



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 938.839 - RJ (2007/0070828-4)

RELATOR : MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES
RECORRENTE : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : MARCELO MELLO MARTINS E OUTRO(S)
RECORRIDO : GLAXOSMITHKLINE BRASIL LTDA
ADVOGADO : Nanci Gama e outro(s)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. LEI ESTADUAL NÃO APLICADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, PORQUANTO INCOMPATÍVEL COM A LC 87/96. INOBSERVÂNCIA DA CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO.

1. Os arts. 480 a 482 do CPC devem ser interpretados na forma da Súmula Vinculante 10/STF, segundo a qual *"viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte"*.
2. Na hipótese, não podia o órgão fracionário deixar de aplicar a lei estadual sob o fundamento de que tal norma é incompatível com a LC 87/96, sem observar as regras contidas nos arts. 480 a 482 do CPC, ou seja, sem suscitar o incidente de declaração de inconstitucionalidade.
3. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento:

"Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha, acompanhando o Sr. Ministro-Relator, a Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator."

Os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha (voto-vista), Castro Meira, Humberto Martins (Presidente) e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 05 de abril de 2011.

MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES , Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 938.839 - RJ (2007/0070828-4)

RELATOR : MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES
RECORRENTE : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : MARCELO MELLO MARTINS E OUTRO(S)
RECORRIDO : GLAXOSMITHKLINE BRASIL LTDA
ADVOGADO : Nanci Gama e outro(s)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator):

Trata-se de recurso especial interposto em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro cuja ementa é a seguinte:

TRIBUTÁRIO. ICMS. CREDITAMENTO PARCELADO. BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO. AUTO DE INFRAÇÃO.

Se a Lei Complementar nada dispõe quanto ao parcelamento do crédito de ICMS incidente sobre bens destinados ao ativo fixo do contribuinte, não pode a lei local restringir o direito em afronta ao comando normativo superior.

Recurso provido.

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados.

No recurso especial, interposto com base na alínea *a* do permissivo constitucional, o recorrente aponta ofensa aos arts. 480 e 481 do CPC, bem como aos arts. 20 e 23 da LC 87/96, alegando, em síntese, que: (a) o aproveitamento do ICMS incidente sobre bens para o ativo fixo deve observar o disposto na LC 87/96 e na respectiva legislação estadual; (b) "ao legislador estadual cabe estabelecer condições para a escrituração dos créditos do ICMS, observada sempre a prerrogativa do contribuinte de não ver esvaziado o seu direito à não cumulatividade do imposto" (fl. 254); (c) o Tribunal de origem afastou a aplicação da Lei Estadual 3.188/89, sem observar o disposto nos arts. 480 e 481 do CPC, entendendo que a legislação estadual afronta a LC 87/96.

Em suas contrarrazões, a recorrida pugna pela manutenção do aresto atacado, tendo em vista que: (a) o acórdão recorrido "não julgou a lide com base na inconstitucionalidade do aludido diploma legal" (fl. 291); (b) a sistemática prevista na Lei Estadual 3.188/99 — em relação ao aproveitamento dos créditos de ICMS gerados pelas aquisições de bens destinados ao ativo fixo — é incompatível com a LC 87/96.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Inadmitido o recurso, subiu por força de agravo de instrumento.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 938.839 - RJ (2007/0070828-4)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. LEI ESTADUAL NÃO APLICADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, PORQUANTO INCOMPATÍVEL COM A LC 87/96. INOBSERVÂNCIA DA CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO.

1. Os arts. 480 a 482 do CPC devem ser interpretados na forma da Súmula Vinculante 10/STF, segundo a qual *"viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte"*.

2. Na hipótese, não podia o órgão fracionário deixar de aplicar a lei estadual sob o fundamento de que tal norma é incompatível com a LC 87/96, sem observar as regras contidas nos arts. 480 a 482 do CPC, ou seja, sem suscitar o incidente de declaração de inconstitucionalidade.

3. Recurso especial provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator):

A pretensão recursal merece acolhimento.

