

06/04/99

SEGUNDA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 208.639-8 RIO GRANDE DO SUL

REDATOR PARA O ACÓRDÃO: MIN. NELSON JOBIM
RECORRENTE: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO: PGE-RS - SÉRGIO VIANA SEVERO E OUTRO
RECORRIDO: LAVEN COMERCIAL EXPORTADORA LTDA
ADVOGADO: LEÔNIDAS CABRAL ALBUQUERQUE
ADVOGADO: CARLOS ADEMIR MORAES E OUTROS

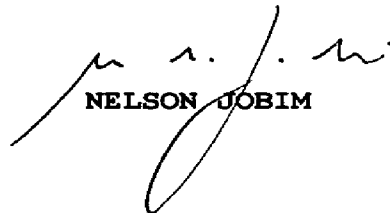
EMENTA: Prequestionamento. Afastado o óbice da Súmula 282. Tema constitucional debatido (art. 155, § 2º, IX, "a"). ICMS sobre mercadoria importada. Fato gerador: desembaraço aduaneiro. Recurso conhecido e provido.

A C O R D ã O

Vistos, relatados e discutidos, estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, por maioria, na conformidade da ata de julgamentos e notas taquigráficas, em conhecer do recurso extraordinário e lhe dar provimento.

Brasília, 6 de abril de 1999.

NERI DA SILVEIRA - PRESIDENTE



NELSON JOBIM

- REDATOR P/ACÓRDÃO



05/08/97

SEGUNDA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 208.639-8 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO
RECORRENTE: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO: PGE-RS - SÉRGIO VIANA SEVERO E OUTRO
RECORRIDO: LAVEN COMERCIAL EXPORTADORA LTDA
ADVOGADO: LEÔNIDAS CABRAL ALBUQUERQUE
ADVOGADO: CARLOS ADEMIR MORAES E OUTROS

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - O Superior Tribunal de Justiça acolheu o pedido formulado no recurso especial, sufragando tese assim sintetizada na ementa do acórdão de folhas 227 a 234:

"Tributário - Importação de Matéria Prima - ICMS - Momento do Fato Gerador - Antecipação de Recolhimento - C.F., art. 146, III a - ADCT, art. 34, § 8º - Decreto-Lei 406/68 (arts. 1º e 3º, § 1º) - Convênio ICM 66/88 - Súmula 577/STF.

1. Sem Lei Complementar apropriada ao ICMS, persistem as disposições do Decreto-Lei 406/68 (arts. 1º e 3º, § 1º), recepcionado pela Constituição Federal, com base em Convênio, ilegitimando-se a exigência fiscal de antecipação do recolhimento, modificando a ocorrência do fato gerador para o momento do desembaraço aduaneiro de mercadoria importada. Prevalece a compreensão de que o fato gerador ocorre por ocasião de entrada de mercadoria no estabelecimento importador.

2. Precedentes da jurisprudência.

3. Recurso provido." (folha 234)

RE 208.639-8 RS

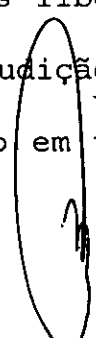
Os embargos declaratórios que se seguiram não ultrapassaram a barreira do conhecimento (folhas 243 a 247).

No extraordinário de folhas 249 a 287, interposto com alegada base na alínea "a" do permissivo constitucional, articula-se com a nulidade do acórdão recorrido, bem como com a transgressão dos artigos 155, § 2º, inciso IX, alínea "a", do corpo permanente da Carta Política da República e 34, §§ 5º e 8º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, reafirmando-se que a incidência do Imposto sobre Circulação de Mercadoria relativo às operações de mercadorias importadas dá-se no momento do desembaraço aduaneiro.

A Recorrida não ofereceu contra-razões (certidão de folha 290), estando o procedimento atinente ao juízo primeiro de admissibilidade à folha 291.

Recebi os autos em 13 de junho de 1997 e os liberei, para julgamento, no dia 17 imediato. Posterguei a audição da Procuradoria Geral da República para esta assentada, tendo em vista cuidar-se de matéria pacífica na Corte.

É o relatório.



05/08/1997

SEGUNDA TURMA

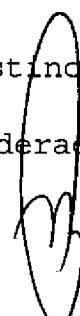
RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 208.639-8 RIO GRANDE DO SUL

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Senhor Presidente, a matéria de fundo, veiculada no extraordinário, está pacificada no âmbito desta Corte. Lembro-me bem que formei na corrente minoritária, ao lado, penso, dos Ministros Maurício Corrêa, Carlos Velloso, Francisco Rezek e V. Exa. Naquela assentada, não me recordo de se ter ferido a norma do artigo 152 da Constituição Federal, que revela o real sentido do artigo 155, § 2º, inciso IX, alínea "a", apontado como infringido neste extraordinário. O artigo 152 é categórico:

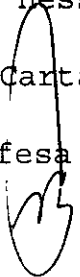
Art. 152. *É vedado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino."*

No caso, a procedência é o exterior; o destino, o Brasil. Portanto, acabou-se por estabelecer distinção, considerada a procedência do bem comercializado.



Em boa hora, o ilustre Advogado assomou à tribuna para dizer que o extraordinário padece da ausência do indispensável prequestionamento. Tenho presente que se diz prequestionada certa matéria quando o órgão julgador haja adotado entendimento explícito a respeito dela. Qual seria a matéria em discussão? A retratada na alínea "a" do inciso IX do § 2º do artigo 155 da Constituição Federal, o real alcance desse dispositivo.

