

Fls.

Processo: 0076692-81.2013.8.19.0001

Classe/Assunto: Mandado de Segurança - CPC - ICMS/Importação / ICMS/ Imposto sobre Circulação de Mercadorias / Impostos; Obrigação Acessória / Obrigação Tributária; Liminar
Impetrante: IBF INDUSTRIA BRASILEIRA DE FILMES S A
Réu: SUBSECRETÁRIO DA SUBSECRETARIA ADJUNTA DE FISCALIZAÇÃO DA SECRETARIA DA FAZENDA DO RIO DE JANEIRO

Nesta data, faço os autos conclusos ao MM. Dr. Juiz
João Luiz Amorim Franco

Em 15/05/2013

Sentença

IBF- INDÚSTRIA BRASILEIRA DE FILMES S.A. impetrou MANDADO DE SEGURANÇA com pedido de liminar contra ato ilegal na iminência de ser praticado pelo SUBSECRETÁRIO DA SUBSECRETARIA ADJUNTA DE FISCALIZAÇÃO DA SECRETARIA DA FAZENDA DO RIO DE JANEIRO, visando reconhecer o direito líquido e certo de não se submeter à ilegal e inconstitucional exigência de cumprimento da obrigação de fazer constar em suas notas fiscais as informações relativas ao valor unitário da importação, ao valor da parcela importada do exterior e o percentual correspondente ao conteúdo de importação, constantes do AJUSTE SINIEF nº 19/2012 e eventual ato normativo que venha a ser publicado no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, com a extensão, inclusive para as notas fiscais já emitidas pela impetrante em cumprimento à Resolução nº 13/2012, mas, em desconformidade com as obrigações acessórias determinadas pelo Ajuste. Em síntese, defendeu o cabimento do mandado de segurança e esclareceu que, está sujeita às regras impostas pela Resolução do Senado Federal nº 13/2012 e pelo AJUSTE SINIEF nº 19/2012, de modo que devem informar em suas notas fiscais o valor da operação e o valor da parcela importada no exterior. Sustentou que essas regras violam o sigilo comercial e a livre concorrência.

Defendeu também ofensa ao princípio da legalidade e da razoabilidade.

A inicial de fls. 02/27 veio instruída com os documentos de fls. 28/70.

Decisão de fls.73/75 deferindo a liminar.

Impugnação do Estado em promoção de fls. 85, verso.

Agravo de instrumento interposto pelo Estado conforme fls. 86/102, em andamento na 15ª Câmara Cível do TJRJ, Rel. Des. Jacqueline Montenegro.

Informações prestadas de acordo com fls. 105/120, invocando preliminar de impossibilidade de utilização do mandado de segurança contra lei em tese. No mérito defendeu a legalidade da norma.

Parecer do M.P. (fls. 127/129) opinando pela denegação da segurança.

É o relatório.

Decido.

Objetiva o impetrante suspender o ato coator em relação às operações especificadas na inicial, dispensando do cumprimento das obrigações previstas nas cláusulas 7ª e 10ª do Ajuste SINIEF CONFAZ nº 19/2012.

A preliminar de impossibilidade de utilização do writ contra lei em tese deve ser afastada. Ora, a norma em estudo tem efeitos concretos e já nasceu ferindo direito subjetivo, sendo certo que o mandado de segurança é a via adequada para a recomposição deste direito. Aliás, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou que podemos deixar de aplicar a determinado caso concreto, em razão de suas especificidades, o enunciado 266 da súmula de sua jurisprudência predominante.

Vejamos a legislação em debate:

"AJUSTE SINIEF 19, DE 7 DE NOVEMBRO DE 2012

" Publicado no DOU de 09.11.12, pelo Despacho 223/12.

" Prorrogado, para 01.05.13, o início da obrigatoriedade de preenchimento e entrega da FCI, pelo Ajuste SINIEF 27/12.

" Vide Ajuste SINIEF 27/12, relativamente a dispensa de indicação do número da FCI na NF-e e outras obrigações acessórias.

" Vide Convênio ICMS 123/12, quanto a não aplicação de benefícios fiscais de ICMS na operação prevista Resolução do Senado Federal nº 13/12.

Dispõe sobre procedimentos a serem observados na aplicação da tributação pelo ICMS prevista na Resolução do Senado Federal nº 13, de 25 de abril de 2012.

O Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ, na sua 183ª reunião extraordinária, realizada em Brasília, DF, no dia 7 de novembro de 2012, conforme os arts. 102 e 199 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966), e tendo em vista o disposto na Resolução do Senado Federal nº 13, de 25 de abril de 2012, resolve celebrar o seguinte

A J U S T E

Cláusula primeira A tributação do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS - de que trata a Resolução do Senado Federal nº 13, de 25 de abril de 2012, dar-se-á com a observância ao disposto neste ajuste.

Cláusula segunda A alíquota do ICMS de 4% (quatro por cento) aplica-se nas operações interestaduais com bens e mercadorias importados do exterior que, após o desembaraço aduaneiro:

I - não tenham sido submetidos a processo de industrialização;

II - ainda que submetidos a processo de transformação, beneficiamento, montagem, acondicionamento, reacondicionamento renovação ou recondicionamento, resultem em mercadorias ou bens com Conteúdo de Importação superior a 40% (quarenta por cento).

Cláusula terceira Não se aplica a alíquota do ICMS de 4% (quatro por cento) nas operações interestaduais com:

I - bens e mercadorias importados do exterior que não tenham similar nacional, definidos em lista editada pelo Conselho de Ministros da Câmara de Comércio Exterior - CAMEX - para os fins da Resolução do Senado Federal nº 13/2012;

II - bens e mercadorias produzidos em conformidade com os processos produtivos básicos de que tratam o Decreto-Lei nº 288, de 28 de fevereiro de 1967, e as Leis nºs 8.248, de 23 de outubro de 1991, 8.387, de 30 de dezembro de 1991, 10.176, de 11 de janeiro de 2001, e 11.484, de 31 de maio de 2007;

III - gás natural importado do exterior.

Cláusula quarta Conteúdo de Importação é o percentual correspondente ao quociente entre o valor da parcela importada do exterior e o valor total da operação de saída interestadual da mercadoria ou bem submetido a processo de industrialização.

§ 1º O Conteúdo de Importação deverá ser recalculado sempre que, após sua última aferição, a mercadoria ou bem objeto de operação interestadual tenha sido submetido a novo processo de industrialização.

§ 2º Considera-se:

I - valor da parcela importada do exterior, o valor da importação que corresponde ao valor da base de cálculo do ICMS incidente na operação de importação conforme descrito no art. 13, inciso V, da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996;

II - valor total da operação de saída interestadual, o valor total do bem ou da mercadoria incluídos os tributos incidentes na operação própria do remetente.

Cláusula quinta No caso de operações com bens ou mercadorias importados que tenham sido submetidos a processo de industrialização, o contribuinte industrializador deverá preencher a Ficha de Conteúdo de Importação - FCI, conforme modelo do Anexo Único, na qual deverá constar:

I - descrição da mercadoria ou bem resultante do processo de industrialização;

II - o código de classificação na Nomenclatura Comum do MERCOSUL - NCM/SH;

III - código do bem ou da mercadoria;

IV - o código GTIN (Numeração Global de Item Comercial), quando o bem ou mercadoria possuir;

V - unidade de medida;

VI - valor da parcela importada do exterior ;

VII - valor total da saída interestadual;

VIII - conteúdo de importação calculado nos termos da cláusula quarta.

§ 1º Com base nas informações descritas nos incisos I a VIII do caput, a FCI deverá ser preenchida e entregue, nos termos da cláusula sexta:

I - de forma individualizada por bem ou mercadoria produzidos;

II - utilizando-se o valor unitário, que será calculado pela média aritmética ponderada, praticado no último período de apuração.

§ 2º Deverá ser apresentada nova FCI toda vez que houver alteração em percentual superior a 5 % (cinco por cento) no Conteúdo de Importação ou que implique alteração da alíquota interestadual aplicável à operação.

§ 3º No preenchimento da FCI deverá ser observado ainda o disposto em Ato COTEPE/ICMS.

Cláusula sexta O contribuinte sujeito ao preenchimento da FCI deverá prestar a informação à unidade federada de origem por meio de declaração em arquivo digital com assinatura digital do contribuinte ou seu representante legal, certificada por entidade credenciada pela Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil.

§ 1º O arquivo digital de que trata o caput deverá ser enviado via internet para o ambiente virtual indicado pela unidade federada do contribuinte por meio de protocolo de segurança ou criptografia, com utilização de software desenvolvido ou adquirido pelo contribuinte ou disponibilizado pela administração tributária.

