

Tributário - ICMS - Importação - Sujeito ativo - Destinatário jurídico - Propriedades - Importação de matéria-prima - Estabelecimento comercial varejista localizado em São Paulo - Desembaraço aduaneiro em São Paulo - Posterior remessa para estabelecimento industrial localizado em Minas Gerais para industrialização - Retorno ao estabelecimento paulista - Art. 155, § 2º, IX, a, da Constituição - Proposta pelo reconhecimento da repercussão geral da matéria

- Tem repercussão geral a discussão sobre qual é o sujeito ativo constitucional do Imposto sobre Circulação de Mercadorias, incidente sobre operação de importação de matéria-prima que será industrializada por estabelecimento localizado no Estado de Minas Gerais, porém é desembaraçada por estabelecimento sediado no Estado de São Paulo, que é o destinatário do produto acabado, para posterior comercialização.

Decisão: O Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, vencido o Ministro Marco Aurélio. Não se manifestaram os Ministros Cezar Peluso e Carmem Lúcia.

REPERCURSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Nº 665.134 - MG - Relator: MINISTRO JOAQUIM BARBOSA

Recorrente: FMC - Química do Brasil Ltda. Advogado: Luiz Roberto Peroba Barbosa. Recorrido: Estado de Minas Gerais. Advogado: Advogado-Geral do Estado de Minas Gerais.

Brasília, 19 de dezembro de 2011. - *Ministro Joaquim Barbosa* - Relator.

Manifestação

O Senhor Ministro Joaquim Barbosa (Relator) - Trata-se de recurso extraordinário com agravo interposto de acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais assim ementado:

Ementa: Apelação cível. Tributário. Embargos à execução fiscal. ICMS. Importação. Destinatário final. Simulação. Importação indireta caracterizada. Exigências fiscais. Legitimidade. Precedentes. Desprovemento (f. 339).

Segundo entendeu o TJMG, a filial localizada em Igarapava/SP foi mera intermediadora da importação, com o objetivo de escamotear a real destinatária final da mercadoria, como medida para aproveitamento de benefício fiscal concedido por SP (f. 342).

Em síntese, o recorrente sustenta que o Estado de São Paulo é o correto sujeito ativo do tributo, pois:

- a) o destinatário final das mercadorias importadas é o estabelecimento sediado em São Paulo, na medida em que a remessa para o estabelecimento localizado em Minas Gerais tinha o singelo objetivo de viabilizar industrialização por encomenda das matérias-primas (art. 155, § 2º, IX, *a*, da Constituição);
- b) as operações das quais resultem a remessa para industrialização por encomenda não geram débitos, se forem atendidos os requisitos estabelecidos pela legislação de ambos os entes federados ('saída com suspensão do ICMS', no jargão).

Argumenta-se também que o Tribunal de origem não teria prestado jurisdição a contento (art. 5º, LV, da Constituição).

Há preliminar formal de repercussão geral (f. 389). É o relatório.

Encaminho aos eminentes pares o exame da repercussão geral da matéria constitucional controvertida.

Inicialmente, observo que as violações constitucionais argumentadas pelo recorrente são diretas, pois o parâmetro imediato para controle do lançamento são as regras que estabelecem a competência tributária para tributar as operações de importação. Portanto, ausente o óbice apontado pela decisão do Tribunal de origem que não permitiu o seguimento do recurso extraordinário.

A meu sentir, a matéria em exame tem repercussão geral.

Em uma série de precedentes, esta Suprema Corte interpretou o art. 155, § 2º, IX, *a*, da Constituição para confirmar que o sujeito ativo do ICMS incidente sobre a

importação de mercadorias é o Estado da Federação em que estiver localizado o destinatário final da operação.

Por todos, remeto a Corte ao RE 268.586 (Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, DJ de 18.11.2005), ao RE 299.079 (Rel. Min. Carlos Britto, Primeira Turma, DJ de 16.06.2006), ao RE 405.457 (Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe de 04.02.2010) e ao AI 816.070 -AgR (Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe de 1º. 02. 2010).

Porém, as autoridades fiscais e os Tribunais têm interpretado cada qual a seu modo o que significa destinatário final. Ora rotulam-no como destinatário econômico, ora partem da concepção de destinatário jurídico.

Em verdade, há uma série de modalidades legítimas de importação, com reflexos importantes para a definição do sujeito ativo do tributo.

Para ilustrar, lembro que os contratos de importação por conta e ordem de terceiros e por encomenda projetam elementos imprescindíveis para caracterização do quadro fático-jurídico, de modo a caracterizar o importador como destinatário final ou como mero intermediário na operação.

Ambas as espécies de contrato são admitidas pela legislação tributária, especialmente a federal.

Ademais, a entrada física da mercadoria no estabelecimento é outro dado, cuja importância ainda carece de análise mais aprofundada nesta Corte.

Neste caso ora em apreciação, o recorrente afirma expressamente que a mercadoria ingressou fisicamente no estabelecimento de São Paulo. Esse ponto pode ou não ser relevante, conforme se considere constitucionalmente válida a entrada ficta, utilizada pela legislação tributária.

