

IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS — FATO GERADOR

— *O fato gerador do imposto sobre circulação de mercadorias ocorre no momento da entrada da coisa no estabelecimento mercantil.*

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Polyquímica S.A. — Indústria Têxtil *versus* Estado de São Paulo.
Recurso extraordinário nº 81 164 — Relator: Sr. Ministro
LEITÃO DE ABREU

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, em conformidade com a ata de julgamento e notas taquigráficas, em não conhecer do recurso unanimemente.

Brasília, 14 de novembro de 1975.
Thompson Flores, Presidente. *Leitão de Abreu*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Leitão de Abreu: 1. O acórdão recorrido, que, por unanimidade de votos, deu provimento ao recurso *ex officio* do Juízo e ao voluntário da Fazenda do Estado, para cassar a segurança, é do teor seguinte:

“Trata-se de mandado de segurança impetrado contra ato do Sr. Delegado Re-

gional Tributário em Santos, visando à importação de mercadorias sem o recolhimento de ICM.

O magistrado concedeu a liminar e a final o mandado de segurança sob o fundamento de que à época em que foi contratada a importação inexistia lei estadual instituindo o tributo.

Ao recurso de ofício sobreveio o voluntário da Fazenda que pretende a reforma da sentença sob a alegação de ter a mercadoria dado entrada no estabelecimento importador após o advento da Lei nº 91, de 27.12.72.

O recurso voluntário foi recebido e processado, mantendo o magistrado a sua decisão.

Atendendo a determinação do Sr. Relator de início sorteado, juntou a impetrante documentos que demonstram que a mercadoria só ingressou em seu estabelecimento aos 21.5.73 (fls. 115).

As partes se manifestaram sobre os documentos, opinando a douta Procuradoria pelo provimento dos recursos ou pelo retorno dos autos à Vara de origem a fim de que nova decisão fosse proferida de molde a serem examinados outros aspectos da questão invocados pela impetrante da inicial.

A r. decisão de primeiro grau, tal como foi prolatada, não pode subsistir. Não há confundir-se o fato complexivo da importação com o fato gerador do ICM, de natureza instantânea, e que no caso coincide com a entrada das mercadorias no estabelecimento importador.

A matéria foi amplamente discutida por ocasião do prejulgado 195 319 de Santos, firmando este Tribunal, por expressiva maioria, o entendimento de que “nas importações anteriores à Lei estadual nº 91, de 27.12.72, não há direito adquirido à não incidência de ICM quando as mercadorias tenham entrado no estabelecimento importador após a vigência daquela lei” (Rel. Cesar de Moraes, *in DJ* de 31.8.73).

Outrossim, inatendível a sugestão do ilustre Dr. Procurador de Justiça no sentido de se anular a r. decisão de primeiro grau: é que a impetrante não opôs embargos de declaração à r. sentença e dela não recorreu, inobstante tenha deixado de analisar outros aspectos da demanda. O recurso de ofício e o voluntário da Fazenda não poderiam ser providos para esse fim, sob pena de se admitir a *reformatio in pejus*” (fls. 126-127).

2. Opostos embargos de declaração a fim de que fossem examinadas as questões a respeito das quais se omitiu a sentença de primeiro grau, uma vez que, no entender do embargante, da dita sentença não poderia ter recorrido por não atendida a sua pretensão e uma vez ainda que não cabem embargos de declaração con-

tra as decisões de primeira instância, foram os embargos rejeitados por unanimidade.

Em recurso extraordinário, pelas alíneas *a* e *d*, sustenta a recorrente que o ICM não é exigível se não era devido no momento em que foi autorizada a importação, alegando direito adquirido e invocando julgados do Supremo Tribunal. Argüi, também, negativa de vigência do art. 12 da Lei nº 1533, na redação vigente à época da decisão, sustentando que era impreterível se examinassem, em segundo grau, questões não decididas pela sentença, contra a qual não se impuseram embargos declaratórios.

