



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Procuradoria-Geral da República

Nº 57524/2015 – ASJCIV/SAJ/PGR

Segundos Emb. de Decl. no Rec. Extr. 540.829 - SP

Relator: Ministro **Gilmar Mendes**

Embargante: Estado de São Paulo

Embargante: Associação Brasileira das Secretarias de Finanças das Capitais – ABRASF

Embargado: Hayes Wheels do Brasil Ltda.

Interessada: Tam Linhas Aéreas S.A.

DIREITO TRIBUTÁRIO E DIREITO CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. SEGUNDOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ERROS MATERIAIS. MODULAÇÃO DE EFEITOS. ACOLHIMENTO PARCIAL.

1 – São cabíveis embargos de declaração para correção de erro material.

2 – O Supremo Tribunal Federal não admite a oposição de embargos de declaração com manifesto propósito infringente. Precedente: MI 3407 AgR-AgR- ED-ED (*DJe* 31 mar. 2015).

3 – É cabível, em sede de embargos de declaração, postular a modulação de efeitos de decisão plenária da Suprema Corte em sede de recurso extraordinário, providência que, no entanto, se faz absolutamente excepcional. Precedentes: EDs na ADI 2.797 (*DJe* 27 fev. 2013) e EDs no RE 595.838 (*DJe* 24 fev. 2015).

4 – Parecer pelo acolhimento parcial dos embargos de declaração opostos pelo Estado de São Paulo.

O Estado de São Paulo opôs embargos de declaração em face do acórdão do Supremo Tribunal Federal que negou provimento a recurso extraordinário seu, sob o fundamento de que o ICMS não incide em operações relativas ao arrendamento mercantil internacional, exceto quando haja antecipação da opção de compra.

O acórdão embargado foi ementado nos seguintes termos:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. ICMS. ENTRADA DE MERCADORIA IMPORTADA DO EXTERIOR. ART. 155, II, CF/88. OPERAÇÃO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL INTERNACIONAL. NÃO-INCIDÊNCIA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. O ICMS tem fundamento no artigo 155, II, da CF/88, e incide sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

2. A alínea “a” do inciso IX do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, na redação da EC 33/2001, faz incidir o ICMS na entrada de bem ou mercadoria importados do exterior, somente se de fato houver circulação de mercadoria, caracterizada pela transferência do domínio (compra e venda).

3. Precedente: RE 461968, Rel. Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 30/05/2007, DJe 23/08/2007, onde restou assentado que o imposto não é sobre a entrada de bem ou mercadoria importada, senão sobre essas entradas desde que elas sejam atinentes a operações relativas à circulação desses mesmos bens ou mercadorias.

4. Deveras, não incide o ICMS na operação de arrendamento mercantil internacional, salvo na hipótese de antecipação da opção de compra, quando configurada a transferência da titularidade do bem. Conseqüentemente, se não houver aquisição de mercadoria, mas mera posse decorrente do arrendamento, não se pode cogitar de circulação econômica.

5. *In casu*, nos termos do acórdão recorrido, o contrato de arrendamento mercantil internacional trata de bem suscetível de devolução, sem opção de compra.

6. Os conceitos de direito privado não podem ser desnaturados pelo direito tributário, na forma do art. 110 do CTN, à luz da interpretação conjunta do art. 146, III, combinado com o art. 155, inciso II e § 2º, IX, “a”, da CF/88.

8. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

(RE 540.829, Relator Ministro GILMAR MENDES, Relator p/ Acórdão Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, DJe 17 nov. 2014).

O Estado de São Paulo considera presentes na decisão erros materiais, quais sejam: (i) o fato de que o bem importado não é uma aeronave, como apontado no voto do Ministro Luiz Fux, “*nem o contrato se amolda, propriamente, aos contratos típicos de leasing de aeronaves*”, e o de que (ii) o fato gerador foi anterior à Emenda Constitucional 33/2001, ao contrário do sugerido pela Ministra Rosa Weber.

