

23/02/94

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 149922-2 SÃO PAULO

RECORRENTE: ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO : EXPORCAFÉ - COMERCIAL, EXPORTADORA E IMPORTADORA
DE CAFÉ LTDA

01742030
04371490
09221000
00000150

EMENTA: TRIBUTÁRIO. EXPORTAÇÃO DE CAFÉ EM GRÃO. ICMS. BASE DE CÁLCULO. QUOTA DE CONTRIBUIÇÃO DO IBC. DL 406/68, ART. 2º, § 8º. CONVÊNIO ICM 66/88, ART. 11, EDITADO SOB INVOCAÇÃO DO ART. 34, § 8º, DO ADCT. PRINCÍPIO DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA.

A competência delegada aos Estados, no art. 34, § 8º, do ADCT, para fixação, por convênio, de normas destinadas a regular provisoriamente o ICMS, limita-se pela existência de lacunas na legislação.

Se a base de cálculo em referência já se achava disciplinada pelo art. 2º, § 8º, do DL 406/68, recepcionado pela nova carta com o caráter de lei complementar, até então exibido (art. 34, § 5º, do ADCT), não havia lugar para a nova definição que lhe deu o Convênio ICM 66/88 (art. 11), verificando-se, no ponto indicado, ultrapassagem do linde cravado pela norma transitória e conseqüente invasão do princípio constitucional da legalidade tributária.

Acertado entendimento do acórdão impugnado, suficiente para respaldar sua conclusão, dispensando-se, por isso, o exame da tese da imunidade tributária, sem prejuízo do registro de sua absoluta impertinência, já que não se está diante de exigência fiscal dirigida a qualquer dos entes de direito público beneficiários dessa limitação ao poder de tributar.

Não-conhecimento do recurso, com declaração da inconstitucionalidade do art. 11 do Convênio ICM 66/88, de 14 de dezembro de 1988.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por seu Tribunal Pleno, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso extraordinário e declarar a inconstitucionalidade do



Supremo Tribunal Federal

RE 149.922-2 SP

577

art. 11, do Convênio ICM nº 66/1988. Votou o Presidente.
Brasília, 23 de fevereiro de 1994.

OCTAVIO GALLOTTI - PRESIDENTE

ILMAR GALVÃO - RELATOR

Realização



23/02/94

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 149.922-2 SÃO PAULO

RECORRENTE: ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO : EXPORCAFÉ - COMERCIAL, EXPORTADORA E IMPORTADORA
DE CAFÉ LTDA

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO ILMAR GALVÃO (RELATOR): Trata-se de recurso extraordinário interposto, com fundamento no art. 102, III, a, da Constituição Federal, pela Fazenda do Estado de São Paulo, contra acórdão do Tribunal de Justiça local, confirmatório de sentença que, em mandado de segurança, reconheceu a exportador de café em grão o direito de ver excluído, da base de cálculo do ICMS, o valor correspondente à quota de contribuição para o Instituto Brasileiro do Café, ao fundamento de estar-se diante de afronta às normas dos arts. 2º, § 8º, do Decreto-lei nº 406, de 31.12.68 (que prevê, para a hipótese, como base de cálculo, o valor líquido faturado) e 97, I e § 1º, do CTN (que consagram o princípio da legalidade e equiparam modificação da base de cálculo a majoração de tributo); e, ainda, do art. 150, VI, a, da Constituição (que assegura imunidade tributária à renda da União, como tal considerada a aludida quota devida ao IBC).

Alegou a recorrente que, ao conceder a segurança, o v. aresto contrariou o art. 155, inc. I, b, da Constituição Federal, que atribui competência aos Estados para instituírem o ICMS, e o art. 34, § 8º, do Ato das Disposições Constituições



01742030
04371490
09222000
00000290

Transitórias, que possibilita o exercício dessa competência por meio de convênio, na hipótese de não-edição da lei complementar prevista no mencionado dispositivo.

Aduziu que, por meio do mencionado instrumento normativo (Convênio ICM 66/88), revogaram os Estados o Decreto-lei 406/68, na parte em que definia a base de cálculo do ICMS em operações de exportação, já que incluiu nesta, expressamente, o montante dos tributos, contribuições e demais importâncias cobradas ou debitadas ao adquirente, o que é suficiente para afastar qualquer alegação de que não pode haver tributo sem lei, já que há previsão legal consubstanciada no Convênio.