Depreende-se dos autos que o Tribunal de origem afastou a aplicação da Lei Estadual 3.188/89, considerando que a sistemática nela prevista — em relação ao aproveitamento dos créditos de ICMS gerados pelas aquisições de bens destinados ao ativo fixo — é incompatível com a LC 87/96. Em sede de embargos de declaração, o Tribunal *a quo* esclareceu que no caso não há falar em observância da "reserva de plenário", porquanto a lide não foi decidida "com lastro na inconstitucionalidade da norma, mas na legalidade ao aplicar os comandos da Lei Complementar nº 87/96".

Não obstante tal fundamento, os arts. 480 a 482 do CPC devem ser interpretados na forma da Súmula Vinculante 10/STF, segundo a qual *"viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte"*.

A corroborar esse entendimento, destacam-se:

RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TUTELA ANTECIPADA. OITIVA DA FAZENDA PÚBLICA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ARTIGO 2º DA LEI Nº 8.437/92. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. RESERVA DE PLENÁRIO. ARTIGOS 480 E 481 DO CPC.

1. O Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, ao deixar de aplicar o artigo 2º da Lei nº 8.437/92 por considerá-lo inconstitucional, não observou o procedimento previsto nos artigos 480 e 481 do CPC. Aplicável o entendimento consolidado na Súmula Vinculante nº 10.

2. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 1.149.198/AM, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe de 22.3.2010)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. CONTRIBUIÇÃO. PIS. COFINS. ARTIGOS 3º E 4º DA LC 118/2005. AUSÊNCIA DE OBSERVÂNCIA DO ART. 97 DA CF. SÚMULA VINCULANTE N. 10 DO STF. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC CARACTERIZADA.

1. Os embargos de declaração são cabíveis quando a decisão padece de omissão, contradição ou obscuridade, consoante dispõe o art. 535 do CPC, bem como para sanar a ocorrência de erro material.

2. Caso em que o Tribunal de origem adotou entendimento jurisprudencial que afasta a aplicação do artigo 4º, segunda parte, da Lei Complementar 118/05, sem, contudo, reconhecer a sua inconstitucionalidade o que, segundo a recorrente, afrontaria o entendimento consolidado na Súmula Vinculante n. 10/STF.

3. A Fazenda Nacional opôs embargos de declaração para suscitar que o acórdão declarou a inconstitucionalidade sem observância do artigo 481 do CPC; todavia, os aclaratórios foram rejeitados.

4. Em sede de recurso especial, a Fazenda Nacional sustenta a contrariedade ao artigo 535 do CPC, haja vista que o Tribunal de origem não teria se manifestado quanto à declaração de inconstitucionalidade, deixando assim de observar o rito previsto nos artigos 481 e 482 do CPC.

5. Este Tribunal Superior perfilha orientação de que, a despeito da cláusula de reserva de plenário ter sede constitucional (artigo 97 da Constituição Federal), a eventual apreciação da negativa de vigência aos artigos 480 e 482 do CPC deve ser apreciada em recurso especial. Precedente: AgRg no REsp 899302/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 16/9/2009, DJe 8/10/2009; e REsp 619.860/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 3/5/2007, DJ 17/5/2007.

6. Recurso provido para anular o acórdão recorrido e determinar novo julgamento dos embargos de declaração, a fim de que o Tribunal de origem se manifeste notadamente quanto à incidência dos artigos 480 e 482 do CPC.

(REsp 1.120.335/BA, 1ª Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe de 27.5.2010)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. CREDITAMENTO DE DIFERENÇAS DE ICMS. AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO LITERAL À LEI: ART. 480 DO CPC - ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. QUESTÃO NÃO SUBMETIDA À APRECIACÃO DO ÓRGÃO ESPECIAL. NULIDADE DO ACÓRDÃO.

1. A ilegitimidade de preceito normativo por vício de inconstitucionalidade somente pode ser reconhecida, no âmbito dos Tribunais, pelo Órgão Especial ou pelo Plenário (CF, art. 97; CPC, arts. 480 a 482). Os órgãos fracionários somente estão dispensados de suscitar o referido incidente quando a respeito da questão constitucional já houver pronunciamento do órgão competente do Tribunal ou do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Supremo Tribunal Federal.

