

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 216.735-5 – SÃO PAULO
(Primeira Turma)

Recorrente: Contibrasil Comércio e Exportação Ltda.
Advogado: Marcos Vinícius P. Prado
Advogada: Ana Luiza Brochado Saraiva Martins e Outros
Recorrente: Estado de São Paulo
Advogada: PGE-SP – Maria Lucia de Melo Fonseca Gonçalves
Recorridos: Os mesmos
Relator : Ministro Moreira Alves

EMENTA: ICMS. Mercadoria importada do exterior. Fato Gerador. Recolhimento por guia especial.

– O Plenário desta Corte, ao julgar o RE 193.817, interpretando o disposto no artigo 155, § 2.º, IX, “a”, da atual Constituição, firmou o entendimento de que é válida a cobrança do ICMS quando do recebimento pelo importador da mercadoria ou bem importados do exterior; bem como o de que “por isso, tornou-se incompatível com o novo sistema a norma do artigo 1.º, II, do DL 406/68, que dispunha em sentido contrário, circunstância que legitimou a edição, pelos Estados e pelo Distrito Federal, em conjunto com a União, no exercício da competência prevista no art. 34, § 8.º, do ADCT/88, de norma geral, de caráter provisório, sobre a matéria; e, por igual, a iniciativa do Estado do Rio de Janeiro (no caso é a Lei 6.374/89 do Estado de São Paulo), de dar-lhe consequência, por meio da lei indicada.”

– Por outro lado, no que diz respeito à questão da guia especial para recolhimento do ICMS, também o Plenário deste Tribunal, ao julgar o RE 195.663, deu pela validade, no caso de mercadoria ou bem importados do exterior, do recolhimento do imposto mediante guia especial, rejeitando as alegações de que, com essa admissão, se violariam os princípios da isonomia e da não-cumulatividade, tendo a Segunda Turma, também quanto a essa questão, mesmo em se tratando de mercadoria oriunda do GATT, seguido essa orientação.

– E, se o fato gerador do tributo nesse caso, por legítima escolha do Estado-membro, deixou de ser o momento da entrada da mercadoria no estabelecimento do importador para ser o do recebimento por ele de mercadoria importada do exterior, não há evidentemente ofensa ao princípio da capacidade contributiva, sob o fundamento de que o imposto está sendo exigido quando ainda inexistente o fato gerador.

Recurso extraordinário do contribuinte não conhecido; e conhecido e provido o recurso extraordinário do Estado de São Paulo.

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, em conhecer e dar provimento ao recurso extraordinário do Estado de São Paulo e não conhecer do recurso extraordinário da contribuinte, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 30 de abril de 2002.

Moreira Alves
Presidente e Relator

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES – É este o teor do acórdão que julgou a apelação:

“Cumpro esclarecer primeiramente que este Relator vinha sustentando a tese de incidência do imposto quando do encerramento do procedimento aduaneiro. Sucede no entanto que a jurisprudência se firmou no sentido da ilegitimidade dessa exigência, concedendo liminares em mandados de segurança impetrados por importadores, impedindo as autoridades federais de vincular a liberação da mercadoria ao pagamento do ICMS.

Assim, em decorrência de tais fatos, modifiquei meu entendimento e por isso acolho nesse aspecto o recurso da embargante.

Entretanto, quanto ao recolhimento do imposto entendo deve ser feito por guia especial, por exigência do art. 102, n.º I, letra ‘b’, do Regulamento do ICMS.

Em caso análogo, no acórdão da lavra do Eminentíssimo Desembargador DEBATIN CARDOSO ficou esclarecido que ‘o referido preceito regulamentar tem seguro alicerce no parágrafo único do art. 47 e no parágrafo 3.º do art. 49 da Lei estadual n.º 6.374/89 e não excede os limites traçados pelo art. 59 do mesmo diploma legal, por isso que o recolhimento por guia especial do ICMS constitui exigência legal no caso de importação de mercadorias, mesmo quando estas provenham de países signatários do GATT.’ (Apelação Cível n.º 249.398-2/9 – SP).

