

14/04/98

PRIMEIRA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 210.638-1 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE
RECORRENTE: ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO: PGE-SP - ARTUR AFONSO GOUVEA FIGUEIREDO
RECORRENTE: HIMAFE INDÚSTRIA E COMERCIO DE MÁQUINAS E FERRAMENTAS
LTDA
ADVOGADO: CELSO BOTELHO DE MORAES E OUTROS
RECORRIDO: OS MESMOS

EMENTA: I. RE: prequestionamento: Súmula 356.

O que, a teor da Súm. 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.

II. ICMS: momento da ocorrência do fato gerador e recolhimento do imposto mediante guia especial, na entrada de mercadoria importada do exterior.

Firmou-se a jurisprudência do STF no sentido da validade da cobrança do ICMS na entrada de mercadoria importada do exterior, no momento do desembarço aduaneiro (RE 192.711, DJ 18.4.97) e do recolhimento do imposto mediante guia especial (RE 195.663, Pleno, 13.8.97).

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conhecer e dar provimento ao 1º recurso extraordinário do Estado de São Paulo e, em consequência, não conhecer do recurso extraordinário de Himafe Indústria e Comércio de

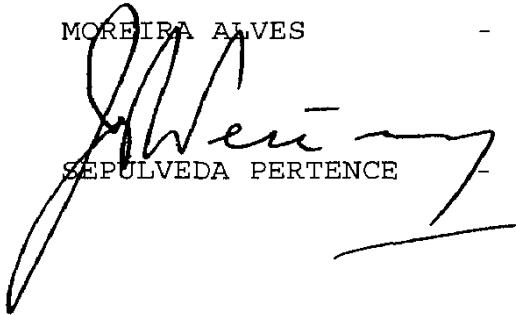


Máquinas e Ferramentas Ltda. e do 2º recurso extraordinário do Estado de São Paulo.

Brasília, 14 de abril de 1998.

MOREIRA ALVES -

PRESIDENTE


SEPULVEDA PERTENCE -

RELATOR

ibc/

14/04/98

PRIMEIRA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 210.638-1 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE
RECORRENTE: ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO: PGE-SP - ARTUR AFONSO GOUVEA FIGUEIREDO
RECORRENTE: HIMAFE INDÚSTRIA E COMERCIO DE MÁQUINAS E FERRAMENTAS
LTDA
ADVOGADO: CELSO BOTELHO DE MORAES E OUTROS
RECORRIDO: OS MESMOS

R E L A T Ó R I O

SENHOR MINISTRO O SEPÚLVEDA PERTENCE - Da decisão de segundo grau - que reconheceu à impetrante o direito de não recolher o ICMS antes da entrada da mercadoria importada em seu estabelecimento, mas lhe negara a pretensão de efetuar esse recolhimento dentro do regime periódico de apuração - foram interpostos recursos extraordinário e especial pela empresa e pelo Estado, todos admitidos (f. 473/476).

O STJ conheceu e deu provimento ao recurso especial da impetrante em decisão assim ementada (f. 488):

"TRIBUTÁRIO. MERCADORIA IMPORTADA. INCIDÊNCIA DO ICMS DESDE A ENTRADA NO ESTABELECIMENTO DO IMPORTADOR.

O fato gerador do tributo, na importação de mercadorias, ocorre no momento da entrada no estabelecimento do importador e não por ocasião do desembaraço aduaneiro".

O Estado opôs embargos declaratórios por omissão da Turma em decidir do seu recurso especial. Os embargos foram recebidos em parte pelo acórdão de f. 493/496, em cuja ementa se lê:



“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECEBIMENTO PARCIAL, APENAS QUANTO À OMISSÃO EM RELAÇÃO AO SEGUNDO RECURSO ESPECIAL. FATO GERADOR DO ICMS NA IMPORTAÇÃO DE MERCADORIAS. MATÉRIA PACIFICADA. EXAME DAS QUESTÕES INFRACONSTITUCIONAIS PELO S.T.J. E COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA APRECIAR MATÉRIA CONSTITUCIONAL.

Supre-se a omissão, com pronunciamento expresse sobre o segundo recurso.

Pacificou-se a jurisprudência no sentido de que incide o ICMS no momento da entrada do produto importado no estabelecimento do importador.

Cabe ao Colendo Supremo Tribunal Federal o exame direto da matéria constitucional”.

Contra essa decisão interpôs o Estado novo recurso extraordinário (f. 498/502), reiterando a alegação de contrariedade ao art. 155, § 2º, IX, a, CF, já deduzida no RE anteriormente interposto, no qual também sustentara violação ao art. 34, § 8º, ADCT (f. 328/346).

A empresa, de seu turno, opondo-se à decisão de segunda instância, suscita preliminar de nulidade do acórdão que rejeitou os embargos declaratórios com os quais pretendia fosse explicitado o exame das questões a serem veiculadas no recurso extraordinário, de modo a impedir a incidência da Súmula 282; invocando precedentes do Tribunal, alega, no ponto, negativa de prestação jurisdicional e ofensa ao devido processo legal. No mérito, sustenta que o aresto recorrido, negando-lhe o direito de recolher o ICMS, nas importações de mercadorias, após a apuração do quantum debeatur pela diferença entre os débitos e os créditos do ICMS em determinado período, teria ofendido os arts. 5º, I e 170, IV, da Constituição (f. 277/302).

É o relatório.



V O T O

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): Examino, em primeiro lugar, o recurso extraordinário da empresa, que não tenho como prejudicado pelo provimento do recurso especial.

