

11/12/2012

PRIMEIRA TURMA

AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 739.580 SÃO PAULO

RELATORA : **MIN. ROSA WEBER**
AGTE.(S) : **LATINA ELETRODOMÉSTICOS S/A**
ADV.(A/S) : **JOSÉ PAULO DE CASTRO EMSENHUBER E**
OUTRO(A/S)
AGDO.(A/S) : **ESTADO DE SÃO PAULO**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO**

EMENTA

DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. MERCADORIAS DADAS EM BONIFICAÇÃO. EXCLUSÃO BASE DE CÁLCULO. ART. 38 DO RICMS/SP. DEBATE DE ÂMBITO INFRACONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO DO ARQUÉTIPO CONSTITUCIONAL DO ICMS. QUESTÃO NÃO PREQUESTIONADA. APLICAÇÃO DA SÚMULA STF 282. INAPTIDÃO DO PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO OU FICTO PARA ENSEJAR O CONHECIMENTO DO APELO EXTREMO. INTERPRETAÇÃO DA SÚMULA STF 356.

A decisão agravada está em harmonia com a jurisprudência desta Casa acerca do caráter infraconstitucional do debate atinente à interpretação dada pelo Tribunal de Justiça paulista quanto à inclusão na base de cálculo do ICMS das mercadorias dadas em bonificação. A suposta ofensa aos postulados constitucionais somente poderia ser constatada a partir da análise da legislação infraconstitucional local apontada no apelo extremo. Eventual violação oblíqua ou reflexa não viabiliza trânsito a recurso extraordinário.

Por outro lado, a questão atinente à violação do arquétipo constitucional do ICMS sequer foi prequestionada, porquanto não foi analisada pelas instâncias ordinárias e tampouco nos embargos de declaração opostos para satisfazer o requisito do prequestionamento. Esta Corte não tem procedido à exegese *a contrario sensu* da Súmula STF 356 e, por consequência, somente considera prequestionada a questão constitucional quando tenha sido enfrentada, de modo expreso, pelo

AI 739.580 AGR / SP

Tribunal de origem. A mera oposição de embargos declaratórios não basta para tanto. Aplicável o entendimento jurisprudencial vertido na Súmula 282/STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão suscitada”.

Agravo regimental conhecido e não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Primeira Turma, sob a Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da relatora.

Brasília, 11 de dezembro de 2012.

Ministra Rosa Weber
Relatora

11/12/2012

PRIMEIRA TURMA

AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 739.580 SÃO PAULO

RELATORA : MIN. ROSA WEBER
AGTE.(S) : LATINA ELETRODOMÉSTICOS S/A
ADV.(A/S) : JOSÉ PAULO DE CASTRO EMSENHUBER E
OUTRO(A/S)
AGDO.(A/S) : ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

A Senhora Ministra Rosa Weber (Relatora): Contra decisão por mim proferida (fls. 393-8), mediante a qual foi negado seguimento a seu agravo em recurso extraordinário, maneja agravo regimental Latina Eletrodomésticos S/A (fls. 401-5).

A parte agravante insurge-se contra a decisão agravada, ao argumento de que violados frontalmente postulados da Carta Maior. Alega que, no curso da demanda, demonstrou, “expressamente”, a combatida violação da “*regra matriz de incidência do ICMS, cujos pilares estão insculpidos no artigo 155 da Constituição Federal decorrente da tributação de mercadorias dadas em bonificação, uma vez que nesta operação não há circulação econômica*” (fl. 404). Sustenta que não há falar em aplicação da Súmula 280/STF, porquanto cabe ao Supremo Tribunal atribuir a interpretação final às normas constitucionais, especialmente aos artigos 5º, 37, 102 e 155 da Carta Magna.

Decisão agravada publicada no DJe em 05.10.2012.

É o relatório.

11/12/2012

PRIMEIRA TURMA

AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 739.580 SÃO PAULO

VOTO

A Senhora Ministra Rosa Weber (Relatora): Preenchidos os pressupostos genéricos, **conheço** do agravo regimental e passo ao exame do mérito.

Transcrevo o teor da decisão que desafiou o agravo:

“Vistos etc.

Contra o juízo negativo de admissibilidade do recurso extraordinário, exarado pela Presidência do Tribunal *a quo*, maneja agravo de instrumento Latina Eletrodomésticos S/A. Na minuta, sustenta que o recurso extraordinário reúne todos os requisitos para sua admissão.

Contraminuta.

É o relatório.

Decido.

Preenchidos os pressupostos extrínsecos.

Reproduzo o teor da decisão denegatória de seguimento do recurso extraordinário, exarada na origem:

Trata-se de recurso extraordinário interposto com fundamento no artigo 102, inciso III, da Constituição da República.

