

SERVIÇO DE JURISPRUDÊNCIA
D.J. 07.02.97
EMENTÁRIO Nº 1 8 5 6 - 0 7

01856070
04371940
02681000
00000150

19/11/96

SEGUNDA TURMA

RECURSO EXTRAORDINARIO N. 194268-1 SAO PAULO

RELATOR : MIN. CARLOS VELLOSO
RECORRENTE: ESTADO DE SAO PAULO
ADVOGADO: MAURO DE MEDEIROS KELLER
RECORRIDA: L & M COMERCIAL IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA
ADVOGADOS: RAQUEL ELITA ALVES PRETO VILLA REAL E OUTROS

EMENTA: - CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. MERCADORIAS IMPORTADAS: FATO GERADOR. C.F., art. 155, § 2º, IX, a. Convênio ICMS 66/88, art. 2º, I.

I. - ICMS: mercadorias importadas: ocorrência do fato gerador no momento do desembarço aduaneiro. Inaplicabilidade da Súmula 577-STF após a vigência da CF/88, art. 155, § 2º, IX, a.

II. - Precedentes do STF: RREE 193.817-RJ, 192.711-SP e 144.660-SP, Plenário, 23.10.96.

III. - Voto vencido do relator deste.

IV. - R.E. conhecido e provido.

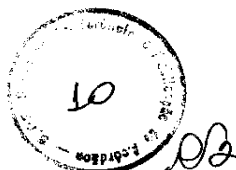
A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por decisão unânime, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Sr. Ministro Marco Aurélio.

Brasília, 19 de novembro de 1996.

NÉRI DA SILVEIRA - PRESIDENTE

Carlos Velloso
CARLOS VELLOSO - RELATOR



19/11/96

SEGUNDA TURMA

RECURSO EXTRAORDINARIO N. 194268-1 SAO PAULO

RELATOR : MIN. CARLOS VELLOSO
RECORRENTE: ESTADO DE SAO PAULO
ADVOGADO: MAURO DE MEDEIROS KELLER
RECORRIDA: L & M COMERCIAL IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA
ADVOGADOS: RAQUEL ELITA ALVES PRETO VILLA REAL E OUTROS

R E L A T Ó R I O

01856070
04371940
02682000
00000290

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO: - A decisão do eminente Des. João Sabino Neto, às fls. 238/239, dá exata notícia da matéria em debate:

"1. Trata-se de recursos extraordinário e especial interpostos simultaneamente com fundamento no artigo 102, inciso III, alínea "a", e artigo 105, inciso III, alíneas "a" e "c" da Constituição Federal, contra V. Acórdão proferido pela 14ª Câmara Civil deste Tribunal, que concedeu segurança impetrada pela recorrida, para o fim de não lhe ser exigido o recolhimento do ICMS por ocasião do desembaraço aduaneiro da mercadoria importada.

Alega-se que o acórdão assim decidindo afrontou o artigo 155, parágrafo 2º, inciso IX, alínea "a" da Constituição Federal, mais o artigo 34, parágrafos 5º e 8º do Ato das Disposições Constitucionais Provisórias, violou o preceito do artigo 1º, inciso II do Decreto-lei nº 406/68, além de divergir de jurisprudência de outro Tribunal.

2. Na espécie estão presentes os pressupostos de admissibilidade de ambos os recursos.

Não obstante fundamentada a conclusão da E. Turma Julgadora, configuram-se os pressupostos de admissão, devendo ser processados os apelos para que o C. Supremo Tribunal Federal e o E. Superior Tribunal de Justiça possam pronunciar-se a respeito.

A matéria controvertida foi corretamente exposta nas petições de interposição e devidamente examinada pelo acórdão, e o dissídio jurisprudencial se encontra demonstrado, satisfazendo as condições exigidas pelo artigo 255 do RI/STJ e pela Lei nº 8.038/90. *mu*

Há expressa menção dos dispositivos tidos como violados e não se vislumbra a incidência de vetos regimentais ou sumulares.

3. Ante o exposto, DEFIRO os processamentos dos recursos extraordinário e especial." (Fls. 238-239)

É o relatório.

MU LLEVO

RECURSO EXTRAORDINARIO N. 194268-1 SAO PAULOV O T O

01856070
04371940
02683000
01560340

O Sr. Ministro CARLOS VELLOSO (Relator): - O Supremo Tribunal Federal, julgando os RREE 193.817-RJ, 192.711-SP e 144.660-SP, decidiu no sentido de que, tratando-se de mercadorias importadas, ocorre o fato gerador do ICMS na entrada da mercadoria no território nacional, ou por ocasião do desembaraço aduaneiro. Foi voto vencido, na oportunidade dos citados julgamentos, na companhia dos Ministros Maurício Corrêa, Francisco Rezek, Marco Aurélio e Néri da Silveira.

