

PROCESSO	- A. I. Nº 210425.0302/10-1
RECORRENTE	- TERMOVERDE SALVADOR S/A.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0180-01/11
ORIGEM	- IFMT - DAT/METRO
INTERNET	- 28/06/2012

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0122-12/12

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 a 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. Infração subsistente. Não acolhidas as preliminares de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVÍDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo impugnando a Decisão de 1º grau que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 11/03/2010, para exigir ICMS no valor de R\$ 41.179,70, acrescido de multa de 60%, em decorrência de falta de recolhimento do ICMS sobre importação, relativo a mercadorias procedentes do exterior, destinadas fisicamente a este Estado, no caso do importador ser estabelecido em outra unidade da Federação e o desembaraço aduaneiro ocorrer ou não, em Estado diverso de seu domicílio.

A 1ª JJF exarou a seguinte Decisão:

“Versa o presente Auto de Infração sobre a falta de recolhimento do ICMS, relativo a mercadorias procedentes do exterior, destinados fisicamente a este Estado, no caso do importador ser estabelecido em outra unidade da Federação e o desembaraço aduaneiro ocorrer ou não, em estado diverso de seu domicílio.

Inicialmente, no que concerne a nulidade arguida pelo impugnante, sob o argumento de cerceamento do direito de ampla defesa e do contraditório, não acolho tal arguição, haja vista que a autuação expõe com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve a infração, fundamentando com a indicação dos demonstrativos, bem como de seus dados e cálculos. Não vislumbro qualquer violação aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa ou do contraditório.

No que concerne à alegação defensiva referente à incidência de juros e acréscimos, convém observar que, conforme indicado no Auto de Infração, estes têm previsão no art. 51 da Lei 7.014/96 e no art. 138-B do RICMS/BA, não merecendo qualquer reparo essa indicação no lançamento, pois em conformidade com a legislação do ICMS.

Diante do exposto, não acolho a nulidade arguida, haja vista a inocorrência de qualquer das hipóteses previstas no art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99.

No que diz respeito à alegação de que a multa é confiscatória, esclareço que esta foi corretamente indicada no presente caso, estando prevista no art. 42 da Lei 7.014/96.

Quanto à arguição de constitucionalidade, cabe-me consignar que em conformidade com o art. 167, I do RPAF/99, não se inclui na competência deste órgão julgador a apreciação de matéria atinente à constitucionalidade do ato.

Do exame das peças que compõem o presente processo, verifico que a questão de que cuida o presente Auto de Infração, decorre do fato de que o desembarço aduaneiro ocorreu no Porto de Salvador, tendo o importador, no caso, o Banco Itauleasing S/A, recolhido o ICMS para o Estado de São Paulo através de GNRE no valor de R\$ 42.553,28, contudo, as mercadorias tiveram como destino físico o Estado da Bahia, conforme a Nota Fiscal Eletrônica de Entrada, NF-e nº 000.000.007, Série-1, emitida pela empresa Termoverde Salvador S/A, em 09 de março de 2010, situada na Estrada CIA – Aeroporto, s/n, KM-6,5 – Bairro de São Cristóvão, Salvador – Bahia.

Observo que o importador constante na Declaração de Importação nº 09/1761948-4, é o Banco Itauleasing S.A., estabelecido no Estado de São Paulo, tendo sido recolhido o ICMS referente à importação no valor de R\$ 42.553,28, para o referido Estado.

Entende o autuado que o imposto foi recolhido corretamente, haja vista que o importador Banco Itauleasing S/A, se encontra estabelecido em São Paulo, inexistindo qualquer imposto a ser pago ao Estado da Bahia.