Acrescentou que a própria Constituição Federal estatuiu a faculdade imediata de os Estados editarem as leis necessárias à sua aplicação, conforme estabelecido no § 3º do mesmo art. 34 do ADCT.

Por fim, sustentou ser inaplicável ao caso o princípio da imunidade tributária, previsto no art. 150, inc. VI, a, da Constituição, uma vez que inexistente imposição de tributo ao IBC, não sendo este sujeito passivo da obrigação tributária em causa, que está sendo exigida tão-somente do exportador.

O recurso foi admitido na origem, havendo, nesta Corte, sobre ele opinado a douta Procuradoria-Geral da República pelo não-conhecimento, em parecer do Subprocurador-Geral, Dr. Arthur de Castilho Neto.

Houve, também, recurso especial, que foi inadmitido, com agravo improvido no STJ, ao fundamento de que "a orientação da Corte pacificou-se no sentido de que o ICMS não incide sobre o valor da referida quota" e de que "tal entendimento foi

Supremo Tribunal Federal

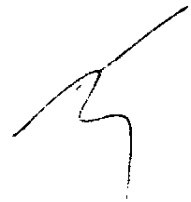
RE 149.922-2 SP

580

confirmado pelo STF, conforme se vê no despacho proferido no Ag. 136226-6/040-SP, Relator Ministro Celso de Melo..." (fl. 146).

É o relatório.

* * * * *



emo

23/02/94

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 149.922-2 SÃO PAULO

V O T O

O SENHOR MINISTRO ILMAR GALVÃO (RELATOR): O acórdão recorrido, para desprover o recurso, fundou-se nos seguintes argumentos, verbis (fls. 99/100):

"... a pretensão do Fisco é afrontosa ao comando do artigo 2º, § 8º do Decreto-lei nº 406 de 31/12/68 (artigo 34, § 5º, Ato das Disposições Constitucionais Transitórias) imperativo no sentido de que na saída de mercadorias para o Exterior a base de cálculo será o valor líquido faturado; a tentativa de inclusão de qualquer parcela ou item em tal base de cálculo exhibe-se como desnaturadora de liquidez do comando legal. Valor líquido é o valor expurgado, sendo-lhe estranha a Cota de Contribuição em questão, posto modificativa de base de cálculo.

E modifica a base de cálculo porque torna o tributo mais oneroso, majorando-o, o que sem embaraço afigura-se (artigo 97, § 1º do Código Tributário Nacional) a justificar o empenho fiscal, na indevida inclusão. Indevida porque violadora da norma do artigo 97, I do Código Tributário Nacional, consagradora do princípio da legalidade a impedir a utilização do Convênio

01742030
04371490
09223000
01580300

ICMS nº 66/88; somente a Lei, em sentido formal pode majorar tributos (artigo 97, II do Código Tributário Nacional, daí o Juízo de impedimento externado, dada a característica do Convênio em questão, de mero ato administrativo (artigo 150, I da Constituição Federal).

Finalmente é de se anotar que a Cota de Contribuição devida ao Instituto Brasileiro do Café, que é uma Autarquia Federal, caracteriza-se como renda da União. Outra não é a razão efetiva de sua existência; destarte é vedado aos Estados instituir imposto sobre renda da União, a teor do disposto no artigo 150, VI, a, da Constituição Federal, o que se configuraria, caso não obstada a ação fiscal, pela r. sentença apelada, que pelo expendido subsistirá.

De resto não se argumente o disposto no artigo 24, § 1º, 5 da Lei nº 6.374 de 1º/3/89 vez que o mesmo deve ser interpretado à luz do disposto no artigo 2º, § 8º do Decreto-lei nº 406 de 31/12/68 de aplicação assegurada, mercê do disposto no artigo 34, § 5º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e com autêntica feição de Lei Complementar, ainda, enquanto não editada outra em complemento a Constituição vigente."

Como se viu, um dos fundamentos do acórdão repousa no entendimento de que foi recepcionada pela nova Carta, na

conformidade da previsão contida no art. 34, § 5º, do ADCT/88, a norma do art. 2º, § 8º, do Decreto-lei nº 406/68, redigida nestes termos:

"Art. 2º (...)