De fato. Como se vê do voto condutor da decisão do STJ (f. 485/488), em cujos termos o recurso foi provido, o julgamento se ateve ao problema do momento da ocorrência do fato gerador, prevalecendo, a respeito, a mesma orientação adotada pelo Tribunal de Justiça, no sentido de que o ICMS, na importação de mercadorias, incide na entrada dessas mercadorias no estabelecimento do importador, e não no desembaraço aduaneiro. Omitiu-se por completo o acórdão em examinar a pretensão da contribuinte de recolher o imposto no regime de apuração mensal. Entendo, portanto, que essa pretensão - igualmente deduzida no recurso extraordinário - continua pendente de apreciação.

Quanto à preliminar de nulidade do acórdão que rejeitou os embargos declaratórios, não há como acolhê-la à falta de prejuízo para a recorrente. Com efeito, a rejeição dos embargos não impede que, no julgamento do recurso extraordinário, se considere prequestionada a matéria neles veiculada, como resulta, a contrario sensu, da Súmula 356, desde que sobre essa matéria tivesse de pronunciar-se o órgão julgador.

A teor da Súmula 356, o que se reputa não presquestionado é o ponto indevidamente omitido pelo acórdão primitivo sobre o qual



"não foram opostos embargos declaratórios". Mas, se opostos, o Tribunal a quo se recuse a suprir a omissão, por entendê-la inexistente, nada mais se pode exigir da parte. Não desconheço opiniões em contrário no Tribunal (cf. e.g., RE 208639, Inf. STF n° 78). 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 como o que vivemos.

No mérito, não tem razão a contribuinte. Com efeito, ao julgar o RE 195.663 (Galvão, Pleno, 13.8.97), o STF afastou a alegação de inconstitucionalidade em face do princípio da igualdade em matéria tributária (CF, art. 150, II), da cobrança do ICMS, na entrada de mercadoria importada, fora do regime de apuração mensal (recolhimento por guia especial).

A motivação acolhida pelo Plenário - não serem equivalentes as situações do contribuinte que realiza operações no mercado interno e do contribuinte importador, tendo em vista que as mercadorias adquiridas internamente já incluem o valor do imposto, ao passo que as provenientes do exterior não incluem imposto algum -, também afasta a contrariedade ao art. 170, IV, CF, argüida no RE por suposta inviabilização da concorrência em igualdade de condições.

Quanto aos recursos do Estado, não conheço do segundo, interposto contra a decisão do STJ, que nada mais fez que confirmar



o acórdão de segunda instância, já impugnado pelo primeiro recurso extraordinário.

Conheço, no entanto, do primeiro RE, tendo em vista a violação pelo acórdão recorrido dos arts. 155, § 2º, IX, a, CF e 34, § 8º, ADCT, nos termos da orientação firmada pelo Tribunal no RE 192.711 (Galvão, DJ 18.4.97):

“EMENTA: ICMS INCIDENTE SOBRE MERCADORIAS IMPORTADAS. FATO GERADOR. ELEMENTO TEMPORAL. CF/88, ART. 155, § 2º, IX, A.

Afora o acréscimo decorrente da introdução de serviços no campo da abrangência do imposto em referência, até então circunscrito à circulação de mercadorias, duas alterações foram feitas pelo constituinte no texto primitivo (ar. 23, § 11, da Carta de 1969), a primeira, na supressão das expressões: “a entrada, em estabelecimento comercial, industrial ou produtor, de mercadoria importada do exterior por seu titular”; e, a segunda, em deixar expresso caber “o imposto ao Estado onde estiver situado o estabelecimento destinatário da mercadoria”.

Alterações que tiveram por consequência lógica a substituição da entrada da mercadoria no estabelecimento do importador para o do recebimento da mercadoria importada, como aspecto temporal do fato gerador do tributo, condicionando-se o desembaraço das mercadorias ou do bem importado ao recolhimento, não apenas dos tributos federais, mas também do ICMS incidente sobre a operação.

Legitimação dos Estados para ditarem norma geral, dê caráter provisório, sobre a matéria, de conformidade com o art. 34, § 8º, do ADCT/88, por meio do Convênio ICM 66/88 (art. 2º, I) e, conseqüentemente, do Estado de São Paulo para fixar o novo momento da exigência do tributo (Lei nº 6.374/89, art. 2º, V).

Acórdão que, no caso, dissentiu dessa orientação.

Recurso conhecido e provido.”



Em resumo, não conheço do recurso extraordinário da empresa e do 2º RE do Estado e conheço do primeiro recurso do Estado e lhe dou provimento para denegar a segurança: é o meu voto.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized letter 'J' or 'I' with a long, sweeping tail that loops back to the right.

PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 210.638-1

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE

RECTE. : ESTADO DE SÃO PAULO

ADV. : PGE-SP - ARTUR AFONSO GOUVEA FIGUEIREDO

RECTE. : HIMAFÉ INDÚSTRIA E COMERCIO DE MÁQUINAS E FERRAMENTAS
LTDA

ADV. : CELSO BOTELHO DE MORAES E OUTROS

RECDO. : OS MESMOS

Decisão: A Turma conheceu e deu provimento ao 1º recurso extraordinário do Estado de São Paulo e, em consequência, não conheceu do recurso extraordinário de Himafe Indústria e Comércio de Máquinas e Ferramentas Ltda e do 2º recurso extraordinário do Estado de São Paulo, nos termos do voto do Relator. Unânime. Ausente, ocasionalmente, o Senhor Ministro Ilmar Galvão. 1ª. Turma, 14.04.98.

Presidência do Senhor Ministro Moreira Alves. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Sepúlveda Pertence e Ilmar Galvão.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Miguel Frauzino Pereira.


Ricardo Dias Duarte
Secretário