2. O princípio da reserva de plenário, que "atua como verdadeira condição de eficácia jurídica da própria declaração de inconstitucionalidade dos atos do Poder Público" (STF, RE 488.033, Min. Celso de Mello, DJ de 19.10.06), deve ser observado não apenas quando o órgão fracionário reconhece expressamente a inconstitucionalidade da norma. Segundo reiterado entendimento do STF, "reputa-se declaratório de inconstitucionalidade o acórdão que - embora sem o explicitar - afasta a incidência da norma ordinária pertencente à lide para decidi-la sob critérios diversos extraídos da Constituição" (STF, AgRg no Ag 467.270, Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 12.11.04).

3. Reconhecida pelo órgão fracionário do Tribunal de origem a inconstitucionalidade do artigo 28, II, b, da Lei Estadual - RS 8.820/89 sem obediência à reserva de Plenário, deve ser anulado o julgado, por ofensa aos arts. 480 a 482 do CPC.

4. Recurso especial a que se dá provimento.

(REsp 619.860/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 17.5.2010)

Na hipótese, não podia o órgão fracionário deixar de aplicar a lei estadual sob o fundamento de que tal norma é incompatível com a LC 87/96, sem observar as regras contidas nos arts. 480 a 482 do CPC, ou seja, sem suscitar o incidente de declaração de inconstitucionalidade.

Assim, impõe-se a devolução dos autos ao Tribunal de origem, para que eventual afastamento da legislação estadual observe a "cláusula de reserva de plenário".

Diante do exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso especial, nos termos da fundamentação.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2007/0070828-4 **PROCESSO ELETRÔNICO** **REsp 938.839 / RJ**

Números Origem: 200400127710 200513508146 200513708952 200600368985

PAUTA: 19/10/2010

JULGADO: 19/10/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MAURO CAMPBELL MARQUES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOSÉ FLAUBERT MACHADO ARAÚJO**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : MARCELO MELLO MARTINS E OUTRO(S)
RECORRIDO : GLAXOSMITHKLINE BRASIL LTDA
ADVOGADO : Nanci Gama e OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos - ICMS/ Imposto sobre Circulação de Mercadorias

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). **ALEXANDRA COSTA PIRES**, pela parte RECORRIDA: **GLAXOSMITHKLINE BRASIL LTDA**

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia **SEGUNDA TURMA**, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Após o voto do Sr. Ministro-Relator, dando provimento ao recurso, pediu vista dos autos o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha."

Aguardam os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins e Herman Benjamin.

Brasília, 19 de outubro de 2010

VALÉRIA ALVIM DUSI
Secretária



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 938.839 - RJ (2007/0070828-4)

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA:

A Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro deu provimento à Apelação Cível n. 2004.001.27710, interposta pela autora, empresa privada, para julgar procedente a ação proposta contra o Estado do Rio de Janeiro, decretando "a anulação dos autos de infração referidos na inicial, invertidos os ônus da sucumbência" (fl. 231), estando o acórdão assim fundamentado:

"Pretende a Apelante a anulação dos autos de infração lavrados pelo Apelado por ter se creditado do ICMS recolhido nas operações anteriores sem atender ao exigido pelo artigo 2º da Lei estadual nº 3188/99, que autoriza a medida proporcionalmente à vida útil do bem incorporado ao ativo fixo.

Não prospera a tese de violação ao princípio da não-cumulatividade, de vez que a Apelante recolhe o tributo como consumidor final, exatamente quem suporta o pagamento. A inexistência de circulação do bem depois de adquirido pela Apelante não ofende o referido princípio.

De rigor, o crédito de ICMS relativamente aos bens componentes do ativo fixo como previsto no artigo 20 da Lei Complementar nº 87/96 não se justifica, exatamente porque não mais circula o produto.

Mas o fato é que a mencionada norma complementar estabelece o direito de creditamento quanto ao ICMS recolhido sobre bem que passe a integrar o ativo permanente da empresa, sem impor restrições quanto à forma de lançar esse crédito na escrituração contábil.

A Lei Complementar tem a finalidade de determinar os critérios que viabilizam a execução do preceito constitucional. Todas as hipóteses de pleno funcionamento e aplicação da norma constitucional se esgotam na lei que a complementa, sem que nenhuma outra norma de hierarquia inferior possa extrapolar os limites nela estabelecidos. Assim, a lei estadual não se harmoniza aos comandos superiores da lei complementar quando parcela o creditamento do ICMS incidente sobre bens do ativo fixo. Trata-se de restrição de direito que somente poderia ser imposta se contida na lei complementar.