Já o autuante entende que o imposto é devido ao Estado da Bahia, em razão de se tratar de uma operação triangular de importação envolvendo um fornecedor no exterior e a intermediação financeira de uma instituição bancária, tendo o desembarço aduaneiro ocorrido no Porto de Salvador/BA, contudo, as mercadorias tiveram como destino físico o Estado da Bahia, comprovado pela Nota Fiscal Eletrônica de Entrada, NF-e nº 000.000.007, Série-1, emitida pela empresa Termoverde Salvador S/A, em 09 de março de 2010, situada na Estrada CIA – Aeroporto, s/n, KM-6,5 – Bairro de São Cristóvão, Salvador – Bahia. Registra ainda o autuante que as mercadorias sequer transitaram pelo estabelecimento situado no Estado do importador, ou seja, São Paulo, haja vista que este apenas atuou como agente financeiro da operação, mediante contrato de Arrendamento Mercantil firmado com o destinatário, sob o nº 4566767, sendo transferidas diretamente para o autuado, infringindo assim o art. 573, inciso I, do RICMS-BA.

De início, cabe-me consignar que já é pacífico neste Conselho de Fazenda, o entendimento de que o importador jurídico localizado em outro Estado é o responsável pelo pagamento do ICMS relativo às importações que realizar quando a mercadoria não transitar por seu estabelecimento e for destinada fisicamente a outra unidade da Federação, devendo o imposto ser recolhido para o Estado onde ocorrer a entrada física das mercadorias, nos termos da Lei Complementar 87/96 e do art. 573, I do RICMS/97, abaixo transcrito:

“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, sem que os mesmos transitem pelo estabelecimento importador;”

Nessa situação, a exigência do imposto deverá recair sobre o importador jurídico e não sobre o destinatário onde ocorre a entrada física das mercadorias, sendo invariavelmente declarada a nulidade da autuação por ilegitimidade passiva do destinatário.

Ocorre que, no presente caso, verifico que se trata de uma situação peculiar, haja vista que o importador constante na Declaração de Importação nº 09/1761948-4, no caso, o Banco Itauleasing S.A., estabelecido no Estado de São Paulo, participou da operação na condição de agente financeiro, de acordo com o contrato de Arrendamento Mercantil firmado com o destinatário - Termoverde Salvador S/A -, sendo a mercadoria destinada diretamente para o autuado, inclusive com o desembarço aduaneiro ocorrendo no Porto de Salvador/BA, tendo o autuado emitido a Nota Fiscal Eletrônica de Entrada, NF-e nº 000.000.007, Série-1.

Diante disto, considero que agiu acertadamente o autuante quando exigiu o imposto do efetivo destinatário da mercadoria ou bem importado, por figurar no pólo passivo da relação jurídico tributária, no presente caso.

Relevante consignar que a matéria de que cuida o Auto de Infração em lide foi objeto de análise pela Diretoria de Tributação da SEFAZ/BA, quando em momento anterior a ação fiscal o Banco Itauleasing S.A., formalizou requerimento solicitando que fosse reconhecida a regularidade do recolhimento do ICMS efetuado para o Estado de São Paulo.

Naquela oportunidade a DITRI, através do Parecer nº 23/2010, indeferiu o pedido do requerente Banco Itauleasing S.A., manifestando o entendimento de que considerando a situação específica descrita na inicial, muito embora em momento posterior o bem importado possa se destinar ao estabelecimento arrendador localizado no Estado de São Paulo, a entrada física do referido bem se efetivará em estabelecimento localizado em território baiano, o qual, na condição de arrendatário do bem importado, é também seu destinatário efetivo.

Concluiu a DITRI que atendendo ao princípio do destino físico, o ICMS incidente sobre a operação realizada será devido para o Estado da Bahia, unidade federativa onde está situado o estabelecimento que efetivará a entrada física do bem importado, conforme previsto no art. 47, inciso X, do RICMS/BA.

