ICM — PARTICIPAÇÃO DO MUNICÍPIO — RATEIO

— ICM (CF 69): participação dos municípios no produto da arrecadação: critério de rateio (EC nº 17/80): "valor adicionado": exclusão para o seu cálculo da arrecadação resultante da incidência do ICM sobre a entrada de mercadorias e bens importados por estabelecimento sediado no território municipal.

1 — A partir da EC nº 17/80, a União perdera sua competência anterior para disciplinar, por lei ordinária, o rateio entre os municípios da cota do produto da arrecadação do ICM a eles pertencente.

2 — Cessada, portanto, a vigência do Decreto nº 1.216/72, válida foi a lei estadual derrogatória da legislação local anterior, que determinava a observância, de resto, compulsória, daquele diploma federal.

3 — A posterior exclusão, pelo ato local impugnado, do montante do ICM arrecadado na entrada, nos estabelecimentos do município, de mercadorias e bens importados, do cálculo do "valor adicionado", para o efeito do art. 23, 9º, I, CF 69 (redação da EC nº 17/80), além de não violar a lei federal, que caducara, nem a legislação estadual revogada, que a reproduzia, substancialmente, não contrariou a Constituição Federal, mas, pelo contrário, lhe deu a melhor interpretação.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Recurso Extraordinário nº 136.189
Recorrente: Estado de São Paulo
Recorrida: Prefeitura Municipal de São Bernardo do Campo
Relator: Sr. Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso e dar-lhe provimento.

Brasília, 28 de abril de 1922. *Moreira Alves,* Presidente. *Sepúlveda Pertence,* Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: O município de São Bernardo do Campo impetrou mandado de segurança contra autoridade fiscal paulista visando a declarar ilegal ato regulamentar estadual — Portaria CAT 6/86, e, conseqüentemente, obter novo cálculo do quinhão que lhe cabe no produto da arrecadação do ICM, na conformidade do art. 23, § 9º, I, da Carta Constitucional pretérita.

2. A invalidade do ato normativo decorreria de excluir do cômputo do chamado "valor adicionado" — critério da partilha de três quartos, no mínimo, dos 20% do produto do ICM, pertencente aos municípios — o *quantum* arrecadado na entrada de bens importados de consumo ou destinados a integrar o ativo fixo dos estabelecimentos (fl. 10).

3. Deferida a liminar, a sentença de primeiro grau concedeu a segurança (fls. 67-74).

4. Apelou o Estado e o TJSP negou provimento ao recurso (fls. 123-7): uma vez que a importação de bens de consumo e dos destinados à integração ao ativo fixo sofre a incidência do ICM, concluiu o acórdão que o produto da arrecadação correspondente deve ser computado, para o efeito de cálculo do quinhão do município sede do estabelecimento importador, segundo o "valor adicionado".

5. A decisão recorrida se reporta ao Decreto-lei nº 1.216/72, cujo art. 1º determina que, "para efeito de cálculo do valor adicionado serão computadas operações que constituem fato gerador do imposto, mesmo quando o pagamento for antecipado ou diferido, reduzido ou excluído em virtude de isenção", para concluir que (fls. 123-7):

(...) "a Portaria CAT-12, de 13 de fevereiro de 1984, em obediência a normas superiores, determinou a declaração do "valor total das importações do exterior, compreendendo o valor declarado no Código de Operação 23 e o valor das importações, do exterior, de bens do ativo imobilizado e/ou material de consumo (art. 8º, nº XXII).

Assim, não se justifica a revogação da aludida exigência, pois esta decorre de lei e não apenas de simples portaria. A portaria anterior foi baixada em estrito cumprimento de literal disposição legal, de sorte que o novo ato não pode atingir situação prevista em norma superior.

(...)

A Emenda Constitucional nº 17, não revogou o Decreto-lei nº 1.216/72, pois não estabeleceu critério diverso para apuração do valor adicionado.

