

Parecer nº 01/96 - Arthur José Faveret Cavalcanti

ICMS: O imposto indevidamente pago ao Estado de origem não pode ser compensado com o devido ao Estado de destino.

A Mercedes Benz do Brasil S.A. importa veículos e os vende a revendedores estabelecidos no Estado do Rio de Janeiro.

Essas operações são alcançadas pelo regime da substituição tributária. Em consequência, a referida empresa, na qualidade de substituto tributário, é responsável pelo pagamento do ICMS, devido ao Estado do Rio de Janeiro, relativamente às operações subseqüentes à venda por ela realizada.

Assim, ao remeter veículos para revendedores no Estado do Rio de Janeiro, além do imposto devido ao Estado de São Paulo, correspondente à venda lá realizada, a empresa está obrigada a pagar ao Estado do Rio de Janeiro o imposto relativo às operações subseqüentes.

Todavia, para determinar o valor do montante a ser recolhido ao Estado do Rio de Janeiro, pode ser tratado como crédito, e, portanto, deduzido, o valor do imposto incidente sobre a venda e devido ao Estado de São Paulo. Por via de consequência, quanto maior o imposto devido ao Estado de São Paulo, menor o recolhido ao Estado do Rio de Janeiro.

A Constituição Federal, no inciso XI do § 2º do art. 155, referindo-se ao ICMS, estipula:

“§ 2º - O imposto previsto no inciso I, b, atenderá ao seguinte:

.....
XI - não compreenderá, em sua base de cálculo, o montante do imposto sobre produtos industrializados, quando a operação realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado a industrialização ou comercialização configure fato gerador dos dois impostos;
.....”

A razão de ser desse dispositivo é dispensar a incidência do ICMS sobre o IPI nas operações em que o adquirente tenha direito a crédito do ICMS. Com isso, difere-se para a etapa subseqüente a

incidência sobre o IPI. E, quando se trate de operação interestadual, transfere-se para o Estado de destino o valor do ICMS sobre o IPI.

Tratando-se de venda de bens importados, as operações pelas quais os veículos são encaminhados a revendedores no Estado do Rio de Janeiro estão sujeitas ao IPI. De fato, o art. 9º, I, do Regulamento do IPI equipara ao fabricante os revendedores de bens importados. Todavia, como as operações são realizadas entre contribuintes do ICMS, tendo por objeto bens destinados à revenda, o IPI não integra a base de cálculo do tributo estadual, por força do preceito constitucional acima transcrito. No entanto, a Mercedes Benz vem incluindo o IPI na base de cálculo do ICMS, para fins de determinar o imposto devido ao Estado de São Paulo, deduzindo o valor apurado do montante recolhido ao Estado do Rio de Janeiro.

Obviamente, esse procedimento importa em violação ao preceito constitucional transcrito acima. Em nada modifica a questão a alegação da Mercedes Benz de que estaria cumprindo a legislação do Estado de São Paulo, mais precisamente o item 5 do § 1º, do art. 39, do RICMS paulista, que estipula:

“§ 1º - Incluem-se na base de cálculo:

.....
4. o valor do Imposto sobre Produtos Industrializados na operação realizada por estabelecimento simplesmente equiparado a industrial pela legislação relativa ao imposto federal”.

Segundo a Mercedes Benz, como se trata de operação realizada por estabelecimento equiparado a industrial, ela estaria sempre obrigada a incluir o IPI na base de cálculo de ICMS, para dar cumprimento ao item 4 acima transcrito. Não me parece, porém, correta essa interpretação da legislação paulista. Isso porque o item 3 do mesmo dispositivo estipula:

“§ 1º - Incluem-se na base de cálculo:

.....
3. o valor do Imposto sobre Produtos Industrializados, salvo quando a operação realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado à industrialização ou à comercialização configurar fato gerador de ambos os impostos.”

