

16/05/2022

PRIMEIRA TURMA

AG.REG. NOS EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.363.632 SÃO PAULO

RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA  
AGTE.(S) : FLEURY S/A  
ADV.(A/S) : CIRO CESAR SORIANO DE OLIVEIRA  
AGDO.(A/S) : ESTADO DE SÃO PAULO  
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

**EMENTA:** AGRADO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS – ICMS. IMPORTAÇÃO. CONTRIBUINTE NÃO HABITUAL. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 33/2001. LEI ESTADUAL N. 11.001/2001. LEI COMPLEMENTAR N. 114/2002. EFICÁCIA DA LEI ESTADUAL INICIADA COM A VIGÊNCIA DA LEI COMPLEMENTAR: JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA NO JULGAMENTO DO RE N. 1.221.330/SP, TEMA 1.094. AGRADO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão da Primeira Turma, na conformidade da ata de julgamento, por unanimidade, **negar provimento ao agravo regimental**, nos termos do voto da Relatora. Sessão Virtual de 6.5.2022 a 13.5.2022.

Brasília, 16 de maio de 2022.

Ministra **CÁRMEN LÚCIA**  
Relatora

16/05/2022

PRIMEIRA TURMA

AG.REG. NOS EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.363.632 SÃO PAULO

RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA  
AGTE.(S) : FLEURY S/A  
ADV.(A/S) : CIRO CESAR SORIANO DE OLIVEIRA  
AGDO.(A/S) : ESTADO DE SÃO PAULO  
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

### RELATÓRIO

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora):**

1. Em 15.2.2022, o recurso extraordinário interposto pelo Estado de São Paulo foi provido, nos termos da seguinte ementa:

*“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS – ICMS. IMPORTAÇÃO. CONTRIBUINTE NÃO HABITUAL. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 33/2001. LEI ESTADUAL N. 11.001/2001. LEI COMPLEMENTAR N. 114/2002. EFICÁCIA DA LEI ESTADUAL INICIADA COM A VIGÊNCIA DA LEI COMPLEMENTAR. PRECEDENTES. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO” (e-doc. 17).*

Contra essa decisão, Fleury S/A opôs embargos de declaração, rejeitados (e-doc. 21).

2. Publicada essa decisão no DJe de 23.3.2022, Fleury S/A interpôs, em 13.4.2022, tempestivamente, agravo regimental (e-doc. 23).

3. A agravante alega que *“o RE do Estado é inepto, pois não cumpre com os pressupostos do art. 541, I, II e III do CPC/73 e por consequência todos os atos posteriores praticados estão maculados, sendo necessária a negativa de seguimento ao presente RE nos moldes previstos no art. 21, § 1º do Regimento*

**RE 1363632 ED-AGR / SP**

*Interno deste E. STF” (fl. 2, e-doc. 23).*

*Assevera que “a questão de ordem, ainda não analisada (petições nºs 3697 e 7879 nos autos do e-STF), refere-se justamente a negativa de seguimento ao presente RE nos moldes previstos no art. 21, § 1º do Regimento Interno deste E. STF em vista da inequívoca nulidade, posto que todos os atos seguintes após a interposição do recurso inepto são nulos, pois não cumpriam com os pressupostos do artigo 541, I, II e III do CPC/73 ou no mínimo, em razão do respeito aos arts. 543-B, § 3º e 4º do CPC/73, (atuais 1.040, I, II e 1.041 do CPC/15) e ao princípio da unirrecorribilidade deve ser considerado incabível novo Recurso Extraordinário após manutenção acórdão primitivo já recorrido” (fl. 6, e-doc. 23).*

*Alega que “a r. decisão agravada mesmo tendo colacionado o exato ponto trazido desde as contrarrazões ao RE inepto, deixou de sanar omissão em razão de faltar com a análise da Questão de Ordem apontada, tendo em vista que o recurso a ser analisado nesta Colenda Corte é o de fls. 193/220, que é inepto por tratar de matéria diferente da dos autos, pois não existe previsão legal para interposição de novo recurso extraordinário contra decisão anterior mantida após o julgamento do leading case” (fl. 6, e-doc. 23).*

Pede a reconsideração da decisão agravada ou o provimento do presente recurso.

É o relatório.