Além disso, a obrigatoriedade de declaração necessária à apuração dos índices de participação dos municípios no produto da arrecadação do ICM, está prevista no art. 159 do Decreto nº 17.727, que faz referência expressa ao Decreto-lei federal nº 1.216, de 9 de maio de 1972.

Nem se diga que a Portaria CAT-6, que ensejou o ato impugnado, satisfaz a exigência legal, pois suprimiu dispositivo previsto em norma superior.

(...)

Na realidade, a questionada portaria, que deu nascimento ao ato impugnado, sobre possibilitar a evasão de tributo, violou direito subjetivo da impetrante, consistente no exame e verificação da parte que lhe cabe na arrecadação, frustrando, também o direito de fiscalização que a lei lhe assegura."

6. Rejeitaram-se embargos declaratórios do estado (fl. 130), porque teriam caráter infringente (fl. 136). Neles, se discutia a compatibilidade do Decreto-lei nº 1.216/72 com a EC nº 17/80, nos seguintes termos:

"...porque o Decreto-lei nº 1.216/72, deixou de complementar a Constituição da República e porque esta última abriga, ela própria, os critérios de distribuição da renda proveniente da arrecadação do ICM cabente aos municípios, pode a Lei Estadual nº 3.201/81 revogar — como revogou de forma expressa — o art. 98 da Lei nº 440/74, o qual determinava a observância do Decreto-lei nº 1.216/72. E era justamente o art. 98 da Lei nº 440 que dava, anteriormente, suporte jurídico para os dispositivos do regulamento do ICM invocados pelo v. acór-

dão embargado. Assim, formalmente, o Decreto-lei nº 1.216/72 foi afastado de sua aplicação pela Constituição Federal e revogado, no Estado de São Paulo, o dispositivo que determinava a sua aplicação."

7. Sobreveio, então, ainda na vigência da ordem constitucional precedente, o RE, *a*, do Estado de São Paulo, com argüição de relevância, alegando violação dos arts. 23, II, §§ 8º e 9º; e 153, § 1º, da Carta de 69.

8. Quanto aos dois primeiros dispositivos invocados, argumenta o recorrente que a decisão do TJSP se teria baseado em legislação ordinária incompatível com a EC nº 17/80, que deferiu aos estados, observados alguns princípios, a elaboração de disciplina dos fundos de participação dos municípios na arrecadação de ICM.

9. Segundo o recorrente (fl. 144), toda a lógica do julgado paulista e o seu resultado não se sustentariam, em face dos termos da EC nº 17/80, que retirou do art. 23, II, 8º, CF/69, a cláusula final da segunda parte do dispositivo, que tinha originalmente esta redação:

"Art. 23.

(...)

§ 8º "do produto da arrecadação do imposto mencionado no item II, oitenta por cento constituirão receita dos estados e vinte por cento, dos municípios. As parcelas pertencentes aos municípios serão creditadas em contas especiais, abertas em estabelecimentos de crédito, na forma e nos prazos fixados em lei federal".

10. Ademais, pretende o recurso que "o critério do valor adicionado anteriormente se encontrava no Decreto-lei nº 1.216/72 (art. 1º e seus parágrafos). Atualmente, na Lei Estadual nº 3.201/81, art. 1º e seus incisos, conforme transcrito no item 28 deste recurso. Como no critério vigente não é computado senão o valor acrescido à operação, que se expressa na atividade do munícipe-contribuinte exercida sobre a mercadoria, em seu estabelecimento, não poderia ter sido admitida, como admitiu o v. aresto recorrido, firme nos critérios do revogado Decreto-lei nº 1.216/72, o cômputo do fato gerador entrada de mercadoria importada pelo seu valor. A ocorrência desse fato gerador não ocasiona, por si mesma, nenhum acréscimo de valor à operação, à evidência" (fls. 149).

12. Indeferido o recurso, prejudicada a argüição de relevância e discutindo-se exclusivamente temas constitucionais, dei provimento ao Ag. 129.900, para melhor exame.