Ora, o Superior Tribunal de Justiça enfrentou o tema, decidiu tendo presente o teor desse preceito constitucional? Não! Tanto assim que, atento o Estado, interpôs embargos declaratórios, instando o Colegiado, portanto, a pronunciar-se expressamente sobre o alcance dessa norma. O que fez o Colegiado? Rejeitou esses declaratórios e disse que - a meu ver, numa visão distorcida - ao Superior Tribunal de Justiça não cabe adentrar questão constitucional. Digo que cabe, não para conhecimento do especial, porque aí teríamos a usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal quanto ao extraordinário, mas, ultrapassada a barreira de conhecimento do especial, o Superior Tribunal de Justiça, como qualquer outro órgão investido do ofício judicante, exerce o controle difuso e está compelido a julgar a causa. Se nesse julgamento mister se faz sopesar preceito maior contido na Carta, aquela Corte Superior deve enfrentar o que articulado pela defesa e



RE 208.639-8 RS

decidir a respeito, sob pena de denegar a prestação jurisdicional. E foi isso o que ocorreu na hipótese. Interpostos os declaratórios, o Superior Tribunal de Justiça, mediante lavra das mais proficientes - reconhecendo - afirmou, acenando para o efeito modificativo que teriam os embargos declaratórios, ultima ratio, que a parte embargante objetivou presquestionar matéria de natureza constitucional: "Nesse contexto, sem enleios, registra-se que os embargos estão órfãos de predicamentos para o seu acolhimento. Com efeito; as questões de natureza constitucional não se afeiçoam à via Especial e, no tirante do "efeito modificativo", somente viabilizou-se diante de circunstâncias excepcionais ou de ato judicial teratológico, no caso, hipóteses incoerentes (sic)" (folha 245).

Em síntese, não deparamos com um recurso extraordinário que ataque provimento do Superior Tribunal de Justiça sobre tema constitucional. Como assentar a vulneração à alínea "a" do inciso IX do § 2º do artigo 155 da Constituição Federal se o Superior Tribunal de Justiça nada asseverou a respeito?

Sabemos que dois vícios podem macular uma decisão: o vício de julgamento - e, reconhecido, chega-se à reforma, substituindo-se a decisão -, e o de procedimento. Aqui, estamos diante de um caso típico de vício de procedimento. Transgressão ao devido processo legal, porque, ultrapassada a barreira de

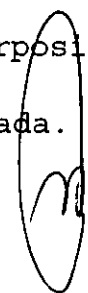
conhecimento do especial, incumbia ao Superior Tribunal de Justiça julgar a lide, e não poderia fazê-lo abstraída a questão constitucional, que seria própria a essa lide. Aquela egrégia Corte deveria ter exercido o controle difuso, e não exerceu.

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA (PRESIDENTE): - O acórdão local favoreceu ao Estado. Aplicou o art. 155, da Constituição.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - No acórdão local, da lavra do Desembargador Tupinambá, há referência ao artigo 155. Só que, tendo recorrido, a empresa encontrou base no Superior Tribunal de Justiça para o conhecimento do especial pela alínea "a", violência à Lei Federal, ou seja, à Lei Complementar nº 406, e provimento.

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA (PRESIDENTE): - A empresa não recorreu extraordinariamente?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Não, não recorreu extraordinariamente. A meu ver, caberia até a interposição simultânea do extraordinário, mas essa matéria já está sepultada.



O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA (PRESIDENTE): - É o caso do não conhecimento do recurso especial, por não ter sido enfrentado o fundamento constitucional. O certo é que o STJ conheceu do apelo especial.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Conheceu e, julgando o mérito, fê-lo a partir apenas do que se contém no Decreto-Lei nº 406/68, que disse recepcionado pela Carta de 1988, o que, inclusive, é a nossa jurisprudência.

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA (PRESIDENTE): - E interpôs embargos de declaração, invocando a matéria constitucional.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Só que diante da recusa do órgão prolator da decisão atacada mediante extraordinário de enfrentar a controvérsia sob o ângulo constitucional, não se argüiu o vício de procedimento. Pretendeu-se transferir, na verdade, o julgamento dos declaratórios a esta Turma, e não podemos julgar esses declaratórios.



O SR. MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA: - Ministro Marco Aurélio, essa questão do prequestionamento é a primeira vez que aflora aqui?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Não, não. Eu, por exemplo, estou cansado de negar seguimento. Não neguei seguimento a este extraordinário por economia de tempo - e se diz que essa economia é o mal do nosso século. Por isso, ressaltai a importância da sustentação feita da tribuna pelo advogado, e temos o acerto do preceito constitucional quanto à importância da atuação do causídico. Abandonei o voto escrito que tinha, Senhor Presidente, para examinar o tema sob o ângulo da ausência do prequestionamento e, constatando-a, dou a mão à palmatória, deixando, portanto, de conhecer do extraordinário. Ou seja, se tivesse verificado tal circunstância antes, teria negado seguimento, tranqüilamente, a este extraordinário. E, aí, a Turma enfrentaria apenas o agravo regimental.

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA (PRESIDENTE): - Os embargos de declaração pretenderam suscitar o problema constitucional do art. 155 da CF, perante o STJ, e ele entendeu que não lhe incumbia examinar a questão constitucional.

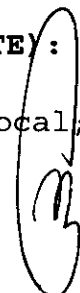


O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Não lhe incumbia exercer o controle difuso. Essa foi a conclusão do STJ, numa visão, para mim, equivocada.

