

# IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS

## INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI

Recurso MS 66/88  
Tribunal STF  
Julgado em 05/11/1996

### PESSOA FÍSICA — AQUISIÇÃO PARA CONSUMO PRÓPRIO - NÃO INCIDÊNCIA

#### RESUMO

- No mérito, a questão já foi muito bem analisada, no TJSP, através de parecer do douto Procurador César Crissiuma de Figueiredo Júnior, ora acolhido integralmente, que assim expõe: "A interpretação dada pela autoridade impetrada ao disposto no art. 155, IX, a, da CF, não se nos afigura correta, ao pretender que teria sido abolida a qualificação no sentido de que a entrada de mercadoria se desse em estabelecimento comercial, industrial ou produtor, ampliando, portanto, a incidência do ICMS `para que abrangesse a entrada de toda e qualquer mercadoria importada, seja para consumo ou uso próprio do importador, seja para integrar o ativo fixo do estabelecimento". - A Constituição especifica que o ICMS incidirá também (item IX, art. 155): "a) sobre a entrada de mercadoria importada do exterior, ainda quando se tratar de bem destinado a consumo ou ativo fixo do estabelecimento...". - Duas são as hipóteses de incidência descritas no texto constitucional. - A primeira configura fato gerador do imposto estadual a "entrada" de mercadoria importada do exterior para revenda, comercialização, ou industrialização. - Hipótese em que a importação só poderá por evidência ser efetuada por estabelecimento industrial, comercial ou produtor, consoante a natureza desse tributo que se atém à habitualidade da atividade econômica que exclui o particular. - O segundo caso também não constitui novidade e foi disciplinado anteriormente pela EC 23/83, ao acrescentar o § 11 ao texto constitucional anterior, para superar o entendimento do STF, consubstanciado na Súm. 570, e diz respeito à importação de bem destinado à integr ação no ativo fixo do estabelecimento importador, ou de bem destinado ao consumo também pelo estabelecimento importador. - O estabelecimento a que alude o texto constitucional é o industrial, produtor ou comercial, no qual os agentes econômicos que sejam pessoas físicas ou jurídicas, que configurem os sujeitos passivos do tributo estadual, exercem suas atividades. - Aliás, essa é a definição de estabelecimento prevista, da qual a lei estadual se aparta, no § 1º do art. 27 do Convênio ICMS 66/88: "Estabelecimento é o local, privado ou público, edificado ou não, onde pessoas físicas ou jurídicas exerçam suas atividades em caráter temporário ou permanente...". - De forma alguma podemos considerar, portanto, como pretende a Fazenda, que toda e qualquer importação esteja sujeita ao imposto estadual. Ela só estará sujeita ao ICMS se o importador, pessoa física ou jurídica, for sujeito passivo do tributo, isto é, contribuinte. - Portanto, a entrada de mercadoria ou bem importado do exterior só se constitui fato gerador do ICMS se for importada por agente econômico que faça parte do processo de circulação de mercadorias e de prestação de serviços, que são os únicos contribuintes do imposto estadual. - Assim, o particular não se sujeita a figurar no pólo passivo da obrigação tributária em questão, em face da natureza constitucional do tributo se ater aos agentes que participam do processo de circulação econômica de mercadorias e prestação de serviços, de forma habitual. - Por isso, "inadequada a pretensão da Fazenda Estadual em legitimar o fato gerador do tributo em questão, conforme disciplinado na Lei Estadual 6.374/89, com base na competência ampla que a autoridade impetrada entende ter sido conferida pelos constituintes ao Estado, nos termos do art. 34, § 8º, do ADCT". - O dispositivo das disposições transitórias mencionadas atribui aos Estados e ao Distrito Federal celebrarem mediante convê nio a fixação de normas, para regular provisoriamente o tributo estadual de que trata o art. 155, I, b, na falta de lei complementar. - Ocorre que o alcance dessa disposição transitória não foi o de conferir competência plena para dispor sobre toda e qualquer matéria de lei complementar prevista no art. 146 da CF, mas apenas para permitir, na ausência da

lei nacional, a instituição de normas para aplicação do sistema constitucional tributário previsto na CF, especificamente com relação à nova definição do ICMS. - Isto porque o próprio art. 34 recepcionou a legislação anterior, no que não for incompatível com o novo sistema tributário. - Desse modo encontra-se recepcionado o Dec.-lei 406/68, que dispõe sobre os "contribuintes" desse imposto, fato gerador, base de cálculo, sendo que esse diploma legal, além de se tratar de lei complementar e pelo fato de não ter sido revogado pela CF atual, condiciona a legislação estadual às suas disposições, q

#### **EMENTA**

Na importação de mercadoria, o ICMS só incide quando o importador é industrial, produtor, comerciante ou agente que pratique com habitualidade a circulação de mercadorias, não podendo alcançar a pessoa física, não comerciante, que adquire o bem para seu consumo.