

O ICM NAS IMPORTAÇÕES

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS*

1
679

Tem-se discutido, no plano doutrinário e no debate judiciário, a respeito da necessidade ou não de lei estadual para a criação de incidência do ICM sobre as importações de bens ou mercadorias, a partir do acréscimo ao texto constitucional ditado pela Emenda nº 23 do parágrafo 11 ao artigo 23.

Está o referido dispositivo assim redigido:

“§ 11 - O imposto a que se refere o item II incidirá, também, sobre a entrada, em estabelecimento comercial, industrial ou produtor, de mercadoria importada do exterior por seu titular, inclusive quando se tratar de bens destinados a consumo ou ativo fixo do estabelecimento”.

No litígio presente, discute-se também se os Estados estariam submetidos à fixação de uma alíquota máxima determinada pelo Senado Federal nos termos do art. 23, § 5º assim redigido:

“§ 5º - A alíquota do imposto a que se refere o item II será uniforme para todas as mercadorias nas operações internas e interestaduais, bem como nas interestaduais realizadas com consumidor final; o Senado Federal, mediante resolução tomada por iniciativa do Presidente da República, fixará as alíquotas máximas para cada uma dessas operações e para as de exportação”.

Opinaram pela necessidade de lei, de um lado, e a não submissão aos tetos senatoriais, de outro, Luiz Mélega (“O imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e as importações de bens do exterior”, Repertório IOB de Jurisprudência, 1º quinzenal/87, pgs. 147/145), Valdir de Oliveira Rocha (“ICM ilegal nas importações”, Caderno de Empresas de “O Estado de S. Paulo”, 11.09.85, ano I nº 173) e Aires Fernandino Barreto (“Base de Cálculo, Alíquota e Princípios Constitucionais”, Ed. Revista dos Tribunais, p. 54).

Entendo que opinaram corretamente.

A Constituição Federal não cria tributos, mas apenas estabelece competências. Nem a lei complementar, mero diploma explicador, pode fazê-lo. O discurso, necessariamente curto dos textos maiores e mais longos e claro dos diplomas explicativos, é uniforme no dirimir dúvidas sobre o exercício legislativo, só possível por leis ordinárias, únicas capazes de gerar obrigações nas esferas próprias de competência impositiva dos diversos entes federativos.

Ora, no caso em exame, o § 11 alargou o campo de competência dos Estados, criando-lhes alternativa impositiva maior de impossível adoção sem a legislação ordinária pertinente. Exige-o princípio da legalidade estatuído nos artigos 19 inciso I e 153 § 29 da E.C. nº 1/69, ambos com as seguintes dicções:

“Art. 19 - É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - instituir ou aumentar tributo sem que a lei o estabeleça, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

...”

“Art. 153 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

...”

§ 29 - Nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça, nem cobrado, em cada exercício, sem que a lei que o houver instituído ou aumentado esteja em vigor antes do início do exercício financeiro, ressalvados a tarifa alfandegária e a de transporte, o Imposto sobre Produtos Industrializados e outros especialmente indicados em lei complementar, além do imposto lançado por motivo de guerra e demais casos previstos nesta Constituição”, reiterados pelo CTN no artigo 97 assim redigido:

“Art. 97 - Somente a lei pode estabelecer:

I - a instituição de tributos, ou a sua extinção;
II - a majoração de tributos, ou sua redução, ressalvado o disposto nos arts. 21, 26, 39, 57 e 65;

III - a definição do fato gerador da obrigação tributária principal, ressalvado o disposto no inciso I do § 3º do artigo 52, e do seu sujeito passivo;

0840-

IV - a fixação da alíquota do tributo e da sua base de cálculo, ressalvado o disposto nos arts. 21, 26, 39, 57 e 65;

V - a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos, ou para outras infrações nela definidas;

VI - as hipóteses de exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários, ou de dispensa ou redução de penalidades.

§ 1º - Equipara-se à majoração do tributo a modificação da sua base de cálculo, que importe em torná-lo mais oneroso.

§ 2º - Não constitui majoração de tributo, para os fins do disposto no inciso II deste artigo, a atualização do valor monetário da respectiva base de cálculo".

À evidência, a lei de que se fala é a lei ordinária e nenhuma outra, razão pela qual o § 11 do artigo 23 só obrigará se o Estado, detentor da competência de exigir o tributo sobre as importações, respeitados os diversos princípios constitucionais, inclusive o da anterioridade, criar a lei capaz de impor a referida obrigação tributária.

Por outro lado, o § 5º não cuida das operações externas, que culminam no ingresso da mercadoria ou bem no território nacional, não sendo, pois aplicável às hipóteses do § 11 do artigo 23.

Poder-se-ia alegar que a entrada da mercadoria ou bem transformaria em interna, operação nascida externamente, em face do princípio da soberania das leis brasileiras e da possibilidade de deslocamento do momento de ocorrência do fato gerador, como ocorre nas operações de não incidência, que não se confundem com as operações isentas. Desta forma, a operação se encerraria no território nacional e, no momento de ocorrência do fato gerador, estar-se-ia perante uma operação interna.

A tese, embora sedutora, não me parece, todavia, a mais correta pela própria estrutura do fato gerador do ICM conforme definição do 3º Simpósio Nacio-

nal de Direito Tributário ou do 1º Congresso Brasileiro de Direito Tributário, a saber:

"Isto posto, nossa conceituação é a seguinte: 'A hipótese de incidência do ICM tem como aspecto material fato decorrente de iniciativa do contribuinte, que implique a movimentação ficta, física ou econômica, de bens identificados como mercadorias, da fonte de produção até o consumo' " ("Resumos e Conclusões das Teses Apresentadas ao I Congresso Brasileiro de Direito Tributário", Ed. Revista dos Tribunais, março 1981, p. 11).

Embora instantâneo na forma, sua estruturalidade decorre de um movimento do produtor ao consumidor, com o que a operação que se encerra em território nacional é uma operação iniciada externamente com o pólo impulsionador colocado em outro país.

Esta é a razão pela qual prefiro entender, como os autores citados, que o § 5º não se aplica às operações relacionadas com as importações.

Mister se faz esperar a decisão final do Poder Judiciário sobre a polêmica questão para que as dúvidas levantadas pela reflexão acadêmica tenham sua solução adequada.

Como observação final, deve-se ressaltar que, em São Paulo, a lei ordinária instituidora do ICM sobre as operações de importação é a Lei 3.991/83 cuja constitucionalidade vem sendo reconhecida pelo S.T. F. - Ag. 121.310-8-SP (D.J. 20.10.87), Ag. 120.435-4-SP (D.J. 19.10.87) e R.E. 112.214-5-SP (D.J. 15.05.87).

** Professor Titular de Direito Econômico da Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie e Presidente da Academia Internacional de Direito Econômico e Economia.*