§ 2º Uma vez recepcionado o arquivo digital pela administração tributária, será automaticamente expedido recibo de entrega e número de controle da FCI, o qual deverá ser indicado pelo contribuinte nos documentos fiscais de saída que realizar com o bem ou mercadoria descrito na respectiva declaração.

§ 3º A informação prestada pelo contribuinte será disponibilizada para as unidades federadas envolvidas na operação.

§ 4º A recepção do arquivo digital da FCI não implicará reconhecimento da veracidade e legitimidade das informações prestadas, ficando sujeitas à homologação posterior pela administração tributária.

Cláusula sétima: Deverá ser informado em campo próprio da Nota Fiscal Eletrônica - NF-e:

I - o valor da parcela importada do exterior, o número da FCI e o Conteúdo de Importação expresso percentualmente, calculado nos termos da cláusula quarta, no caso de bens ou mercadorias importados que tenham sido submetidos a processo de industrialização no estabelecimento do emitente;

II - o valor da importação, no caso de bens ou mercadorias importados que não tenham sido submetidos a processo de industrialização no estabelecimento do emitente.

Cláusula oitava: O contribuinte que realize operações interestaduais com bens e mercadorias importados ou com Conteúdo de Importação deverá manter sob sua guarda pelo período decadencial os documentos comprobatórios do valor da importação ou, quando for o caso, do cálculo do Conteúdo de Importação, contendo no mínimo:

I - descrição das matérias-primas, materiais secundários, insumos, partes e peças, importados ou que tenham Conteúdo de Importação, utilizados ou consumidos no processo de industrialização, informando, ainda;

- a) o código de classificação na Nomenclatura Comum do MERCOSUL - NCM/SH;
- b) o código GTIN (Numeração Global de Item Comercial), quando o bem ou mercadoria possuir;
- c) as quantidades e os valores;

II - Conteúdo de Importação calculado nos termos da cláusula quarta, quando existente;

III - o arquivo digital de que trata a cláusula quinta, quando for o caso.

Cláusula nona As Secretarias de Fazenda, Finanças, Receita ou Tributação das unidades federadas prestarão assistência mútua para a fiscalização das operações abrangidas por este ajuste, podendo, também, mediante acordo prévio, designar funcionários para exercerem atividades de interesse da unidade federada junto às repartições da outra.

Cláusula décima Enquanto não forem criados campos próprios na NF-e, de que trata a cláusula sétima, deverão ser informados no campo "Informações Adicionais", por mercadoria ou bem o valor da parcela importada, o número da FCI e o Conteúdo de Importação ou o valor da importação do correspondente item da NF-e com a expressão: "Resolução do Senado Federal nº 13/12, Valor da Parcela Importada R\$ _____, Número da FCI _____, Conteúdo de Importação __%, Valor da Importação R\$ _____".

Cláusula décima primeira As disposições contidas neste ajuste aplicam-se aos bens e mercadorias importados, ou que possuam Conteúdo de Importação, que se encontrarem em estoque em 31 de dezembro de 2012.

Parágrafo único. Na impossibilidade de se determinar o valor da importação ou do Conteúdo de Importação, o contribuinte poderá considerar o valor da última importação.

Cláusula décima segunda Este ajuste entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos a partir de 1º de janeiro de 2013".

Ora, de acordo com o processo em epígrafe e atento à legislação, verificamos que os contribuintes darão publicidade ilimitada e irrestrita a dados que evidenciam seus fornecedores e os preços envolvidos na transação de que originou a operação de importação.

A determinação para a revelação de tais elementos implica, primeiramente, em violação à livre iniciativa e, em última análise, conflita com o princípio da livre concorrência (art. 170, IV, CF/1988)".

A livre iniciativa é princípio constitucional previsto no artigo 1º, inciso IV da Constituição Federal, dispositivo que em seu "caput" trata dos fundamentos da República dada sua magnitude e importância. Registre-se ainda que, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu que o Estado no que tange aos artigos 173 e 174 da Carta Maior - no primeiro caso a exploração direta de atividade econômica e no segundo o Estado como regulador, fiscalizador e incentivador de atividades econômicas - deve se respeitar os fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Existe afronta também aos princípios constitucionais norteadores das relações comerciais e com o fisco, tais como o sigilo fiscal e liberdade na atividade econômica. Prejuízos inegáveis e de grande proporção aos importadores, vez que lhes impõe a obrigação de entregar seus segredos comerciais mais valiosos aos seus clientes e concorrentes, sem qualquer proveito prático ao fisco no exercício de suas funções.