13. Aguardavam os autos parecer da Procuradoria Geral da República, quando o impetrante-recorrido, pela petição de fl. 293, requereu levantamento de numerário depositado em conta judicial, o que indeferi (fls. 296-8).

14. Oficiando pelo Ministério Público Federal, a il. Subprocuradora Geral da República Anadyr de Mendonça Rodrigues, opinou pelo não conhecimento do recurso, nestes termos (fls. 300, 305):

"Em caso precedente por tudo semelhante ao dos autos — RE 130.824-9/210-SP, Rel. Min. Celso de Mello —, a signatária deste parecer teve a oportunidade de sustentar que a discussão carece de porte constitucional:

"É que o invocado art. 23, II, § 9º, da Emenda nº 1, de 1969, não se dedica a definir os contornos do valor adicionado de que cuida e, aqui, a controvérsia foi gerada pela impugnação da recorrente à Portaria CAT nº 6/86, segundo relatou o v. aresto guerreado; assim, tal ato administrativo, se devesse incluir, na apuração que regulava, as operações de importação — como sustenta o apelo extremo —, antes de macular a Carta Magna, estaria desrespeitando o Decreto-lei nº 1.216, de 1972, este, sim, o instrumento regulador do que constitui o chamado "valor adicionado" ou "valor acrescido", para o fim de apuração da participação dos municípios na arrecadação do ICM.

Por isso mesmo, aliás, é que a r. sentença de primeira instância, para dar pela procedência da ação, viu-se forçada a declarar que a Portaria CAT nº 6, de 1986, desacatava o Decreto-lei nº 1.216, de 1972 (fls. 55-65).

Basta ver que assim dispõe aquele Decreto-lei nº 1.216, de 1972:

"Art. 1º Do produto da arrecadação do imposto sobre a circulação de mercadorias, oitenta por cento (80%) constituem receita dos estados e vinte por cento (20%), dos municípios. As parcelas pertencentes aos municípios serão creditadas em contas especiais, abertas em estabelecimentos oficiais de crédito e entregues, segundo o disposto neste decreto-lei, na proporção do valor adicionado nas operações de circulação de mercadorias, realizadas no território de cada município.

1º Na apuração do valor adicionado, o estado poderá adotar a diferença entre o valor das mercadorias entradas no período fixado no presente decreto-lei.

§ 2º Para efeito de cálculo do valor adicionado serão computadas:

a) as operações que constituem fato gerador do imposto, mesmo quando o pagamento for antecipado ou diferido, ou quando o crédito tributário for diferido, reduzido ou excluído em virtude de isenção;

b) as operações não sujeitas ao imposto, pelo art. 19, item III, letra *d* e art. 23, 7º da Constituição.

§ 3º O estado apurará a relação percentual entre o valor adicionado ocorrido em cada município e o valor total do estado, devendo este índice ser aplicado para entrega da parcela municipal do imposto sobre circulação de mercadorias."

Desta forma, só uma vez verificado o desrespeito ao Decreto-lei nº 1.216, de 1972, é que, já em segundo passo, poder-se-ia chegar à constatação da alegada ofensa à Constituição Federal.

Tratar-se-ia, entretanto, em tal hipótese, de ofensa reflexa ao texto magno, o que, no pensamento dessa Suprema Corte, não enseja inconformação extraordinária, quer no ângulo da alínea *a*, quer, muito menos, à luz da alínea *c* da autorização constitucional:

"A ofensa ao texto constitucional de forma reflexa não viabiliza o recurso extraordinário."

(Ag. 128.282-7-AgRg-RS, Rel. Min. Djaci Falcão, *in DJ* de 11.11.88, p. 29.315).

In hoc casu — não obstante seja inversa a sucumbência —, afiguram-se, ainda assim, igualmente pertinentes as razões então expendidas.

O parecer é, por conseguinte, de que o recurso extraordinário não comporta conhecimento."

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Relator):

I

Ao contrário do que pareceu ao Ministério Público Federal, a questão é imediata e nimiamente constitucional.

