



SILVA e CASTRO
sociedade de advogados

47inf07 - HMF (23.11.2007)

INFORMATIVO 46 / 2007 (ao Sindigraf-DF)
ICMS NA IMPORTAÇÃO DE BENS POR CONTRIBUINTES DE ISS

O tema aqui tratado é conhecido, mas merece nova atenção. Ele é complexo mas muito relevante para as indústrias gráficas envolvidas com importação de maquinário.

Até 2001, os importadores que não fossem contribuintes regulares de ICMS (Imposto sobre Circulação de Mercadorias) não deveriam pagar o tributo em suas operações de importação. Isto porque os bens importados não eram "mercadorias" e sim bens comuns destinados à atividade-fim do importador, como composição de seu ativo fixo. Em resumo, os objetos importados não seriam revendidos. Apesar de cobranças pelo Fisco, os tribunais davam razão ao contribuinte, cancelando os débitos.

A Emenda Constitucional 33 de 2001 mudou o quadro. Ela expressamente previu que todos os importadores deveriam pagar ICMS, mesmo que não fossem comerciantes e que os bens fossem destinados ao seu ativo permanente, não revenda.

Apesar do novo texto legal, a exigência de ICMS na importação continuou sendo combatida. Sempre existiram vários argumentos contra a cobrança. O mais forte destes argumentos é a não-cumulatividade do ICMS.

Em síntese, a "não-cumulatividade do ICMS" significa que o imposto pago numa operação poderá ser abatido na próxima operação, diminuindo a carga tributária total. O referido forte argumento é de que o sistema de "não-cumulatividade de ICMS" só funciona entre os contribuintes regulares do imposto, pois aquilo que pagam numa operação conseguem abater de outra. Na prática, se alguém paga ICMS e não realiza outras operações do imposto, não existe operação secundária na qual consigam abater o imposto pago na operação primária. Este é o caso dos contribuintes regulares de ISS (Imposto Sobre Serviços), como a maioria dos industriais gráficos.

A partir das cobranças de ICMS sobre importações feitas por prestadores de serviço, e não comerciantes, este escritório de advocacia foi procurado por diversas gráficas. Aqui, como no restante do Brasil, as cobranças foram atacadas por medidas judiciais. Em regra, houve vitória aos contribuintes apenas quando as importações ocorreram antes da emenda constitucional de 2001 que expressamente previu o imposto para todos os importadores. Vários casos de importações posteriores a 2001 ainda estão tramitando nos tribunais, mas sem vitórias em primeiro e segundo grau, com esperanças de resultados positivos em recursos apresentados nos tribunais superiores.

Em grande parte, as derrotas nas primeira e segunda instância se deram em razão da Súmula 660 do Supremo Tribunal Federal.

A Súmula 660 foi originalmente publicada em 2003 com a redação; "*Não incide ICMS na importação de bens por pessoa física ou jurídica que não seja contribuinte do imposto*". Ocorre que, algum tempo depois, a Súmula 660 foi acidentalmente divulgada com redação diferente; "*Até a vigência da EC 33/2001, não incide ICMS na importação de*

bens por pessoa física ou jurídica que não seja contribuinte do imposto". Com base nesta "nova redação", os magistrados passaram a entender que o ano 2001 foi um marco entre a época que não cobrava-se ICMS e o tempo em que passou-se a cobrar.

No entanto, a divulgação da nova redação foi um equívoco, pois o novo texto não foi devidamente analisado pelos ministros do STF. A redação não passou pelo processo de mudança de súmulas. Em razão disto, em 2006 o STF corrigiu o erro, publicado novamente a Súmula 660 em sua redação original; "*Não incide ICMS na importação de bens por pessoa física ou jurídica que não seja contribuinte do imposto*". Isto não significou que o STF já tenha se manifestado sobre a questão, mas que reconheceu justamente o oposto; que o tema ainda não foi devidamente analisado, quanto mais para mudança de uma súmula.

A correção do equívoco demorou a ser notada por advogados e magistrados. Apenas recentemente a jurisprudência está lentamente mudando para afastar a incorreta redação da Súmula 660 como fundamento para justificar a incidência de ICMS na importação por contribuintes não-habituais, como as indústrias gráficas pagadoras de ISS. Já existem decisões judiciais neste sentido.

Assim, conclui-se que o tema de ICMS na importação não está encerrado e existem chances de vitória aos contribuintes que lutarem contra a cobrança do tributo, mesmo após a emenda 33/01.

Na prática, além da questão de fundo abordada nos parágrafos anteriores, os empresários gráficos do DF vivem dois problemas em relação ao tema. O primeiro está na exigência do pagamento do ICMS quando da liberação da máquina. O segundo problema, ligado ao primeiro, está nos benefícios fiscais da aceitação de incidência do tributo.

O fato gerador do tributo está na liberação do bem importado ao seu destinatário. O imposto é então cobrado pelo ente tributante do domicílio onde ficará a máquina. O problema é que o bem normalmente não é liberado sem o pagamento prévio do ICMS.

A exigência de pagamento prévio, sob pena de não-liberação da máquina, é abusiva e ilegal. Este é o entendimento dos tribunais, inclusive do Supremo Tribunal Federal, em suas Súmula 547 - "*Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais*" e Súmula 323 - "*É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos*". Caso o contribuinte não deseje pagar imediatamente, o máximo que a autoridade pode fazer é lavrar o auto de infração, descrevendo a dívida principal e mais multa. Não pode haver retenção de máquina. Intimado do auto de infração, o contribuinte poderá impugná-lo administrativamente. Após fase administrativa, se o auto de infração for mantido, haverá inscrição na dívida ativa e consequente execução judicial.