Pede, ainda, seja aclarado que os efeitos do acórdão prolatado se restringem ao arrendamento mercantil em que ocorre apenas admissão temporária do bem no território nacional.

Acrescenta que a tese adotada precisa conter a hipótese intermediária em que caiba a imposição tributária de forma proporcional, o que sugere a modulação de efeitos da decisão, para que “*se permita a cobrança do tributo sempre que houver forma de aferição técnica entre o período de vida útil do bem ingressado e a duração do contrato que originou a entrada no Brasil*”, o que preveniria a celebração de avenças com forma de arrendamento e objeto de venda e compra.

Apresenta pedido sucessivo também no sentido de que, por incidência do art. 27 da Lei 9.868/1999, restrinja-se a eficácia do julgado apenas a eventos futuros, para evitar a repetição de valores cobrados até o julgamento, exceto no que se refere ao ajuizamento de ação em momento anterior ao da decisão da Suprema Corte.

O Ministro Luiz Fux concedeu vista dos autos à Procuradoria-Geral da República para manifestação acerca das alegações contidas nos embargos declaratórios opostos pelo Estado de São Paulo e pela Associação Brasileira das Secretarias de Finanças das Capitais – ABRASF.

No entanto, na data de 19 de dezembro de 2014, havia negado seguimento aos aclaratórios da ABRASF, em decisão da qual não houve interposição de recurso.

Esse o quadro, analisam-se, tão somente os embargos do Estado de São Paulo, opostos no prazo legal.

É pré-requisito para a oposição de embargos de declaração a existência de omissão, contradição ou obscuridade na decisão embargada (art. 463, do Código de Processo Civil). A jurisprudência os acata igualmente para a correção de erro material, como na espécie, e para fins de prequestionamento.

Dito isso, ressei que o aresto embargado analisou extraordinário interposto em defesa da tese pela incidência de ICMS a quaisquer produtos arrendados em contrato de *leasing* internacional.

Denota-se, assim, a ausência de repercussão jurídica do erro material suscitado pelo embargante no que concerne ao voto do Ministro Luiz Fux, dado que a controvérsia submetida referiu-se à não incidência de ICMS na entrada de todo e qualquer bem importado por meio de arrendamento mercantil, desde que não ocorra antecipação da opção de compra.

Não obstante, como a irresignação é oportuna e houve efetiva alusão pelo referido Ministro, no curso do debate, ao fato de tratar-se de controvérsia acerca da incidência de ICMS de importação por contrato de *leasing* de aeronave, merecem parcial acolhimento os embargos para registro de que a situação fática que conduziu à interposição do presente recurso extraordinário foi a locação de diversos equipamentos para a fabricação de rodas de liga leve, dentre eles um torno de CNC vertical para usinagem de aro externo W20T4, seus acessórios e peças de reposição.

Não merece acolhimento, por outro lado, o pleito de adequação do voto da Ministra Rosa Weber, que fez referência à regência da EC 33/2001, quando o fato gerador da causa subjacente havia ocorrido em momento anterior.

Por via transversa, o embargante busca, aqui, imprimir ao julgado efeitos infringentes, forçando a distinção quanto à imposição tributária antes e depois da EC 33/2001, o que não se admite no Supremo Tribunal Federal (MI 3407 AgR-AgR- ED-ED, Relator Ministro Celso de Mello, *DJe* 31 mar. 2015).

O referido marco normativo constitucional, salvo melhor entendimento, não foi considerado pelos Ministros da Suprema Corte como elemento capaz de alterar a orientação acerca da não tributação pelo ICMS de operações internacionais de arrendamento mercantil em que não ocorre antecipação da opção de compra, isto é, a circulação econômica do bem ou da mercadoria. Nesse particular, a Ministra Cármen Lúcia chegou a ater-se ao ponto, consignando que o tema, no tocante ao período da vigência da EC 33/2001 seria analisado apenas no RE 594.996, mas ficou isolada quanto ao *distinguishing* pelo critério temporal.

