

## TJ-SP livra empresa de pagar ICMS em importações

Não incide ICMS em equipamentos importados por empresa prestadora de serviço. O entendimento   da 1  Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo. Os desembargadores livraram uma empresa de máquinas de cartões de crédito de pagar o tributo. Cabe recurso.

A empresa, representada pelos advogados **Nelson Monteiro Junior** e **Rodrigo Helfstein**, do Monteiro, Neves e Fleury Advogados, recorreram   Justiça porque a mercadoria não estava sendo liberada por falta do pagamento do imposto de importação. A primeira instância acolheu o pedido, mas a Fazenda recorreu. Argumentou que a Emenda Constitucional 33/01 teria tirado qualquer d vida com relação ao imposto porque regulamentou a incidência do ICMS.

A tese defendida pelos advogados da prestadora de serviços foi diferente. Nelson Monteiro Junior e Rodrigo Helfstein argumentaram que a incidência deveria ter sido regulamentada por lei ordinária após a Emenda Constitucional 33, o que não ocorreu.

Os desembargadores acolheram o argumento.  A EC 33/01 somente passou a integrar a legisla o complementar em 17 de dezembro de 2002, com a edi o da LC 114/02 e não há informa es ou notícias da previsão de tal incidência, pela legisla o ordinária estadual, e sem tal disposi o não há como se exigir o imposto. Este   o sentido do princípio da legalidade , esclareceu o relator do caso, desembargador Venício Salles.

 Mesmo em se admitindo em hipótese que a EC 33/01 criou a incidência, a aplica o direta da regra constitucional dependeria, em última instância   edi o de lei ordinária que não foi editada em São Paulo , explicou o desembargador.

De acordo com o advogado Helfstein, a decisão da Justiça paulista abre um precedente importante. Ele explica que o entendimento dos desembargadores pode mudar o quadro e trazer mais segurança aos negócios.

### Apela o Cível 344.772-5/0-00

Leia o voto do relator Venício Salles

Mandado de Segurança   ICMS   equipamentos importados por empresa prestadora de serviço   importados por empresa prestadora de serviço   incidência de ICMS   sentença mantida.

### Recurso oficial e voluntário da Fazenda improvidos.

1. Trata-se de mandado de segurança que visa a obten o de ordem para libera o de equipamentos importados, sem o pagamento de ICMS. Sustenta a impetrante que os equipamentos são para o desempenho de sua atividade de presta o de serviço e que, portanto, não   sujeito passivo do ICMS.



A decisão de primeiro grau, concedeu a segurança, recorrendo de ofício.

Insignada, a Fazenda do Estado ofertou apelação

Vieram as contra-razões.

A Douta Procuradoria Geral de Justiça deixou de se manifestar por ausência dos pressupostos autorizadores

### o relatório.

2. A tese de ilegitimidade passiva apresentada pela apelante não merece guarida. E isto porque, nos termos da r. sentença, o Delegado Regional Tributário autoridade capaz de corrigir o ato na eventual procedência do mandamus. Outrossim, admitida a Fazenda do Estado no polo passivo da demanda eventual erro na indicação da autoridade coatora foi sanado.

Quanto a questão de mérito, indispensável se lembrar que o ICM, atualmente ICMS sempre incidiu sobre operações de circulação de mercadorias, entendendo-se por operações, o negócio jurídico translativo da titularidade de um bem, e por mercadoria, os bens objeto de comércio (mercancia)

A Carta superada indicava em elenco taxativo, os contribuintes do imposto, como sendo o comerciante, o industrial e o produtor. A Constituição de 1988. ampliou tributo, que passou a alcançar determinados serviços, e excluiu a indicação aos sujeitos passivos da obrigação tributária

A descrição genérica do imposto não foi alterada, continuando a ser tributo sobre operações relativas à circulação de mercadorias, mas, em seu artigo 155, § 2º, IX, letra a, o legislador constituinte exigiu incidência sobre bens importados, ainda quando se tratar de mercadoria destinada a consumo ou ativo fixo do estabelecimento.

A Carta Maior deixa bem claro a matriz primeira do tributo, que atinge a circulação de mercadorias. tanto que confere essa natureza jurídica também para os produtos destinados ao USO e CONSUMO interno, ou pré-ordenados ao ATIVO PERMANENTE São mercadorias pois, no caso, compõem indiretamente o produto final objeto de revenda,

Esse sentido, ou seja, o enquadramento do ATIVO fixo e dos materiais de USO e CONSUMO como mercadoria, foi confirmada pela chamada Lei Kandir, que permitindo o creditamento das operações de entrada envolvendo tais bens, reconheceu que estes, INDIRETAMENTE, integram o produto final.

