrente, mediante documento de arrecadação próprio previsto em sua legislação ou através de GNRE

“Art. 573 – Nas operações de importação de mercadorias ou bens importados 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).”

Portanto, ficou comprovado que as mercadorias importadas jamais ingressaram fisicamente no estabelecimento do recorrente, haja vista que o desembarque aduaneiro foi efetuado no Porto de Salvador, e entregues, através das notas fiscais às fls. 32 a 36, diretamente para a tomadora do serviço, localizada neste Estado.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário interposto, mantendo, em todos os termos, a Decisão recorrida.

VOTO DIVERGENTE

Divirjo do entendimento firmado pela douta maioria por entender aplicável ao caso concreto a jurisprudência firmada pelas duas Turmas do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o sujeito ativo do ICMS-importação é o Estado em que está localizado o destinatário jurídico do bem, *in casu*, o Rio de Janeiro, onde o recorrente já recolheu o imposto exigido neste auto de infração. Veja-se, a propósito, os seguintes precedentes:

“TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ICMS. IMPORTAÇÃO. DESEMBARQUE ADUANEIRO. SUJEITO ATIVO. ESTADO DO DESTINATÁRIO JURÍDICO DO BEM. SÚMULA STF 279. 1. Segundo orientação firmada por esta Corte, o sujeito ativo do ICMS incidente sobre operações de importação de mercadorias é o Estado-membro em que localizado o destinatário jurídico do bem. 2. Para se chegar à conclusão contrária à adotada pelo acórdão recorrido, necessário seria o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos, o que atrai a incidência da Súmula 279 do STF. 3. Agravo regimental a que se nega provimento”. (RE 589602 AgR/RS, Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, DJe 04/02/2011).

“TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO E DE TRANSPORTE INTERMUNICIPAL E INTERESTADUAL. ICMS. IMPORTAÇÃO. SUJEITO ATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. 1. Segundo orientação firmada por esta Corte, o sujeito ativo do ICMS incidente sobre operações de importação de mercadorias é o estado (ou o Distrito Federal) em que localizado o destinatário jurídico do bem. 2. Destinatário jurídico não se limita ao estabelecimento em que houve a entrada física do bem. Necessidade de interpretação do contexto fático-legal. 3. Existentes duas operações distintas, ambas tributadas (a primeira de entrada do bem estrangeiro em território nacional, a segunda de remessa interestadual), descabe, sem indicação precisa de elementos comprobatórios de fraude, dolo ou simulação, descabe modificar a conclusão a que chegou o Tribunal de origem. 4. A princípio, questões relativas à concessão pretensamente inconstitucional de benefícios fiscais devem ser resolvidas pelos instrumentos federativos, judiciais ou extrajudiciais, sem que os entes federados busquem soluções individuais, circunscritas à sua autonomia e em franca divergência com os ideais de convivência harmônica e de segurança jurídica emanados da Constituição. Agravo regimental ao qual se nega provimento” (AI 653654 AgR/RS, Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, DJe 07/10/2010).

“AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. ICMS. IMPORTAÇÃO DE MERCADORIA. SUJEITO ATIVO DA RELAÇÃO TRIBUTÁRIA. ESTADO DO ESTABELECIMENTO DO DESTINATÁRIO JURÍDICO. AGRAVO IMPROVIDO I - Nos termos do art. 155, § 2º, IX, a, da Constituição

Federal, 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 importada. Precedentes. II - Na definição do destinatário da mercadoria importada, não devem prevalecer os pactos particulares mantidos entre as partes envolvidas na importação, mas a efetiva destinação do bem importado. Precedentes. III - Agravo regimental não provido". (AI 816070 AgR/RS, Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, DJe 31/01/2011).

Merece registro o fato de que o Supremo Tribunal Federal, ao sustentar tal entendimento, não considerou inconstitucional a disposição legal que atribui a sujeição ativa ao estado em que se encontra o estabelecimento destinatário físico da mercadoria. Cuidou, apenas, de fazer uma interpretação que julgou ser mais adequada, de acordo com o sistema constitucional tributário e a legislação infraconstitucional.

Ante o exposto, voto no sentido de DAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, para reformar a decisão de primeira instância e julgar improcedente o presente auto de infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade da presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **020983.0001/09-0**, lavrado contra **TERNA SERVIÇOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$132.952,47**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "f", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros(as): Maria Auxiliadora Gomes Ruiz, Sandra Urânia Silva Andrade e Denise Mara Andrade Barbosa.

VOTO DIVERGENTE – Conselheiros(as): Fábio de Andrade Moura, Alessandra Brandão Barbosa e Valnei Sousa Freire.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de fevereiro de 2011.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

FÁBIO DE ANDRADE MOURA – VOTO DIVERGENTE

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