Portanto, se estivesse correta a interpretação da Mercedes Benz, a regra do item 4 estaria não apenas em conflito com a Constituição, como contradizendo o item 3. A conclusão que se impõe é a de que a regra do item 4 tem por finalidade explicitar que os estabelecimentos equiparados a industriais são também contribuintes do IPI. Em

conseqüência, sujeitam-se integralmente ao disposto no item 3, e assim o IPI deve ser computado na base de cálculo do ICMS, **exceto quando se trate de operação que destine a contribuintes do ICMS mercadorias para fins de comercialização ou industrialização.**

Qualquer que seja, contudo, a interpretação correta do item 4 em apreço, o fato é que ele não pode se sobrepor ao preceito constitucional. Em conseqüência, impõe-se concluir que, incluindo o IPI na base de cálculo do ICMS, a Mercedes Benz pagou ao Estado de São Paulo mais imposto do que o devido. Permitir que o excesso pago em São Paulo seja deduzido do imposto devido ao Estado do Rio de Janeiro seria obrigar esse Estado a restituir imposto indevidamente recebido por São Paulo.

O Supremo Tribunal Federal já em algumas ocasiões tem-se pronunciado no sentido de que o Estado de destino pode glosar os créditos de imposto indevidamente pago no Estado de origem. Com efeito, no acórdão publicado na RTJ 85/707, foi confirmado acórdão do Poder Judiciário do próprio Estado de São Paulo onde se proclamava:

“A apelada foi atuada porque utilizou integralmente o crédito do imposto por transferência de mercadorias, providas de outro Estado da Federação, sem respeitar a limitação estatuída pelo art. 42, § 4º, do Regulamento aprovado pelo Decreto nº 47.763/67. A apelada não podia creditar-se no total do crédito do imposto; em duas fases deveria ocorrer o desdobramento do imposto, ou seja, 80% na Paraíba e 20% em São Paulo. Ora, não foi observado pela apelada o critério da lei tributária; recolhendo todo o tributo no Estado remetente, o crédito do imposto, na entrada ficou majorado e indevidamente. Assim, a Fazenda do Estado pode exigir a parcela do imposto que é devida; à apelada assiste o direito à restituição do que recolheu indevidamente, face ao disposto no Decreto-lei nº 834/69” (fls. 99-100).

Portanto, a empresa pagou ao Estado do Rio de Janeiro menos imposto do que o devido, estando inteiramente correto o auto de infração lavrado contra ela. Em conseqüência, e independentemente de qualquer outra providência, deve ter prosseguimento o procedimento administrativo iniciado com o auto de infração, inscrevendo-se o débito como dívida ativa para a cobrança executiva, uma vez concluída a sua tramitação.

Quanto à propositura de ação declaratória de inconstitucionalidade, parece-me ser ela uma providência desnecessária, não só porque o dispositivo que seria atacado comporta uma interpretação compatível com a Constituição, como esclarecido acima, em decorrência

da qual também ele teria sido violado pela empresa, como também porque, mesmo sem tal providência, está o Estado perfeitamente capacitado a defender seus interesses.

Rio de Janeiro, 09 de maio de 1996

Arthur José Faveret Cavalcanti

Procurador do Estado

Senhor Procurador-Geral do Estado,

De acordo com o Parecer nº 01/96, proferido pelo ilustre Procurador **Arthur José Faveret Cavalcanti**, entendo que suas conclusões atendem aos interesses do Fisco Fluminense no que concerne à defesa ao Auto de Infração lavrado em face de Mercedes Benz do Brasil S.A.

No que concerne à propositura de ação direta de inconstitucionalidade em face da norma contida no item 4 do § 1º do art. 39, da Lei paulista nº 6.374, de 01.03.89, reputo desnecessário seu ajuizamento diante da interpretação conferida ao referido dispositivo pelo ilustre parecerista, além de considerar inviável a obtenção de medida liminar, suspendendo a eficácia da referida norma, uma vez que editada em 1989, ou seja, há mais de 8 (oito) anos.

É sabido que vigora em nosso ordenamento jurídico a presunção de constitucionalidade das leis e que a inconstitucionalidade não se presume, devendo resultar de manifesta ofensa à Constituição, o que, no caso concreto é difícil de ser configurado, uma vez que, realmente, os itens 3 e 4 do § 1º do art. 39, da Lei paulista nº 6.374/89 podem ser interpretados em consonância com o inciso XI do § 2º do art. 155 da CF/88.

Contudo, a conveniência e oportunidade do ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade é matéria de exclusiva competência de Sua Excelência, o Governador do Estado, ouvido o Exmo. Sr. Secretário de Estado de Fazenda, diante da sua qualidade de legitimado para sua propositura, *ex vi*, o disposto no art. 103, inciso V, da CF/88.

