

28/05/2015

PLENÁRIO

SEGUNDOS EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 540.829 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. LUIZ FUX**
EMBTE.(S) : **ESTADO DE SÃO PAULO**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO**
EMBTE.(S) : **ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS SECRETARIAS DE FINANÇAS DAS CAPITALS - ABRASF**
ADV.(A/S) : **RICARDO ALMEIDA RIBEIRO DA SILVA**
EMBDO.(A/S) : **HAYES WHEELS DO BRASIL LTDA**
ADV.(A/S) : **RICARDO NAHAT E OUTRO(A/S)**
INTDO.(A/S) : **TAM LINHAS AÉREAS S.A.**
ADV.(A/S) : **ROBERTO DE SIQUEIRA CAMPOS E OUTRO(A/S)**

EMENTA: SEGUNDOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. ICMS. ENTRADA DE MERCADORIA IMPORTADA DO EXTERIOR. ART. 155, II, CF/88. OPERAÇÃO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL INTERNACIONAL. NÃO-INCIDÊNCIA. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. EFEITOS INFRINGENTES. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS REJEITADOS.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, em rejeitar os embargos de declaração.

Brasília, 28 de maio de 2015.

Ministro **LUIZ FUX** – Relator

Documento assinado digitalmente

28/05/2015

PLENÁRIO

SEGUNDOS EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 540.829 SÃO PAULO

RELATOR	: MIN. LUIZ FUX
EMBTE.(S)	: ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
EMBTE.(S)	: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS SECRETARIAS DE FINANÇAS DAS CAPITAIS - ABRASF
ADV.(A/S)	: RICARDO ALMEIDA RIBEIRO DA SILVA
EMBDO.(A/S)	: HAYES WHEELS DO BRASIL LTDA
ADV.(A/S)	: RICARDO NAHAT E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S)	: TAM LINHAS AÉREAS S.A.
ADV.(A/S)	: ROBERTO DE SIQUEIRA CAMPOS E OUTRO(A/S)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Trata-se de segundos embargos de declaração opostos pelo ESTADO DE SÃO PAULO contra decisão monocrática por mim proferida e assim ementada:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO POR AMICUS CURIE. AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE PARA RECORRER. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NÃO CONHECIDOS.

1. Esta Corte pacificou o entendimento no sentido da impossibilidade de interposição de recursos pelo amicus curie admitido nos autos.

Inconformado com a decisão supra, o embargante interpõe o presente recurso, alegando, em síntese que houve erros materiais nos votos vencedores, *verbis*:

RE 540829 ED-SEGUNDOS / SP

“a) o eminente Min. Fux afirma em seu v. voto que se trata de ‘um recurso extraordinário interposto pelo Estado contra um acórdão do Tribunal de Justiça que afastou a incidência de ICMS na importação por contrato de leasing de aeronave.’

b) a eminente Min. Rosa Weber proferiu seu voto como se a espécie tratasse de fato gerador posterior à EC 33/01. Data venia, o contrato internacional e a entrada do bem se deram em 1997, antes da vigência daquela Emenda Constitucional.”

Quanto ao voto por mim proferido, o embargante alega que o bem importado não é aeronave, nem o contrato se amolda, propriamente, aos contratos típicos de *leasing* de aeronaves. Já em relação ao voto da Exma. Min. Rosa Weber, sustenta que a decisão de repercussão geral se aplica exclusivamente a fatos geradores anteriores à EC 33/2001, pois, segundo eles, a decisão não foi suscitada pelo recurso extraordinário do Estado de São Paulo.

Aduz que apesar desta Corte ter afirmado sobre o dever de exame caso a caso quanto à existência de circulação de mercadoria, não se conferiu bases sólidas para que se possa fazer essa análise, daí a omissão ora apontada.

Alega, ainda, que a “extrema necessidade de serem modulados os efeitos do v. Acórdão embargado, a fim de que as Fazendas Estaduais fiquem impedidas de exigir o ICMS sobre as futuras operações de leasing, assegurando-se, entretanto, que os valores recolhidos anteriormente ao julgamento materializado no v. acórdão embargado não sejam objeto de repetição, salvo se ajuizada a respectiva ação em momento anterior à da sessão que concluiu o julgamento dessa Repercussão Geral, tal como decidido recentemente na ADI 4628.”

Ao final, assenta que o impacto geraria, retroativamente, a perda de arrecadação desde 2010 a setembro de 2014, com inevitável influxo sobre a implementação de políticas públicas, a destinação de receitas aos Municípios e o comprometimento da destinação constitucional dos

RE 540829 ED-SEGUNDOS / SP

recursos obtidos com o imposto.

O Ministério Público Federal opina pelo acolhimento parcial dos embargos de declaração opostos pelo Estado de São Paulo.

É o relatório.