Assim o voto que proferi no RE 193.817-RJ:

"O Superior Tribunal de Justiça decidiu no sentido de que não pode a lei estadual, com base em convênio, alterar o momento da ocorrência do fato gerador fixado no D.L. 406/68, art. 1º, II. Decidiu, portanto, pela ineficácia do art. 2º, I, do Convênio ICMS nº 66/88, dado que o D.L. 406/68 foi recebido pela Constituição vigente.

Enquanto o Fisco sustenta que o fato gerador do ICMS, relativamente a mercadorias importadas, ocorre com a entrada da mercadoria no território nacional, o contribuinte afirma que esse fato gerador somente ocorre na entrada da mercadoria no estabelecimento do importador.

Daí o presente RE, interposto pelo Estado do Rio de Janeiro, sustentando-se ofensa aos artigos 155, § 2º, IX, a, da Constituição Federal, e 34, § 8º, do ADCT.

O eminente Relator, Ministro Ilmar Galvão, comparando o texto do art. 155, § 2º, IX, a, da CF/88, com o § 11 do art. 23 da CF/67, entendeu que a norma constitucional vigente inovou, pelo que o D.L. 406/68,



RE 194.268-1-SP

art. 1º, II, com ela ficou incompatível. Em consequência, o Convênio 66/88, art. 2º, I, seria legítimo, na forma do disposto no art. 34, § 8º, ADCT.

S.Exa. concluiu por conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Divergiram os Ministros Marco Aurélio, Maurício Corrêa e Francisco Rezek, que não conheceram do recurso.

Pedi vista dos autos e os trago, a fim de retomarmos o julgamento do recurso.

Passo a votar.

II

O ICMS, na ordem constitucional vigente, incide sobre as operações de circulação de mercadorias, sobre as prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e sobre as prestações de serviços de comunicação (C.F., art. 155, II). Ampliou-se, portanto, com a CF/88, a incidência do ICMS.

Dispôs a Constituição, ademais, no ponto que nos interessa, no art. 155, § 2º, IX, a, que o ICMS incidirá também "sobre a entrada de mercadoria importada do exterior, ainda quando se tratar de bem destinado ao consumo ou ativo fixo do estabelecimento, assim como sobre serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o estabelecimento destinatário da mercadoria ou do serviço".

A Constituição dispôs, mais, no art. 155, XII, a, que cabe à lei complementar definir os seus contribuintes. Esqueceu-se o legislador constituinte que, antes, no art. 146, III, a, já estabelecera que cabe à lei complementar a definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados na Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes. (C.F., art.146, III, a).

No art. 34, § 8º, do ADCT, estabeleceu-se, ainda, 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".

No voto que proferi por ocasião do julgamento do RE 160.007-SP, dissertei sobre essa matéria.

Sustentei, então, que, na forma do § 8º do art. 34, ADCT, o Convênio somente poderia editar norma necessária à instituição do imposto. Ora, o imposto — o ICM — já estava instituído. O que resultou de novo no tributo, o que a Constituição inovou, é que seria objeto do Convênio. A inovação ocorreu apenas no que diz respeito ao imposto sobre os serviços referidos no art. 155, I, b, CF/88, ou art. 155, II, CF/88 com a EC nº 3/93.

III

O certo é que os Estados e o Distrito Federal firmaram, em 14.12.88, o Convênio ICM 66/88, estabelecendo, no ponto que interessa:

'Art. 2º. Ocorre o fato gerador do imposto:

I - na entrada no estabelecimento destinatário ou no recebimento pelo importador de mercadoria ou bem importados do exterior.'

A questão a saber é, pois, se a CF/88, no art. 155, § 2º, IX, a, inovou em relação à CF/67, art. 23, § 11.

Dispunha o art. 23, § 11, da CF/67:

'Art. 23.
.....

§ 11. O imposto a que se refere o item II (ICM) 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.'

Dispõe, agora, o art. 155, § 2º, IX, a:

'Art. 155.
.....
§ 2º.

I -

IX - incidirá também:

a) sobre a entrada de mercadoria importada do exterior, ainda quando se tratar de bem destinado a consumo ou ativo fixo do estabelecimento, assim como sobre serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o estabelecimento destinatário da mercadoria ou do serviço.'

Noutras palavras, teria o art. 1º, II, do D.L. 406, de 1968, a lei complementar do ICMS, sido recebido pela CF/88, art. 155, § 2º, IX, a?

Dispõe referido art. 1º, II, do DL 406/68:

'Art. 1º. O imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias tem como fato gerador:

.....

II - a entrada em estabelecimento comercial, industrial ou produtor, de mercadoria importada do exterior pelo titular do estabelecimento.'

IV

A conclusão a que cheguei, depois de meditar sobre o texto do art. 155, § 2º, IX, a, da CF/88, é no sentido de que este não inovou, no sentido de estabelecer o fato gerador do ICMS relativamente a mercadorias importadas. O fato de não ter repetido as palavras do texto da Carta anterior — art. 23, § 11 — omitindo a expressão "em estabelecimento comercial, industrial ou produtor", não tem a relevância que lhe empresta o eminente Relator.