Pelo exposto acima, de um lado há saída segura para aquele que deseje ter a máquina consigo para conduzir suas atividades sem pagar o ICMS imediatamente. De outro lado, o não-pagamento imediato resulta em multa.

Para aqueles que não têm dinheiro e precisam da máquina imediatamente, a sua liberação, mesmo com multa, pode ser melhor que tê-la parada. Para aqueles que têm dinheiro e mesmo assim desejam questionar imposto, o melhor caminho pode ser, imediatamente antes da liberação da máquina, ingressar com uma ação judicial para depósito do ICMS em juízo e discussão de sua cobrança. Com isto, a máquina é liberada



normalmente, não há multa e o valor depositado na Justiça ficará lá até resolução da questão. Se o resultado final for favorável ao contribuinte, o dinheiro lhe será devolvido com correção e juros. Se lhe for desfavorável, o dinheiro irá para o GDF, mas não implicará em qualquer tipo de juros ou multa adicionais contra a empresa. Para aqueles que não quiserem depositar, pode haver também a discussão judicial sem depósito, mas, dependendo do resultado final da ação, se desfavorável, o contribuinte terá que pagar também a multa.

A solução do parágrafo anterior se remete aos benefícios fiscais que existem para o pagamento de ICMS, o segundo problema enfrentado pelos empresários gráficos. Os dois benefícios mais conhecidos são o Convênio 58/00 do Confaz¹ e o PRÓ-DF do Decreto 20.957/00². Aqueles empreendedores que se enquadram nas hipóteses destes e outros benefícios devem estar atentos. Muitos pagaram indevidamente o ICMS apesar de tranquilamente contemplados pelos mencionados benefícios que o DF diretamente concede.

A rigor, a obtenção dos benefícios para pagamento de ICMS não é obstáculo para a própria discussão do cabimento do ICMS. O mais seguro nestes casos é que os trâmites para obtenção dos benefícios sejam concluídos. Após início do usufruto dos benefícios, o contribuinte poderá ingressar com ação judicial para depósito em juízo dos valores a serem pagos pelo sistema de benefícios e, ao mesmo tempo, discussão acerca do tributo. Ao longo do processo, tudo se comportará como se o benefício estivesse sendo regularmente usado, com pagamento das parcelas, por exemplo, mas sempre com depósito em juízo e não nos cofres do GDF. Desta maneira, não haveria multa, inscrição em dívida ativa, juros, correção ou outros prejuízos. Ao final, em caso de derrota do contribuinte, os valores depositados em juízo seriam repassados ao DF, como se a empresa tivesse pago regularmente com o benefício e, portanto, sem problemas. Em caso de vitória do contribuinte, este levantaria para si todo o valor depositado, com juros e correção.

Caso a empresa não deseje sofrer qualquer risco e prefira questionar o ICMS apenas após quitá-lo completamente dentro do sistema de benefícios, isto é possível. O empresário deverá apenas atentar para o prazo. Em regra, o prazo para questionar tributos indevidamente pagos é de cinco anos desde o pagamento de cada parcela.

Por fim, o ingresso em sistema de benefício para pagamento de ICMS ou qualquer outro imposto não é obstáculo para, posteriormente, questionar este imposto e buscar restituição. Conforme Informativo 22 de 24.07.07, a incidência de um imposto decorre diretamente da lei e não de "acordo" entre o Estado e o cidadão. O contribuinte pode confessar fatos que tenham repercussões tributárias, mas não as próprias normas tributárias em si. Desta maneira, qualquer aceitação de incidência de ICMS sobre uma operação que não é de ICMS não terá qualquer validade. Seria como confessar dívida de Imposto de Produtos Industrializados sobre operação de serviços, sujeita ao ISS.

¹ Anexo I ao Decreto 18.955 de 22.12.1997 do DF - Caderno II - Redução de Base de Cálculo - "Os percentuais e prazos de que tratam os incisos I, II e III deste item, no desembaraço aduaneiro decorrente da importação de máquinas, equipamentos, aparelhos, instrumentos, suas respectivas partes, peças e acessórios, todos sem similar produzidos no país, efetuadas por: (...) a) empresa jornalística ou editora de livros, destinados a emprego exclusivo no processo de industrialização de livros, de jornais ou de periódicos; ou, (...) I - 0% (zero por cento), de 25/10/2000 a 31/12/2000; II - 20% (vinte por cento), de 1º/1/2001 a 31/12/2001; e III - 40% (quarenta por cento), de 1º/1/2002 a 31/12/2002."

² "Art. 2º O benefício creditício dar-se-á na forma de financiamento do valor de até setenta por cento do Imposto sobre Operações Relativas a Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, próprio, proveniente das operações e prestações decorrentes do empreendimento incentivado."



Em conclusão, o tema de ICMS sobre importações é complexo, mas com boas oportunidades de economia tributária. A alíquota média de ICMS nestes casos é de 17%. Tendo em vista que máquinas industriais muitas vezes ultrapassam R\$ 1.000.000,00, as economias envolveriam centenas de milhares de reais.

Henrique de Mello Franco
OAB-DF 23.016

Valério Alvarenga Monteiro de Castro
OAB-DF 13.398