São mercadorias porque cumprem etapas da circulação (compõem o produto final que será aliando).

A ideia de mercado se encontra atrelada umbilicalmente à existência de contribuinte (habitual ou não), pois mercadoria é aquela que circula jurídica e economicamente, e contribuinte aquele que vende, revende ou transfere.

Assim, é certo afirmar que a importação, desde que realizada por contribuinte, passou a ser onerada pelo ICMS, mesmo quando o produto era destinado ao ativo ou ao consumo interno do estabelecimento.

Esta é a dicção constitucional, que harmoniza os termos da Constituição Federal e justifica a edição da EC 33/01. O entendimento fazendário de que mesmo antes da promulgação desta EC a Carta já permitia a incidência de ICMS a não contribuinte, não é correto, pois despreza o termo "mercadoria", constante na primitiva redação, desconsidera o potencial campo de interferência da não-cumulatividade e torna inótil e sem propósito a EC 33/01.

Não resta dúvida de que apenas com a edição desta EC 33/01 é que a hipótese dos autos, passou a se submeter, em abstrato, a incidência do tributo estadual. Ou seja, apenas após 11 de dezembro de 2001 é que os Estados poderiam se instrumentalizar, criando a hipótese prevista constitucionalmente.

Observa-se, de outro lado, que a Constituição não é meio hábil para a criação de majoração ou de aumento de tributo. Tal incumbência toca, com exclusividade à legislação ordinária.

Portanto, não havendo antes da EC 33/01, autorização constitucional para a oneração de importação de bens por não contribuintes, a Lei Complementar 87/96 não poderia, por óbvio, prever tal hipótese, o que poderia sugerir a inconstitucionalidade do inciso I, § 1º do art. 2º. Entretanto, ao contrário do alegado, tal dispositivo não padece desse vício, pois moldado nos termos do inciso IX, § 2º do art. 155 da Constituição. com o mesmo sentido e alcance, atingindo apenas as importações de mercadorias por contribuintes (habituais ou não).

A incidência em análise somente foi contemplada pela LC 14, que veio a dar nova redação a este art. 20 da lei complementar

87/96

Este é o panorama legal que deve ser aplicado para a solução da presente demanda. Não sendo adequado o posicionamento da Secretaria da Fazenda, através de seu Delegado Tributário, que afirmou que a EC 33/01, nada criou, nada alterou, sendo um texto sem utilidade e sem sentido jurídico. Consta de fls a contudente afirmação



Assim, esta Emenda Constitucional nada mais é do que uma demonstração inequívoca da mens legis que o Legislador Constituinte Originário pretendeu dar ao art. 155, § 2º IX da Lei Maior. Nada inovou. O espírito da norma é o mesmo. Apenas sua redação foi alterada para clarear o sentido na norma e não deixar margens a dúvidas.

O fato da legislação ordinária estadual ser algo abrangente, no que afeta caracterizações de contribuinte, alargando o conteúdo, para atingir qualquer pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que atue com ou sem habitualidade, não altera o sentido constitucional que exigiu, até a edição da EC 33/01, a incidência sobre mereadoria; assim considerado como todo bem destinado à revenda, ou integração direta ou indireta (ativo/consumo), no produto final a ser comercializado.

A EC 33/01, somente passou a integrar a legislação complementar em 17 de dezembro de 2002, com a edição da LC 114/02 e não há informações ou notícias da previsão de tal incidência, pela legislação ordinária estadual, e sem tal disposição não há como se exigir o imposto Este é o sentido do princípio da legalidade.

No caso em estudo o desembaraço aduaneiro teve início em de 2003, e a mercadoria foi adquirida por não contribuinte, na medida em que se trata de prestador de serviço, que não realiza venda ou revenda.

Mesmo em se admitindo em hipótese que a EC 33/01 criou a incidência, a aplicação direta da regra constitucional dependeria, em última instância, de lei ordinária, que não foi editada em São Paulo.

Portanto, indevida a exigência, e correta a decisão monocrática que deve ser prestigiada.

Pelo exposto, nega-se provimento aos recursos oficial e voluntário da Fazenda.