Diante do exposto, concluo que a infração é subsistente, cabendo ao autuado recolher o imposto para o Estado da Bahia.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Inconformado com a Decisão prolatada, o sujeito passivo, ora recorrente, interpôs Recurso Voluntário, a seguir sintetizado:

Em preliminar do mérito, o recorrente requereu a nulidade do lançamento por ausência dos pressupostos de validade do ato administrativo. E por ser um ato administrativo, o recorrente arguiu que tal ato deve seguir todos os elementos e requisitos de formação válida e regular como qualquer outro ato administrativo.

Segundo seu argumento, a autuação administrativa não indicou a quantia e a forma de calcular os juros de mora acrescidos. Isto é causa suficiente de nulidade do Auto de Infração, tendo em vista a impossibilidade de se defender. A ausência deste requisito, segundo o alegado pelo recorrente, implica em cerceamento do direito constitucional à ampla defesa e ao contraditório do recorrente, pois não há como se verificar a assertiva dos cálculos realizados pela fiscalização.

A imputação fiscal está despida de clareza, descrição detalhada e demonstrada comprovação dos fatos alegados, não sendo possível atribuir ao ato administrativo a presunção de legitimidade. Por conseguinte, a autuação em combate acarretou o cerceamento de defesa e violou os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, a anulação do lançamento impugnado.

No mérito, o recorrente trouxe os seguintes argumentos por ele esposados. Inicialmente, expôs que firmou contrato de Arrendamento Mercantil com o BANCO ITAULEASING S.A., importando equipamento resfriador de líquido por absorção de simples efeito à água quente, modelo LWM-W024, incluídos os insumos a serem empregados no processo, conforme descrição contida na Declaração de Importação n.º 09/11761948-4, emitida em 11/12/2009. Considerando que o importador é o Banco Itauleasing S.A., com sede em Poá/SP, o recolhimento do ICMS deu-se ao Estado de São Paulo, conforme comprovante de pagamento do imposto acostado aos autos, no total de R\$ 42.553,28. Todavia, o Fisco do Estado da Bahia entendeu que o ICMS seria devido para este Estado, por conseguinte apreendeu a mercadoria, de acordo Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos/Ocorrência 210425.0301/10-5, exigindo o recolhimento do imposto para sua liberação.

Foi impetrado pelo importador, Banco Itauleasing S/A., Mandado de Segurança, em trâmite perante a 2.ª Vara Cível da Fazenda Pública da Comarca de Salvador/BA. Tal pedido de liminar foi parcialmente deferido para que fosse liberada a mercadoria apreendida.

Isto feito, lavrou-se, então, o Auto de Infração, afirmando-se que teria o ora recorrente infringido o art. 573, inciso I do RICMS/BA. O recorrente transcreveu o citado dispositivo legal, para em seguida arguir que “*não há que se falar na manutenção da exigência ora debatida, posto que houve interpretação equivocada por parte do autuante ao dispositivo acima destacado, bem como quanto à incidência do ICMS nas operações de arrendamento mercantil (leasing).*”

Isto posto, o recorrente passou a discorrer sobre o seu entendimento acerca de “*Contrato de Arrendamento Mercantil (leasing)*”. Segundo o recorrente, o contrato de leasing (Arrendamento Mercantil) se trata de uma fórmula intermediária entre a compra e venda e a locação, exercendo função parecida com a da venda e compra com reserva de domínio e com a alienação fiduciária, embora oferecendo ao utilizador do bem, maior leque de alternativas no caso de a parte não querer ficar com a propriedade do equipamento, ao término do contrato celebrado. Isto é, esgotado o prazo contratual, a arrendatária assume o compromisso de adquirir o bem, renovar a avença ou restituir a coisa. Só por ocasião do exercício da opção de compra é que ocorrerá efetivamente a transferência de titularidade do bem.

De acordo com o recorrente, o tanto quanto disposto no inciso II do art. 155, interpretado conjuntamente com o inciso IX do parágrafo 2º do mesmo artigo constitucional, restou evidente

que “*o ICMS inserido na competência impositiva estadual diz respeito a operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de...*”, não podendo o disposto no parágrafo 2º do artigo 155 da Constituição Federal ser interpretado isoladamente”.

