

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Atendeu-se aos pressupostos de recorribilidade. A peça, subscrita por advogado regularmente credenciado, foi protocolada no prazo legal.

Observem a organicidade e a dinâmica do Direito. O recurso extraordinário tem apreciação vinculada ao acórdão impugnado. Daí o instituto do prequestionamento, a revelar o debate e a decisão prévios dos temas versados nas razões recursais. Visa o cotejo indispensável à conclusão pela harmonia, ou não, com o texto constitucional, do que assentado. Da leitura do voto condutor do julgamento da apelação, no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, depreende-se ter havido formalização de entendimento apenas quanto ao princípio da legalidade e ao conceito constitucional de mercadoria, embora sem menção expressa aos dispositivos da Lei Maior – artigos 150, inciso I, e 155, inciso II. A controvérsia não foi dirimida sob o ângulo dos artigos 5º, incisos LV e LVI, 150, inciso II, 170, inciso IV, e 155, § 2º, inciso I, da Carta da República, padecendo o recurso, nessa parte, da ausência do indispensável prequestionamento.

Está em jogo definir se houve, ou não, instituição, pelo Decreto nº 29.831/2006 do Estado de Pernambuco, no que ratificou o Convênio nº 64/2006 do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ, de hipótese de incidência do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS na alienação de bens do ativo permanente – mais especificamente, veículos adquiridos para locação, posteriormente alienados, para fins de renovação da frota –, bem como saber se a disciplina é compatível com o princípio da legalidade tributária.

Atentem para a sistemática alusiva à incidência do tributo nas operações de vendas de automóveis novos. Estando o setor submetido ao regime de substituição tributária, a base de cálculo será presumida, de modo a compreender, além do valor referente à venda realizada pelo fabricante, outras grandezas, tais como o frete e encargos cobrados dos adquirentes inseridos na cadeia de comercialização – concessionárias, consumidores. Confirmam o disposto no artigo 8º, inciso II, da Lei Complementar nº 87/1996 – Regulamento do ICMS:

II - em relação às operações ou prestações subseqüentes, obtida pelo somatório das parcelas seguintes:

- a) o valor da operação ou prestação própria realizada pelo substituto tributário ou pelo substituído intermediário;
- b) o montante dos valores de seguro, de frete e de outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço;
- c) a margem de valor agregado, inclusive lucro, relativa às operações ou prestações subseqüentes.

Em Pernambuco, regra geral, essa base de cálculo presumida é sugerida pelo órgão competente ou, na falta, pelo fabricante ou montadora – artigo 525 do Decreto nº 14.876/1991, vigente à época dos fatos – e corresponde ao preço de venda ao consumidor, situado na etapa final da cadeia, englobando todos os elementos descritos na Lei Complementar.

Visando desonerar determinados setores nos quais a aquisição de veículos automotores novos, destinados ao ativo fixo, ocorre diretamente na fábrica, surgiu o Convênio ICMS nº 51/2000, ratificado pelo Estado de Pernambuco por meio do Decreto nº 23.217/2001, a revelar redução significativa da base de cálculo especificamente para esses contribuintes, no que prevê a incidência do ICMS somente sobre o valor da operação de venda promovida pelo fabricante, desconsiderados elementos adicionais, versados na legislação de regência, afastada, assim, a regra geral.

Nesse contexto, mediante o questionado Convênio nº 64/2006, regulamentado no Estado por meio do Decreto nº 29.831/2006, condicionou-se o gozo da redução da base cálculo à manutenção do veículo por, no mínimo, 12 meses no patrimônio do adquirente. Eis o teor do artigo 1º do citado ato normativo:

Art. 1º O art. 14 do Decreto nº 14.876, de 12 de março de 1991, e alterações, passa a vigorar com as seguintes modificações:

"Art. 14. A base de cálculo do imposto é:

[...]

LXVIII - a partir de 12 de julho de 2006, nas operações de venda de veículos autopropulsados, antes de 12 (doze) meses da data da aquisição junto à montadora, quando realizadas por pessoa jurídica que explore a atividade de produtor agropecuário, locação de veículos e arrendamento mercantil, o preço de venda ao público sugerido pela montadora, observando-se (Convênio ICMS 64/2006):

[...]"

