

*Supremo Tribunal Federal*

COORD. DE ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA  
D.J. 03.03.2000  
EMENTÁRIO Nº 1 9 8 1 - 5

1053

31/03/98

SEGUNDA TURMA

AGRAVO REG. EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 208.451-4

SÃO PAULO

RELATOR : MIN. NÉRI DA SILVEIRA  
AGRAVANTE: GAFLOM PROJETOS E INSTALAÇÕES LTDA  
ADVOGADO: DANIELE STROHMEYER GOMES E OUTROS  
AGRAVADO: ESTADO DE SÃO PAULO  
ADVOGADO: PGE-SP - MAGALI JUREMA ABDO

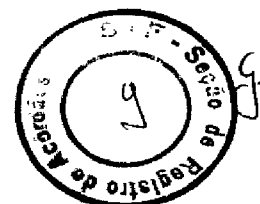
**EMENTA:** - Recurso extraordinário. 2. ICMS incidente sobre mercadoria importada. 3. Momento da ocorrência do fato gerador. 4. Constituição Federal, art. 155, § 2º, inciso IX, letra a. 5. O Plenário do STF, no julgamento do RE 193.817 - RJ, a 23.10.1996, por maioria de votos, firmou orientação segundo a qual, em se cuidando de mercadoria importada, o fato gerador do ICMS não ocorre com a entrada no estabelecimento do importador, mas, sim, quando do recebimento da mercadoria, ao ensejo do respectivo desembaraço aduaneiro. 6. Recolhimento do imposto. Apuração mensal. Regência por lei estadual. 7. Ofensa reflexa. 8. Agravo regimental improvido.

**A C Ó R D ã O**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do relator.

Brasília, 31 de março de 1998.

  
MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA - Presidente e Relator



**AGRAVO REG. EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 208.451-4 - SÃO PAULO.**

**RELATOR : MIN. NÉRI DA SILVEIRA**  
AGRAVANTE: GAFLOM PROJETOS E INSTALAÇÕES LTDA  
ADVOGADO: DANIELE STROHMEYER GOMES E OUTROS  
AGRAVADO: ESTADO DE SÃO PAULO  
ADVOGADO: PGE-SP - MAGALI JUREMA ABDO

**R E L A T Ó R I O**

**O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA - (Relator):**

Apreciando o Recurso extraordinário nº 208.451-4, proferi o seguinte despacho:

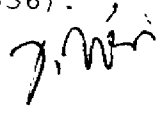
"Cuida-se de recurso extraordinário, com fundamento no art. 102, III, "a", da Constituição, interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao entender que o fato gerador do imposto ocorre na data do despacho aduaneiro, procedendo-se o recolhimento mediante guia especial, e não quando da entrada da mercadoria no estabelecimento do importador.

2. A recorrente, para dar sustentação ao apelo extremo, alega ofensa ao art. 155, § 2º, inciso IX, letra "a", da Constituição Federal.

3. Foram apresentadas contra-razões (fls. 255/274).

4. Preenchidos os requisitos indispensáveis à admissão do recurso extraordinário, deferiu seu processamento o ilustre Presidente do Tribunal *a quo*.

5. Simultaneamente ao recurso extraordinário, o Estado interpôs, também, recurso especial, no qual se afirmou que "no acórdão em que restou assentado que inexistente ilegalidade no recolhimento do ICMS pelo sistema de guia especial (Decreto 33.118/91), mesmo esclarecido não ser possível agasalhar a pretensão recursal, com base no tratamento isonômico do GATT, descabe alterar o resultado do julgamento" (fls. 336).



6. Com efeito, a decisão do Tribunal a quo está em consonância com o entendimento plenário desta Corte que considerou legítima a cobrança do referido imposto por ocasião do desembaraço aduaneiro, não prevalecendo a aplicação da Súmula 577 do STF em face do disposto no art. 155, § 2º, inc. IX, da Constituição Federal (RE 193.817-RJ, Rel. Min. Ilmar Galvão).

7. Em face do exposto, com apoio no art. 38, da Lei nº 8.038, de 1990, combinado com o art. 21, § 1º, do Regimento Interno, nego seguimento ao recurso."

Publicado o despacho no dia 16 de junho de 1997, conforme certificado às fls. 344, interpôs, tempestivamente, GAFLON PROJETOS E INSTALAÇÕES LTDA., o agravo regimental de fls. 345/351.