O artigo 23, da Lei complementar nº 87/96 nada estabelece com relação à possibilidade de ser parcelado o crédito relativo a bens do ativo fixo, ao contrário do que alega o Apelado, pois somente indica em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quais situações pode o contribuinte exercer o direito de crédito do ICMS.

A alteração introduzida no artigo 20, da Lei Complementar nº 87/96 com a redação anterior à vigência da Lei Complementar 102/00, não incide no caso dos autos, uma vez que os períodos aferidos são anteriores à modificação legislativa (fls. 34)" (fls. 230-231 – grifo meu).

O Estado do Rio de Janeiro, então, opôs embargos de declaração, sustentando contrariedade ao princípio da reserva de plenário previsto no art. 97 da Constituição Federal e aos artigos 480 e 481 do Código de Processo Civil. Invocou, ademais, o efeito vinculante do acórdão proferido na Arguição de Inconstitucionalidade n. 03/01 – TJRJ, decorrente do art. 103 do RITJRJ e do art. 481, parágrafo único do Código de Processo Civil (fls. 233-237). Na referida arguição de relevância, teria a Corte local, segundo o embargante, decidido que "o **artigo 2º da Lei estadual 3188/99** ao dispor sobre a forma de apropriação mensal dos créditos gerados pelas aquisições de bens destinados a integrar o ativo fixo não extrapolou da competência legisferante estadual, ainda porque o art. 24, I, da Carta Federal, institui a competência concorrente do Estado para legislar sobre direito tributário" (fls. 235-236).

O Tribunal de origem negou provimento aos declaratórios assim:

"As questões suscitadas pelo Embargante não constituem vícios capazes de autorizar a interposição dos embargos declaratórios.

Inexiste omissão no aresto, considerando que não se justifica submeter a constitucionalidade da lei nº 3188/99 ao exame do E. Órgão Especial porque deste tema não tratou o acórdão, e como refere o próprio Embargante, a matéria já foi decidida naquela Alta Corte.

Do mesmo modo com respeito à aplicação da chamada 'reserva de plenário', ou do efeito vinculador do v. acórdão quando entendeu constitucional o artigo 2º, da Lei nº 3188/99. O aresto embargante não decidiu a lide com lastro na inconstitucionalidade da norma, mas na legalidade ao aplicar os comandos da Lei Complementar nº 87/96" (fl. 245).

O Estado do Rio de Janeiro vem, agora, interpor o presente recurso especial contra os referidos acórdãos, apontando violação: (I) do art. 20 da Lei Complementar n. 87/1996, tendo em vista que "a única interpretação que se mostra possível para o referido" dispositivo "é, justamente, aquela que passa pelo reconhecimento da necessidade de se diferir no tempo o exercício do direito de crédito" (fl. 251), permitindo-se o creditamento do ICMS, em relação aos bens para o ativo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

permanente, "na proporção dos encargos de depreciação" (fl. 253); (II) do art. 23 da Lei Complementar n. 87/1996, estando claro que "ao legislador estadual cabe estabelecer condições para a escrituração dos créditos do ICMS, observada sempre a prerrogativa do contribuinte de não ver esvaziado o seu direito à não-cumulatividade do imposto (direito esse, vale repetir à exaustão, que não é infirmado por uma condição que, sem negar o direito de apropriação integral do crédito, apenas impõe que ele se faça mensalmente)" (fl. 254) e (III) dos artigos 480 e 481 do Código de Processo Civil, considerando a inobservância da reserva de plenário e, ainda, do enunciado n. 10 da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal.

O em. Ministro Mauro Campbell Marques, relator, deu provimento ao recurso especial por entender que não podia o órgão fracionário deixar de aplicar a lei estadual sob o fundamento de que tal norma é incompatível com a Lei Complementar n. 87/1996, sem observar as regras contidas nos artigos 480 a 482 do Código de Processo Civil, ou seja, sem suscitar o incidente de declaração de inconstitucionalidade. Impôs, ainda, a devolução dos autos ao Tribunal de origem, para que eventual afastamento da legislação estadual observe a "cláusula de reserva de plenário".

Tem razão o relator.