No seu entendimento, a expressão ‘**operações relativas à circulação de mercadorias**’ requer que haja, no mínimo, a movimentação da mercadoria que configure um processo desde a sua produção, até o consumidor final, ou seja, em não havendo deslocamento da mercadoria, ou seja, uma destinação ao consumo ou a uma transferência de titularidade, não há que se falar em circulação de mercadoria.

Acrescentando a isto, o recorrente asseverou que a Lei Complementar nº 87/96, dispõe, em seu inciso VIII, do art. 3º sobre as hipóteses de incidência e não-incidência do ICMS, além de hipóteses de exclusão do campo a ser tributado e transcreveu este dispositivo. Por conseguinte, pela inteligência deste artigo da LC 87/96, as operações de arrendamento mercantil, aplicável no âmbito nacional, estão expressamente excluídas do campo de incidência do ICMS. Assim sendo, o recorrente asseverou que “*impõe-se concluir que qualquer ato tendente à cobrança do referido imposto, sobre as operações de leasing considera-se ilegal e inconstitucional*”.

De acordo com o exposto na peça recursal, o ICMS não incide simplesmente porque os bens circulam fisicamente, mas porque eles são transferidos de uma pessoa para outra e assim por diante. Justamente por isso o próprio STJ já editou a Súmula 166, concluindo que não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte. “*Vale destacar que a matéria já está pacificada na jurisprudência do STJ, órgão competente para decidir em última instância sobre questões infraconstitucionais, como é o caso presente. Em recentes decisões deste Egrégio Tribunal, são consolidados entendimentos no sentido de que não se caracteriza fato gerador do ICMS a importação de mercadoria em contrato de arrendamento mercantil, em conformidade com o que prevê o art. 3º, inciso VIII, da LC 87/96*”.

Acrescentou que o Colendo STJ no Resp nº 146.389-SP, in DJ de 13-6-2005, decidiu que: ‘**Não configura fato gerador do ICMS a importação de aeronaves mediante contrato de arrendamento mercantil (leasing)**’.

Ainda, de acordo com o entendimento expresso pelo recorrente em sua peça recursal, restou claro que não houve a transferência da propriedade do bem importado, isto porque foi realizado contrato de arrendamento mercantil (leasing), sendo que a propriedade da mercadoria constante na autuação pertence ao Banco Itauleasing S/A, sendo que ao final do contrato celebrado poderá ou não o recorrente optar pela compra do equipamento. Importante destacar que a operação de circulação de mercadoria para fins de incidência do ICMS, é aquela operação em que ocorre a transferência do domínio do bem, ou seja, ocorre a mudança do proprietário da mercadoria. É a chamada circulação econômica da mercadoria e/ou circulação jurídica.

Nesta esteira, o recorrente reiterou que “*o arrendamento mercantil (leasing) é uma operação mercantil onde até o término do contrato inexiste a transferência da propriedade entre arrendador e arrendatário. Assim, a titularidade do bem arrendado permanece com o arrendador, podendo o arrendatário adquirir, ou não, o domínio do bem arrendado, ao final do contrato*”.

No que tange ao recorrente ter infringido o art. 573, inciso I do RICMS, o mesmo esclareceu que houve interpretação equivocada por parte do autuante, uma vez que a exigência do imposto não se pode dar somente com base única e exclusivamente no Regulamento de ICMS do Estado da Bahia, tendo em vista que os regramentos a serem aplicados devem ser em consonância com a regra-matriz do imposto prevista no citado inciso II do art. 155, bem como com as demais características constitucionais deste imposto. “*Observa-se que a parte final do dispositivo acima transcrita estabelece a competência para arrecadação do ICMS incidente sobre operações de importação com base no princípio da territorialidade. Não restam dúvidas que o termo “destinatário” expresso no dispositivo constitucional é o jurídico, isto é, o destinatário legal da*

operação da qual resulta a transferência de propriedade do bem, ou seja, o importador adquirente, que neste caso foi o Banco Itauleasing SA. Essa é a matriz constitucional inarredável da hipótese de incidência desse imposto (art. 155, IX, “a”, CF)”.