Em suas razões, sustenta a agravante que "... o R. Despacho ora agravado cometeu um equívoco, uma vez que além da questão atinente ao direito de recolher o ICMS quando da entrada da mercadoria no estabelecimento do importador e não no ato do desembaraço alfandegário, a ora agravante objetiva resguardar o direito líquido e certo de recolher o ICMS incidente sobre mercadorias importadas no prazo normal estabelecido segundo o seu código de atividade econômica, mediante o lançamento do referido montante em conta gráfica para oportuna e regular apuração mensal, eximindo-a de submeter-se à exigência fiscal violadora dos arts. 150, I e 152 da Lei Maior.

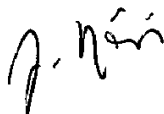
Alega, ainda, a agravante que a "R. Decisão agravada omitiu-se sobre as questões postas desde a instância ordinária, notadamente levantadas no Recurso Extraordinário, quais sejam:

1º) Proibição de tratamento tributário discriminatório, expressamente ventilado pela Agravante,...

(...)

2º) O princípio da legalidade tributária, também questionado,....".

É o relatório.



31/03/98

SEGUNDA TURMA

AGRAVO REG. EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 208.451-4

SÃO PAULO

V O T O

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA - (Relator):

Nego provimento ao agravo regimental. Mantenho o despacho agravado, por seus próprios fundamentos, não infirmados pela agravante.

Com efeito, no julgamento do RE 193.817-RJ, relator o ilustre Ministro Ilmar Galvão, concluído em sessão do Plenário de 23.10.1996, votei vencido, mantendo orientação que corresponde à do acórdão recorrido.

Na oportunidade, proferi o seguinte voto:

"Trata-se de imposto de competência de Estado-membro. Põe-se, desde logo, questão concernente ao Estado Federal. O Estado-membro é quem fiscaliza e dispõe a respeito de seus negócios, de seus tributos, nos limites estipulados na Constituição. Não vejo no art. 155, § 2º, IX, a), da Constituição, haja se modificado o tratamento histórico da matéria entre nós; e a comprovar sua antigüidade está a Súmula 577, *verbis*:

"577. Na importação de mercadorias do exterior, o fato gerador do ICM ocorre no momento de sua entrada no estabelecimento do importador."

Estão os precedentes e a legislação nela referidos a indicarem a antigüidade da orientação com base no CTN de 1966, e no Decreto-lei nº 406/1968. De outra parte, não vejo escrito na Constituição dado que me parece fundamental, em se tratando de imposto estadual. Se é imposto estadual, a presunção é que tudo ocorra no âmbito do território do Estado. Assim sempre se considerou, salvo disposição expressa em contrário, na Constituição. O fato gerador, a fiscalização da mercadoria, tudo isso se faz



dentro do território do Estado. A Constituição não preceitua que seja diferente, sequer há aí expressão comum em texto constitucional: "entrada no território nacional", como momento do fato gerador. Se ela tivesse dito "no momento da entrada no território nacional" é que ocorre o fato gerador, seria admissível a exegese pretendida no voto do Relator. Trata-se de imposto estadual, mas, pouco importa, a Constituição Federal, ao disciplinar a matéria, poderia estipular dessa maneira. O sistema anterior era explícito. A Constituição precedente era clara no sentido de que o fato gerador ocorria com a entrada da mercadoria no estabelecimento do importador.

A letra a do inciso IX do § 2º do art. 155, referindo-se ao ICMS, dispõe:

'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;'

A Constituição quis dizer apenas que incide ICMS na importação de mercadorias do exterior: 'incide sobre a entrada de mercadoria importada do exterior'. Houve importação de mercadoria do exterior? Esse fato está sujeito à incidência do ICMS. É só isso. A Constituição não define o momento em que o ICMS deve ser arrecadado, nesta primeira parte:

'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.'

A Constituição anterior não dizia diferente, no art. 23, parágrafo 11:

'O imposto a que se refere o item II 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.'

Data vênua, não vejo, assim, nenhuma letra na Constituição a autorizar se tenha como momento do fato gerador o desembaraço da mercadoria em repartição federal. Creio que com essa interpretação, atenta-se contra a autonomia do Estado-membro. Não encontrando na Constituição Federal autorização a tal exegese desenvolvida pelo Relator, com a devida vênua, acompanho os votos dos Srs. Ministros Maurício Corrêa e Carlos Velloso e não conheço do recurso."