28/05/2015

PLENÁRIO

SEGUNDOS EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 540.829 SÃO PAULO

SEGUNDOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. ICMS. ENTRADA DE MERCADORIA IMPORTADA DO EXTERIOR. ART. 155, II, CF/88. OPERAÇÃO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL INTERNACIONAL. NÃO-INCIDÊNCIA. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. EFEITOS INFRINGENTES. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS REJEITADOS.

V O T O

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Tratam-se de embargos de declaração opostos pelo Estado de São Paulo em face do acórdão prolatado nos autos do presente recurso extraordinário.

Em apertada síntese, esta Corte negou provimento ao recurso extraordinário do ora embargante, por entender que o ICMS incide sobre operações relativas à circulação de mercadoria, nos termos do art. 155, II, e que no arrendamento mercantil internacional não há circulação de mercadoria, senão por ocasião da opção de compra, quando ocorre a efetiva transferência de propriedade.

Em suas razões, o Estado aponta omissão na decisão recorrida, alegando a existência de erros materiais constantes dos votos vencedores, assim como omissões, o que seria relevante para a modulação que ora

RE 540829 ED-SEGUNDOS / SP

postula.

Extraio excertos do voto vencedor, de minha lavra, que corroboram o julgado ora objurgado:

“...Ou seja, para não se transfigurar em um imposto de importação, só incidirá esse ICMS se esse ingresso se der a título de circulação da mercadoria. Mas, na realidade, o que ocorre é um mero arrendamento mercantil...E, efetivamente, o leasing não pode ser considerado compra e venda mercantil, sob pena de violação, não só do artigo 146, inciso III, da Constituição Federal, como também à luz dessa interpretação teleológica do inciso IX, alínea “a”, que vem sendo empreendida há mais de dez anos pelo próprio Supremo Tribunal Federal...(grifamos)”

Destaco, ainda, que para bem demonstrar a conclusão do voto vencedor, antes e depois da Emenda Constitucional nº 33, o imposto estadual apenas pode incidir sobre negócio jurídico mercantil (compra e venda):

“...Eu, ainda coadjuvando esses fundamentos, ressalto que, em nível infraconstitucional, o Superior Tribunal de Justiça, no ano de 2010, sob o regime do recurso especial representativo da controvérsia, estabeleceu, pela sua Seção de Direito Público, que: o ICMS incide sobre a entrada de bem ou mercadoria importados no exterior, desde que atinente à operação relativa à circulação desse mesmo bem ou mercadoria, por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto qualquer que seja a sua finalidade ex vi do disposto no artigo 155, §2º, inciso IX, alínea “a”, da Constituição Federal de 1988, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 33/2001.

Esse é o recurso representativo do Superior Tribunal de Justiça, Senhor Presidente. E eu ainda adjuntaria talvez um

RE 540829 ED-SEGUNDOS / SP

outro elemento que se aplica na hermenêutica do Direito Tributário: não são só os conceitos de Direito privado que não podem ser desnaturados; por analogia, não se pode criar isenções, nem exonerações tributárias, mas, por analogia, também não se pode criar um tribuno que inexistente.” (grifamos)

Os intensos debates ocorridos no curso da sessão espelham os entendimentos supraesposados, dos quais destaco os mais relevantes para o deslinde do recurso ora interposto.

O Exmo. Ministro Luís Roberto Barroso apresenta seu voto e após citar a doutrina de Roque Carraza no sentido de que “sem mudança de titularidade da mercadoria, não há falar em tributação por meio de ICMS” decide:

“Diante das considerações expostas, pedindo vênias aos entendimentos contrários, sigo a divergência aberta pelo Ministro Luiz Fux, e nego provimento ao recurso” (grifamos)

A Exma. Ministra Rosa Weber, da mesma forma sustenta em seu voto que “sem a transferência da titularidade da mercadoria não há que se falar em incidência do ICMS”, enfatizando que seu entendimento se aplica ainda que sob a égide da EC nº 33/2001, invocando para tantos as lições de Geraldo Ataliba, e conclui afirmando:

“Assim, com redobrado pedido de vênias, reporto-me e endosso a compreensão manifestada pelo Plenário no citado Recurso Extraordinário nº 461.968/2007, da relatoria do Ministro Eros Grau, repisada no AgReg RE 553.663, de Relatoria do Min. Cezar Peluso (RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Contrato de arrendamento mercantil. Leasing. Inexistência de opção de compra. Importação de aeronaves. Não incidência do ICMS. Decisão mantida. Agravo Regimental improvido. Não incide ICMS sobre as importações, do exterior, de aeronaves, equipamentos e peças realizadas por meio de contrato de

RE 540829 ED-SEGUNDOS / SP

arrendamento mercantil quando não haja circulação do bem, caracterizada pela transferência de domínio, ainda que sob a égide da EC nº 33/2004). Acompanho, pois, a divergência. É como voto, Presidente.” (grifamos)

O Exmo. Ministro Marco Aurélio durante os debates já havia se manifestado no sentido de que a Emenda Constitucional 33 “não havia trazido novidade quanto à configuração do tributo” e, mantendo-se fiel à concepção de que sem compra e venda não se consubstancia o direito de o Estado cobrar o ICMS, pede vênias ao relator para desprover o recurso.

