

ICMS não incide em importações sem transferência de propriedade

Spacca

Finalmente, essa discussão teve fim! Na sessão plenária do dia 11 de setembro de 2014 (quinta-feira passada), o Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria de votos, que não incide o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) nas importações realizadas ao amparo de contratos de arrendamento mercantil (leasing). Com repercussão geral reconhecida, a decisão foi proferida no Recurso Extraordinário 540.829, de que eram partes o estado de São Paulo e determinada empresa do ramo metalúrgico.

Já havia muito que a doutrina e os nossos tribunais superiores vinham demonstrando a impossibilidade de incidência do ICMS nas situações em que não houvesse transferência da propriedade da mercadoria.

De fato, sempre foi pacífico que a expressão "operações relativas à circulação de mercadorias" constante do artigo 155, inciso II, da Constituição Federal de 1988, base constitucional do ICMS, deve ser interpretada no sentido de que a incidência do referido imposto pressupõe a existência de negócio jurídico do qual decorra a transmissão da propriedade da mercadoria.

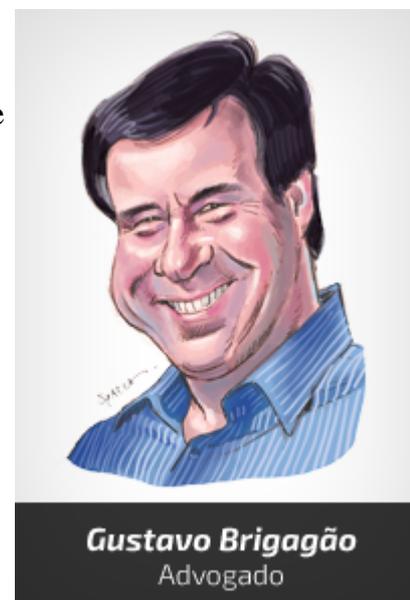
Em outras palavras, sempre se entendeu que, para que houvesse a incidência do imposto, seria necessário que a mercadoria ou bem mudasse de dono (titularidade), não sendo suficiente a mera circulação física ou econômica do bem, como ocorre, por exemplo, nas situações em que o contribuinte do imposto: (i) movimentar mercadorias nas diversas fases de produção do seu estabelecimento, (ii) transfere mercadorias de uma filial para outra da mesma empresa, (iii) incorpora um bem de sua produção ao seu ativo fixo, (iv) dá saída a um bem do seu estabelecimento para prestar serviços entre outros.

Nesse sentido, transcrevemos abaixo a doutrina de Geraldo Ataliba, Cleber Giardino, José Eduardo Soares de Melo e Hugo de Brito Machado:

"Circulação é a expressão que deve ser entendida juridicamente. Do ponto de vista econômico, o termo é vago e impreciso: é, pois, imprestável para assegurar a objetividade e segurança específicas do direito. (...)

Circular significa, para o Direito, mudar de titular. Se um bem ou uma mercadoria muda de titular, circula para efeitos jurídicos. Convenciona-se designar por titularidade de uma mercadoria à circunstância de alguém deter poderes jurídicos sobre a mesma, sendo ou não seu proprietário (disponibilidade jurídica)." (Geraldo Ataliba e Cleber Giardino, "Núcleo da Definição Constitucional do ICM", Revista de Direito Tributário, vol. 25/26, p. 104)

"Circular é a passagem das mercadorias de uma pessoa para outra, sob o manto de um título jurídico,





equivale a declarar, à sombra de um ato ou de um contrato, nominado ou inominado. Movimentação com mudança de patrimônio." (José Eduardo Soares de Melo, "ICMS – Teoria e Prática", Editora Dialética, 11ª edição, p. 14)

"Operações relativas à circulação de mercadorias são quaisquer atos ou negócios, independentemente da natureza jurídica de cada um deles, que implicam a circulação de mercadorias, vale dizer, que implicam mudança da propriedade das mercadorias, dentro da circulação econômica que as leva da fonte até o consumidor." (Hugo de Brito Machado, "Curso de Direito Tributário", Editora Malheiros, 11ª edição, p. 259)