Isso posto, pelo meu voto dou provimento parcial ao recurso, para os fins declarados.” (fls. 259/260)

Ambas as partes interpuseram embargos declaratórios, que foram rejeitados pelo acórdão a fls. 279/281, *verbis*:

"Trata-se de tempestivos duplos embargos de declaração interpostos respectivamente por Contibrasil Comércio e Exportação Ltda. e pela Fazenda do Estado de São Paulo contra o v. acórdão de fls. 257/260, que deu provimento parcial à apelação interposta pela primeira, para conceder a segurança apenas quanto à entrada da mercadoria importada no estabelecimento, mantendo a denegação da ordem quanto à exigência do recolhimento do tributo por guia especial.

Insurge-se a impetrante alegando omissão do v. acórdão por ter deixado de se pronunciar sobre o Decreto-lei n.º 406/68, o art. 155 da Constituição da República e o acordo internacional do GATT.

Recorre também a Fazenda do Estado alegando que o r. decisório foi omisso quanto ao art. 1.º, II, do Decreto-lei n.º 406/88, bem como quanto ao art. 155, I, 'b', e § 2.º, IX, 'a', c/c os arts. 1.º e 24, I, e parágrafos da Constituição da República, e art. 34, § 8.º, do ADCT, objetivando o prequestionamento dessas matérias com vistas à interposição de recursos.

É o relatório.

A pretensão de ambos os recorrentes versa praticamente o mesmo objeto e, portanto, será decidida de um só assomo neste ato.

Assim é que, no tocante às omissões alegadas pelas partes, observa-se, como preleciona THEOTÔNIO NEGRÃO em nota n.º 17A ao artigo 535 do Código de Processo Civil, que – 'o Juiz não está obrigado a responder todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundar a decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por elas e tampouco a responder um a um todos os seus argumentos (RJTJESP 115/207).'

No que tange ao prequestionamento pretendido pela Fazenda, já se tem decidido iterativamente que a função dos embargos de declaração é tão-somente aclarar a decisão impugnada, quando nela houver contradição, dúvida ou omissão, não se prestando portanto ao fim almejado pela embargante (RJTJESP 104/338, RT 592/176) que, não tendo demonstrado a ocorrência de algum dos fundamentos que credenciam a oposição dos embargos declaratórios, torna descabido o recurso em foco.

Isso posto e o mais que dos autos consta, pelo meu voto rejeito os recursos das duas embargantes."

Interpostos recursos especiais e extraordinários por ambas as partes, foram todos admitidos pelos seguintes despachos:

"1. Trata-se de recursos extraordinário e especial interpostos 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 9.ª Câmara Cível deste Tribunal, que reconheceu válida a exigência do recolhimento do ICMS por ocasião de sua entrada no estabelecimento, mediante guia especial, quando da importação de mercadoria de país signatário do GATT.

Alega-se que o acórdão assim decidindo violou os artigos 1.º e 24, I, parágrafo 3.º, e 155, I, 'b', e seu parágrafo 2.º, IX, 'a', da Carta Magna e o artigo 34, parágrafo 8.º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o artigo 1.º, II, do Decreto-lei 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 da controvérsia 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 RISTJ e pela Lei n.º 8.038/90.

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. 424/425); e

"1. Trata-se de recursos extraordinário e especial interpostos com fundamento no artigo 102, inciso III, alínea 'a', e artigo 105, inciso III, alínea 'a', da Constituição Federal, contra v. Acórdão proferido pela 9.ª Câmara Civil deste Tribunal, que reconheceu válida a exigência do recolhimento do ICMS por ocasião de entrada no estabelecimento, mediante guia especial, quando da importação de mercadoria de país signatário do GATT.

Alega-se que o acórdão assim decidindo violou os artigos 145, parágrafo 1.º, e 155, I, 'b', e seu parágrafo 2.º, I, da Carta Magna e o artigo 34, parágrafo 8.º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, bem como o Decreto-lei 406/68 e o Tratado Internacional do GATT e MERCOSUL.

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.

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. 426/427)

Os recursos especiais não foram conhecidos.

A Procuradoria-Geral da República se manifesta pelo provimento do recurso extraordinário do Estado de São Paulo e pelo não provimento do recurso da Contibrasil Comércio e Exportação Ltda., nos seguintes termos:

"1- Trata-se de Mandado de Segurança aforado pela Contibrasil Comércio e Exportação Ltda. contra ato do Delegado Tributário em São Paulo, perante o Juízo de Direito da 5.ª Vara da Fazenda Pública, consistente em exigir-lhe o pagamento do ICMS sobre importação que realizou, antes da data estabelecida na legislação tributária, em afronta às normas do GATT.