Apreciando os termos dos acórdãos proferidos na apelação e nos respectivos embargos de declaração, observo que não houve efetiva aplicação do princípio da hierarquia constitucional das normas, mas, na verdade, constatação de que a matéria objeto do art. 2º da Lei estadual n. 3.188/1999 é reservada, pela Constituição Federal, à lei complementar.

No caso em debate, portanto, embora o acórdão dos declaratórios afirme que a discussão versa sobre a "legalidade ao aplicar os comandos da Lei Complementar nº 87/96" (fl. 245), o órgão fracionário do Tribunal de Justiça acabou admitindo, sem dúvida, que a lei local invadiu os limites constitucionais traçados para a lei complementar. Para tanto, volto a reproduzir o texto do acórdão da apelação, assim:

"A Lei Complementar tem a finalidade de terminar os critérios que viabilizam a execução do preceito constitucional. Todas as hipóteses de pleno funcionamento e aplicação da norma constitucional se esgotam na lei que a complementa, sem que nenhuma outra norma de hierarquia inferior possa extrapolar os limites nela estabelecidos. Assim, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

lei estadual não se harmoniza aos comandos superiores da lei complementar quando parcela o creditamento do ICMS incidente sobre bens do ativo fixo. Trata-se de restrição de direito que somente poderia ser imposta se contida na lei complementar" (fl. 230).

O enfoque da discussão jurídica fica ainda mais claro quando o recorrente cita o acórdão proferido na Arguição de Inconstitucionalidade n. 3/01, no qual o próprio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro decidiu que "o artigo 2º da Lei estadual 3188/99 ao dispor sobre a forma de apropriação mensal dos créditos gerados pelas aquisições de bens destinados a integrar o ativo fixo não extrapolou da competência legisferante estadual, ainda porque o art. 24, I, da Carta Federal, institui a competência concorrente do Estado para legislar sobre direito tributário" (fl. 257).

Ante o exposto, acompanhando o relator, dou provimento ao recurso especial para acolher a alegada violação dos artigos 480 e 481 do Código de Processo Civil.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 938.839 - RJ (2007/0070828-4)

ADITAMENTO AO VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES:

Para fins de melhor esclarecer a questão discutida nestes autos, entendo oportuno aditar ao voto anteriormente proferido, explicitando os fundamentos que foram adotados.

O Tribunal de origem entendeu que a previsão contida na Lei Estadual 3.188/99 – que autoriza o creditamento do ICMS em relação a bens destinados ao ativo fixo de modo proporcional à vida útil do bem – é incompatível com o art. 23 da LC 87/96, nos seguintes termos:

A Lei Complementar tem a finalidade de determinar os critérios que viabilizam a execução do preceito constitucional. Todas as hipóteses de pleno funcionamento e aplicação da norma constitucional se esgotam na lei que a complementa, sem que nenhuma outra norma de hierarquia inferior possa extrapolar os limites nela estabelecidos. Assim, a lei estadual não se harmoniza aos comandos superiores da lei complementar quando parcela o creditamento do ICMS incidente sobre bens do ativo fixo. Trata-se de restrição de direito que somente poderia ser imposta se contida na lei complementar.

O artigo 23 da Lei Complementar nº 87/96 nada estabelece com relação à possibilidade de ser parcelado o crédito relativo a bens do ativo fixo, ao contrário do que alega o Apelado, pois somente indica em quais situações pode o contribuinte exercer o direito de crédito do ICMS.

Em sede de embargos de declaração, o Tribunal *a quo* esclareceu que no caso não há falar em observância da "reserva de plenário", porquanto a lide não foi decidida "com lastro na inconstitucionalidade da norma, mas na legalidade ao aplicar os comandos da Lei Complementar nº 87/96".

Impende ressaltar que a Lei Estadual 3.188/99 – de natureza ordinária – foi afastada, na hipótese, em virtude das disposições contidas na LC 87/96, em razão de ser esta norma de hierarquia superior.

Contudo, a reiterada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que "eventual conflito entre lei complementar e lei ordinária possui natureza constitucional, uma vez que a própria Constituição delimita as matérias que devem ser tratadas pela legislação complementar", de modo que tal "discussão não se insere no debate em face do princípio da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

hierarquia das leis" (AgR no RE 480.145/SC, 1ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ de 24.11.2006).