2. Em sua redação original, o § 8º do art. 23 da Carta de 69 — depois de dispor constituírem receita dos municípios 20% do produto da arrecadação do ICM —, preceituava que as parcelas a eles pertencentes seriam creditadas na forma e nos prazos estabelecidos em lei federal".

3. Sob a vigência desse preceito constitucional de reserva explícita da matéria à lei federal, sobreveio, para dar-lhe execução, o Decreto-lei nº 1.216, de 1972; no Estado de São Paulo, em conseqüência, a ele se reportou, para mandar observá-lo, o art. 98 da Lei Estadual nº 440/74, o que se concretizou no Decreto nº 17.727, de 25.9.81, Reg. ICM, complementado pelas normas operacionais da Portaria CAT 12/84, pela subsistência das quais se bate o município.

4. Como visto do relatório, sentença e acórdão fundaram-se nesses diplomas infraconstitucionais — explicitamente, no Decreto-lei Federal nº 1.216/72, e no Decreto Estadual nº 17.727/81 — para conceder a segurança.

5. Ocorre que ao tempo da lide, objeto da demanda, o teor primitivo do § 8º do art. 23 do texto constitucional, já fora alterado, por força da EC nº 17/80, pela nova redação do § 8º, completada pelo § 9º do mesmo art. 23 da Constituição pretérita.

6. E desses preceitos já não constava a previsão expressa de lei federal sobre a forma de rateio entre os municípios da cota do produto da arrecadação do ICM, a eles destinada.

7. Tudo está, portanto, em saber se o direito ordinário anterior, federal ou estadual — em que se alicerçou o acórdão recorrido —, sobrevivera ou não, por força de recepção à superveniência daquela mudança constitucional de 1980.

8. Afirmou-lhe a subsistência o acórdão recorrido, ao asseverar que (fl. 126):

"A Emenda Constitucional nº 17 não revogou o Decreto-lei nº 1.216/72, pois não estabeleceu critério diverso para apuração do valor adicionado".

9. Contestou-o, o estado recorrente, desde as informações (fls. 41-7) e apelação (fls. 96-9) até os embargos declaratórios.

10. Nos embargos de declaração, o recorrente situou com clareza a questão proposta. Depois de transcrever a primitiva reração do art. 23, § 8º, CF/69 — onde se continha, recorde-se, a reserva da matéria à lei federal —, prosseguiu (fl. 131):

"Todavia, a Emenda Constitucional nº 17, de 1980, não somente excluiu essa cláusula de observância à forma e prazos fixados na lei federal, do corpo do art. 8º acima reproduzido, como também introduziu na Constituição Federal mais um parágrafo, o 9º, no qual explicita, ela própria, os parâmetros de distribuição de receita pertencente aos municípios, antes na lei de complementação, isto é, no Decreto-lei nº 1.216/72.

A Constituição Federal vigente assim dispõe:

"§ 8º Do produto da arrecadação do imposto mencionado no item II, oitenta por cento constituirão receita dos estados e vinte por cento, dos municípios. As parcelas pertencentes aos municípios serão creditadas em contas especiais, abertas em estabelecimentos oficiais de crédito.

"§ 9º As parcelas de receita pertencentes aos municípios, a que se refere o parágrafo anterior, serão creditadas de acordo com os seguintes critérios.

I — no mínimo três quartos, na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias realizadas nos respectivos territórios.

II — no máximo um quarto, de acordo com o que dispuser a lei estadual".

Por termos da Constituição Federal com a redação que lhe dá a Emenda Constitucional nº 17/80, o Decreto-lei nº 1.216/72 deixou de ser norma complementar à Constituição, pois abriga, ela própria, os critérios de distribuição, ao excluir do texto constitucional a expressão "na forma e prazos fixados em lei federal".