Como elucida a própria ementa do julgado, a tese perfilhada pelo Supremo Tribunal Federal foi, na linha do precedente do RE 461.968¹, a de que o contrato puro e simples de arrendamento mercantil internacional não dá ensejo à circulação de mercadoria,

1 Ementa: “RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ICMS. NÃO-INCIDÊNCIA. ENTRADA DE MERCADORIA IMPORTADA DO EXTERIOR. ART. 155, II, DA CB. LEASING DE AERONAVES E/OU PEÇAS OU EQUIPAMENTOS DE AERONAVES. OPERAÇÃO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL. 1. A importação de aeronaves e/ou peças ou equipamentos que as componham em regime de *leasing* não admite posterior transferência ao domínio do arrendatário. 2. A circulação de mercadoria é pressuposto de incidência do ICMS. O imposto --- diz o artigo 155, II da Constituição do Brasil --- é sobre 'operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior'. 3. Não há operação relativa à circulação de mercadoria sujeita à incidência do ICMS em operação de arrendamento mercantil contratado pela indústria aeronáutica de grande porte para viabilizar o uso, pelas companhias de navegação aérea, de aeronaves por ela construídas. 4. Recurso Extraordinário do Estado de São Paulo a que se nega provimento e Recurso Extraordinário de TAM - Linhas Aéreas S/A que se julga prejudicado. (RE 461.968, Relator Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, DJe 23 ago. 2007)”.

escapando ao espectro de ações que caracterizam fatos geradores de ICMS, seja na redação originária ou na que a EC 33/2001 conferiu ao preceito da alínea “a” do inciso IX do § 2º do art. 155 da Constituição Federal.

Não escapou à Suprema Corte que a tributação específica dos autos era referente a fato gerador anterior à EC 33/2001, como evidencia o voto da Ministra Cármen Lúcia (fl. 40 do acórdão). Tampouco mitigou-se o entendimento com relação a fatos geradores ocorridos já na nova redação do art. 155, § 2º, IX, “a”, dado que o próprio Ministro Luiz Fux trouxe à colação, no curso do julgamento, o precedente do RE 553.663, pela não incidência de ICMS no *leasing* financeiro internacional, mesmo quando contratado na vigência da EC 33/2001².

Esse o quadro, pela própria transcendência da causa elevada ao posto de paradigma do tema 297 da repercussão geral, não se identifica equívoco na apreciação da Ministra Rosa Weber de que examinava-se nos autos a incidência de ICMS “*sobre bem de origem estrangeira, objeto de contrato de leasing sem opção de compra, à luz do*

2 EMENTA: “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 arrendamento mercantil quando não haja circulação do bem, caracterizada pela transferência de domínio, ainda que sob a égide da EC nº 33/2001 (RE 553.663 AgR, Relator Ministro CEZAR PELUSO, Segunda Turma, DJe 28 fev. 2008).

art. 155, § 2º, IX, 'a', da Constituição da República, com a redação da Emenda Constitucional nº 33/2001”.

De outra parte, o embargante pede, com igual intuito modificativo do julgado, que se mitigue o entendimento do acórdão, para restringir a tese da não incidência do ICMS para viabilizar a imposição tributária proporcional ao tempo de uso do bem no território nacional.

Reitera-se, nesse ponto, a inadmissibilidade dos aclaratórios com finalidade de infringir o julgado.

Por fim, pede o Estado de São Paulo a manipulação temporal dos efeitos do acórdão *pro futuro*.

Esta Procuradoria-Geral da República reputa cabível, em sede de embargos, postular a modulação de efeitos de decisão Plenária da Suprema Corte em sede de recurso extraordinário. Nessa linha de intelecção, conta-se com o precedente dos Embargos de Declaração na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.797, de cuja ementa é possível extrair a seguinte orientação:

[...]

2. Quando, no julgamento de mérito dessa ou daquela controvérsia, o STF deixa de se pronunciar acerca da eficácia temporal do julgado, é de se presumir que o Tribunal deu pela ausência de razões de segurança jurídica ou de interesse social. Presunção, porém, que apenas se torna absoluta com o trânsito em julgado da ação direta. O Supremo Tribunal Federal, ao tomar conhecimento, em sede de embargos de declaração (antes, portanto, do trânsito em julgado de sua

decisão), de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social que justifiquem a modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade, não deve considerar a mera presunção (ainda relativa) obstáculo intransponível para a preservação da própria unidade material da Constituição.