Portanto, o referido dispositivo é expresso em estabelecer que o imposto é devido no Estado onde estiver o destinatário do bem, denota-se que o ICMS da operação descrita nos autos é devido ao Estado de São Paulo, pois o importador possui endereço em referido Estado.

Ainda, segundo o recorrente, a Lei Complementar nº 87/96 definiu com clareza que o ICMS devido na importação cabe ao Estado onde ocorrer a entrada física da mercadoria no estabelecimento, ou seja, para fins de recolhimento do ICMS, o importador é o estabelecimento em que, de fato, adentrar a mercadoria importada. Nesta esteira, trouxe julgamentos do STF sobre a matéria. Portanto, o recorrente expressou em sua peça recursal que “*se a mercadoria importada foi remetida pelo importador diretamente da repartição alfandegária para estabelecimento situado em unidade da federação diversa do importador, o ICMS deve ser recolhido para a Unidade da Federação do destinatário da mercadoria.*”

E, mais, em virtude da competência tributária já delineada na Constituição, o recorrente asseverou que “*somente a União poderá tributar a mera entrada física de bens no território nacional, nunca os Estados.*”. Por conseguinte, caso se mantenha a exigência de ICMS pelo Estado da Bahia. Acrescentou, ainda, que, com isto incidirá a bitributação, pois há dois entes tributantes (Estado de São Paulo e da Bahia) exigindo do mesmo sujeito passivo ICMS decorrente do mesmo fato gerador.

Ademais, a jurisprudência é pacífica no entendimento de que “*o ICMS, na situação descrita é devido ao Estado do endereço do importador, independentemente de onde aconteceu o desembarço da mercadoria.*”

No que se refere à multa aplicada de 60% (sessenta por cento), nos termos da alínea “f” inciso II do artigo 42 da Lei nº.º 7.014/96, o recorrente asseverou que a penalidade é indevida, uma vez que não houve, por parte da empresa descumprimento da obrigação principal, muito menos das obrigações acessórias, sendo que o ICMS foi indevidamente recolhido ao Estado, sujeito ativo da operação, já que a autuação exige o recolhimento do Imposto por parte da empresa recorrente em situação que não ocorreu a incidência tributária ao Estado da Bahia, posto que o importador possui endereço no Estado de São Paulo, onde foi recolhido o referido imposto.

Além do mais, o recorrente arguiu que o referido percentual é inconstitucional, “*pois independentemente da possibilidade de redução da multa no caso o contribuinte efetuar o pagamento espontâneo, a penalidade de 60% sobre o valor do tributo é excessiva e não pode ser acatada pelo Ilustríssimo Presidente da Câmara*”.

Aduziu ainda que a exigência da multa sem proporcionalidade representa um verdadeiro excesso de exação porque pune exageradamente o contribuinte que age com evidente boa-fé, ou seja, “*o critério confiscatório da multa está na total desproporcionalidade entre o valor da imposição e o valor do imposto devido*”.

Assim, a gradação da multa imposta deve ser lógica. Neste sentido, trouxe na sua peça o entendimento exarado por diversos juristas e decisões do STF, requerendo que a penalidade imputada fosse anulada, motivando a própria desconstituição da autuação.

Concluiu, ter restado demonstrado, de forma inequívoca, a impropriedade do ato administrativo que exarou o auto de lançamento. Por consequência, requereu que seja dado o “*PROVIMENTO ao presente Recurso, julgando improcedente o lançamento de débito, anulando o Auto de Infração em comento e remetendo-se o presente processo ao arquivo*”.

