

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.205.899 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
RECTE.(S) : **ESTADO DE SÃO PAULO**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO**
RECDO.(A/S) : **ANDRE BARASCH**
ADV.(A/S) : **WELLINGTON RICARDO SABIAO**

DECISÃO

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO – ICMS –
IMPORTAÇÃO – PESSOA NATURAL OU
JURÍDICA NÃO CONTRIBUINTE DO
IMPOSTO – PERÍODO POSTERIOR À
EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 33/2001
– EXIGÊNCIA CONDICIONADA À
DISCIPLINA, MEDIANTE LEI
COMPLEMENTAR E LOCAL,
CONTEMPORÂNEA AO FATO
GERADOR – SEGUIMENTO –
NEGATIVA.**

1. Discute-se, na espécie, a incidência do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS na importação de bem por pessoa jurídica. O Supremo, nos Recursos Extraordinários nº 474.267/RS e nº 439.796/PR, relator ministro Joaquim Barbosa, julgou constitucional a incidência do imposto em operação de importação de bem destinado a pessoa não dedicada habitualmente ao comércio ou à prestação de serviços de transporte interestadual ou intermunicipal e de comunicação – não contribuinte – depois da vinda à balha da Emenda Constitucional nº 33, de 2001, que deu nova redação à alínea “a” do inciso IX do § 2º do artigo 155 da Carta da República.

Apontou, em vista da insuficiência da norma constitucional de competência tributária, estar a validade da cobrança condicionada à previsão em lei complementar sobre normas gerais e em legislação local

RE 1205899 / SP

contemporânea à ocorrência dos fatos geradores. Ressaltou a necessidade de atentar para os princípios da anterioridade e da irretroatividade tributárias, tendo por base lei estadual que seja posterior à edição da Lei Complementar nº 114, de 16 de dezembro de 2002, publicada no Diário Oficial da União de 17 seguinte, consignada a inadmissibilidade da tributação em momento antecedente. Confira-se o decidido, em síntese:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS. ICMS. IMPORTAÇÃO. PESSOA QUE NÃO SE DEDICA AO COMÉRCIO OU À PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO OU DE TRANSPORTE INTERESTADUAL OU INTERMUNICIPAL. “NÃO CONTRIBUINTE”. VIGÊNCIA DA EMENDA CONSTITUCIONAL 33/2002. POSSIBILIDADE. REQUISITO DE VALIDADE. FLUXO DE POSITIVAÇÃO. EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA. CRITÉRIOS PARA AFERIÇÃO. 1. Há competência constitucional para estender a incidência do ICMS à operação de importação de bem destinado a pessoa que não se dedica habitualmente ao comércio ou à prestação de serviços, após a vigência da EC 33/2001. 2. A incidência do ICMS sobre operação de importação de bem não viola, em princípio, a regra da vedação à cumulatividade (art. 155, § 2º, I da Constituição), pois se não houver acumulação da carga tributária, nada haveria a ser compensado. 3. Divergência entre as expressões “bem” e “mercadoria” (arts. 155, II e 155, §2, IX, a da Constituição). É constitucional a tributação das operações de circulação jurídica de bens amparadas pela importação. A operação de importação não descaracteriza, tão-somente por si, a classificação do bem importado como mercadoria. Em sentido semelhante, a circunstância de o destinatário do bem não ser contribuinte habitual do tributo também não afeta a caracterização da operação de circulação de mercadoria. Ademais, a exoneração das operações de importação pode desequilibrar as relações pertinentes às operações internas com o mesmo tipo de bem, de modo a afetar os princípios da isonomia e da livre concorrência.

RE 1205899 / SP

CONDIÇÕES CONSTITUCIONAIS PARA TRIBUTAÇÃO 4. Existência e suficiência de legislação infraconstitucional para instituição do tributo (violação dos arts. 146, II e 155, XII, § 2º, I da Constituição). A validade da constituição do crédito tributário depende da existência de lei complementar de normas gerais (LC 114/2002) e de legislação local resultantes do exercício da competência tributária, contemporâneas à ocorrência do fato jurídico que se pretenda tributar. 5. Modificações da legislação federal ou local anteriores à EC 33/2001 não foram convalidadas, na medida em que inexistente o fenômeno da “constitucionalização superveniente” no sistema jurídico brasileiro. A ampliação da hipótese de incidência, da base de cálculo e da sujeição passiva da regra-matriz de incidência tributária realizada por lei anterior à EC 33/2001 e à LC 114/2002 não serve de fundamento de validade à tributação das operações de importação realizadas por empresas que não sejam comerciais ou prestadoras de serviços de comunicação ou de transporte intermunicipal ou interestadual. 6. A tributação somente será admissível se também respeitadas as regras da anterioridade e da anterioridade, cuja observância se afere com base em cada legislação local que tenha modificado adequadamente a regra-matriz e que seja posterior à LC 114/2002. Recurso extraordinário interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul conhecido e ao qual se nega provimento. Recurso extraordinário interposto por FF. Claudino ao qual se dá provimento. (Recurso extraordinário nº 439.796, relator ministro Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, acórdão publicado no Diário da Justiça de 17 de março de 2014).