Em outras palavras, porque o Decreto-lei nº 1.216/72 deixou de complementar a Constituição da República e porque esta última abriga, ela própria, os critérios de distribuição da renda provenientes da arrecadação do ICM cabendo aos municípios, pode a Lei Estadual nº 3.201/81 revogar — como revogou de forma expressa — o art. 98 da Lei nº 440/74, o qual determinava a observância do Decreto-lei nº 1.216/72. E era justamente o art. 98 da Lei nº 440 que dava, anteriormente, suporte jurídico para os dispositivos do regulamento do ICM invocados pelo v. acórdão embargado. Assim, formalmente o Decreto-lei nº 1.216/72 foi afastado de sua aplicação pela Constituição Federal e revogado, no Estado de São Paulo, o dispositivo que determinava a sua aplicação."

11. Segue na mesma linha o RE, com maior desenvolvimento de argumentação.

12. Desse modo, ao contrário do que pareceu ao Ministério Público Federal, não se trata de ofensa reflexa à Constituição, a cuja verificação só se pudesse chegar mediante prévia afirmação de desrespeito, pelo ato estadual questionado, do Decreto-lei nº ..... 1.216/72: o RE não pretende que a portaria impugnada seja conforme ao edito federal, mas, ao contrário, lhes afirma a desconformidade. Se, não obstante, sustenta que válido é o ato local discutido e não os diplomas locais anteriores — que se amoldavam ao decreto-lei —, é por entender que,

por força da EC nº 17/80, esse último perdera sua vigência, por incompatibilidade com a norma constitucional superveniente, que teria retirado da União a competência para legislar sobre a matéria.

13. De resto, aduz o RE (fls. 139-48), no que toca ao problema específico do ICM incidente na entrada no estabelecimento nacional da mercadoria importada, "inclusive quando se tratar de bens destinados a consumo ou ativo fixo", a nova disciplina local, e não a antiga lei federal, é que se concilia com a Constituição.

14. O fundo da questão, portanto, sob o prisma do RE interposto, é a indagação acerca da compatibilidade formal e material do Decreto-lei nº 1.216/72 com a EC nº 17/80. Matéria, cuja alçada constitucional não é afetada pelo entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal — firmado contra o meu voto (ADIn 2, 6.2.92, Brossard) — segundo o qual a desconformidade do direito ordinário com a norma constitucional posterior não traduz inconstitucionalidade superveniente, para o fim de viabilizar o controle direto, mas simples revogação: para propiciar o RE, basta que tanto viole a Constituição afirmar-se a constitucionalidade de lei posterior, com ela inconciliável, quanto, a vigência da lei anterior, que a contrarie.

15. Cumpre, assim, enfrentar o problema constitucional posto.

II

16. Do cotejo entre a primeira redação do art. 23, 8º, CF/69, e o § 9º, I, que lhe introduziu a EC nº 17/80, convenci-me de que, efetivamente, a partir dessa reforma da Carta Federal, perdera a União a competência, que antes detinha, para regular a forma de distribuição dos 20% da arrecadação do ICM entre os municípios de cada estado.

17. A norma constitucional de participação dos municípios no produto da arrecadação do ICM, que é tributo da competência impositiva do estado-membro, é tipicamente daquelas que compõem o que Kelsen chamou a "constituição total" do Estado Federal, para distingui-las das que integram a constituição da sua ordem parcial central, entre nós, a União (Kelsen, *Teoria Geral do Direito e do Estado*), trad., ed. Unb-M. Fontes, 1990, p. 309 e segs.).

18. Daí que, da norma constitucional de participação derive imediatamente a relação jurídico-financeira entre o estado-membro, devedor, e cada um dos seus municípios, credores da parcela devida. Vínculo governamental esse, ao qual, em linha de princípio, deveria a União permanecer alheia.

19. Vem daí que só a própria Constituição Federal é que podia submeter a relação de repartição de receita tributária entre estado e município, não apenas às próprias normas constitucionais que a criaram — o que é óbvio —, mas também — rompendo aí a pureza do esquema federativo —, ao que disponha a União, mediante legislação inferior, de hierarquia complementar ou ordinária.

20. É o que fazia a versão inaugural da Carta de 69 — art. 23, § 8º —, que, coerente à sua linha de exacerbação centralista, sequer reservara a matéria à legislação complementar: relegara-a ao trato da lei ordinária da União.