Em seguida os autos foram encaminhados à PGE/PROFIS que exarou o seguinte Parecer opinativo, da lavra da ilustre procuradora, Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa.

No que tange à preliminar de nulidade arguida pelo recorrente, entendeu que o autuante indicou com precisão os fatos que são imputados ao autuado, apontando como índices de correção os previstos nos arts. 51 da Lei 7.014/96 e 138-B do RICMS, afastando as alegações de nulidade.

No mérito, a nobre PGE/PROFIS, entende que a questão em foco cinge-se a saber acerca da incidência ou não do ICMS na importação de bem através do contrato de arrendamento mercantil (leasing).

Para tal, a questão posta é “*concluir se a regra inserta no art. 3º, VIII da LC 87/96 se aplica a hipótese de incidência prevista no art. 155, parágrafo 2º, IX da CF/88*”. O Recorrente colacionou ao seu Recurso algumas decisões do STJ e do próprio STF a respeito da matéria, nas quais haveria o entendimento de que não há incidência de ICMS nas importações de bens do ativo fixo pelo contrato de arrendamento mercantil. Por sua vez, o autuante indicou Decisão do STF, no julgamento do RE nº 206.069-1 SP, que manifesta interpretação de que incide o ICMS nesses casos, sendo desnecessária a verificação da natureza jurídica do negócio internacional do qual decorre a importação. Levando-se em conta que a Decisão citada pelo i. Autuante é de 2005 e que há decisões posteriores do próprio STF em possível sentido contrário, a i. Procuradora entendeu ser necessário uma incursão mais profunda sobre os fundamentos que atualmente estão sendo utilizados pelas Cortes e transcreveu e interpretou várias decisões sobre esta matéria no âmbito do STF .

Por sua interpretação jurídica, o STF mantém o entendimento de que há incidência do ICMS nas importações de bens do ativo, mesmo que pela modalidade contratual do arrendamento mercantil (leasing).

Ainda, segundo a PGE/PROFIS, o fundamento da Decisão que nega a incidência do ICMS “é exclusivamente na hipótese em que o contrato de arrendamento mercantil não possibilita a compra, ao final, pelo arrendatário, o que não se configura nos autos, já que a cópia do contrato de leasing, trazida pelo Recorrente, indica expressamente, à fl 79, a opção de compra (item 22 do contrato)”.

Em seguida, transcreveu trechos das decisões do STF, nas quais se sustentou para concluir que é entendimento uníssono da Corte Suprema, a quem cabe a interpretação das regras constitucionais, que existe a “*INCIDENCIA DO ICMS nas importações de bens do ativo, mesmo que pelo contrato de leasing. Diante do exposto, opinamos pelo não provimento do Recurso voluntário, mantendo em sua inteireza a Decisão da junta de julgamento fiscal*

VOTO

Compulsando os autos, no que tange à alegação de nulidade suscitada pelo recorrente, a mesma não merece guarida, haja vista que não vislumbro no Auto de Infração e no procedimento fiscal ao longo de todo o processo administrativo, qualquer mácula que pudesse inquinar de nulidade a autuação e a Decisão proferida pela 1ª Instância. Foi dado ao sujeito passivo todo o direito de exercer seu direito de ampla defesa e do contraditório. Ademais, constato que o Auto de Infração expõe com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve a infração, fundamentando com a indicação dos demonstrativos, bem como de seus dados e cálculos.

Isto posto, adentro as alegações de mérito do Recurso Voluntário. Nesta seara, pude verificar que o recorrente insurge-se contra a incidência do ICMS nas operações de arrendamento mercantil (leasing). Segundo o recorrente, a melhor inteligência de artigo próprio da LC 87/96, as operações de arrendamento mercantil, aplicável no âmbito nacional, estão expressamente excluídas do campo de incidência do ICMS. Assim sendo, o recorrente asseverou que é factível concluir que qualquer ato tendente à cobrança do referido imposto, sobre as operações de leasing deve ser considerada ilegal e inconstitucional.