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA (PRESIDENTE): - Em face dos embargos de declaração e do acórdão nesses embargos, não se tem como prequestionada a questão maior?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Não, Senhor Presidente. Qual é razão de ser do prequestionamento - e nada surge sem uma causa, sem um objetivo maior, já diziam os antigos filósofos materialistas gregos - senão a de viabilizar o cotejo para chegar-se à conclusão do enquadramento do recurso em um dos permissivos que lhe são próprios. Se não houve decisão sobre a matéria, posso fazer esse confronto? Posso supor que, presente a alínea "a" do inciso IX do § 2º do artigo 155, o Superior Tribunal de Justiça decidiria de forma contrária ao direito que nele se contém, isso na dicção do Supremo Tribunal Federal?

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA (PRESIDENTE): - É uma situação muito difícil. Ele não sucumbiu na instância local; ao



contrário, ele venceu. A parte contrária, que ora é a recorrida, interpôs um recurso só com base em matéria infraconstitucional. O Estado, ora recorrente, não tinha culpa disso. Então, ele não tinha por que interferir na fundamentação; ele era recorrido. Por isso, segundo nossa jurisprudência nesse caso, não se conhece do recurso, porque o acórdão local tinha duplo fundamento: um fundamento infraconstitucional e um fundamento constitucional, que não foi atacado; era caso típico de a parte ter entrado com recurso extraordinário. O fundamento maior do acórdão local foi o fundamento constitucional. Então, não podia ter deixado de enfrentar esse fundamento constitucional, via recurso extraordinário. Tanto que se tem entendido que ocorre, aí, preclusão e que a decisão transita em julgado nesse ponto.

Posto o recurso nesses termos, o STJ dele conheceu e lhe deu provimento. Ora, o Estado, que tinha a seu favor exatamente o fundamento constitucional no acórdão local, vem provocar o Tribunal para que ele se manifeste sobre o fundamento do acórdão local, que é o fundamento constitucional.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Ela, aí, diz não estar obrigado a manifestar-se. O que teria o Estado de fazer? Empolgar o que José Carlos Barbosa Moreira aponta como

conducente à declaração de nulidade da decisão proferida, ou seja, o vício de procedimento. Não o fez.

O SR. MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA (PRESIDENTE): - Temos examinado dois aspectos do problema quando acontece esse fato. Isso era muito comum em casos da Rede Ferroviária Federal. O TST não queria enfrentar a questão de índole constitucional, afirmando não caber embargos de declaração com efeito modificativo. Então, não enfrentava esse fundamento. A parte vinha com recurso extraordinário, sustentando que houve negativa de prestação jurisdicional; portanto, ofensa a dispositivo da Constituição, qual seja, o art. 5º, XXXV. O Estado não invocou ofensa ao 5º, XXXV, da CF. O STF, conhecendo por ofensa a esse dispositivo e provendo o recurso, reformava o aresto do TST e determinava que a Corte a quo enfrentasse a matéria. Mas não houve essa invocação, no caso concreto.

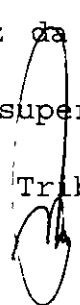
O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Na verdade, se não entendermos assim, estaremos conhecendo, por violência à Constituição, de um recurso extraordinário em que se impugna um acórdão que não contém exame da lide sob o ângulo constitucional. Na verdade, e V. Exa. enfocou muito bem, estaremos



como que julgando os embargos declaratórios, fazendo as vezes do Superior Tribunal de Justiça. O Superior Tribunal de Justiça devia ter enfrentado, como disse em meu voto, a questão constitucional.

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA (PRESIDENTE): - O problema é que já havia precluído, para o ora recorrido, o fundamento constitucional, porque não interpôs recurso extraordinário, e cabia ter invocado tal fundamento, sem o que não era possível o conhecimento do recurso especial.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - O Estado, a meu ver, com todo o respeito ao profissional que atuou no caso, falhou duas vezes: a primeira vez quando não veiculou no extraordinário, com debate e decisão prévios constantes do acórdão, porque o acórdão deveria abranger essa matéria, a impossibilidade de conhecimento do especial porque precluso o fundamento constitucional, e essa preclusão o Supremo já disse que prejudica a recorribilidade especial; o segundo erro, ao deixar de articular a transgressão ao devido processo legal quando o Superior Tribunal de Justiça recusou-se a exercer o controle difuso, que o juiz da mais longínqua comarca do Brasil exerce, mas ele, como tribunal superior, não exerce, ficando obstaculizado o acesso ao Supremo Tribunal



Federal, na via do extraordinário, contra as respectivas decisões?
Sim, porque só podemos conhecer do extraordinário por violência à Carta ou naquelas outras hipóteses - alíneas "b" e "c" do inciso III do artigo 102 da Constituição Federal.

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA (PRESIDENTE): -
Ministro, em que termos está o acórdão nos embargos?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - O acórdão dos embargos é categórico. Aí é que está, essa decisão é que devia ter sido atacada e não foi. Impugnou-se uma decisão, sobre o 155, inexistente. Com efeito, declarou-se que as questões de natureza constitucional - elas não foram empolgadas visando ao conhecimento do especial, mas o julgamento da lide, porque a barreira do conhecimento já estava ultrapassada - não se afeiçoam à via especial. E no tirante ao efeito modificativo, apontou-se que só se pode ter efeito modificativo diante de um quadro teratológico. Não foi enfrentado o 155.