§ 8º. Na saída de mercadorias para o exterior ou para os estabelecimentos a que se refere o § 5º do art. 1º, a base de cálculo será o valor líquido faturado, a ele não se adicionando frete auferido por terceiro, seguro, ou despesas decorrentes do serviço de embarque por via aérea ou marítima."

Assim, seria constitucionalmente ilegítima -- não se prestando para respaldar a pretendida inclusão, na base de cálculo do ICMS incidente sobre operações de exportação de café em grão, do valor alusivo à quota de contribuição devida ao Instituto Brasileiro do Café -- a nova redação dada pelo art. 11 do Convênio ICM 66/88, à mencionada norma, *in verbis*:

"Art. 11. Na saída de mercadoria para o exterior, a base de cálculo do imposto é o valor da operação, nela incluído o valor dos tributos, das contribuições e das demais importâncias cobradas ou debitadas ao adquirente e realizadas até o embarque, inclusive."

Impõe-se, por isso, examinar se, em assim decidindo, o acórdão malferiu, como se alega, o art. 34, § 8º, do ADCT/88, que delegou competência aos Estados para fixação de normas

gerais provisórias, regulamentadoras do ICMS.

O Convênio em causa, com efeito, foi editado pelos Estados sob invocação do mencionado dispositivo, onde está expressamente disposto que,

"(...) se, no prazo de sessenta dias contados da promulgação da Constituição, não for editada a lei complementar necessária à instituição do imposto de que trata o art. 155, I, b, os Estados e o Distrito Federal, mediante convênio celebrado nos termos da Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, fixarão normas para regular provisoriamente a matéria".

Sob a epígrafe -- "normas provisórias do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação -- ICMS" --, disciplinou ele, de modo global, a estrutura do novel tributo -- ICMS -- não apenas no que tange à circulação de mercadorias, matéria objeto do Decreto-lei nº 406/68, mas também no pertinente às demais hipóteses de incidência introduzidas pela nova Constituição.

Trata-se, portanto, de diploma normativo que, conquanto de caráter temporário, pretendeu substituir o referido Decreto-lei 406/68.

Resta saber se a iniciativa foi legítima e, conseqüentemente, se o Convênio em tela operou a revogação tácita do velho regulamento do ICM.

Estabeleceu o ADCT/88, em seu art. 34, *caput*, que o

novo sistema tributário entraria em vigor a partir do primeiro dia do quinto mês seguinte ao da promulgação da nova Constituição, mantido, até então, o da Constituição anterior, podendo, entretanto, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, de logo, editar as leis necessárias à aplicação do aludido sistema (§ 3º), produzindo efeitos a partir da data de sua vigência (§ 4º).

Considerando, entretanto, a exigência específica de lei complementar nacional homogeneizadora do ICMS, contida no art. 155, § 2º, XII, da nova Carta, dispôs ainda o legislador que, na hipótese de não vir esta a ser editada no prazo de 60 dias, poderiam os Estados elaborar convênio, para o fim de regular provisoriamente a matéria. Convênio, e não lei, como previsto no art. 24, § 3º, do Texto Permanente, obviamente pela necessidade de prevenirem-se redações díspares entre as unidades federativas, geradoras de conflitos que, justamente, cabe à lei complementar evitar (art. 146, I, da CF/88).

Ocorre que -- tal qual se verifica relativamente à competência legislativa supletória do referido art. 24, § 3º, da nova Carta, que está condicionada à inexistência de lei federal sobre normas gerais, cessando a eficácia da lei estadual produzida por esse modo com a superveniência da lei federal própria, no que lhe for contrário (§ 4º) --, o Convênio celebrado pelos Estados, na forma e para os fins do art. 34, § 8º, do ADCT/88, tem, necessariamente, seu objeto demarcado pelas lacunas verificadas na legislação federal já existente; e vigência condicionada à edição da lei complementar nacional. É o que se depreende não apenas do princípio consagrado nos mencionados §§ 3º e 4º do art. 24 da CF/88, mas também da norma do § 5º do art. 34 do ADCT/88, e, ainda, de sua expressa

interinidade.