No mesmo sentido, o entendimento do STF quando examinou a incidência do imposto nas meras transferências de mercadorias entre um estabelecimento e outro da mesma empresa:

"Imposto Sobre Circulação De Mercadorias – Deslocamento de Coisas – Incidência – Art. 23, Inciso II da Constituição Federal Anterior. O simples deslocamento de coisas de um estabelecimento para outro, sem transferência de propriedade, não gera direito à cobrança de ICM. O emprego da expressão "operações", bem como a designação do imposto, no que consagrado o vocábulo "mercadoria" são conducentes à premissa de que deve haver o envolvimento de ato mercantil e este não ocorre quando o produtor – simplesmente movimenta frangos, de um estabelecimento a outro, para simples pesagem." (Agravo de Instrumento nº 131.941-1 – São Paulo – Relator Ministro Marco Aurélio, unânime – Diário da Justiça – DJ, Seção I – SI, de 19.04.1991, p. 4583)

"Agravo Regimental No Recurso Extraordinário. ICMS. Deslocamento de Mercadorias. Estabelecimentos do Mesmo Titular. Reexame de Fatos E Provas. Impossibilidade em Recurso Extraordinário. 1. o Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de que o simples deslocamento da mercadoria de um estabelecimento para outro da mesma empresa, sem a transferência de propriedade, não caracteriza a hipótese de incidência do ICMS. Precedentes. 2. Reexame de fatos e provas. Inviabilidade do recurso extraordinário. Súmula n. 279 do STF. Agravo regimental a que se nega provimento." (Agravo Regimental no RE nº 596.983/MT, Relator Ministro Eros Grau, em 12.05.2009, Segunda Turma)

No STJ, não só foi adotado o mesmo entendimento, como houve a edição de Súmula nesse sentido. Transcrevo abaixo o seu teor:

Súmula nº 166 – "Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte." No que diz respeito à incidência do ICMS nas importações realizadas sob contratos de leasing, a primeira decisão, proferida há quase dez anos (em 2005), foi contrária aos contribuintes. De fato, no julgamento do RE 206069/SP, de que foi relatora a ministra Ellen Gracie, decidiu-se que o ICMS incidiria sobre a entrada de mercadoria importada do exterior, ainda que realizada sob a vigência de um contrato de arrendamento mercantil.



Posteriormente, em 30 de maio de 2007, também em sessão plenária, o STF decidiu em sentido diametralmente oposto, ao determinar que, nas importações realizadas sob o regime de arrendamento mercantil, não haveria operação relativa à circulação de mercadoria sujeita à incidência do ICMS (RE 461968/SP, Relator Ministro Eros Grau, Tribunal Pleno).

No julgamento desse RE, o ministro Eros Grau esclareceu que a decisão antes proferida no RE 206069/SP, de que foi relatora a ministra Ellen Gracie, não chegou a representar mudança de entendimento por parte do tribunal sobre a absoluta necessidade de houvesse transferência de propriedade da mercadoria para que o ICMS incidisse na importação. Eis o trecho do voto do ministro Eros Grau, em que ele faz esse esclarecimento:

“Nem se alegue que se aplica ao caso o precedente do RE 206.069, relatora a ministra Ellen Gracie, no bojo do qual se verificava a circulação mercantil, pressuposto da incidência do ICMS. Nesse caso, aliás, acompanhei a relatora. Mas o precedente disse com a importação de equipamento destinado ao ativo fixo de empresa, situação na qual a opção do arrendatário pela compra do bem era mesmo necessária, como salientou a eminente relatora.”