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA (PRESIDENTE): - E
no recurso extraordinário o Estado não invoca o 5º, XXXV, da CF?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Não, nem o LIV nem o LV do rol das garantias constitucionais. Ou seja, não se pede que se anule a decisão para que o STJ julgue os embargos declaratórios, completando a prestação jurisdicional. Não se pede isso. Não posso suprir o pedido formulado.

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA (PRESIDENTE): - É uma situação extremamente delicada, porque para a empresa já tinha precluído o fundamento constitucional. A rigor, o recurso especial não tinha como ser conhecido, porque a empresa tinha que ter interposto, nesse caso, os dois recursos, eis que o acórdão local tinha dois fundamentos.

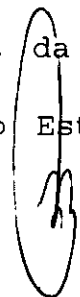
O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - O Estado aí dormiu, Senhor Presidente.

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA (PRESIDENTE): - A realidade é essa, estamos diante do julgamento de um recurso formal, que é o recurso extraordinário, em que o Estado não invocou como ofendido o 5º, XXXV, da CF, em face da recusa do STJ de enfrentar a questão constitucional.



O SR. MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA: - Mas ele ganhou no Tribunal de Justiça, aí é que está o problema.

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA (PRESIDENTE): - Mais do que isso, não só ganhou como a empresa, ao recorrer, recorreu só especialmente, não extraordinariamente. Então houve preclusão quanto ao fundamento constitucional. O Estado, a rigor, já tinha ganho, mas acontece que a questão não foi posta no STJ, que conheceu do recurso especial, quando, pela nossa jurisprudência, não era de conhecer. Cabiam os dois recursos - e esse era um caso típico - pelo fundamento constitucional e infraconstitucional. A parte interpôs só pelo fundamento infraconstitucional, que foi a alegação de negativa de vigência do Decreto-lei nº 406; então não cabia ao STJ conhecer, como nós, aqui, não se conhece do recurso extraordinário pelo fundamento constitucional, quando, cabendo também o recurso especial, a parte não interpôs o recurso especial pelo fundamento infraconstitucional, porque, aí, preclui o fundamento infraconstitucional, e, no caso, foi o contrário. Agora, a única maneira seria, por via dos embargos, trazer a questão, mas o STJ recusou-se a examinar a questão constitucional. O recurso extraordinário, nesse caso, cabe com fundamento no 5º, XXXV, da CF. Isto é, houve recusa de prestação jurisdicional. Agora, o Estado



RE 208.639-8 RS

interpôs o recurso extraordinário e não invocou, como ofendido, o 5º, XXXV, da CF. Não alega nada no recurso extraordinário sobre esse tema de negativa de prestação jurisdicional.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Não. O que ele pede é que se torne prevalecente o 155, § 2º, IX, "a". Senhor Presidente, estaremos julgando, pela vez primeira, em sede extraordinária, esse tema, pois ele só foi julgado lá embaixo. O recurso extraordinário, evidentemente, não ataca o que decidido na Corte gaúcha, porque a decisão foi favorável ao recorrente, mas a decisão do Superior Tribunal de Justiça, que substituiu, a teor do artigo 512 do Código de Processo Civil, a decisão da Corte de origem, do TJ.

O SR. MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA: - Sr. Presidente, uma questão também, a meu ver, séria, é que o Advogado sustentou da tribuna que essa hipótese não é exatamente aquela do paradigma.

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM:

Leio na ementa do acórdão embargado:

"Sem lei complementar apropriada ao ICMS, persistem as disposições do Decreto-Lei 406/68 recepcionado pela Constituição Federal, com base em

convênio e legitimando-se a exigência fiscal de antecipação do recolhimento, modificando a ocorrência do fato gerador para momentos de despacho aduaneiro da mercadoria importada. Prevalece a compreensão de que o fato gerador ocorre por ocasião de entrada de mercadoria em estabelecimento do importador."

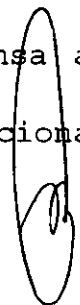
Nas contra-razões, o Estado do Rio Grande do Sul recebe o problema do art. 155.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Aí, a Corte se recusou a enfrentar a matéria.

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA (PRESIDENTE): - Aí temos como prequestionada a matéria.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Não, Ministro. O prequestionamento não resulta de ato da parte.

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA (PRESIDENTE): - Como o Tribunal não se manifestou, o Estado interpôs embargos de declaração. Nesse caso, seria de dispensar a alegação de ofensa ao art. 5º, XXXV, para ter-se como prequestionado o tema constitucional do art. 155 da CF.



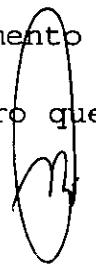
O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Perdoe-me, V. Exa., mas vamos "baratear" o recurso extraordinário, para utilizar uma expressão do nosso Ministro Francisco Rezek, se admitirmos que, para se ter como prequestionada a matéria, basta a veiculação pela parte. Qual é o objetivo do prequestionamento?

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM:

A decisão do Tribunal Superior de Justiça modifica a decisão de primeiro grau que dava a interpretação do nosso acórdão. Ou seja, o Superior Tribunal de Justiça, na ementa do acórdão, dá interpretação diversa ao disposto no art. 155. É evidente, tanto que foi suscitado nas contra-razões.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Tanto não deu que o Colegiado, a uma só voz, assentou que não lhe cabia enfrentar essa matéria. Seria muito fácil dizer: não, já enfrentei, já afastei a alegada violência ao 155. Mas não fez isso.