Apesar da redação do dispositivo – “nas operações de venda de veículos autopropulsados, antes de 12 (doze) meses da data de aquisição junto à montadora” –, não se está a determinar a incidência de ICMS na alienação de ativo imobilizado. A regra impõe condição resolutiva ao gozo do benefício de redução da base de cálculo, previsto no Convênio nº 55/2000, regulado pelo Decreto nº 23.217/2001. O evento futuro e incerto é a alienação de bem integrante do ativo imobilizado. Daí concluir-se que o decreto instituiu imposto sobre tal realidade constitui erroria, equivalente a tomar o efeito pela causa. A diferença de ICMS, decorrente da aplicação do Convênio nº 64/2006, refere-se à operação de entrada da mercadoria posteriormente integrada ao imobilizado, e não à saída do ativo. Significa dizer: se não cumprida a permanência no prazo descrito na legislação de regência, afasta-se o regime mais benéfico, no que serão cobrados do alienante os encargos inicialmente afastados, majorada a base de incidência do tributo, fazendo-se incidir a regra geral.

Ausente hipótese de incidência do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS na alienação de bens do ativo fixo, não há ofensa ao artigo 155, inciso II, da Constituição Federal.

Quanto à compatibilidade do Decreto nº 29.831/2006 com o versado no artigo 150, inciso I, da Lei Maior, surge elementar a noção segundo a qual criação de tributos exige o consentimento do povo, manifestado por meio de representantes mediante lei, em sentido formal e material, considerado o princípio da legalidade tributária – predicado das sociedades democráticas. A lei há de ser, invariavelmente, o meio introdutor de normas de direito tributário. Qualquer obrigação concernente a tributo instituída por espécie normativa hierarquicamente inferior é inconstitucional. Nem mesmo a pretexto de ratificar convênio celebrado no âmbito do CONFAZ pode o Executivo – sem anterior aprovação do Legislativo – versar regra gravosa ao contribuinte.

A ressaltar a óptica, Geraldo Ataliba, citando lição de Sacha Calmon Navarro Coelho, ensina:

"O argumento tem fulcro no fato de que a obrigação tributária, todos os seus elementos estruturais constituem matéria sob reserva de lei (art. 97 do CTN e art. 153, § 2.º da Constituição). A reserva de convênio não exclui a reserva de lei. Os Estados não perderam competência tributária em favor dos convênios. Estes são resultantes das reuniões de Estados que, colegiadamente, exercem, cada qual, uma competência tributária própria e indelegável.

[...]

Em verdade o conteúdo dos convênios só passa a valer depois que as Assembléias Legislativas - casas onde se faz representar o povo dos Estados - ratificam os convênios prefirmados nas assembléias. Com efeito, não poderia um mero preposto do chefe do Executivo Estadual exercer competência tributária exonerativa. Esta é do Ente Político, não é do Executivo nem do seu chefe, muito menos do preposto, destituível *ad nutum* .”

O Estado de Pernambuco em momento algum mencionou haver a Assembleia Legislativa participado do procedimento de ratificação do Convênio nº 64/2006, fosse por meio de decreto legislativo, fosse editando lei ordinária. A ausência de instrumento adequado à introdução de regras tributárias torna o Decreto nº 29.831/2006 ato nulo.

Conheço do recurso extraordinário e o provejo, para, declarando incidentalmente a inconstitucionalidade do inciso LXVII do artigo 14 do Decreto nº 14.876/1991, com a redação conferida pelo de nº 29.831/2006, ambos do Estado de Pernambuco, afastar a majoração do ICMS prevista nas operações de venda de veículos autopropulsados, ocorridas antes de 12 meses da aquisição junto à montadora, quando realizadas por pessoa jurídica que explore atividade de produtor agropecuário, locação de veículos e arrendamento mercantil. Proponho a seguinte tese: “Surge inconstitucional, por violação do princípio da legalidade, decreto a disciplinar, sem previsão legal, incidência de tributo.”

É como voto.