Com efeito, além de o § 8º do art. 34 gizar de provisoriedade o Convênio, dispôs o § 5º, de modo a afastar qualquer dúvida, que "vigente o novo sistema tributário nacional, fica assegurada a aplicação da legislação anterior, no que não seja incompatível com ele".

Trata-se, portanto, indiscutivelmente, de competência legislativa supletiva, que deveria ter sido exercida tão-somente para o preenchimento de lacunas verificadas em face da legislação recepcionada pela nova Carta.

Este o princípio consagrado no art. 24, §§ 3º e 4º, do Texto Permanente, que o art. 34, §§ 5º e 8º, do ADCT/88 prestigiou em toda sua extensão.

No caso específico do ICMS, nova denominação dada ao anterior ICM, o tema de ver se, encontrava-se em vigor o Decreto-lei nº 406/68 que, com status de lei complementar, "estabelece normas gerais de direito financeiro aplicáveis aos impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre serviços de qualquer natureza". Vale dizer que, no polifórmico amontoado de hipóteses de incidência do ICMS, já se acham regulamentadas, em grande parte, as alusivas à circulação de mercadorias e a serviços não especificados, restando, nesse passo, apenas as lacunas decorrentes das inovações determinadas pelo novo Texto Fundamental; e, no mais, a disciplina da matéria tributável que lhe foi acrescentada, a saber, os serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, a energia elétrica, os combustíveis líquidos e gasosos, os lubrificantes e os minerais.

Da parte já regulamentada não poderia tratar o Convênio, pois, como já ficou dito acima, tinha ele o papel de

substituto provisório.

O prefalado § 8º do art. 2º do Decreto-lei nº 406/68 insere-se nesse contexto, já que define a base de cálculo do ICM, hoje ICMS, nas operações de exportação de mercadorias. Trata-se de norma expedida pela União, recepcionada pela nova Carta, na forma prevista no art. 34, § 5º, do ADCT/88, cuja vigência, por isso, nos termos do que ficou dito, não deixou espaço para o convênio previsto no § 8º do art. 34 do ADCT.

Não há, portanto, como se ter por afrontosa ao último dispositivo citado a decisão recorrida, quando considerou em vigor o mencionado § 8º do art. 2º do DL 406/68.

Esse fundamento é bastante para sustentação da decisão recorrida, dispensando a análise da questão da inaplicabilidade, ao caso, do princípio da imunidade recíproca, também nela invocada, o que não impede se assinale a absoluta impertinência dessa segunda razão de decidir, já que, desenganadamente, não se está diante de caso de exigência fiscal dirigida ao Poder Público, único beneficiário dessa limitação ao poder tributário.

Ante o exposto, meu voto é no sentido de não conhecer do recurso, e de declarar inconstitucional o art. 11 do Convênio ICM 66/88, de 14 de dezembro de 1988.

* * * * *

emo

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINARIO N. 149.922-2

ORIGEM : SAO PAULO

RELATOR : MIN. ILMAR GALVAO

RECTE. : ESTADO DE SAO PAULO

ADVS. : CARLA PEDROZA DE ANDRADE A. SAMPAIO E OUTROS

RECDO. : EXPORCAFE - COMERCIAL, EXPORTADORA E IMPORTADORA DE CAFE
: LTDA.


ADVS. : EMILIA EMIKO AKAMATU E OUTRO

Decisão: A Turma determinou remeter os autos a julgamento do Tribunal Pleno, nos termos do voto do Relator. Unânime. 1a. Turma, 29.6.93.

Decisão: Por votação unânime, o Tribunal não conheceu do recurso extraordinário e declarou a inconstitucionalidade do art. 11, do Convênio ICM n. 66/1988. Votou o Presidente. Procurador-Geral da República, Dr. Moacir Antonio Machado da Silva, na ausência ocasional do Dr. Aristides Junqueira Alvarenga. Plenário, 23.2.94.

Presidência do Senhor Ministro Octavio Gallotti. Presentes à sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Paulo Brossard, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ilmar Galvão e Francisco Rezek.

Procurador-Geral da República, Dr. Aristides Junqueira Alva
renga.


LUIZ TOMIMATSU
Secretário