Com base nesse entendimento, a Primeira Seção desta Corte já se pronunciou diversas vezes no sentido de que:

1) "O aresto rescindendo, ao manter a isenção da COFINS nos termos do art. 6º, II, da LC 70/91, afastou a aplicabilidade do art. 56 da Lei nº 9.430/96, sem submeter a questão à Corte Especial. Negativa de vigência ao art. 97 da CF. Súmula Vinculante nº 10/STF. O STF tem reconhecido que o conflito entre lei complementar e lei ordinária – como é o caso da alegada revogação da Lei Complementar nº 70/91 pela Lei nº 9.430/96 – possui natureza constitucional" (AR 3.572/BA, 1ª Seção, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 1º.2.2010).

2) "Violação do art. 97 da CF/88 porque o aresto rescindendo não submeteu a reserva de plenário a inconstitucionalidade do art. 56 da Lei 9.430/96, concluindo tão-somente por afastar a incidência deste dispositivo, sob o fundamento de que, em razão do princípio da hierarquia das leis, a isenção concedida por lei complementar não poderia ser revogada por lei ordinária. Aplicação da Súmula Vinculante 10/STF" (AR 3.761/PR, 1ª Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe de 1º.12.2008).

3) "Houve violação do art. 97 da CF/88 porque o aresto rescindendo não submeteu à reserva de plenário a inconstitucionalidade do art. 56 da Lei 9.430/96, concluindo tão-somente por afastar a incidência deste dispositivo, sob o fundamento de que, em razão do princípio da hierarquia das leis, a isenção concedida por lei complementar não poderia ser revogada por lei ordinária. Aplicação da Súmula Vinculante 10/STF" (AR 3.551/SC, 1ª Seção, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 22.3.2010).

Conforme foi consignado nos precedentes citados, o conflito existente entre lei ordinária e lei complementar não se resolve com a aplicação do princípio da hierarquia das leis. A discussão tem natureza constitucional, sobretudo porque é a própria Constituição Federal que estabelece as matérias sujeitas a lei complementar.

Nesse contexto, viola a cláusula de reserva de plenário a decisão que afasta a aplicação de determinada lei ordinária por ser tal norma incompatível com lei complementar, levando em consideração o princípio da hierarquia das leis.

Ressalte-se que é declaratória de inconstitucionalidade a decisão que, ainda que sem explicitar ou utilizando fundamentos diversos, resolve questão que, por sua natureza, tem natureza



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constitucional, como é o caso da decisão que resolve conflito entre lei ordinária e lei complementar. Isso foi bem observado pelo Ministro Teori Albino Zavascki, no voto condutor proferido no REsp 1.019.774/MG (1ª Turma, DJe de 12.5.2008), do qual merece destaque o seguinte excerto:

Ora, no caso dos autos, conforme relatado, o órgão fracionário do Tribunal de origem entendeu por afastar a aplicação da Lei 9.430/96, ao argumento de que a revogação da isenção da COFINS, efetuada por lei ordinária, viola o princípio da hierarquia das leis.

Bem se vê, portanto, que, embora sem declaração explícita nesse sentido, o órgão fracionário do Tribunal reconheceu a inconstitucionalidade do art. 56 da Lei 9.430/96, uma vez que, consoante referido, a controvérsia posta tem natureza constitucional. A decisão foi tomada sem prévia submissão da questão ao plenário ou órgão especial, não havendo, no acórdão atacado, qualquer referência a anterior julgado do órgão especial daquela Corte ou do Plenário do STF quanto à matéria.

À luz do que foi exposto, é nulo o acórdão por ofensa aos arts. 480 a 482 do CPC. Resta, portanto, prejudicada a análise das demais questões recorridas.

No caso concreto, o Tribunal de origem afastou a aplicação da Lei Estadual 3.188/99, afirmando que tal norma não poderia dispor de modo contrário à LC 87/96, em virtude do princípio da hierarquia das leis. Considerando que a solução de tal conflito – que tem sede constitucional – inobservou a cláusula de reserva de plenário, impõe-se reconhecer ofensa aos arts. 480 e 482 do CPC, cuja interpretação deve levar em consideração o disposto na Súmula Vinculante 10/STF.