Alega a impetrante que está classificada no regime de apuração mensal e, em consequência, obrigada a recolher o ICMS em dia fixo do mês seguinte ao do fato gerador de seus impostos.

Sustenta que a autoridade impetrada, ao entender que o fato gerador do ICMS, quando a operação for de importação, é o desembaraço da mercadoria, pretendendo obter o pagamento desse imposto já na operação do desembaraço.

Afirma que o entendimento da autoridade impetrada contrapõe-se à legislação em vigor que exige o recolhimento do aludido tributo mediante guia especial e em prazos especiais (art. 102, I, do RICMS).

Assevera, ainda, que a autoridade impetrada criou, por norma regulamentar, distinção que ofende o princípio da não cumulatividade, levando-se em conta que deve ser assegurada ao contribuinte a compensação do que for devido em cada operação de circulação de mercadorias, o que é ignorado pela regra referente às importações.

Argumenta que no caso em exame criou-se, em tese, descabida situação de ser o contribuinte obrigado a onerar seu patrimônio, ao recolher o tributo por guia especial, mesmo dispondo de créditos fiscais regularmente escriturados, que lhe permitiriam absorver, total ou parcialmente, esses débitos.

Assegura a impetrante que as operações de importação não podem ser tratadas de forma isolada, por compreendidas no conjunto de operações praticadas pelo contribuinte, e que somente o elemento escritural de apropriação simultânea de todos os débitos e créditos de um período atende o princípio da não cumulatividade.

Aduz existir ofensa ao princípio da isonomia, na medida em que a autoridade coatora discrimina os contribuintes que praticam operações de importação.

Pleiteia a impetrante a concessão de liminar que lhe assegure a direito de 'observar a sistemática mensal de apuração do imposto para recolhimento, no prazo atinente à Atividade Econômica, somente na obtenção do saldo devedor, creditando-se, consequentemente, dos valores do ICMS relativos às operações de importação expressas nos docs. anexos e descritas no item I supra, impedindo-se, por conseguinte, o procedimento fiscal de autuação e de lançamento de débito, em vista a relevância dos fundamentos invocados no corpo da presente peça, bem assim em face de total ineficácia de eventual sentença concessiva, caso proferida após concretizados os atos atentatórios às prerrogativas da impetrante', e, que, afinal, lhe seja concedida a segurança.

A liminar foi negada.

A autoridade impetrada, assistida pela Fazenda Estadual, apresentou informações (fls. 143/170), sustentando a legalidade e a regularidade da exigência fiscal.

Afirma a impetrada inexistir ofensa ao princípio da não cumulatividade, pois este estaria assegurado pela legislação estadual, em especial pela regra do parágrafo 8.º do art. 58 do Decreto n.º 33.118/91, que permite a escrituração do crédito do imposto pago em importação no período de apuração referente ao recolhimento, mesmo que a efetiva entrada da mercadoria se verifique em período seguinte.

Argumenta que o fato gerador do ICMS nas operações de importação ocorre com o recebimento, pelo importador, da mercadoria ou bem importado, ocasião que, nacionalizada a mercadoria e encerrado o despacho aduaneiro, o importador adquire a disponibilidade física e jurídica do produto importado.

Sustenta, por fim, que a forma, local e prazo de pagamento do ICMS podem ser regulados por decretos e normas tributárias complementares, e que inexistente ofensa ao princípio da isonomia, já que o recolhimento por meio de guia especial não é exclusivo das operações de importação, enumerando hipóteses em que é feita essa exigência.

O Ministério Público opinou pela concessão da segurança (fls. 172/176).

O MM. Juiz denegou o mandamus (fls. 178/185).

2. Inconformada com a decisão monocrática, a autora interpôs Apelação Cível para o egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, pleiteando a reforma da sentença e repisando a argumentação de que o ICMS passaria a incidir quando da entrada de mercadorias importadas no estabelecimento a que se destina, visando a recolher o imposto na data correspondente ao seu código de atividade e, alegando, ainda, que importou referidas mercadorias da Argentina e Uruguai, países signatários do GATT, tendo-as desembaraçado com amparo em liminar concedida pela Justiça Federal (fls. 189/205).