Por fim, cabe-me consignar que o Estado de São Paulo já está tendo problemas na área judicial em face do dispositivo legal enfocado, como se vê do acórdão proferido no RESP nº 85.005-SP, onde

consta ter sido admitido recurso extraordinário em face de acórdão proferido pela 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo com o seguinte teor:

"ICMS. Base de cálculo. Declaração judicial de inexistência de relação jurídica no recolhimento do ICMS com inclusão do IPI na base de cálculo. Inadmissibilidade. Empresa não exerce atividade industrial, é equiparada a estabelecimento industrial pela Legislação Federal do IPI. Admissão de exclusão do IPI nas operações realizadas por estabelecimentos industriais, benefício não estendido aos equiparados por Lei Federal, nº 6.374/89, art. 24, § 1º, art. 155, XI, CF/88 e Convênio ICMS nº 66/88, art. 1º. Recurso não provido."

Esta especializada acompanhará o processamento do recurso em questão, para verificar o deslinde da controvérsia junto ao Supremo Tribunal Federal.

Por fim, recomenda o Estado que se dê ciência do presente pronunciamento à Representação da Fazenda no Conselho de Contribuintes, tendo em vista o processo nº E-04/648.093/95, que tramita perante aquele órgão colegiado.

À consideração de V. Exa.

Rio de Janeiro, 01 de julho de 1996

Vera Lúcia Kirdeiko

Procuradora-Chefe da Procuradoria Tributária

VISTO

Aprovo o Parecer 01/96 AJFC, subscrito pelo ilustre Procurador **ARTHUR JOSÉ FAVERET CAVALCANTI** (fls. 19-26), complementado pelo **VISTO** de fls. 34-35, exarado pela douta Procuradora-Chefe da Procuradoria Tributária, Procuradora **VERA LÚCIA KIRDEIKO**.

Das manifestações acima aprovadas, ressaltam as seguintes conclusões:

a - quanto ao ICMS devido ao Estado do Rio de Janeiro, descabe qualquer compensação com base em imposto indevidamente pago ao Estado de origem.

b - desnecessária, a rigor, a propositura de ação declaratória

de inconstitucionalidade com relação à lei paulista invocada como suporte do imposto indevidamente pago.

c - oportuna será a ciência do presente pronunciamento por parte da Representação da Fazenda no Conselho de Contribuintes.

Ao Excelentíssimo Senhor Secretário de Estado Chefe do Gabinete Civil, para ciência, sugerindo-se a posterior remessa do processo ao Excelentíssimo Senhor Secretário de Fazenda.

Em 03 de julho de 1996

Luiz Carlos Guimarães Castro
Subprocurador-Geral do Estado

Proc. nº E-04/014.277/96

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

Parecer nº 23/96 - José Antonio Fichtner

Proposta de Captação de Recursos Externos através da emissão de "Euro-Medium Term Notes" (EMTN), formulada pelo Banco do Estado do Rio de Janeiro S/A ao Governo do Estado do Rio de Janeiro - exame.

O Exmo. Sr. Secretário de Estado de Planejamento e Controle, nos autos do procedimento administrativo que trata de proposta, formulada pelo Banco do Estado do Rio de Janeiro - BANERJ - para a captação de recursos no exterior, através da emissão de **Euro-Medium Term Notes**, pede a esta Procuradoria Geral do Estado que seja tratada com prioridade a análise dos aspectos jurídicos do Protocolo de Intenções constantes de fls. 11-17 do referido processo.

Informa, também, o ilustre Secretário, que a presença do BANERJ no instrumento é considerada indispensável pela administração estadual e que sua remuneração será objeto de debates e negociações.

Uma vez que já há nos autos extenso Parecer sobre o assunto, a fim de atender à solicitação de presteza requerida por S. Exa., nos limitaremos a indicar que a análise jurídica do protocolo já consta do processo, a fls. 28-31 do Parecer de fls. 20-31 dos autos.

No que se refere aos aspectos jurídicos da contratação proposta, nada temos a acrescentar às referidas sugestões, já constantes do processo, às quais ora nos reportamos.

Colocamo-nos, finalmente, à disposição, para quaisquer considerações adicionais necessárias para a correta e célere análise e implementação do projeto.

José Antonio Fichtner
Procurador do Estado