Em preliminar, o recorrente aponta a existência de repercussão geral de questão constitucional, exigência contida no art. 543-A, do CPC, com a redação dada pela Lei nº 11.418/2006, matéria cuja apreciação é da competência do C. Supremo Tribunal Federal.

No entanto, o recurso não merece trânsito.

Isso porque, ao que se infere, os argumentos expendidos não foram suficientes para infirmar a conclusão do v. aresto combatido que contém

AI 739.580 AGR / SP

fundamentação adequada para lhe dar respaldo. Tampouco restou evidenciado qualquer maltrato a normas constitucionais, não sendo atendida qualquer das hipóteses das alíneas 'a', 'b', 'c' e 'd' do permissivo constitucional.

A propósito, de qualquer modo, a análise demandaria o exame de matéria infraconstitucional, quando é sabido que a ofensa à Constituição Federal deve ser direta e frontal, e não por via reflexa, *verbis*:

'(...) Se para demonstrar ofensa à Constituição é mister, por primeiro, ver reconhecida vulneração a Lei ordinária, é esta última o que conta, não se cuidando, pois, de contrariedade direta e imediata à Lei Magna. Na admissibilidade do recurso extraordinário, exige-se, também, haja ofensa direta, pela decisão recorrida, a norma constitucional, não podendo essa vulneração verificar-se, por via oblíqua, ou em decorrência de se violar norma infraconstitucional, 'ut' art. 102, III, do Estatuto Supremo'. (AR. 1.856-6 - RJ - STF - Rel. Min. Sepúlveda Pertence - DJU de 10.3.2005).

No mesmo sentido: AI. 441.397-4 - SP - Rel. Min. Celso de Mello - DJU de 23.4.2004; AI. 523.843-5 - RJ - STF - Rel. Min. Cezar Peluso - DJU de 21.9.2005 e AI 450349 AgR / SC – STF – Rel. Carlos Velloso – DJ de 03.02.2006.

Por tais razões, não admito o recurso extraordinário' (fls. 371-2).

Por seu turno, ao adequado enfrentamento da controvérsia, transcrevo as razões de decidir, quando do julgamento do recurso veiculado na origem:

`Cuida-se de ação declaratória proposta por Latina Eletrodomésticos S/A em face da Fazenda do Estado de São Paulo, em que se objetiva a declaração de não inclusão das bonificações na base de cálculo do ICMS.

Consoante relatório adotado pela sentença, a autora alega que é empresa comercial contribuinte de ICMS, e frequentemente realiza vendas com bonificação, o que é

AI 739.580 AGR / SP

inclusive exigido por parte de alguns clientes, como ARAPUÃ, Paes Mendonça, WALLMART. Estas bonificações, entretanto, não compõem o preço do negócio mercantil realizado, e portanto, não poderiam compor a base de cálculo do ICMS, pois não fazem parte do valor da operação, correspondendo a um desconto incondicional. Entende que o art. 38 do RICM/SP é inconstitucional, pois inclui na base de cálculo do ICMS as mercadorias dadas em bonificação, alargando a base de cálculo do ICMS em relação ao disposto no art. 155, inciso II da CF e Lei Complementar n° 87/96.

A r. sentença (fls. 119/121) julgou improcedente a ação, condenando a autora ao pagamento de custas, despesas e honorários de 10% do valor atribuído à causa.

Em recurso de apelação, a autora insiste nos mesmos argumentos alegando a inconstitucionalidade e ilegalidade da cobrança, sob o fundamento de que a bonificação em mercadorias é equivalente aos descontos incondicionais (fls. 123/131).

Oferecidas as contrarrazões (fls. 136/152) os autos foram remetidos ao Egrégio Tribunal de Justiça.

Pedido da autora requerendo a alteração do valor da causa para R\$ 34.236,63, em observância ao determinado no agravo de instrumento n. 459.803.5/6 (fls. 158).

É o relatório.

Realmente nada há de inconstitucional no art. 37 do RICMS/SP que inclui na base de cálculo do ICMS as mercadorias dadas em bonificação.

O fato imponível descrito na hipótese de incidência ocorre com a entrega da mercadoria dada em bonificação, o valor desta operação é representado não só pelo preço da venda da mercadoria, mas também pelo que foi dado em bonificação.

Tem-se que há o creditamento do valor do imposto quando a mercadoria entra no estabelecimento da autora, assim a não incidência na saída equivaleria a uma redução

AI 739.580 AGR / SP

de alíquota.

E a r. sentença muito bem fundamenta neste sentido:

Para que não incidisse o ICMS na saída de tais mercadorias, com certeza a autora também teria que, do ponto de vista contábil, ser considerada como consumidora final, não se creditando pela entrada de tais produtos, arcando com o ônus da tributação — caso contrário, estaria concedendo um desconto para o cliente com 'chapéu alheio', ou seja, às custas dos cofres do Estado, socializando seu prejuízo com o desconto.