Esta Corte não admite o prequestionamento implícito sequer no caso em que versada a competência de um certo órgão para julgar a controvérsia, ou seja, não configura o prequestionamento o fato de órgão, quanto à competência, ter julgado a causa. Claro que,



RE 208.639-8 RS

implicitamente, julgada a causa, o órgão dá-se por competente, mas mesmo assim o Tribunal não admite configurado o prequestionamento.

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA (PRESIDENTE): - O problema aqui é que, realmente, a única oportunidade que o Estado tinha, em face do recurso especial, era nas contra-razões para reafirmar a tese constitucional. O Estado não tinha outra oportunidade, porque ele havia vencido na instância local. Então, ele pôs a questão constitucional. Veio o acórdão do STJ, que não enfrenta a questão constitucional; e o que incumbia à parte vitoriosa? Provocar a solução, em embargos de declaração. Tal o que decorre da Súmula 356.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Senhor Presidente, não conheço do recurso, tendo em conta a ausência de prequestionamento.

É o meu voto.



06/04/99

SEGUNDA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 208.639-8 RIO GRANDE DO SUL

V O T O V I S T A

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM:

1. A ação e o recurso.

Laven Comercial Exportadora Ltda impetrou mandado de segurança contra ato do Superintendente da Administração Tributária da Secretaria da Fazenda Pública do Estado do Rio Grande do Sul.

Era-lhe exigido o pagamento do ICMS sobre mercadorias importadas quando do desembaraço aduaneiro.

A segurança foi denegada.

Leio na sentença:

"A Constituição Federal de 1988, reformulando o Sistema Tributário Nacional, altera o tratamento quanto ao fato gerador do ICMS na hipótese de importação de mercadorias do exterior, dispondo no art. 155, inc. IX, letra 'a', que o imposto incidirá sobre a entrada de mercadoria importada do



exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o estabelecimento destinatário da mercadoria." (fls. 99)

A empresa apelou.

O TJ-RS manteve a sentença.

Leio, no acórdão:

"A Constituição de 1.988, no art. 155, § 2º, IX, 'a', diz que o ICMS incidirá 'sobre a entrada da mercadoria importada do exterior'. A interpretação que se faz da norma constitucional é de que a entrada se refere ao momento em que há o ingresso da mercadoria em território nacional." (fls. 154)

A Empresa interpôs RESP e RE (fls. 160/171 e fls. 173/194).

O Estado recorrido sustentou nas contra-razões do RESP:

"... Caso superado fosse o juízo de admissibilidade, o que se admite apenas para argumentar, ainda assim não mereceria provimento o recurso interposto. Isto porque a solução dada à espécie pela Câmara está em consonância com o texto constitucional. A matéria em questão - o ICMS sobre produtos importados - está prevista pelo art. 155, § 2º, IX, 'a', da Carta da República ..." (fls. 200)

O Estado, ainda, alegou a matéria constitucional nas contra-razões do RE.

Leio:

"Sobre o tema, com precisão assentou o acórdão recorrido: 'A Constituição de 1.988, no art. 155, § 2º, IX, 'a', diz que o ICMS incidirá 'sobre a entrada da mercadoria importada do Exterior'. A interpretação que se faz da norma constitucional é de que a entrada se refere ao momento em que há o ingresso da mercadoria em território nacional." (fls. 206).

O RESP foi admitido (fls. 217).

O RE, não (fls. 271).

A empresa agravou do despacho denegatório do RE (fls. 220, certidão).

O agravo não foi provido (AGRAG-185902, GALLOTTI, DJU 16.05.97).

O STJ deu provimento ao RESP da empresa.

Reformou a decisão do TJ-RS

Leio, no voto:

"Não prevalece, diante do que preceitua o art. 1º, do DL 406/68, diploma legal recepcionado pela atual Constituição

Federal, a exigência do recolhimento do tributo em questão por ocasião do desembaraço aduaneiro" (fls. 231).

O Estado embargou.

Alegou omissão da matéria constitucional:

"... a questão de direito PREQUESTIONADO na tese esposada no V. Acórdão reformado é de que a Constituição Federal de 1988 revogou o Decreto-lei 406/68 (revogação do art. 1º, II, do Dec. Lei 406/68, 'ex vi' do art. 155, § 2º, IX, 'a', da CF/88) ... " (fls. 239)

Sustentou ainda:

"... deverá o acórdão ser emendado para suprir as omissões sobre a matéria constitucional invocada, e fundamentar esclarecimentos aos pontos supra-alinhados, sob pena de violações constitucionais aos arts. 5º, XXXV, LIV, LV; 93, IX; e 105, III, "a" e "c" ..." (fls. 241).

Os embargos foram rejeitados.

Leio, no voto do Relator:

"... as questões de natureza constitucional não se afeiçoam à via especial ..." (fls. 245)

O Estado interpôs RE admitido.

Sustenta:

"... a questão jurídica cinge-se à definição do momento da ocorrência do fato gerador do ICMS, a trato de importação de matéria-prima, afirmando a Fazenda Estadual que o recolhimento deve ser feito por ocasião do desembarque aduaneiro ..." (fls. 256).

Alega:

"... a questão de direito PREQUESTIONADO na tese esposada no v. Acórdão reformado é de que a Constituição Federal de 1988 revogou o Decreto-lei 406/68 (revogação do art. 1º, II, do Dec. Lei 406/68, 'ex vi' do art. 155, § 2º, IX, 'a', da CF/88), pelo que a matéria em questão constitui questão constitucional" (fls. 270).

