

IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI

Recurso MS .
Tribunal TFR
Relator Garcia Vieira

MOMENTO DO FATO GERADOR — LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

RESUMO

- ... , no regime da Constituição anterior, a questão foi exaustivamente apreciada pelos Tribunais Superiores, tornando-se a jurisprudência pacífica no antigo TFR e cristalizada em Súmula do egrégio Supremo Tribunal Federal, segundo a qual: "Na importação de mercadorias do exterior, o fato gerador do ICM ocorre no momento de sua entrada no estabelecimento do importador" (Súmula nº 577). - Novas dúvidas, entretanto, foram suscitadas com o advento da Constituição de 1988, que no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, dispõe no seu art. 34, 8º : "Art. 34. (omissis) § 8º - 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 nº 24, de 07 de janeiro de 1975, fixarão normas para regular provisoriamente a matéria." - De fato, com fundamento nesse permissivo constitucional, foi celebrado o Convênio ICM 66/88, prevendo que o fato gerador do imposto ocorre "na entrada no estabelecimento ou no recebimento pelo importador de mercadoria ou bens, importados do exterior". De outra parte, a Lei Estadual nº 1.423/89 também estabeleceu que o fato gerador do imposto ocorre "no recebimento pelo importador de mercadoria ou bens importados do exterior" (art. 2º , V, da citada lei). - O cerne da questão ora suscitada, portanto, está em saber se essas disposições contidas no convênio e lei estadual citados encontram base constitucional e legal, conforme concluiu o aresto guerreado, ou seja, se o fato gerador de mercadoria importada é a entrada no estabelecimento ou no território nacional. Entendo que nem o convênio e nem a Lei nº 1.423/89, poderiam dispor sobre a ocorrência do fato gerador do imposto, alterando disposições do DL nº 406/88 e do Código Tributário Nacional, recepcionadas pela atual Constituição. Na ausência de lei complementar, os Estados só poderão celebrar convênio para regulamentar provisoriamente o ICM, no que diz respeito às lacunas existentes e sobre matéria tratada em dispositivos de lei complementar que não foram recepcionados pela Carta Magna. É de aplicar-se, portanto, a legislação anterior, quando não for esta incompatível com as disposições do novo texto constitucional. - Ora, a teor do disposto no art. 146, III, letra a, da CF, somente a lei complementar poderá estabelecer normas gerais sobre o fato gerador, não podendo ser, dessarte, conferido este poder aos Estados, por delegação. - Nesse sentido, tanto a doutrina quanto a jurisprudência dominante, caminham no sentido oposto ao do acórdão recorrido. - Sobre o tema, IVES GANDRA MARTINS faz os seguintes comentários: "Na falta de lei complementar editada para a instituição do ICMS no prazo de sessenta dias contados da promulgação da Constituição, as disposições transitórias autorizam os Estados, a fixar normas para regular provisoriamente a matéria. Tal autorização, à evidência, só pode versar sobre as lacunas existentes e sobre os dispositivos da lei complementar anterior não recepcionados. Entretanto, o dispositivo entusiasmou de tal forma os senhores Secretários da Fazenda dos Estados que eles produziram um convênio inconstitucional (66/88), com características de confuso regulamento. Não há nele nem estrutura, nem perfil de lei complementar." (in Sistema Tributário na Constituição de 1988, São Paulo, Saraiva, 1989, pág. 288). - De outra parte, nesta Colenda Corte, as egrégias Primeira e Segunda turmas decidiram no mesmo sentido: "ICMS. Exigibilidade antecipada. Convênio nº 66/88. Não editada a Lei Complementar necessária à instituição do ICM prevalecem as

disposições contidas no DL nº 406/68, recepcionadas pela vigente Constituição Federal. Os Estados e o Distrito Federal, mediante convênios, só poderão fixar normas para regular provisoriamente a matéria nas lacunas existentes e sobre os dispositivos da lei complementar não recepcionados. Não prevalece, portanto, a exigência do recolhimento do ICM por ocasião do desembaraço aduaneiro introduzido pelo Convênio nº 66/88. Recurso conhecido e provido." (REsp nº 14.410-RJ, Rel. Min. Garcia Vieira, in DJ de 06.12.91). "Tributário. Importação. ICMS. Recolhimento antecipado. Fato gerador. Convênio ICM 66/88. Art. 34, § 8º, do ADCT. Artigo 1º do Decreto-Lei nº 406/68. - Até que Lei Complementar seja editad

EMENTA

Até que Lei Complementar seja editada, prevalece o disposto no artigo 1º do Decreto-Lei nº 406/68, diploma legal recepcionado pela vigente Constituição Federal, não prevalecendo a exigência de recolhimento do ICMS por ocasião do desembaraço aduaneiro previsto no Convênio nº 66/88.