Como não há lei regulando a isenção ou não incidência de tributo sobre eventual bonificação, o que necessariamente implicaria em anotação contábil, a fim de evitar o creditamento da empresa em relação à mercadoria em questão, a hipótese formulada pela autora não poderia ser atendida, sob pena de quebra ao princípio da igualdade tributária.

Argumento no sentido de que apenas as mercadorias dadas de forma condicional em bonificação seriam tributáveis implica em equivocada interpretação gramatical do artigo 24, parágrafo 1º da Lei Estadual nº 6.374/89, pois quaisquer mercadorias dadas em bonificação são tributáveis, assim como quaisquer descontos condicionais; ou seja, apenas os descontos incondicionais não são tributáveis.

Consoante se extrai da interpretação do art. 24, parágrafo 1º, da Lei Estadual nº 6.374/89, verifica-se que apenas os descontos e abatimentos incondicionais são excluídos da base de cálculo do ICMS:

Incluem-se na base de cálculo:

1- todas as importâncias, despesas acessórias, juros, acréscimos, bonificações ou outras vantagens a qualquer título recebidas pelo contribuinte, excluídos os descontos ou abatimentos incondicionalmente

AI 739.580 AGR / SP

concedidos;

Ainda, há de se considerar que a bonificação em tela não é incondicional, pois o cliente somente terá direito a ela se atingir determinado volume de compra de produtos, de acordo com regras de mercado.

Destarte, nada há a ser reparado na r. sentença.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso' (fls. 216-9).

Ao exame dos declaratórios, assim se manifestou a Corte de origem:

`Os embargos de declaração destinam-se a eliminar obscuridade, contradição ou omissão porventura existentes no acórdão (CPC, art. 535).

Não há qualquer omissão a ser sanada no v. acórdão embargado, o que se pretende, aliás, é a rediscussão do mérito da questão posta em juízo.

Ante o exposto, rejeitam-se os embargos declaratórios' (fls. 252-3).

Nada colhe o agravo.

Não há falar em afronta aos preceitos constitucionais indicados nas razões recursais, porquanto, no caso, a suposta ofensa somente poderia ser constatada a partir da análise da legislação infraconstitucional local apontada no apelo extremo, o que torna oblíqua e reflexa eventual ofensa, insuscetível, portanto, de viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário.

Dessarte, desatendida a exigência do art. 102, III, 'a', da Lei Maior, nos termos da remansosa jurisprudência deste egrégio Supremo Tribunal Federal. Aplicação da Súmula 280/STF: 'Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário'. Nesse sentido: ARE 650.574-AgR/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJe 28.9.2011; e ARE 647.735-AgR/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJe 27.6.2012, cuja ementa transcrevo:

'EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO

AI 739.580 AGR / SP

REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TEMPESTIVIDADE DO AGRAVO REGIMENTAL. INCIDÊNCIA DO ADICIONAL DE SEXTA PARTE SOBRE A INTEGRALIDADE DOS VENCIMENTOS DE SERVIDOR ESTADUAL. MATÉRIA DE ÍNDOLE INFRACONSTITUCIONAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 280 DESTA CORTE. REPERCUSSÃO GERAL REJEITADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A ofensa a direito local não viabiliza o apelo extremo (Súmula 280 do STF). 2. Na hipótese em apreço, o cálculo do adicional de sexta-parte foi solucionado à luz do art. 129 da Constituição do Estado de São Paulo, não desafiando o acórdão, recurso extraordinário. ... 5. Embargos de declaração acolhidos para reconhecer a tempestividade o agravo regimental e negar-lhe provimento’.

Nego seguimento ao agravo de instrumento (CPC, art. 557, *caput*)”.

As razões do agravo regimental não são aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada, mormente no que se refere ao caráter infraconstitucional do debate, a inviabilizar o trânsito do recurso extraordinário. Com efeito, divergir do entendimento sufragado na Corte de origem, que concluiu pela legitimidade das regras locais, implicaria, necessariamente, o revolvimento da legislação paulista (Lei 6.374-RICMS/SP). Eventual violação oblíqua ou reflexa da Carta Constitucional não viabiliza trânsito a recurso extraordinário.

Registro que esta Casa já examinou feitos análogos, que envolviam a interpretação dada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo à inclusão das bonificações na base de cálculo do ICMS, concluindo pelo caráter infraconstitucional do debate. Anoto precedente:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. ICMS. MERCADORIAS DADAS EM BONIFICAÇÃO. REEXAME DE PROVAS E DE LEGISLAÇÃO LOCAL. IMPOSSIBILIDADE EM RECURSO

AI 739.580 AGR / SP

EXTRAORDINÁRIO.