Aduz:

"2. Preliminarmente

.....

Mesmo após a interposição dos embargos de declaração se negou ... o STJ a apreciar a violação aos artigos 155, § 2º IX, "a" da CF/88 ... incorrendo na violação aos princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa, da denegação dos meios e recursos disponíveis à parte, e da prestação jurisdicional devida. Por isso, a preliminar para que sejam cassadas a decisão proferida no recurso de Embargos de

Declaração para que o STJ aprecie a questão constitucional submetida à sua apreciação e prequestione a tese constitucional do Estado a fim de poder prosseguir no seu direito de defesa ... (fls. 276).

... demonstra-se que a omissão ... infringiu o art. 5º, XXXV, LIV, LV da CF/88 e afrontou às Súmulas 282 e 356 do STF, pelo que deverá o mesmo ser anulado, determinando a colenda Corte o retorno do processo ao STF para que efetive a prestação jurisdicional plena ..." (fls. 279/280).

No mérito, diz o Estado que, "caso entenda a ... Corte superada a preliminar ..." (fls. 280), o "... acórdão impugnado contrariou, direta e frontalmente, preceitos da Constituição ..." etc. (fls. 280).

O Estado requer:

(a) "... seja conhecido e provido seu RE para anulando a decisão do STJ proferida nos Embargos de Declaração, retorne o processo à 1ª Turma para efetuar a prestação jurisdicional requerida, ou

(b) entendendo a Corte prequestionado o tema julque o mérito dando provimento ao recurso conforme seus fundamentos para restabelecer a decisão do TJE/RS" (fls. 287).

2. O voto do Relator



O Relator, o Min. MARCO AURÉLIO, não conhece do recurso.

Entende que não ocorreu o prequestionamento.

Leio, no voto do Relator:

"... o ilustre advogado assomou à tribuna para dizer que o extraordinário padece da ausência do indispensável prequestionamento. Tenho presente que se diz prequestionada certa matéria quando o órgão julgador haja adotado entendimento explícito a respeito dela. Qual seria a matéria em discussão? A retratada na alínea 'a' do inciso IX do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, o real alcance desse dispositivo.

Indaga-se: o STJ enfrentou o tema, decidiu tendo presente o que se contém nesse preceito constitucional? Não! Tanto assim que, atento o Estado, interpôs ele embargos declaratórios, estando (sic, não seria instando?) o Colegiado, portanto, a emitir entendimento explícito sobre o alcance desse preceito. O que fez o Colegiado? Rejeitou esses declaratórios e disse que - a meu ver, numa visão distorcida - ao STJ não cabe adentrar questão constitucional ...".

Prosegue o Relator:

"Em síntese, não nos deparamos com um recurso extraordinário que ataque provimento do STJ que contenha abordagem de tema constitucional. Como dizer da vulneração à

alínea "a" do inciso IX do § 2º do art. 155 da CF se o STJ nada disse a respeito?

3. Voto

Divirjo.

A matéria constitucional (art. 155, § 2º, IX, "a") vem debatida desde o primeiro grau:

- (a) na inicial (fls. 06, 08);
- (b) nas informações (fls. 55/58);
- (c) na sentença, que denegou a segurança (fls. 99);
- (d) no acórdão do TJE/RS que manteve a sentença (fls. 154);
- (e) nas contra-razões do RESP (fls. 200);
- (f) nas contra-razões do RE (fls. 206);
- (g) nos embargos declaratórios à decisão do RESP (fls. 237/241);
- (h) no RE (fls. 250).

O Relator, porque o STJ se negou, nos Embargos de Declaração, expressamente, a examinar a questão constitucional, entende não ter havido prequestionamento.

O Estado, às fls. 276 a 280, como preliminar, invoca exatamente os incisos XXXV, LIV e LV da Constituição.

E, mais, ao final da petição, a fls. 287, requer a anulação da "... decisão do STJ proferida nos Embargos de Declaração ..." para que "... retorne o processo à 1ª Turma para efetuar a prestação jurisdicional requerida, ou entendendo a Corte prequestionado o tema julgue o mérito dando provimento ao recurso...".

Assim, cabe ao Tribunal a alternativa: a) anular a decisão do STJ nos embargos, ou, b) não obstante a omissão, considerar prequestionada a matéria e decidir sobre o mérito.

Situação idêntica já foi objeto de decisão na 1ª Turma (RE 210.638, PERTENCE, 14.04.98):

Leio parte da ementa:

"...

O que, a teor da Súmula 356, se reputa carente de prequestionamento é o ponto que, indevidamente omitido pelo acórdão, não foi objeto de embargos de declaração; mas, opostos esses, se, não obstante, se recusa o Tribunal a suprir a omissão, por entendê-la inexistente, nada mais se pode exigir da parte, permitindo-se-lhe, de logo, interpor recurso extraordinário sobre a matéria dos embargos de declaração e não sobre a recusa, no julgamento deles, de manifestação sobre ela

..."

No voto, disse PERTENCE:

"... Não desconheço opiniões em contrário no Tribunal (cf. e.g., RE 208639, Inf. STF n.º 78 [é o processo em causa]). Estou, porém, data venia, em que reclamar ainda aqui a interposição de recurso extraordinário para, reconhecida a nulidade do acórdão que se negou a completar a decisão, compelir a tanto o Tribunal a quo para só depois admitir o recurso de mérito é formalismo incompatível com a instrumentalidade, a economia e, de conseqüência, a efetividade do processo, cuja inadequação sobe de ponto em tempos de congestionamento da Justiça com que vivemos.