O Exmo. Ministro Lewandowski, após afirmar que sem transferência do domínio não se pode falar em incidência do ICMS, pede vênias e acompanha a divergência.

Porquanto, vencidos o Ministro Relator e o Exmo. Ministro Teori Zavascki, prevaleceu o voto divergente, no qual está destacado nos fundamentos que lhe dão respaldo que, antes ou depois da Emenda 33, segundo o mandamento constitucional, não há possibilidade de incidência do ICMS sem que haja negócio jurídico mercantil que implique na transferência de titularidade do bem.

No que concerne à distinção entre as modalidades de ingresso de bens no território nacional por meio de contrato de leasing, melhor sorte não assiste à ora embargante.

Quanto a este título a ora embargante busca, da mesma forma, alcançar a mudança do quanto decidido e dar efeitos infringentes ao seu recurso, procurando modificar tudo quanto se julgou, após intensos debates em plenário.

Destaco, por oportuno, excerto do voto do Exmo. Ministro Luís Roberto Barroso que, ao propor a tese para efeitos da repercussão geral, diz:

RE 540829 ED-SEGUNDOS / SP

“Não incide o ICMS – importação na operação de arrendamento mercantil internacional de aeronaves, salvo na hipótese de antecipação da opção de compra, na medida em que o arrendamento mercantil não implica, necessariamente, transferência da titularidade sobre o bem.”

Em outras palavras, exercida a opção de compra emerge o negócio jurídico mercantil e, conseqüentemente, a incidência do ICMS, se outra regra não inibir a tributação.

Porquanto, ainda que o voto cite contrato de leasing de aeronave, e não de partes, peças ou equipamentos, a *ratio* do *decisum* aplica-se indistintamente a todos os casos.

Destarte, o acórdão embargando não obstaculizou o direito da ora embargante efetuar o exercício da fiscalização, restando plenamente aplicável o artigo 150, parágrafo 4º do CTN, segundo o qual terá cinco anos para, constatando qualquer irregularidade, lançar o tributo devido e exigir o respectivo pagamento, se for o caso.

Com efeito, ao contrário do alegado, o *decisum* enfrentou todos os argumentos veiculados no recurso extraordinário e não apresenta qualquer vício.

Os embargos de declaração somente são cabíveis quando houver, no acórdão ou na sentença, obscuridade, contradição ou omissão, consoante dispõe o art. 535 do CPC. No caso concreto, não se constata nenhuma das hipóteses ensejadoras dos embargos de declaração, eis que o acórdão embargado apreciou as questões suscitadas em perfeita consonância com a jurisprudência, não se cogitando do cabimento destes embargos declaratórios.

Da leitura da petição de embargos, conclui-se que a ora embargante pretende rediscutir matéria já decidida pelo plenário desta Suprema

RE 540829 ED-SEGUNDOS / SP

Corte, fruto de intensos e acalorados debates. Ora, esta Suprema Corte firmou jurisprudência no sentido de que não se revelam cabíveis embargos de declaração quando, a pretexto de esclarecer uma inexistente situação de obscuridade, omissão ou contradição, vêm a ser opostos com o inadmissível objetivo de infringir o julgado, em ordem a viabilizar um indevido reexame da causa (AI 177.313 AgR-ED, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 13/9/1996).

Nessa esteira, vale salientar que os restritos limites dos embargos de declaração não permitem rejuízo da causa. Ademais, o efeito modificativo pretendido somente é possível em casos excepcionais e uma vez comprovada a obscuridade, contradição ou omissão do julgado, o que não ocorre no caso sub examine. Nesse sentido, confirmam-se, a propósito, os seguintes julgados desta Corte:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO INOCORRÊNCIA DE CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU OMISSÃO PRETENDIDO REEXAME DA CAUSA CARÁTER INFRINGENTE INADMISSIBILIDADE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. - Não se revelam cabíveis os embargos de declaração, quando a parte recorrente a pretexto de esclarecer uma inexistente situação de obscuridade, omissão ou contradição vem a utilizá-los com o objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa. Precedentes. (ACO 1.048-MC-QO-ED, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, DJe de 18/06/2014)