A Nona Câmara Civil do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por unanimidade, deu provimento parcial ao recurso, valendo destacar do voto do Desembargador Relator o seguinte trecho:

'Cumpra esclarecer primeiramente que este Relator vinha sustentando a tese de incidência do imposto quando do encerramento do procedimento aduaneiro. Sucede no entanto, que a jurisprudência se firmou no sentido da ilegitimidade dessa exigência, concedendo liminares em mandados de segurança impetrados por importadores, impedindo as autoridades federais de vincular a liberação da mercadoria ao pagamento do ICMS.

Assim, em decorrência de tais fatos, modifiquei meu entendimento e por isso acolho nesse aspecto o recurso da embargante.

Entretanto, quanto ao recolhimento do imposto entendo que deve ser feito por guia especial, por exigência do art. 102, n.º I, letra 'b', do Regulamento do ICMS.

Em caso análogo, no acórdão da lavra do Eminentíssimo Desembargador DEBATIN CARDOSO ficou esclarecido que 'o referido precedente regulamentar tem seguro alicerce no parágrafo único do art. 47 e no parágrafo 3.º do art. 49 da Lei Estadual n.º 6.374/89 e não excede os limites traçados pelo art. 59 do mesmo diploma legal, por isso que o recolhimento por guia especial do ICMS constitui exigência legal no caso de importação de mercadorias, mesmo quando estas provenham de países signatários do GATT.' (Apelação Cível n.º 249.398-2/9 – SP)

Isto posto, pelo meu voto dou provimento parcial ao recurso, para fins declarados.'

3. Contra o acórdão de fls. 257/260 a Contibrasil Comércio e Exportação Ltda. interpôs Embargos de Declaração, alegando haver omissão no aresto embargado, que deixou de se pronunciar sobre o Decreto-lei n.º 406/88, do art. 155 da Constituição Federal, e acordo internacional do GATT (fls. 265/267).

Concomitantemente, a Fazenda Estadual também interpôs Embargos de Declaração alegando que o acórdão embargado foi omissivo quanto ao art. 1.º, II do Decreto-lei n.º 406/88, bem como quanto ao art. 155, I, b, e § 2.º, IX, a, c/c os arts. 1.º e 24, I, e parágrafos, da Lei Fundamental, e art. 34, § 8.º, do ADCT (fls. 269/274).

A Nona Câmara Civil do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por unanimidade, rejeitou os embargos (fls. 279/281).

4. Ambas as partes recorreram extraordinariamente para o Colendo Supremo Tribunal Federal. A Contibrasil Comércio e Exportação Ltda., com fundamento no art. 102, III, alínea a, da Constituição Federal, alegando que o acórdão recorrido contrariou disposto no artigo 155, I, b, e seu § 2.º, I, e no artigo 145, § 1.º, da Lei Fundamental, e também o disposto no § 8.º do art. 34 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (fls. 284/295). A Fazenda do Estado de São Paulo, com fulcro no art. 102, III, alínea a, da Constituição Federal, alegando que o aresto hostilizado afrontou o art. 155, I, b, e seu § 2.º, IX, a, combinado com os artigos 1.º e 24, I, e parágrafos, especialmente o parágrafo 3.º, todos da Lex Legum, e o art. 34, parágrafo 8.º do ADCT, além de contrariar jurisprudência oriunda desse Excelso Pretório. (fls. 318/339).

5. Simultaneamente, as partes interpuseram Recurso Especial para o egrégio Superior Tribunal de Justiça. A Contibrasil Comércio e Exportação Ltda., com fundamento no art. 105, III, a, da Constituição Federal, sustentando que o acórdão recorrido negou vigência ao Decreto-lei n.º 406/68 e os Tratados GATT e Mercosul (fls. 297/309). A Fazenda do Estado de São Paulo, com fulcro no art. 105, III, alíneas a e c, da Constituição Federal, sustentando vulneração ao art. 1.º, II, do Decreto-lei n.º 406/68 (fls. 342/358).

O 4.º Vice-Presidente, em substituição, deferiu o processamento dos Recursos Extraordinários e Especial interpostos por ambas as partes. (fls. 424/425).

A Segunda Turma do egrégio Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conheceu dos Recursos Especiais, nos termos do acórdão assim ementado:

'TRIBUTÁRIO – ICMS – IMPORTAÇÃO DE MERCADORIAS – MOMENTO DO FATO GERADOR – PRAZO DE RECOLHIMENTO – GUIA ESPECIAL – DECRETO-LEI N.º 406/68, ART. 1.º - PRECEDENTES STJ.