21. Silenciou, porém, a respeito, o direito constitucional superveniente, no caso, os §§ 8º e 9º, do mesmo art. 23, segundo o texto que lhes imprimiu a EC nº 17/80. Silêncio eloqüente, que subtraiu da União a competência anterior para intrometer legislação federal ordinária na disciplina normativa da relação entre estado e município, derivada imediatamente da Constituição.

22. Subtraindo o poder da União para legislar a respeito, a EC nº 17/80, conseqüentemente, privou a legislação federal anterior —, no caso, o Decreto-lei nº ..... 1.216/72 —, da vigência e da eficácia que lhe advinham da competência extinta.

23. Percebeu-o, na espécie, aliás, o município impetrante: por isso, ao invés de situar a fonte da questionada competência da União no texto ab-rogado do art. 23, § 8º — ao qual, expressivamente, sequer alu-

de —, busca deslocar o fundamento de legitimação formal do Decreto-lei nº 1.216/72 para o art. 8º, XVII. *c*, da Carta de 69, que previa legislação federal de normas gerais sobre gestão financeira de natureza pública (fl. 3).

24. O artifício — habilidoso embora — não convenceu. A lei federal prevista na disposição invocada — "normas gerais sobre orçamento, despesa e gestão patrimonial e financeira de natureza pública" — diz com a elaboração e execução orçamentária, administração patrimonial e financeira de cada um dos entes políticos da Federação, não, com o momento prévio de repartição entre eles de receitas tributárias, tema atinente a relações intergovernamentais, que tem sua sede própria na Constituição Federal e — pelo menos, quando vinculam exclusivamente estados e municípios — só por derivação específica dela própria — como ocorria antes da EC nº 17/80 —, podem submeter-se à interferência legislativa da União.

25. Certo — ainda que já extinta, com a EC nº 17/80, a sua força originária de lei federal sobre matéria que pertencia à competência da União —, poderia, em princípio, sustentar-se que o conteúdo normativo do Decreto-lei nº 1.216/80 não perdera imediatamente sua vigência, mas, mediante "estadualização", se mantivera em vigor, incorporado à ordem jurídica do estado-membro.

26. Como, no entanto, a competência para reger a matéria se transferiu ao ordenamento estadual, a partir da transferência, a vigência da norma federal "estadualizada" teria sido essencialmente precária: durou enquanto, sobre a matéria, não adveio norma de origem local, que a revogasse.

27. Ora, no caso concreto, se é verdade que o art. 98 da Lei Estadual nº 440/74 — de resto, ocioso, porque a lei federal se imporia de qualquer sorte —, determinava a observância do Decreto-lei nº 1.216/72, também é certo que a Lei Estadual nº 3.201/81 — já editada, pois, sob a EC nº 17/80 —, revogou expressamente aquele preceito estadual: revogação que tornou iniludível a cessação da vigência por "estadualização", na ordem local, do conteúdo normativo do referido edito federal.

28. Revogada, assim, a norma legal de que derivava a sua validade, é claro que também caducou, em conseqüência, o seu decreto regulamentar.

29. Correta, pois, na espécie, a assertiva do RE de que ambos os fundamentos normativos explícitos do acórdão recorrido — tanto o Decreto-lei nº 1.216/72, quanto o regulamento estadual do ICM (Decreto nº 17.727, 27.9.81) —, já não vigiam, ao menos, desde que a Lei Estadual nº 3.201, de 23.12.81, ao revogar o art. 98 da Lei Estadual nº 440/74, fizera induvidosa a cessação da vigência, no ordenamento local, do conteúdo normativo do diploma originariamente federal, provisoriamente recebido.

III

30. Se não o suportam, porque já não vigiam ao tempo da lide, as normas infraconstitucionais, a que fez apelo, o acórdão recorrido só poderá subsistir se, de sua vez, a disciplina local superveniente — particularmente a do ato questionado, a Portaria CAT 6/86 —, se revelar materialmente incompatível com o regime constitucional de EC nº 17/80, relativo à participação dos municípios no produto da arrecadação do ICM, de que se cuida.