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS. ICMS. IMPORTAÇÃO. PESSOA QUE NÃO SE DEDICA AO COMÉRCIO OU À PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO OU DE TRANSPORTE INTERESTADUAL OU INTERMUNICIPAL. “NÃO CONTRIBUINTE”. VIGÊNCIA DA EMENDA CONSTITUCIONAL 33/2002. POSSIBILIDADE.

RE 1205899 / SP

REQUISITO DE VALIDADE. FLUXO DE POSITIVAÇÃO. EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA. CRITÉRIOS PARA AFERIÇÃO. 1. Há competência constitucional para estender a incidência do ICMS à operação de importação de bem destinado a pessoa que não se dedica habitualmente ao comércio ou à prestação de serviços, após a vigência da EC 33/2001. 2. A incidência do ICMS sobre operação de importação de bem não viola, em princípio, a regra da vedação à cumulatividade (art. 155, § 2º, I da Constituição), pois se não houver acumulação da carga tributária, nada haveria a ser compensado. 3. Divergência entre as expressões “bem” e “mercadoria” (arts. 155, II e 155, §2, IX, a da Constituição). É constitucional a tributação das operações de circulação jurídica de bens amparadas pela importação. A operação de importação não descaracteriza, tão-somente por si, a classificação do bem importado como mercadoria. Em sentido semelhante, a circunstância de o destinatário do bem não ser contribuinte habitual do tributo também não afeta a caracterização da operação de circulação de mercadoria. Ademais, a exoneração das operações de importação pode desequilibrar as relações pertinentes às operações internas com o mesmo tipo de bem, de modo a afetar os princípios da isonomia e da livre concorrência. CONDIÇÕES CONSTITUCIONAIS PARA TRIBUTAÇÃO 4. Existência e suficiência de legislação infraconstitucional para instituição do tributo (violação dos arts. 146, II e 155, XII, § 2º, I da Constituição). A validade da constituição do crédito tributário depende da existência de lei complementar de normas gerais (LC 114/2002) e de legislação local resultantes do exercício da competência tributária, contemporâneas à ocorrência do fato jurídico que se pretenda tributar. 5. Modificações da legislação federal ou local anteriores à EC 33/2001 não foram convalidadas, na medida em que inexistente o fenômeno da “constitucionalização superveniente” no sistema jurídico brasileiro. A ampliação da hipótese de incidência, da base de cálculo e da sujeição passiva da regra-matriz de incidência tributária realizada por lei anterior à EC 33/2001 e à

RE 1205899 / SP

LC 114/2002 não serve de fundamento de validade à tributação das operações de importação realizadas por empresas que não sejam comerciais ou prestadoras de serviços de comunicação ou de transporte intermunicipal ou interestadual. 6. A tributação somente será admissível se também respeitadas as regras da anterioridade, cuja observância se afere com base em cada legislação local que tenha modificado adequadamente a regramatriz e que seja posterior à LC 114/2002. Recurso extraordinário interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul conhecido e ao qual se nega provimento. Recurso extraordinário interposto por FF. Claudino ao qual se dá provimento. (Recurso extraordinário nº 474.267, relator ministro Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, acórdão publicado no Diário da Justiça de 20 de março de 2014)

O Tribunal de origem concluiu em harmonia com a jurisprudência do Supremo. Assentou a inexigibilidade do tributo em razão de estar envolvida operação havida em período posterior à promulgação da Emenda Constitucional nº 33/2001.

Neste recurso, o fato gerador ocorreu após a promulgação da Emenda Constitucional nº 33/2001, regulado no Estado de São Paulo pela Lei estadual nº 11.001, editada em de 21 de dezembro de 2001, anterior à Lei Complementar nº 114, de 16 de dezembro de 2002. Não observou-se o fluxo de positivação.

2. Nego seguimento ao extraordinário.
3. Publiquem.

Brasília, 10 de maio de 2019

Ministro MARCO AURÉLIO
Relator