– Recepcionado o D. L. 406/68, art. 1.º, pela atual Constituição, até que lei complementar seja editada, ocorre o fato gerador do ICMS no momento da entrada da mercadoria importada no estabelecimento Comercial do importador.

– O recolhimento do tributo far-se-á no prazo de cinco (05) dias úteis, mediante guia especial.

– Recursos não conhecidos.'

6. 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 serviço de comunicação (CF, art. 155, II). Ampliou-se, portanto, com a Constituição Federal de 1988, a incidência do ICMS.

Dispõe a Lei Maior, ademais no ponto que nos interessa, no art. 155, § 2.º, 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 serviço.'

A Constituição Federal dispôs, mais, no art. 155, XII, a, que cabe à lei complementar definir os seus contribuintes. Esqueceu-se o legislador constituinte de 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 Federal, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuinte. (CF, art. 146, III, a).

No art. 34, § 8.º, 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 n.º 24, de 7 de janeiro de 1975, fixarão normas para regular provisoriamente a matéria.'

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

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

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

A questão a saber é, pois, se a Lei Maior, no art. 155, § 2.º, IX, a, inovou em relação à Constituição Federal de 1967, 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, § 2.º, IX, a:

'Art. 155 –

§ 2.º –

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

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

'Art. 1.º – 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.'

Respondendo às indagações acima formuladas pedimos *venia* para transcrever trecho de voto do Ministro Ilmar Galvão, proferido nos autos do RE n.º 192.711-SP, verbis:

'Comparando-se os dois textos verifica-se, de logo, que a CF/88 não manteve a redação da Carta revogada. Ao revés, afora o acréscimo fixado pela introdução de serviços no campo da abrangência do imposto, até então circunscrito à circulação de mercadorias, duas alterações foram feitas pelo constituinte no texto primitivo, consistentes, 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'.

Desnecessário muito esforço interpretativo para concluir-se que a necessidade de definição do Estado competente para a exigência do ICMS decorreu de alteração introduzida quanto ao elemento temporal referido ao fato gerador do tributo, na hipótese em tela, que deixou de ser o momento da entrada da mercadoria no estabelecimento importador, para ser o do recebimento da mercadoria importada.

Com efeito, no sistema anterior, que se tinha obrigação tributária como surgida no momento da entrada no estabelecimento do importador, não se fazia mister a alusão ao Estado credor, que não poderia ser outro senão o de situação de estabelecimento. Antecipado o elemento temporal para o momento do recebimento da mercadoria, vale dizer, do desembaraço, fez-se ela necessária, tendo em vista que a entrada da mercadoria, não raro, se dá em terminal portuário ou aéreo situado fora dos limites do Estado de destino da mercadoria.

Consagrou a nova Carta, portanto, finalmente, a pretensão, 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.

A inovação resultou na evidência de que o DL n.º 406/68 lhe era incompatível, no ponto em que, disciplinando a matéria, estabelecia que 'o imposto sobre Operações Relativas à 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. 1.º, II).

Com efeito, dos Estados e 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, definir-lhe, em definitivo, o fato gerador, com fixação do respectivo elemento temporal.'

Tem-se, assim, que a norma do art. 155, § 2.º, IX, a, da Constituição Federal, permite, a interpretação de que a liberação da mercadoria importada está condicionada à comprovação, pelo importador, do pagamento do ICMS sobre ela incidente. Em outras palavras: a exigência do pagamento do ICMS dá-se ao ensejo da entrada da mercadoria no posto aduaneiro, antes, portanto, da entrada física da mercadoria no estabelecimento importador.

Procedem, neste aspecto, as razões aduzidas pela Fazenda Pública, quando pugna pela reforma do aresto recorrido, para que prevaleça o entendimento ora acolhido por este parecerista de que a exigência do ICMS por ocasião do desembaraço aduaneiro não afronta o vigente texto constitucional.

No que tange à irresignação da Contibrasil Comércio e Exportação Ltda. contra o regime diferenciado de recolhimento de ICMS na importação de mercadorias, a ser efetuado por guia especial, temos que o entendimento esposado pelo aresto recorrido não contraria a vigente Constituição Federal, pois não se vislumbra, in casu, qualquer vício de inconstitucionalidade na operação de importação de mercadoria do exterior, cujo recolhimento do ICMS deva observar o prazo de cinco dias úteis, não se aplicando à hipótese dos autos o sistema-gráfica, com apuração mensal.