31. Ainda que incidentemente, senão o acórdão, a sentença de primeiro grau chega a aludir à inconstitucionalidade material da portaria (fls. 67-74).

32. Relembre-se, no que interessa, o que dispunha, à época, a Carta de 69, com as alterações ditadas pelas Emendas n.os 17/80 e 23/83:

"Art. 23. Compete aos estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

II — Operações relativas à circulação de mercadorias, realizadas por produtores, industriais e comerciantes, imposto que não será cumulativo e do qual se abaterá, nos termos do disposto em lei complementar, o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo

ou por outro estado. A isenção ou não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação, não implicará crédito de imposto para abatimento daquele incidente nas operações seguintes.

(...)

§ 8º Do produto da arrecadação do imposto mencionado no item II, oitenta por cento constituirão receita dos estados e vinte por cento, dos municípios. As parcelas pertencentes aos municípios serão creditadas em contas especiais, abertas em estabelecimentos oficiais de crédito.

§ 9º As parcelas de receita pertencentes aos municípios, a que se refere o parágrafo anterior, serão creditadas de acordo com os seguintes critérios:

I — no mínimo três quartos, na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias realizadas em seus respectivos territórios;

II — no máximo um quarto, de acordo com o que dispuser a lei estadual.

(...)

11. O imposto a que se refere o item II incidirá, também, sobre a entrada, em estabelecimento comercial, industrial ou produtor, de mercadoria importada do exterior por seu titular, inclusive quando se tratar de bens destinados a consumo ou ativo fixo do estabelecimento."

33. O ato estadual impugnado — Portaria CAT 6/86 —, segundo a irrevisível inteligência que lhe emprestaram as instâncias ordinárias, implicou efetivamente excluir o montante do ICM arrecadado na entrada, nos estabelecimentos do município, das mercadorias importadas para qualquer fim (CF/69, art. 23, 11), do valor adicionado nas operações realizadas no respectivo território, base de cálculo da proporção a que aludia o art. 23, § 9º, I, do diploma constitucional derrogado.

34. Não obstante, é de afastar-se, desde logo, que daí decorresse ofensa à norma básica de repartição da receita do ICM, contida na parte inicial do art. 23, § 8º: o que ali se determinou é que 20% do produto da arrecadação daquele tributo pertenceriam globalmente aos municípios do respectivo estado, parcela que remanesce íntegra, malgrado a quantia discutida — a resultante do ICM na importação de bens — seja ou não subtraída do monte a ser rateado sob o critério do § 9º, I, e transferida para aquele outro igualmente destinado, na conformidade do § 9º, II, à distribuição pelos municípios, "de acordo com o que dispuser a lei estadual".

35. Do que resta, a primeira indagação é se, a partir da EC nº 17/80, o próprio texto constitucional fornecia, para a eleição entre as duas técnicas distributivas do art. 23, § 9º — um conceito do "valor adicionado nas operações (...) realizadas", no território de cada município ou, em caso contrário, se a determinação desse conceito básico foi deixado à lei do respectivo estado.

36. A última das alternativas postas eliminaria o problema, nesta sede das instâncias extraordinárias, retirando-lhe dimensões constitucionais e relegando-o ao plano da interpretação do direito ordinário local. Estou, porém, em que essa não é a solução mais adequada ao sistema constitucional.

37. Ponto essencial à regência da repartição de receitas entre estados e municípios — alçados os últimos, no federalismo brasileiro, ao *status* de entidade política autônoma, a concretização dos caracteres essenciais da definição do "valor adicionado" é um problema nacional: se a própria Constituição não lhe delegou o deslinde — como o fazia explicitamente o art. 23, § 8º, até a EC nº 17/80, e o faz hoje, explicitamente, o art. 161, I, do texto de 1988 —, é na Lei Fundamental mesma que se há de buscar, até onde for possível, a densificação do conceito necessário.