Com fulcro na sua peça recursal, o ICMS não incide simplesmente porque os bens circulam fisicamente, mas, porque eles são transferidos de uma pessoa para outra e assim por diante. Justamente, por isso, o próprio STJ já editou a Súmula 166, concluindo que não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.

Em votos de minha lavra sobre a transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte não cabe falar em incidência do ICMS, com base na Súmula nº 166, por não haver o negócio jurídico e, portanto, qualquer ganho pelo contribuinte com este tipo de transferência física.

Todavia, a valência desta Súmula do STJ não encontra aplicabilidade ao caso em tela, haja vista que a operação mercantil de leasing, constitui-se uma operação mercantil de arrendamento, mesmo que não ocorra em definitivo a transferência de titularidade. Ademais, a operação de leasing em apreço traz no seu bojo a opção de compra ao final do arrendamento mercantil.

Ademais, Decisão do STF em que nega a incidência do ICMS prende-se, exclusivamente, aos contratos de arrendamento mercantil em que **não está prevista a opção de compra**, ao final, pelo arrendatário, fato este que não encontra eco no caso em apreço, conforme se constata no item 22 do contrato de leasing, acostado, em fotocópia, aos autos pelo recorrente à fl. 79 dos autos.(grifo meu)

Tudo isto vai de encontro a tese esposada por mim, para afastar a incidência de ICMS nas simples transferências de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, algo divergente do que está se apreciando na operação em foco.

Sobre a quem cabe o ICMS da importação, segundo o recorrente alegou, a Lei Complementar nº 87/96 definiu com clareza que o ICMS devido na importação cabe ao Estado onde ocorrer a entrada física da mercadoria no estabelecimento, ou seja, para fins de recolhimento do ICMS, o importador é o estabelecimento em que de fato adentrar a mercadoria importada. Assim sendo, a tese esposada pelo sujeito passivo é que se a mercadoria importada foi remetida pelo importador diretamente da repartição alfandegária para estabelecimento situado em Unidade da Federação diversa do importador, o ICMS deve ser recolhido para a Unidade da Federação do destinatário da mercadoria.

Acerca da tese arguida pelo recorrente, a mesma carece de base legal. Entendo que esta matéria é clara e pacífica. O meu entendimento vai ao encontro de que a empresa importadora, situada no estado de São Paulo é o responsável pelo pagamento do ICMS relativo às importações que realizou quando a mercadoria não transitou por seu estabelecimento e foi destinada fisicamente a outra Unidade da Federação, no caso específico ao estado da Bahia, devendo o ICMS ser recolhido para este Estado onde, de fato, ocorreu a entrada física das mercadorias, consoante os termos da Lei Complementar 87/96 e do art. 573, I do RICMS/97.

A meu ver, à luz do que preceitua o art. 47, inciso X, do RICMS/BA, prevalece o princípio legal fundado no destino físico, ou seja, o ICMS sobre a operação de importação é devido ao estado da Bahia, unidade federativa onde se localiza o estabelecimento onde se deu a entrada física do bem importado.

Quanto à arguição do recorrente acerca do caráter confiscatório e da falta de proporcionalidade da multa de 60% aplicada na autuação, afrontando assim a CF/88, cumpre-me assinalar que a mesma está prevista no art. 42 da Lei 7.014/96. Ademais, não é prerrogativa deste órgão julgador apreciar questões de constitucionalidade arguidas, como estabelece o art. 167, I do RPAF/99.

Por tudo quanto analisado, com base nos documentos e na legislação aplicável, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário interposto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 210425.0302/10-1, lavrado contra **TERMOVERDE SALVADOR S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$41.179,70**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de maio de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

CARLOS HENRIQUE JORGE GANTOIS – RELATOR

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