1. Controvérsia decidida à luz de normas infraconstitucionais. Ofensa indireta à Constituição do Brasil.

2. Reexame de fatos e provas e de legislação local. Inviabilidade do recurso extraordinário. Súmulas ns. 279 e 280 do Supremo Tribunal Federal.

Agravo regimental a que se nega provimento.” (AI 749.065-AgR/ RS, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJe 09.4.2010)

Ademais, a questão atinente à violação do arquétipo constitucional do ICMS sequer foi prequestionada, porquanto não foi analisada pelas instâncias ordinárias e tampouco nos embargos de declaração opostos para satisfazer o requisito do prequestionamento.

Assinalo, a propósito, que esta Corte não tem procedido à exegese *a contrario sensu* da Súmula STF 356 e, por consequência, somente considera prequestionada a questão constitucional quando tenha sido enfrentada, de modo expresse, pelo Tribunal de origem. A mera oposição de embargos declaratórios não basta para tanto.

Nesse sentido, cito precedentes de ambas as Turmas desta Suprema Corte:

“Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE PERANTE O TRIBUNAL DE JUSTIÇA LOCAL. LEI MUNICIPAL. ESTABELECIMENTOS PORTADORES DE SERVIÇOS BANCÁRIOS. INSTALAÇÃO DE PAINEL OPACO ENTRE OS CAIXAS E OS CLIENTES EM ESPERA. PREQUESTIONAMENTO. INEXISTÊNCIA. COMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO PARA LEGISLAR SOBRE ATIVIDADE BANCÁRIA. INTERESSE LOCAL. POSSIBILIDADE. INOCORRÊNCIA DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA FEDERAL. VÍCIO DE INICIATIVA. REEXAME DA LEGISLAÇÃO LOCAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 280 DO SUPREMO

AI 739.580 AGR / SP

TRIBUNAL FEDERAL. INVIABILIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 1. O requisito do prequestionamento é indispensável, por isso que inviável a apreciação, em sede de recurso extraordinário, de matéria sobre a qual não se pronunciou o Tribunal de origem. 2. A simples oposição dos embargos de declaração, sem o efetivo debate acerca da matéria versada pelos dispositivo constitucional apontado como malferido, não supre a falta do requisito do prequestionamento, viabilizador da abertura da instância extraordinária. Incidência da Súmula n. 282 do Supremo Tribunal Federal, verbis: é inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada na decisão recorrida, a questão federal suscitada. [...]

(RE 694.298 AgR, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 04/09/2012)

“CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DOS ARTIGOS 150, I, e 155, §2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PREQUESTIONAMENTO FICTO: IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. O Supremo Tribunal Federal, em princípio, não admite o “prequestionamento ficto” da questão constitucional. Precedentes. 2. Os presentes embargos buscam apenas repisar questão já examinada. Não há contradição, obscuridade ou omissão a sanar. 3. Embargos de declaração rejeitados.”

(AI 689.706 AgR-ED, Segunda Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 12/04/2011)

“DIREITO ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRETENSÃO DE REFORMA DO JULGADO: IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE, PROPORCIONALIDADE E ISONOMIA. PREQUESTIONAMENTO FICTO: IMPOSSIBILIDADE.

AI 739.580 AGR / SP

OMISSÃO: INEXISTÊNCIA. 1. Os embargos de declaração não constituem meio processual cabível para reforma do julgado, não sendo possível atribuir-lhes efeitos infringentes, salvo em situações excepcionais. 2. A questão constitucional invocada no recurso extraordinário não foi objeto de debate e de decisão no acórdão recorrido. Desatendido o pressuposto recursal do prequestionamento, imprescindível para o conhecimento do apelo extremo. Súmulas STF 282 e 356. 3. Inexistência de omissão, contradição ou obscuridade a sanar. 4. Embargos de declaração rejeitados.”

(AI 743.641 ED, Segunda Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 08/02/2011)

Aplicável, portanto, o entendimento jurisprudencial vertido na Súmula 282/STF: *“É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão suscitada”*.

Agravo regimental conhecido e não provido.

É como voto.



PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 739.580

PROCED. : SÃO PAULO

RELATORA : MIN. ROSA WEBER

AGTE.(S) : LATINA ELETRODOMÉSTICOS S/A

ADV.(A/S) : JOSÉ PAULO DE CASTRO EMSENHUBER E OUTRO(A/S)

AGDO.(A/S) : ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

Decisão: A Turma negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Relatora. Unânime. Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. 1ª Turma, 11.12.2012.

Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Luiz Fux e Rosa Weber.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Mathias.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Secretária da Primeira Turma