..."

A decisão foi unânime.

No caso da 1ª Turma, o STJ também se negou a conhecer de Embargos Declaratórios porque "... cabe ao Colendo Supremo Tribunal Federal o exame direto da matéria constitucional".

O mesmo se deu no caso presente.

O Estado ganhou na Justiça Estadual.

A empresa interpôs os recursos especial e extraordinário.

O Presidente do TJ deu seguimento ao especial e negou seguimento ao extraordinário (fls. 217).

A empresa agravou da decisão que negou seguimento ao RE (fls. 220, certidão).

O agravo não foi provido (AGRAG-185902, GALLOTTI, DJU 16.05.97).

O fundamento constitucional do acórdão do TJ precluiu.

O Estado já tinha ganho a demanda.

A rigor, o STJ não deveria ter conhecido do Especial.

Cabiam os dois recursos, um pelo fundamento constitucional e outro, pelo infraconstitucional.

Precluso o fundamento constitucional, não cabia conhecer o Especial, como fazemos nós na hipótese de preclusão do fundamento infraconstitucional.

Restou ao Estado, como, com argúcia, observou o Presidente NÉRI, os Embargos para "... trazer a questão, mas o STJ recusou-se a examinar a questão constitucional ..." (fls. 10 das Notas).

Não obstante isso, o STJ conheceu e proveu o recurso pelo fundamento infraconstitucional e se furtou a analisar a questão constitucional.

Não vejo como não conhecer do Recurso.

O Estado praticou todos os atos necessários e tecnicamente exigíveis para que a matéria chegasse ao STF.

Estou com a 1ª Turma (RE 210.638).

Prover-se o RE para, anulado o acórdão dos embargos, "compelir" o STJ a emitir juízo sobre a questão constitucional, é "formalismo" inconsistente com o objetivo último das regras processuais: decidir a lide material.

Além do mais, no caso, a omissão dos Embargos não elide o fato da questão constitucional ter sido, de certa forma, apreciada no acórdão do Especial.

Leio parte da ementa:

"...

1. *Sem Lei Complementar apropriada ao ICMS, persistem as disposições do Decreto-Lei 406/68 (arts. 1º e 3º, § 1º), recepcionado pela Constituição Federal, com base em Convênio, ilegitimando-se a exigência fiscal de antecipação do recolhimento, modificando a ocorrência do fato gerador para o momento do desembaraço aduaneiro ..."* (fls. 234).

O Relator, no STJ, Min. MILTON PEREIRA, fundamenta o seu voto em acórdão do mesmo Tribunal onde a matéria constitucional, de certa forma, é aventada:



"De outra parte, nesta Colenda Corte, as egrégias Primeiras e Segundas Turmas decidiram, em pelo menos quatro julgamentos no mesmo sentido:

.....

'...

Com a promulgação da nova Constituição Federal, à luz do disposto no § 8º, do artigo 34, do ADCT, portanto, não é de se entender que tenha sido derogado o item II, do artigo 1º do DL n.º 406/68, nem deixado de prevalecer a orientação contida na Súmula n.º 577/STF'

Emendas espelham o abordado entendimento:

'...

Até que a lei complementar seja editada, prevalece o disposto no artigo 1º do Decreto-Lei n.º 406/68, diploma legal recepcionado pela vigente Constituição Federal, não prevalecendo a exigência de recolhimento do ICMS por ocasião do desembaraço ...'

....." (fls. 230/231).

Por que é ilegítima a exigência?

Responde o voto: porque a norma do DL 406/68 foi recepcionada pela Constituição.

Isso é examinar o DL. 406/68 com a Constituição, para fixar o juízo da recepção.



Situações como essa não são novas no STF. *

Leio parte de voto do MIN. OSCAR CORREA (RE 97.082, 1ª Turma, 11.10.1983, RTJ 107/1.154/5):

"Tem a Corte jurisprudência no sentido de que não se admite prequestionamento implícito, ... Parece-me, contudo, que não há levar tão longe a exigência, se tentado nos competentes embargos declaratórios, recusa-se o Tribunal a enunciá-lo, mas refere, ainda que apenas na repetição do pedido dos embargantes, a alusão à matéria constitucional ..."

Digo eu.

No presente caso, a alusão à matéria constitucional (confronto do DL 406/68 com a Constituição) está no próprio voto, ao aludir jurisprudência que o fundamenta.

Lembro, por último, E. MONIZ DE ARAGÃO:

"... se da análise da deliberação recorrida defluir que, mesmo rejeitados os embargos de declaração, à omissão formal não corresponde efetivamente lacuna substancial, o recurso poderá ser examinado quanto ao julgamento dos embargos; não ficará somente na apreciação da recusa de suprir-lhe a apontada omissão" (in Pré-questionamento, Rev. Forense, v. 326, p. 47, 12.1994).

O conhecimento do Recurso se impõe.

Conheço-o e examino o mérito.

Não tem razão a Empresa.

O Plenário do STF já fixou a jurisprudência.

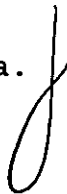
No RE 192.711 (GALVÃO, DJ 18.04.1997) decidiu que a Constituição Federal de 1988 substituiu a "... entrada da mercadoria no estabelecimento do importador para o recebimento da mercadoria importada, como o aspecto temporal do fato gerador do tributo, condicionado-se o desembaraço das mercadorias ... ao recolhimento , não apenas dos tributos federais, mas também do ICMS ...".