3. Os embargos de declaração constituem a última fronteira processual apta a impedir que a decisão de inconstitucionalidade com efeito retroativo rasgue nos horizontes do Direito panoramas caóticos, do ângulo dos fatos e relações sociais. Panoramas em que a não salvaguarda do protovalor da segurança jurídica implica ofensa à Constituição ainda maior do que aquela declarada na ação direta. [...]

5. Embargos de declaração conhecidos e acolhidos para fixar a data de 15 de setembro de 2005 como termo inicial dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do Código de Processo Penal, preservando-se, assim, a validade dos atos processuais até então praticados e devendo as ações ainda não transitadas em julgado seguirem na instância adequada.

(Relator Ministro MENEZES DIREITO, Relator p/ Acórdão Ministro AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, DJe 27 fev. 2013)

Deve-se notar, não obstante, que a incidência do art. 27 da Lei 9.868/1999 ocorre de forma absolutamente excepcional, limitada aos casos em que ressaí o dever de preservar a segurança jurídica ou excepcional interesse social.

O postulado da segurança jurídica aparece, nesse momento, como pilar *“que permite vislumbrar com alguma previsibilidade o futuro; é ela, pois, que enseja projetar e iniciar, conseqüentemente, - e não aleatori-*

amente, ao mero sabor do acaso -, comportamentos cujos frutos são esperáveis a médio e longo prazo”³.

O excepcional interesse social, de outro lado, no contexto do Estado Democrático de Direito, é princípio que visa a resguardar o bem comum, acima dos interesses particulares presentes em controvérsias submetidas ao crivo do Supremo Tribunal Federal na via do controle difuso de constitucionalidade, como na hipótese vertente.

Nenhum dos dois requisitos parece se fazer presente a ponto de justificar a mitigação dos efeitos do acórdão embargado e, conseqüentemente, de obstar as legítimas pretensões de repetição do indébito tributário que podem surgir. Essa preocupação com o uso indevido do permissivo legal está cristalizada em decisão recente do Plenário da Suprema Corte, consoante ementa que segue:

Embargos de declaração no recurso extraordinário. Tributário. Pedido de modulação de efeitos da decisão com que se declarou a inconstitucionalidade do inciso IV do art. 22 da Lei nº 8.212/91, com a redação dada pela Lei nº 9.876/99. Declaração de inconstitucionalidade. Ausência de excepcionalidade. Lei aplicável em razão de efeito repristinatório. Infracoconstitucional.

1. A modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade é medida extrema, a qual somente se justifica se estiver indicado e comprovado gravíssimo risco irreversível à ordem social. As razões recursais não contêm indicação concreta, nem específica, desse risco.

3 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 28^a ed. São Paulo: Malheiros, p. 124.

2. Modular os efeitos no caso dos autos importaria em negar ao contribuinte o próprio direito de repetir o indébito de valores que eventualmente tenham sido recolhidos.

3. A segurança jurídica está na proclamação do resultado dos julgamentos tal como formalizada, dando-se primazia à Constituição Federal.

4. É de índole infraconstitucional a controvérsia a respeito da legislação aplicável resultante do efeito repristinatório da declaração de inconstitucionalidade do inciso IV do art. 22 da Lei nº 8.212/91, com a redação dada pela Lei nº 9.876/99.

5. Embargos de declaração rejeitados.

(RE 595.838 ED, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, *DJe* 24 fev. 2015)

Ante o exposto, os embargos de declaração do Estado de São Paulo merecem ser parcialmente acolhidos, unicamente para corrigir o erro material apontado no pronunciamento do Ministro Luiz Fux.

Brasília (DF), 8 de abril de 2015.

Rodrigo Janot Monteiro de Barros
Procurador-Geral da República

JCCR/RNSL