Vê-se, portanto, que, no caso julgado no RE 206.069, tratava-se de importação de bem que havia sido objeto de contrato de arrendamento mercantil, mas cuja opção de compra já havia, sim, sido exercida pelo arrendatário importador. Logo, tratava-se de importação de mercadoria cuja propriedade havia sido efetivamente transferida ao arrendatário e que, portanto, deveria mesmo estar sujeita à incidência do imposto. Aquele primeiro acórdão (de que foi relatora a ministra Ellen Gracie) não refletia, portanto, qualquer mudança no entendimento antes adotado pelo tribunal de que a incidência do ICMS dependia da referida transferência de titularidade.

Mas, se ainda havia alguma dúvida de que o entendimento do STF sempre foi esse, ela foi absolutamente espancada na decisão proferida no último dia 11, no julgamento do RE 540.829.

Ele teve início, na verdade, em 1º de junho de 2011, data em que o ministro Gilmar Mendes relatou o caso e proferiu voto no sentido de dar provimento ao recurso do Estado de São Paulo, admitindo, assim, a incidência do tributo.

O ministro Fux inaugurou a divergência, ao votar pela não incidência do ICMS em importações que não envolvessem transferência de propriedade de mercadoria. O ministro Dias Toffoli se declarou impedido e a ministra Cármen Lúcia pediu vista.

Retomado o julgamento em 20 de novembro de 2013, a ministra Cármen Lúcia também rejeitou a incidência do imposto e votou pelo desprovimento do RE. Foi, então, a vez do ministro Teori pedir vista.

Em 11 de setembro de 2014 (última quinta-feira), foi novamente retomado o julgamento do caso, o ministro Teori votou pela incidência do imposto e os demais (ministros Barroso, Rosa Weber, Marco Aurélio e Lewandowski) seguiram a divergência, restando, assim, decidido que não haveria a incidência do ICMS nas importações realizadas ao amparo de contratos de leasing.



Merece destaque o fato de que todos os ministros que votaram contrariamente à incidência do ICMS nessas importações (realizadas ao amparo de contratos de arrendamento mercantil) fundamentaram suas conclusões no fato de que inexistira, no caso, o exercício de opção de compra que propiciaria a necessária transferência de propriedade da mercadoria.

Tanto assim, que, ao ser solicitado pelo ministro Lewandowsky para resumir a tese vencedora, o ministro Barroso produziu o seguinte texto: "Não incide o ICMS Importação na operação de arrendamento mercantil internacional, salvo na hipótese de antecipação da opção de compra, na medida em que o arrendamento mercantil não implica necessariamente transferência da titularidade do bem".

No mesmo sentido, já havia adiantado o ministro Fux, quando proferiu o voto que inaugurou a divergência: "Não incide o ICMS importação na operação de arrendamento internacional, salvo na antecipação da opção de compra, dado que a operação não implica a transferência da titularidade do bem".

Conforme constatado por alguns ministros ao final da sessão do dia 11 de setembro, o julgamento desse caso significou a solução de, pelo menos, 406 processos que estavam sobrestados nas demais instâncias, em virtude do instituto da repercussão geral.

Mas, não foi somente esse o efeito benéfico dessa decisão.

A sua principal consequência foi mesmo a de impedir que os estados continuassem a se basear na equivocada tese de que o ICMS poderia incidir sobre importações em que não houvesse transferência de propriedade dos bens importados, para, de forma voraz, cobrar indevidamente o ICMS supostamente incidente nas importações realizadas ao amparo do REPETRO estadual, em que, tal como ocorre no arrendamento mercantil, não há a necessária transferência de titularidade do bem importado (as importações são em regra realizadas sob o regime de afretamento).

Tais cobranças se materializaram na lavratura de dezenas de autos de infração, em valores bilionários. Esse desserviço trouxe para o setor do petróleo absoluta insegurança jurídica, que, aliás, teve oportunidade de retratar na [primeira coluna](#) que publiquei na Revista Eletrônica Consultor Jurídico.

Completo-se, assim, um desagradável ciclo, em que, felizmente, prevaleceu o bom senso.

Date Created

17/09/2014