No mesmo sentido: RE 193817.

O acórdão recorrido está em manifesto confronto.

Dou provimento ao recurso do Estado.

Denego a segurança.



06/04/99

SEGUNDA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 208.639-8 RIO GRANDE DO SUL

CONFIRMAÇÃO DE VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Senhor Presidente, como Relator, já evolui quanto ao defeito de procedimento. Todos sabemos que dois vícios podem macular uma sentença: o de procedimento, por não ter sido adequadamente aplicada uma norma instrumental; e o de julgamento, quando, ocorrida a apreciação da lide, dá-se a uma norma material alcance que ela não tem. É muito importante definir-se o vício presente, porque, conforme seja, haverá desfechos diversos. No vício de procedimento, caminha-se para a declaração de insubsistência do julgamento realizado, determinando-se que outro venha à balha; no de julgamento, simplesmente reforma-se e, aí, caminha-se para a formalização de uma nova decisão que, a teor do artigo 512, substitui a impugnada, mediante o recurso. Cumprimento o Ministro Nelson Jobim pelo pragmatismo, mas para mim forma é segurança, é liberdade. O Direito Processual Civil existe para que se observe, não se surpreendendo as partes, uma certa organicidade, uma certa dinâmica. O que ocorreu no caso dos autos? Perante o Tribunal de Justiça, deu-se a formalização de um acórdão, versando sobre matéria



legal e matéria constitucional. Esse acórdão mostrou-se contrário aos interesses do contribuinte, que, por sua vez, interpôs, simultaneamente, o especial e o extraordinário: o primeiro admitido pelo Presidente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e o segundo trancado. Seguiu-se - V. Exa. esclarece - um agravo que foi distribuído ao Ministro Octavio Gallotti, que integra a Primeira Turma, enquanto, aqui, na Segunda Turma, estamos julgando, com Relator diverso, um recurso extraordinário protocolizado posteriormente. O especial, no Superior Tribunal de Justiça, frutificou. O Superior Tribunal de Justiça, dizendo do alcance do Decreto-Lei nº 406/68, recepcionado como lei complementar, pela Carta de 1988, estaria a dar respaldo ao pleito do contribuinte. Pois bem, o Estado do Rio Grande do Sul, atento à dinâmica do Direito, ao instituto do prequestionamento, e esse deve ser explícito, já que o conhecimento de um recurso não pode ficar ao sabor da capacidade intuitiva do julgador, protocolizou embargos declaratórios nos quais veiculou o fundamento da nossa decisão plenária. Quando concluímos que cabe o recolhimento do ICMS no despacho aduaneiro, interpretamos, a rigor, não o artigo 146, no que remete à lei complementar, mas a alínea "a", inciso IX, § 2º do artigo 155, ambos da Constituição Federal: incidirá, também, sobre a entrada de mercadoria importada do exterior, cabendo o imposto ao

Estado onde estiver situado o estabelecimento destinatário da mercadoria ou do serviço.

O que fez o Superior Tribunal de Justiça? Houvera conhecido o especial e julgado a lide. Alertado quanto a esse dispositivo constitucional, enveredou aquela seara que entendo imprópria e que se revela como sendo a da impossibilidade absoluta de emitir entendimento sobre texto constitucional.

Por essas razões, penso que não podemos queimar etapas. Se agora adentrarmos o mérito, em si, do extraordinário, mérito estrito senso, porque o vício de procedimento também se revela mérito do recurso, não é preliminar do recurso, estaremos, na verdade, julgando os embargos declaratórios protocolizados perante o Superior Tribunal de Justiça pelo Estado do Rio Grande do Sul.

Senhor Presidente, cumprimentando S. Exa. o Ministro Nelson Jobim pelo pragmatismo, pela celeridade e economia processuais implementadas, peço vênias para manter o meu voto.

Conheço do extraordinário pela violência ao devido processo legal e o provejo para, anulado o acórdão proferido por força dos declaratórios, como pleiteado pelo Estado, determinar que a Corte do Superior Tribunal de Justiça emita entendimento explícito sobre as matérias veiculadas nesses declaratórios.

É o meu voto.



SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 208.639-8

PROCED. : RIO GRANDE DO SUL

REDATOR PARA O ACÓRDÃO: MIN. NELSON JOBIM

RECTE. : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ADV. : PGE-RS - SÉRGIO VIANA SEVERO E OUTRO

RECDO. : LAVEN COMERCIAL EXPORTADORA LTDA

ADV. : LEÔNIDAS CABRAL ALBUQUERQUE

ADV. : CARLOS ADEMIR MORAES E OUTROS

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Relator não conhecendo do recurso do Estado do Rio Grande do Sul, por falta de prequestionamento, o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista do Senhor Ministro Nelson Jobim. Falou pela recorrida o Dr. Leônidas Cabral Albuquerque. 2ª Turma. 05.08.97.

Decisão: Por maioria, a Turma conheceu do recurso do Estado do Rio Grande do Sul e lhe deu provimento, nos termos do voto do Senhor Ministro Nelson Jobim, vencido, em parte, o Senhor Ministro-Relator, que também conhecia do recurso e lhe dava provimento em menor extensão, para anular o acórdão do Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma, 06.04.99.

Presidência do Senhor Ministro Néri da Silveira. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Carlos Velloso, Marco Aurélio, Maurício Corrêa e Nelson Jobim.

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


Carlos Alberto Cantanhede
Coordenador