Por fim, impende ressaltar que a jurisprudência mais atual deste Tribunal tem admitido o exame de eventual ofensa à cláusula de reserva de plenário, com base nos arts. 480 a 482 do CPC, em sede de recurso especial.

A Corte Especial/STJ, ao analisar o AgRg no REsp 899.302/SP (Rel. Min. Luiz Fux, DJe 8.10.2009), deu provimento ao recurso, para anular o acórdão recorrido e determinar seja observado o procedimento previsto nos arts. 480 e 482 do CPC. O Ministro Relator, em seu voto, consignou que:

A apreciação da inconstitucionalidade sem a adoção do incidente nos Tribunais não conjura a competência do Egrégio STJ, que deve apreciar o caso à luz da violação dos arts. 480 e 482 do CPC.

Raciocínio inverso conspiraria contra o princípio da efetividade, porquanto o recurso seria enviado ao Excelso STF, que o devolveria para o STJ, decidindo à luz da Súmula Vinculante 10, dilargando, desnecessariamente, a prestação jurisdicional.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A ratio essendi do disposto no parágrafo único do art. 481 do CPC conspira em prol da apreciação imediata do referido error in procedendo.

Nesse sentido, filio-me à corrente jurisprudencial que ao verificar o controle de constitucionalidade pelo órgão fracionário do Tribunal de origem, sem obediência ao princípio da reserva plenário, entende nulo o julgado pela ofensa dos arts. 480 e 482 do CPC.

Em outra oportunidade (EResp 291.090/DF, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe de 5.3.2009), a Corte Especial, em sede de embargos de divergência, manteve acórdão desta Segunda Turma, proferido em sede de recurso especial (REsp 291.090/DF, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 8.4.2002), sendo que no acórdão referente a este último foi consignado que:

A declaração de inconstitucionalidade de uma norma, no caso concreto exige a manifestação do plenário da Corte, seguindo-se o procedimento preconizado nos arts. 480 a 482 do CPC.

E no referido precedente da Corte Especial foi explicitado que:

A decisão de órgão fracionário que, sem proclamar de modo explícito a inconstitucionalidade de norma, deixa de aplicá-la ao caso concreto em razão de conflito com o texto constitucional, viola a cláusula de reserva de plenário. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Assim, levando em consideração esses precedentes da Corte Especial/STJ — proferidos em sede de recurso especial (não se podendo confundir essas manifestações com a função de julgar incidente de declaração de inconstitucionalidade) —, bem como a função uniformizadora que ela possui no âmbito deste Tribunal, impõe-se adotar a mesma linha de entendimento, ou seja, admitir o exame de eventual ofensa à cláusula de reserva de plenário, com base nos arts. 480 a 482 do CPC, em sede de recurso especial.

Além disso, é oportuno lembrar que a cláusula de reserva de plenário foi objeto da Súmula Vinculante 10/STF. Como previsto expressamente na Constituição Federal, a súmula vinculante, "a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal", razão pela qual é imperioso concluir que os entendimentos consagrados em súmula vinculante vinculam o próprio Superior Tribunal de Justiça. Assim, quando este Tribunal, em sede de recurso especial, examina eventual ofensa à cláusula de reserva de plenário, com base nos arts. 480 a 482 do CPC, e interpreta tais artigos na forma da Súmula Vinculante 10/STF, além de cumprir sua função principal — zelar pela observância da legislação federal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

infraconstitucional e uniformizar a sua interpretação —, dá eficácia ao entendimento consagrado na súmula referida.

Com a explicitação dos fundamentos adotados, mantenho o voto anteriormente proferido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2007/0070828-4 **PROCESSO ELETRÔNICO** **REsp 938.839 / RJ**

Números Origem: 200400127710 200513508146 200513708952 200600368985

PAUTA: 05/04/2011

JULGADO: 05/04/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MAURO CAMPBELL MARQUES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HUMBERTO MARTINS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSÉ FLAUBERT MACHADO ARAÚJO

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : MARCELO MELLO MARTINS E OUTRO(S)
RECORRIDO : GLAXOSMITHKLINE BRASIL LTDA
ADVOGADO : Nanci Gama e OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos - ICMS/ Imposto sobre Circulação de Mercadorias

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha, acompanhando o Sr. Ministro-Relator, a Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator."

Os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha (voto-vista), Castro Meira, Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.