Com efeito, o recolhimento do ICMS através de guia especial não contraria os princípios da não-cumulatividade e da isonomia.

Isto posto, somos de parecer que o Recurso Extraordinário interposto pelo Estado de São Paulo comporta provimento, ao passo que aquele outro interposto pela Contibrasil Comércio e Exportação Ltda. não apresenta consistentes fundamentos que conduzam ao provimento recursório." (fls. 448-456)

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES – (Relator):

1. Examino, em primeiro lugar, o recurso extraordinário do Estado de São Paulo.

O Plenário desta Corte, ao julgar o RE 193.817, interpretando o disposto no artigo 155, § 2.º, IX, "a", da atual Constituição, firmou o entendimento de que é válida a cobrança do ICMS quando do recebimento pelo importador da mercadoria ou bem importados do exterior, bem como o de que "por isso, tornou-se incompatível com o novo sistema a norma do artigo 1.º, II, do DL. 406/68, que dispunha em sentido contrário, circunstância que legitimou a edição, pelos Estados e pelo Distrito Federal, em conjunto com a União, no exercício da competência prevista no art. 34, § 8.º, do ADCT/88, de norma geral, de caráter provisório, sobre a matéria; e, por igual, a iniciativa do Estado do Rio de Janeiro (no caso é a Lei 6.374/89 do Estado de São Paulo), de dar-lhe seqüência, por meio da lei indicada".

Dessa orientação divergiu o acórdão recorrido.

2. Passo ao exame do recurso extraordinário da contribuinte.

No tocante à alegada ofensa ao artigo 34, § 8.º, do ADCT, o acórdão do Plenário desta Corte prolatado no RE 193.817, no tocante a essa questão, deu como legítimo o Convênio 66/88, que estipulou no artigo 2.º que o fato gerador do imposto ocorre "na entrada no estabelecimento destinatário ou no recebimento pelo importador de mercadoria ou bem importados do exterior".

Por outro lado, no que diz respeito à questão da guia especial para recolhimento do ICMS, também o Plenário deste Tribunal, ao julgar o RE 195.663, deu pela validade, no caso de mercadoria ou bem importados do exterior, do recolhimento do imposto mediante guia especial, rejeitando as alegações de que, com essa admissão, se violariam os princípios da isonomia e da não-cumulatividade, tendo a Segunda Turma, também quanto a essa questão, mesmo em se tratando de mercadoria oriunda do GATT, seguido essa orientação.

E, se o fato gerador do tributo nesse caso, por legítima escolha do Estado-membro, deixou de ser o momento da entrada da mercadoria no estabelecimento do importador para ser o do recebimento por ele de mercadoria importada do exterior, não há evidentemente ofensa ao princípio da capacidade contributiva, sob o fundamento de que o imposto está sendo exigido quando ainda inexistente o fato gerador.

Desses entendimentos que se vinculam à questão do recolhimento por guia especial não dissentiu o acórdão recorrido.

3. Em face do exposto, não conheço do recurso extraordinário da contribuinte, e conheço do recurso extraordinário do Estado de São Paulo e lhe dou provimento para denegar a segurança. Custas "ex lege".

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 216.735-5

PROCED : SÃO PAULO
RECTE : CONTIBRASIL COMÉRCIO E EXPORTAÇÃO LTDA.
ADV. : MARCOS VINÍCIUS P. PRADO
ADVDA. : ANA LUIZA BROCHADO SARAIVA MARTINS E OUTROS
RECTE : ESTADO DE SÃO PAULO
ADVDA. : PGE-SP - MARIA LUCIA DE MELO FONSECA GONÇALVES
RECDOS. : OS MESMOS
RELATOR: MIN. MOREIRA ALVES

Decisão: A Turma conheceu e deu provimento ao recurso extraordinário do Estado de São Paulo e não conheceu do recurso extraordinário da contribuinte, nos termos do voto do Relator. Unânime. 1.ª Turma, 30.04.2002.

Presidência do ministro Moreira Alves. Presentes à Sessão os Ministros Sydney Sanches, Sepúlveda Pertence, Ilmar Galvão e a Ministra Ellen Gracie.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Natal Batista.

Ricardo Dias Duarte
p/Coordenador