38. Entretanto, o que da Constituição se pode extrair para a densificação do critério de repartição segundo o "valor adicionado" no município, não favorece, no caso, o acórdão recorrido.

39. A linha marcante do perfil constitucional do ICM é o princípio da não cumulatividade, que se concretiza, nas hipóteses

ordinárias de incidência, pela geração de débito fiscal na saída de mercadoria do estabelecimento de origem e pela geração de crédito na sua entrada no estabelecimento de destino da operação de circulação considerada.

40. A incidência tributária prevista no art. 23, § 11, CF/69 (cf. EC 23/83) — repetida no vigente art. 155, IX, *a*, CF/88, é uma ruptura lógica na técnica característica do tributo: a norma — explica o comentador (Ives Gandra Martins, *Comentários à Const. do Brasil*, v. 6º, t. I/457, 1990) —, "transfere o fato gerador do deflagrador do processo de circulação para o receptor do bem, mesmo que destinado a ativo fixo. Há um diferenciamento do imposto, que seria devido pelo exportador estrangeiro — a que o estado não pode atingir, pois fora das forças soberanas de suas leis — para o importador nacional...".

41. Essa transferência do momento da incidência para o da sua entrada no estabelecimento nacional, não converte, porém, o valor do bem importado, na operação efetivamente concretizada no exterior, em "valor adicionado" por operação realizada no município-sede do importador.

42. O local verdadeiro da operação de que resulta o "valor adicionado" é sempre aquele em que tem início a operação de circulação considerada: essa verdade, evidente nas operações interestaduais, não se desfaz, nas operações internacionais, malgrado o diferimento do momento da incidência do tributo para o da entrada do bem no estabelecimento nacional importador, ditado apenas pela impossibilidade jurídica de tributá-lo na origem, segundo a técnica característica do imposto sobre a circulação.

43. Disse-o com precisão o il. juiz Gentil Pedroso Neto, na sentença sobre caso similar, cuja cópia instrui a petição do RE (fl. 154).

44. "O valor adicionado referido no texto constitucional" — acentuou o julgado (fl. 158) — "nada mais é do que o valor acrescido à mercadoria pela atividade do contribuinte. Assim, se a uma matéria-prima importada é acrescido um valor pela atividade do contribuinte é somente este acréscimo que deve ser considerado como "valor adicionado" (vale dizer: — o valor incorporado à mercadoria por sua atividade) para fins de declaração para formação do índice de participação dos municípios no produto de arrecadação do ICM. O contrário — como pretendido pelas autoras — é que me afigura injurídico e contrário ao disposto na Constituição da República. Afinal, a mercadoria adquirida pelo contribuinte e entrada em seu estabelecimento não pode ser considerada como 'valor adicionado' ao produto uma vez que — como ressalta a Fazenda Estadual — não foi por ele produzido e, por isso mesmo, não representa nenhum valor acrescido".

IV

45. Estou, assim, Sr. Presidente, em que, ao contrário do que entendeu a decisão recorrida, o ato fazendário impugnado se conforma, tanto sob a perspectiva dinâmico-formal, quanto sob o prisma estático-material, ao regime constitucional vigente ao tempo da lide, conseqüentemente violado pela concessão da ordem.

46. Por isso, conheço do recurso e lhe dou provimento para cassar a segurança. É o meu voto.

EXTRATO DA ATA

RE 136.189-1-SP — Rel.: Ministro Sepúlveda Pertence. Recte.: Estado de São Paulo (Adva.: Maria Mafalda Tinti). Recda.: Prefeitura Municipal de São Bernardo do Campo (Advs.: Zeny Santos da Silva e outros).

Decisão: a Turma conheceu do recurso e lhe deu provimento. Unânime. 1ª Turma, 28.4.92.

Presidência do Sr. Ministro Moreira Alves. Presentes à sessão os Srs. Ministros Octávio Gallotti, Sepúlveda Pertence e Ilmar Galvão. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Celso de Mello.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Miguel Frauzino Pereira.