Diante da diversidade de entendimentos conflitantes, suficientes para desestabilizar a necessária segurança jurídica que deve orientar as relações entre Fisco e contribuintes, considero que o tema merece ser discutido em profundidade por esta Suprema Corte.

Ante o exposto e sem me comprometer de pronto com qualquer das teses de fundo arregimentadas pelas partes, proponho à Corte que se reconheça a repercussão geral da matéria constitucional versada nestes autos. Entendo que, no caso dos autos, está presente o requisito da repercussão geral a que fazem alusão os arts. 102, § 3º, da Constituição, 543-A, § 1º, do Código de Processo Civil, e 323 do RISTF.

É como me manifesto.

Pronunciamento

Recurso extraordinário com agravo. Ausência de julgamento deste último. Repercussão geral. Inadequação.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - 1. A Assessoria prestou as seguintes informações:

Eis a síntese do que discutido no Recurso Extraordinário com Agravo nº 665.134/MG, da relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, inserido no sistema eletrônico da repercussão geral às 13 horas e 37 minutos do dia 9 de dezembro de 2011.

A Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais negou provimento à Apelação Cível nº 1.701.07.205904-4/002. Assentou ser o Estado o sujeito ativo do Imposto sobre Circulação de Mercadorias - ICMS incidente sobre operação de importação de matéria-prima para a industrialização de defensivos agrícolas, a ser realizada em estabelecimento comercial localizado naquele ente federado. Consignou que, nos termos do art. 155, § 2º inciso IX, alínea *a*, da Carta Federal, nos casos de importação de mercadoria, o recolhimento do aludido tributo deverá ocorrer no Estado no qual estiver situado o destinatário final do produto, mostrando-se irrelevante a circunstância de o desembaraço aduaneiro haver acontecido no Estado de São Paulo. Concluiu que a empresa filial, localizada nesse Estado, figurou como mera intermediadora da importação, verificando-se, na espécie, a situação jurídica denominada 'importação indireta'.

Os embargos de declaração interpostos foram desprovidos. No extraordinário protocolado com alegada base na alínea *a* do permissivo constitucional, a recorrente argui transgressão aos arts. 5º, inciso LV, e 155, § 2º, inciso IX, alínea *a*, do Diploma Maior. Sustenta que o destinatário final das mercadorias seria o estabelecimento sediado no Estado de São Paulo e o envio dos produtos para a filial situada em Minas Gerais, somente teria o objetivo de viabilizar a fabricação com matérias-primas importadas, retornando, em seguida, novamente para a sede em São Paulo. Ressalta a entrada física, após o desembaraço aduaneiro, das mercadorias importadas no estabelecimento localizado em São Paulo, com o respectivo pagamento das taxas referentes à importação, motivo pelo qual o ICMS seria devido ao Estado de Minas Gerais. Salienta que a correta interpretação a ser conferida ao art. 155, § 2º, inciso IX, alínea *a*, da Carta Federal, deveria considerar como competente para a cobrança do citado tributo o ente federado onde estiver localizado o estabelecimento do destinatário jurídico da mercadoria, desconsiderando-se o critério da entrada física do produto na empresa, adotado na decisão impugnada.

Sob o ângulo da repercussão geral, anota a relevância econômica do tema, por abranger número significativo de pessoas jurídicas contribuintes do ICMS, incidente sobre a importação de mercadorias. Diz ser a matéria importante do ponto de vista jurídico, ante violação direta do art. 155, § 2º, inciso IX, alínea *a*, da Lei Fundamental.

O Estado de Minas Gerais, nas contrarrazões, aponta a ausência de repercussão geral do tema e a falta de prequestionamento. No tocante ao mérito, assevera o acerto da decisão atacada, por inexistir ofensa a qualquer dispositivo constitucional.

O extraordinário não foi admitido na origem.

A recorrente interpôs agravo, reiterando os argumentos constantes do extraordinário.

O recorrido protocolou contraminuta, nos mesmos termos das contrarrazões.

Eis o pronunciamento do Relator, Ministro Joaquim Barbosa: 'Ementa: Tributário. ICMS. Importação. Sujeito ativo. Destinatário jurídico. Propriedades. Importação de matéria-prima. Estabelecimento comercial varejista localizado em São Paulo. Desembaraço aduaneiro em São Paulo. Posterior remessa para estabelecimento industrial

localizado em Minas Gerais para industrialização. Retorno ao estabelecimento paulista. Art. 155, § 2º, IX, *a*, da Constituição. Proposta pelo reconhecimento da repercussão geral da matéria.

Tem repercussão geral a discussão sobre qual é o sujeito ativo constitucional do Imposto sobre Circulação de Mercadorias, incidente sobre operação de importação de matéria-prima que será industrializada por estabelecimento localizado no Estado de Minas Gerais, porém é desembaraçado por estabelecimento sediado no Estado de São Paulo e que é o destinatário do produto acabado, para posterior comercialização.