4. Admitido o recurso, a douta Procuradoria-Geral da República, em parecer do Procurador Miguel Frauzino Pereira, opina pelo não conhecimento do apelo, de acordo com as *Súmulas* 286 e 356.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Leitão de Abreu (Relator): Quanto ao argumento de que o tributo não era devido, sob o fundamento de que não existia, à data em que a importação foi contratada, lei estadual instituidora do ICM, tranqüila se tornou a jurisprudência do Supremo Tribunal de que o fato gerador ocorre no momento da entrada da mercadoria no estabelecimento, não havendo direito adquirido ao pagamento do imposto de acordo com o regime fiscal vigorante na data do contrato. Não importa, assim, que, no momento do contrato de importação, não existisse lei instituidora do ICM; se havia lei que o impusesse, como, na espécie, ocorria, no momento da entrada da mercadoria no estabelecimento, exigível era o imposto.

Quanto ao argumento de que era impreterível o exame, em segundo grau, de questões não decididas pela sentença, irrefragáveis são as razões pelas quais o reple o acórdão, que rejeitou os embargos, quando discorre:

“Ao furtar-se à apreciação dos demais fundamentos do pedido, não examinados na r. sentença (inexistência de base de cálculo da nova hipótese de incidência do tributo e ausência de circulação mercantil na importação de bens para uso próprio), o v. acórdão teve presente o princípio do duplo grau de jurisdição ainda vigente em nosso direito e a limitação da controvérsia estabelecida pela r. decisão agravada e os recursos interpostos.

A alegação da ora embargante de que não poderia ter oposto embargos de declaração à sentença, porque cabíveis tão somente contra as decisões de segundo grau, chega a ser surpreendente após o decurso de mais de trinta anos da promulgação do atual Código de Processo Civil. A dúvida que assaltou o saudoso Jorge Americano, citado pela embargante, de há muito foi espancada, e Pontes de Miranda, já na primeira edição de seus *Comentários ao Código de Processo Civil*, observava que “o art. 840 refere-se aos embargos de declaração na primeira instância, qualquer que seja o valor do feito”, demonstrando o desacerto do entendimento contrário, citando acórdão do ano de 1942, publicado na *RT*, vol. 144, p. 186.

Não opondo tais embargos, conformou-se a impetrante com o decisório, embora incompleto, ocorrendo inegável preclusão relativamente ao exame das demais questões que propusera.

Nem havia que se cogitar do reexame da matéria em face do recurso de ofício. “Característico do recurso *ex officio*, como quase recurso, é a ordem de devolução imposta pela lei — assinala o v. acórdão

do eg. Segundo Grupo. Mas lembrando a lição de Frederico Marques consigna que “o efeito devolutivo do recurso de ofício se confina aos limites do gravame.” E remata, reproduzindo lição do eminente processualista: “nas causas em que a Fazenda Pública ficar vencida, a devolução só se opera nos limites da sucumbência. Também aqui é proibida a *reformatio in pejus*” (*Instituições de direito processual civil*, vol. IV. nº 1 057) (Embargos Infringentes 133 856, Rel., Martiniano de Azevedo, in *Julgados do Tribunal de Alçada*, vol. 16, p. 48).

Não se cuidava aqui da ocorrência de nulidade insanável, de ordem pública, única hipótese em que o princípio poderia ser quebrado. É o que decidiu também o Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 70 994, de Pernambuco, reafirmando que “não pode o Tribunal” — salvo aquela hipótese — “conhecer de recurso de ofício e quanto ao mérito provê-lo em prejuízo da parte em favor de quem foi instituído” (Rel., Amaral Santos, j. em 21.5.71, *RTJ*, 59/97) (fls. 137-139).

Diante disso, não conheço do recurso.

EXTRATO DA ATA

RE nº 81 164 — SP — Rel., Ministro Leitão de Abreu. Recte., Polyquímica S.A. — Indústria Têxtil (Adv., Salomão Sapoznik), Recdo., Estado de São Paulo (Adv., Alfredo José Miranda).

Decisão: não conhecido, unânime.

Presidência do Sr. Ministro Thompson Flores. Presentes à Sessão os Srs. Ministros Xavier de Albuquerque, Leitão de Abreu e Moreira Alves. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Cordeiro Guerra. Segundo Subprocurador-Geral da República, o Dr. Joaquim Justino Ribeiro.