O Plenário, entretanto, por maioria, vencidos, também, os Senhores Ministros Carlos Velloso, Francisco Rezek, Marco Aurélio e Maurício Corrêa, conheceu do recurso e lhe deu provimento, na linha do voto do Relator.

Afirmou-se que, do confronto do § 11 do art. 23 da Emenda Constitucional nº 1/1969, na redação da Emenda nº 3/1983, com o texto do inciso IX, letra "a", do § 2º do art. 155 da Constituição de 1988, cumpria reconhecer a ocorrência de modificação no sistema, eis que, em se cuidando de mercadoria importada o fato gerador não mais sucedia na sua entrada no estabelecimento do importador, mas, sim, quando de seu recebimento, com o desembaraço aduaneiro. Deu-se especial realce à cláusula final da regra de 1988, quando estipula que cabe "o imposto ao Estado onde estiver situado o estabelecimento destinatário da mercadoria". Teve a maioria em conta que, antecipado o elemento temporal da ocorrência do fato gerador do ICMS para o momento do recebimento da mercadoria importada, isto é, do desembaraço-alfandegário, tornou-se necessária a disposição que garante o imposto ao Estado onde situado o estabelecimento destinatário da mercadoria. Sinalou o relator, ilustre Ministro Ilmar Galvão: "Consagrou a nova Carta, portanto, finalmente, a pretensão de há muito perseguida pelos Estados, de verem condicionado o desembaraço da mercadoria ou do bem importado ao recolhimento, não apenas dos tributos federais, mas também do ICMS

incidente sobre a operação. O benefício decorrente da medida salta à vista: reduzir praticamente a zero a sonegação, com simultânea redução do esforço de fiscalização, sem gravame maior para o contribuinte."

Noutro passo, o voto condutor de aresto do Plenário acentuou:

"A inovação resultou na evidência de que o DL n.º 406/68 era incompatível com o novo texto, no ponto em que, disciplinando a matéria, estabelecia que '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" (art. 1º, II).

Em consequência, legitimou-se a iniciativa, tomada pelos Estados e pelo Distrito Federal, em conjunto com o Ministério da Fazenda, de ditarem norma geral, de caráter provisório, sobre a matéria, de conformidade com o art. 34, § 8º, do ADCT/88, por meio do Convênio ICM 66/88, onde, a respeito, se estipulou, no art. 2º, I, **in verbis**:

'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'.

Oferecendo duas alternativas para os elementos espacial e temporal referidos ao fato gerador do tributo, reservou o Convênio, às unidades federadas, às quais se destinam as normas gerais regedoras do sistema tributário, a escolha da que mais conveniente se mostre a cada qual, em face das respectivas peculiaridades.

Assim, é aos Estados e ao Distrito Federal que - na forma prevista no art. 155, **caput**, da CF/88 e, obviamente com observância dos limites traçados pelas referidas normas -, cabe instituir o tributo e, conseqüentemente,

AGRAVO REG. EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 208.451-4

SÃO PAULO

definir-lhe, em definitivo, o fato gerador, com fixação do respectivo elemento temporal."

Julgando, agora, em Turma, com ressalva de meu ponto de vista contrário, sigo a orientação do Plenário, antes mencionada.

Quanto ao pretense direito de recolhimento do imposto devido, no 25º dia do mês subsequente ao da apuração, vê-se que esta matéria é disciplinada por legislação estadual, o que, por si só, obsta sua apreciação em sede de recurso extraordinário. Se ofensa à Constituição houvesse, esta somente se daria por via reflexa e indireta.

Anote-se, ainda, que a questão, nesse ponto, já foi devidamente apreciada pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, com decisão trânsita em julgado, conforme certificado às fls. 337.

*D. Neri*



SEGUNDA TURMA


EXTRATO DE ATA

AGRAVO REG. EM RECURSO EXTRAORDINARIO N. 208.451-4  
PROCED. : SÃO PAULO  
RELATOR : MIN. NÉRI DA SILVEIRA  
AGTE. : GAFLOM PROJETOS E INSTALAÇÕES LTDA  
ADV. : DANIELE STROHMEYER GOMES E OUTROS  
AGDO. : ESTADO DE SÃO PAULO  
ADV. : PGE-SP - MAGALI JUREMA ABDO

**Decisão:** Por unanimidade, a Turma negou provimento ao agravo regimental. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Marco Aurélio e Nelson Jobim. 2ª Turma, 31.03.98.

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

Subprocurador-Geral da República, Dr. Mardem Costa Pinto

  
Carlos Alberto Cantanhede  
Secretário