Manifestação

O Senhor Ministro Joaquim Barbosa (Relator) - Trata-se de recurso extraordinário com agravo interposto de acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais assim ementado:

'Ementa: Apelação cível. Tributário. Embargos à execução fiscal. ICMS. Importação. Destinatário final. Simulação. Importação indireta caracterizada. Exigências fiscais. Legitimidade. Precedentes. Desprovemento' (f. 339).

Segundo entendeu o TJMG, a filial localizada em Igarapava/SP foi mera intermediadora da importação, com o objetivo de escamotear a real destinatária final da mercadoria, como medida para aproveitamento de benefício fiscal concedido por São Paulo (f. 342).

Em síntese, o recorrente sustenta que o Estado de São Paulo é o correto sujeito ativo do tributo, pois:

a) o destinatário final das mercadorias importadas é o estabelecimento sediado em São Paulo, na medida em que a remessa para o estabelecimento localizado em Minas Gerais tinha o singelo objetivo de viabilizar industrialização por encomenda das matérias-primas (art. 155, § 2º, IX, *a*, da Constituição);

b) as operações das quais resultem a remessa para industrialização por encomenda não geram débitos, se forem atendidos os requisitos estabelecidos pela legislação de ambos os entes federados ('saída com suspensão do ICMS', no jargão).

Argumenta-se também que o Tribunal de origem não teria prestado jurisdição a contento (art. 5º, LV, da Constituição).

Há preliminar formal de repercussão geral (f. 389).

É o relatório.

Encaminho aos eminentes pares o exame da repercussão geral da matéria constitucional controvertida.

Inicialmente, observo que as violações constitucionais argumentadas pelo recorrente são diretas, pois o parâmetro imediato para controle do lançamento são as regras que estabelecem a competência tributária para tributar as operações de importação. Portanto, ausente o óbice apontado pela decisão do Tribunal de origem que não permitiu o seguimento do recurso. extraordinário.

A meu sentir, a matéria em exame tem repercussão geral.

Em uma série de precedentes, esta Suprema Corte interpretou o art. 155, § 2º, IX, *a*, da Constituição para confirmar que o sujeito ativo do ICMS incidente sobre a importação de mercadorias é o Estado da federação em que estiver localizado o destinatário final da operação.

Por todos, remeto a Corte ao RE 268.586 (Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, DJ de 18.11.2005), ao RE 299.079 (Rel. Min. Carlos Britto, Primeira Turma, DJ de 16.06.2006), ao RE 405.457 (Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe de 04.02.2010) e ao AI 816.070-AgR (Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe de 1º.02.2010).

Porém, as autoridades fiscais e os Tribunais têm interpretado cada qual a seu modo o que significa destinatário final. Ora rotulam-no como destinatário econômico, ora partem da concepção de destinatário jurídico.

Em verdade, há uma série de modalidades legítimas de importação, com reflexos importantes para a definição do sujeito ativo do tributo.

Para ilustrar, lembro que os contratos de importação por conta e ordem de terceiros e por encomenda projetam elementos imprescindíveis para caracterização do quadro fático-jurídico, de modo a caracterizar o importador como destinatário final ou como mero intermediário na operação.

Ambas as espécies de contrato são admitidas pela legislação tributária, especialmente a federal.

Ademais, a entrada física da mercadoria no estabelecimento é outro dado, cuja importância ainda carece de análise mais aprofundada nesta Corte.

Neste caso ora em apreciação, o recorrente afirma expressamente que a mercadoria ingressou fisicamente no estabelecimento de São Paulo. Esse ponto pode ou não ser relevante, conforme se considere constitucionalmente válida a entrada ficta, utilizada pela legislação tributária.

Diante da diversidade de entendimentos conflitantes, suficientes para desestabilizar a necessária segurança jurídica que deve orientar as relações entre Fisco e contribuintes, considero que o tema merece ser discutido em profundidade por esta Suprema Corte.

Ante o exposto, e sem me comprometer de pronto com qualquer das teses de fundo arregimentadas pelas partes, proponho à Corte que se reconheça a repercussão geral da matéria constitucional versada nestes autos.

Entendo que, no caso dos autos, está presente o requisito da repercussão geral a que fazem alusão os arts. 102, § 3º, da Constituição, 543-A, § 1º, do Código de Processo Civil, e 323 do RISTF.

É como me manifesto'.

Informo não ter o Ministro Relator provido, até a presente data, o agravo, consoante pesquisa realizada no sítio do Supremo.

2. Há de ser observada, visando à segurança jurídica, a organicidade própria ao Direito. O instituto da repercussão geral refere-se a recurso extraordinário que veicule tema constitucional. Conforme se depreende do relato transcrito, o juízo primeiro de admissibilidade do extraordinário mostrou-se negativo. Daí a nomenclatura recurso extraordinário com agravo, no que nova disciplina veio a dispensar a formação do instrumento. Então, o que está pendente, para a elucidação pelo Supremo, é o agravo, e cabe ao Relator julgá-lo.

3. Ante o quadro, concluo pela inadequação do instituto da repercussão geral.

4. À Assessoria, para acompanhar a tramitação do incidente.

5. Publiquem.

Brasília - residência -, 19 de dezembro de 2011, às 19h25. Ministro Marco Aurélio.

(Publicado no DJe de 07.03.2012.)

...