O que está dito, no citado dispositivo constitucional, art. 155, § 2º, IV, a, é que o imposto incidirá sobre a entrada de mercadoria importada do exterior. Não há, no referido texto, a menor referência à entrada da mercadoria importada do exterior no território nacional. Tem-se, então, pelo menos uma dúvida: estaria o texto constitucional se referindo à entrada no estabelecimento do importador ou à entrada no território

nacional? Porque não foi expresso o texto, resolve-o, então, a lei complementar, o D.L. 406/68, a estabelecer que o fato gerador, em caso assim, é "a entrada em estabelecimento comercial, industrial ou produtor, de mercadoria importada do exterior pelo titular do estabelecimento." (art. 1º, II).

Na verdade, o que o art. 155, § 2º, IX, a, tem de novo, está sua parte final, bem registrou o eminente Ministro Maurício Corrêa: na sua parte final, dirime o citado dispositivo constitucional "a controvérsia acerca da competência para receber o tributo", ou seja, o "Estado onde estiver situado o estabelecimento destinatário da mercadoria ou do serviço".

V

Posta assim a questão, é fácil verificar que o Convênio 66/88, art. 2º, I, foi além do que podia, efetivando revogação da lei complementar existente, o D.L. 406/68, art. 1º, II, quando não poderia fazê-lo, porque a tanto não o autorizava o art. 34, § 8º, ADCT. É que, conforme vimos e não custa repetir, o art. 155, § 2º, IX, a, não alterou o fato gerador do ICMS no caso de mercadorias importadas.

VI

Registre-se, por outro lado, que a Constituição não fixa fatos geradores dos impostos. É a lei complementar que o faz: Constituição Federal, art. 146, III, a. Se é assim, não tem cientificidade — considerado o sistema tributário nacional como tal — uma interpretação que pretende vislumbrar num texto constitucional no mínimo duvidoso, o estabelecimento do fato gerador do imposto. Não. A Constituição que, expressamente, estabeleceu que, no tocante aos impostos nela discriminados — e o ICMS é um imposto que está nela discriminado — a lei complementar definiria os respectivos fatos geradores (art. 146, III, a), não iria, num passo seguinte, relativamente a um fato gerador do imposto, defini-lo, ela mesma, assim ficando em contradição com ela própria.

No caso, bem lembrou o Ministro Maurício Corrêa, importa considerar, ademais, na interpretação do art. 155, § 2º, IX, a, a disposição inscrita no mesmo art. 155, § 2º, XII, d, a estabelecer que cabe à lei complementar "fixar, para efeito de sua cobrança e definição do estabelecimento responsável, o local das operações relativas à circulação de mercadorias e das

RE 194.268-1-SP

prestações de serviços". Esta disposição diz respeito ao ICMS.

O que deve ser entendido, pois, é que está de pé, no ponto, a lei complementar do ICMS, o D.L. 406/68, art. 1º, II.

VII

O eminente Ministro Relator confessou-se preocupado com a fiscalização do recolhimento do ICMS. E que essa fiscalização seria facilitada com a interpretação que S.Exa. empresta ao art. 155, § 2º, IX, a, da Constituição Federal. Todos nós nos preocupamos com o pagamento, a tempo e modo, dos tributos. Isto, entretanto, não pode alterar conceitos científicos nem fazer com que o Supremo Tribunal se afaste de sua missão primordial de guardião da Constituição e de direitos.

VIII

Com a vênua do Sr. Ministro Ilmar Galvão, Relator, não conheço do recurso."

Não estou convencido do desacerto do entendimento acima exposto. Devo curvar-me, entretanto, ao decidido pelo Plenário.

Do exposto, com a ressalva do meu entendimento pessoal a respeito da matéria, conheço do recurso e dou-lhe provimento.

Muller

2ª TURMA

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINARIO N. 194268-1

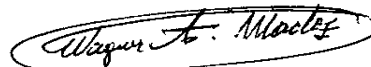
ORIGEM : SAO PAULO
RELATOR : **MIN. CARLOS VELLOSO**
RECTE. : ESTADO DE SAO PAULO
ADV. : MAURO DE MEDEIROS KELLER
RECDO. : L & M COMERCIAL IMPORTADORA E EXPORTADORA LTDA
ADV. : RAQUEL ELITA ALVES PRETO VILLA REAL E OUTROS

Decisão: Por unanimidade, a Turma conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto do Relator. Ausente justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Marco Aurélio. 2ª. Turma, 19.11.96.

01856070
04371940
02684000
00000460

Presidência do Senhor Ministro Néri da Silveira.
Presentes à Sessão os Senhores Ministros Carlos Velloso, Marco Aurélio e Maurício Corrêa. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Francisco Rezek.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Mardem Costa Pinto.



Wagner Amorim Madoz
Secretário