RECURSO. Embargos de declaração. Pretensão de atribuição de efeito ex nunc a pronúncia de inconstitucionalidade do art. 29-C da Lei nº 8.036, de 1990. Inadmissibilidade. Clareza quanto à eficácia ex tunc do acórdão que julgou procedente a ADI nº 2.736. Omissão, contradição ou obscuridade. Inexistência. Recurso com caráter ostensivamente infringente. Embargos rejeitados. São de rejeitar embargos de declaração opostos a acórdão em que não há omissão,

RE 540829 ED-SEGUNDOS / SP

contradição, nem obscuridade. (ADI 2.736-ED, Rel. Min. Ayres Britto, Pleno, DJe de 13/08/2012)

Embargos de declaração em ação direta de inconstitucionalidade. 2. Ausência de omissão, contradição ou obscuridade no acórdão embargado. 3. Embargos de declaração rejeitados. (ADI 94-ED, Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, DJe de 15/10/2012)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE QUALQUER DOS VÍCIOS PREVISTOS NO ART. 535 DO CPC. REJEIÇÃO. EFEITOS REFERENTES À DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. REGRA. EX TUNC. EXCEÇÃO. EFEITOS PROSPECTIVOS. 1. O inconformismo, que tem como real escopo a pretensão de reformar o decisum, não há como prosperar, porquanto inócenas as hipóteses de omissão, contradição, obscuridade ou erro material, sendo inviável a revisão em sede de embargos de declaração, em face dos estreitos limites do art. 535 do CPC. 2. In casu, conforme se extrai da leitura do voto condutor, o constituinte estadual estabelece uma nova forma de anistia, mais ampla e abrangente que aquela prevista na Constituição Federal, e ainda, Por isso mesmo, em se tratando de indenização por atos de exceção, vale somente as regras estritas dos arts. 8º e 9º do ADCT, sem possibilidade de ampliação do benefício. 3. A regra referente à decisão proferida em sede de controle concentrado é de que possua efeitos ex tunc, retirando o ato normativo do ordenamento jurídico desde o seu nascimento. 4. A Lei nº 9.868/99, pelo seu art. 27, permite ao Supremo Tribunal Federal, modular efeitos das decisões proferidas nos processos objetivos de controle de constitucionalidade, in verbis: Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou

RE 540829 ED-SEGUNDOS / SP

decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. 5. Embargos de declaração rejeitados. (ADI 2.639-ED, Rel. Min. Luiz Fux, Pleno, DJe de 9/4/2012)

Quanto à modulação dos efeitos da decisão, permito-me algumas digressões.

Alega a ora embargante que o *decisum* geraria um impacto, retroativamente, da perda de arrecadação desde 2010 a setembro de 2014, da ordem de mais de R\$ 200.000.000,00, com o inevitável influxo sobre a implementação de políticas públicas, a destinação de receitas aos Municípios e o comprometimento da destinação constitucional dos recursos obtidos com o imposto.

Não obstante, não traz qualquer respaldo material a robustecer tal assertiva, assim como não comprova quais políticas públicas seriam afetadas pela decisão objurgada, ao fazer ilações genéricas e destituídas de suporte probatório mínimo, o que afasta a possibilidade de modulação.

Por fim, quanto aos embargos de declaração interpostos pelo *amicus curiae* ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS SECRETARIAS DE FINANÇAS DAS CAPITAIS-ABRASF, é pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que este não tem legitimidade recursal.

A ABRASF, na verdade, violando o preceito constitucional do inciso LV do artigo 5º, CF/88, pretende extrair *obter dictum* sobre futuro e eventual questionamento que se faça sobre a incidência do ISS nas importações amparadas em contratos de arrendamento mercantil.

O objeto da presente ação, tese da repercussão geral suscitada, foi a relação jurídica existente entre os Estados Federados e aqueles que importam bens mediante contratos de arrendamento mercantil, o que

RE 540829 ED-SEGUNDOS / SP

afasta a discussão sobre a competência tributária dos municípios de cobrar o ISS sobre tais contratos.

Ex positis, rejeito os embargos de declaração.

É como voto.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

SEGUNDOS EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 540.829

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. LUIZ FUX

EMBTE.(S) : ESTADO DE SÃO PAULO

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

EMBTE.(S) : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS SECRETARIAS DE FINANÇAS DAS
CAPITAIS - ABRASF

ADV.(A/S) : RICARDO ALMEIDA RIBEIRO DA SILVA

EMBDO.(A/S) : HAYES WHEELS DO BRASIL LTDA

ADV.(A/S) : RICARDO NAHAT E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S) : TAM LINHAS AÉREAS S.A.

ADV.(A/S) : ROBERTO DE SIQUEIRA CAMPOS E OUTRO(A/S)

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, rejeitou os embargos de declaração. Ausente, neste julgamento, o Ministro Dias Toffoli. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 28.05.2015.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki e Roberto Barroso.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/ Fabiane Pereira de Oliveira Duarte
Assessora-Chefe do Plenário