Não é possível se admitir que por meio de uma resolução o ente público que deve estreita obediência constitucional se permita a obrigar o empresariado a estampar que além de importador, determinado produto possui exatamente o percentual de importados descrito na nota fiscal eletrônica, e, ainda o custo de sua importação total. Data máxima vênua, uma completa ilegalidade.

Importante registrar que, caso pretendesse apenas saber os dados, seria medida de rigor a elaboração de declaração entre contribuinte e fisco, pois, permitir que a concorrência tenha acesso a tais informações desiguale a forma de concorrer, ferindo a paridade necessária à justa luta concorrencial entre as empresas.

Devemos também observar os arts. 198 e 199 do CTN, pois as informações fiscais decorrentes do exercício da atividade empresarial são franqueadas às autoridades tributárias, sem que isso implique em violação do sigilo fiscal. Assim, a exposição pública e irrestrita de dados acarreta, no presente caso, lesão à esfera jurídica do contribuinte, ainda que em decorrência do atendimento à legislação vigente. Como pode a norma tributária infralegal exigir que informação de tamanha relevância seja estampada em suas notas fiscais de venda, para quem bem pretenda saber os preços de compras/importação e consequentes margens de lucro ou mesmo de prejuízo?

Impõe-se de plano esclarecer que, pelo princípio da razoabilidade, não se trata de garantir ao consumidor o acesso à informação, até porque as informações elencadas nos incisos da Cláusula Sétima do Ajuste SINIEF 19/2012 (valores envolvidos na importação, conteúdo da importação etc.) em nada acrescentarão ao equilíbrio entre consumidor e fornecedor. Ao contrário, a publicidade de tais informações revelará segredos comerciais relacionados diretamente a aspectos competitivos de cada atividade empresária, e evidenciará ausência de segurança jurídica no ambiente de desenvolvimento econômico em que o Brasil se encontra, com possibilidade de redução de investimentos. É esse o entendimento da desembargadora federal Maria do Carmo Cardoso no agravo de instrumento nº 80217-45.2012.4.01.0000 do Distrito Federal.

O desembargador Rodolfo Tridapalli, do TJ de Santa Catarina também afirmou com bastante propriedade que, a divulgação dos custos de importação com a consequente informação da margem de lucro significa quebra de sigilo comercial das companhias e afeta diretamente seu know how de atuação no mercado, ferindo a liberdade na atividade econômica. Desta feita, não se pode permitir que o agente normativo e regulador da atividade econômica exija a divulgação de informações a respeito de fatos que sejam relevantes para fins tributários e que interessem exclusivamente ao Estado, em patente violação aos sigilos econômico e financeiro.

A cláusula décima do Ajuste SINIEF 19/2012 somente fornece diretrizes para o cumprimento da cláusula sétima, o que culminaria na sua inutilidade no caso de suspensão dos efeitos desta.

A exigência posta na cláusula 7ª do Ajuste Sinief nº 19/2012, determinando a informação, em nota fiscal, do valor colaborado pelo fornecedor do produto importado, afigura-se ilegal inovação, criando obrigação acessória não prevista na lei. Além disso, atenta contra o direito à livre iniciativa, sendo cediço que a formação de preço é operação complexa e que deve estar protegida pelo sigilo necessário à saudável concorrência entre os comerciantes.

Nesse diapasão, entendo justo e correto acolher as alegações do impetrante.

Isso posto, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO narrado às tintas da inicial e CONCEDO A SEGURANÇA pleiteada.

Custas pelo impetrado e sem honorários na forma da Súmula 512 do STF.

P.R.I.

Rio de Janeiro, 15/05/2013.

João Luiz Amorim Franco - Juiz Titular

Autos recebidos do MM. Dr. Juiz

João Luiz Amorim Franco

Estado do Rio de Janeiro Poder Judiciário
Tribunal de Justiça

Comarca da Capital

Cartório da 11ª Vara da Fazenda Pública

Erasmó Braga, 115 Lâmina I - SALA633 - Centro - Rio de Janeiro - RJ Tel.: 3133-3889/3138 e-mail: cap11vfaz@tjrj.jus.br

Em ____/____/____