16/05/2022

PRIMEIRA TURMA

AG.REG. NOS EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.363.632 SÃO PAULO

**VOTO**

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora):**

1. Razão jurídica não assiste à agravante.

2. Não foi aberto prazo para contrarrazões, em observância ao princípio da razoável duração do processo. Assim têm procedido os Ministros deste Supremo Tribunal em casos nos quais não há prejuízo para a parte agravada (ARE n. 999.021-ED-AgR-ED, Relator o Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 7.2.2018; RE n. 597.064-ED-terceiros-ED-ED, Relator o Ministro Gilmar Mendes, Plenário, DJe 2.6.2021; e Rcl n. 46.317-ED-AgR, de minha relatoria, Primeira Turma, DJe 20.9.2021).

3. Improcedente a alegação da agravante de que *“o recurso a ser analisado nesta Colenda Corte é o de fls. 193/220, que é inepto por tratar de matéria diferente da dos autos, pois não existe previsão legal para interposição de novo recurso extraordinário contra decisão anterior mantida após o julgamento do leading case”* (fl. 6, e-doc. 23).

Na espécie vertente, após o juízo negativo de retratação proferido pela Primeira Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, o agravado interpôs novo recurso extraordinário, no qual sustentou estar o acórdão recorrido divergente da jurisprudência deste Supremo Tribunal.

Esse novo recurso extraordinário foi admitido pelo Tribunal de origem com a seguinte fundamentação:

*“De partida, deixo de enviar os autos à Turma Julgadora para realização do juízo de retratação, conforme o art. 1030, inc. II, do Código de Processo Civil, pois verifico que o acórdão recorrido, ao*

**RE 1363632 ED-AGR / SP**

*apreciar matéria semelhante à aqui tratada, pronunciou-se afastando-se da tese do referido paradigma. (...)*

*Acórdão está em dissonância com o julgamento definitivo do mérito do RE no 439.796/PR, no qual restou fixada tese no sentido de que 'Após a Emenda Constitucional 33/2001, é constitucional a incidência de ICMS sobre operações de importação efetuadas por pessoa, física ou jurídica, que não se dedica habitualmente ao comércio ou à prestação de serviços', o recurso merece trânsito.*

*Presentes os requisitos gerais (forma, preparo e tempestividade), assim como os requisitos específicos do recurso extraordinário.*

*O recurso suscita a preliminar de repercussão geral de questão constitucional, exigência contida no art. 1035, § 2º, do Código de Processo Civil, o que se revela bastante para ter-se por cumprindo esse requisito especial de admissibilidade nesta instância, haja vista que o exame da pertinência do alegado está todo reservado à Suprema Corte.*

*A matéria controvertida foi exposta na petição de interposição e devidamente examinada pelo acórdão recorrido, estando, portanto, atendido o requisito do prequestionamento. Há menção ao dispositivo constitucional tido como violado e não se vislumbra a incidência dos demais vetos regimentais e sumulares.*

*Posto isso, admito o recurso extraordinário de - fls. 307-26" (fls. 1-3, e-doc. 8).*

Como se verifica na espécie, no juízo positivo de admissibilidade do recurso extraordinário exercido pela presidência do Tribunal de origem se verificou não haver óbices ao regular processamento do recurso, situação jurídica confirmada na decisão agravada pela qual provido o recurso extraordinário interposto pela Fazenda Pública estadual.

4. Analisada a regularidade do recurso extraordinário interposto pelo Estado de São Paulo, foi ele provido por estar o acórdão recorrido divergente da tese firmada no Tema 1.094 da repercussão geral.

Como posto na decisão agravada, o acórdão recorrido diverge da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, firmada no sentido de que,

**RE 1363632 ED-AGR / SP**

após a Emenda Constitucional n. 33/2001, é devido o ICMS sobre operações de importação efetuadas por pessoa física ou jurídica que não se dedica habitualmente ao comércio ou à prestação de serviços com base na Lei estadual n. 11.001/2001, que teve a eficácia iniciada desde a vigência da Lei Complementar n. 114/2002. Assim, por exemplo:

*“Agravo regimental no recurso extraordinário. Precedente não publicado. Aplicação. ICMS. Importação. Contribuinte não habitual. Emenda Constitucional nº 33/01. LC 114/02. Lei Estadual nº 11.001/01. Ineficácia. 1. A existência de precedente de colegiado da Corte autoriza o julgamento imediato de causas que versem sobre a mesma matéria, independentemente da publicação do paradigma. 2. É legítima a Lei Estadual nº 11.001/01, que normatizou a cobrança de ICMS de contribuinte não habitual sobre operação de importação de bem. 3. A Lei Paulista nº 11.001/01 foi editada após a vigência da EC nº 33/01 e em conformidade com a referida emenda constitucional. Desse modo, não se trata de nulidade da lei estadual, mas de ineficácia dessa norma até a superveniência de lei complementar federal (LC 114/02). 4. Agravo regimental não provido. 5. Não se aplica ao caso dos autos a majoração dos honorários prevista no art. 85, § 11, do novo Código de Processo Civil, uma vez que não houve o arbitramento de honorários sucumbenciais pela Corte de origem” (RE n. 1.097.569-AgR, Relator o Ministro Dias Toffoli, Segunda Turma, DJe 28.5.2018).*

*“Direito Constitucional e Direito Tributário. 2. ICMS-Importação. Emenda Constitucional n. 33/2002. Lei Complementar n. 114/2002. 3. Leis estaduais anteriores à Lei Complementar e posteriores à Emenda Constitucional. Análise no plano da eficácia. Preservação da validade da legislação estadual. 4. Após a EC 33/2002, houve alteração da competência tributária relativa ao ICMS, a fim de ampliar o sujeito passivo tributário do ICMS-Importação. 5. A ausência de lei complementar federal não enseja a inconstitucionalidade de lei estadual editada por ente federativo após a EC 33/2002. Inibe apenas seus efeitos. 6. Ineficácia da legislação estadual até 17.12.2002 (data da vigência da Lei Complementar 114/2002). 7. Agravo regimental a que se dá provimento” (RE n.*

**RE 1363632 ED-AGR / SP**

917.950-AgR, Redator para o acórdão o Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJ 11.6.2018).

5. No julgamento do Recurso Extraordinário n. 1.221.330, Tema 1.094 da repercussão geral, Redator para o acórdão o Ministro Alexandre de Moraes, este Supremo Tribunal reconheceu a repercussão geral da controvérsia constitucional e, no mérito, reafirmou a jurisprudência, com a fixação das seguintes teses jurídicas:

*“I - Após a Emenda Constitucional 33/2001, é constitucional a incidência de ICMS sobre operações de importação efetuadas por pessoa, física ou jurídica, que não se dedica habitualmente ao comércio ou à prestação de serviços, devendo tal tributação estar prevista em lei complementar federal. II - As leis estaduais editadas após a EC 33/2001 e antes da entrada em vigor da Lei Complementar 114/2002, com o propósito de impor o ICMS sobre a referida operação, são válidas, mas produzem efeitos somente a partir da vigência da LC 114/2002” ( DJe 17.8.2020).*

Confirmam-se também os seguintes julgados:

*“AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ICMS. IMPORTAÇÃO. CONTRIBUINTE NÃO HABITUAL. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 33/2001. LEI ESTADUAL N. 11.001/2001. LEI COMPLEMENTAR N. 114/2002. LEI ESTADUAL POSTERIOR À EMENDA CONSTITUCIONAL: INEXISTÊNCIA DE DIVERGÊNCIA. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA NO JULGAMENTO DO RE N. 1.221.330-RG, TEMA 1.094. AFASTAMENTO DE MULTA APLICADA PELA SEGUNDA TURMA DESTA SUPREMO TRIBUNAL: IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO” (RE n. 1.195.742-AgR-EDv-ED-AgR, de minha relatoria, Plenário, DJe 5.10.2020).*

*“Agravo regimental no recurso extraordinário. Tributário.*

**RE 1363632 ED-AGR / SP**

*Mandado de segurança. ICMS. Importação de bens. Lei Estadual nº 11.001/2001, editada após a EC nº 33/2001. Validade. Produção de efeitos somente após a LC nº 114/2002. Possibilidade da cobrança. Precedentes. 2. São válidas as leis estaduais editadas após a EC nº 33/2001 e antes da entrada em vigor da Lei Complementar nº 114/2002, com a produção de efeitos somente a partir da vigência da LC nº 114/2002. 3. Agravo regimental não provido, com imposição de multa de 1% (um por cento) do valor atualizado da causa (art. 1.021, § 4º, do CPC)” (RE n. 1.276.817-AgR, Relator o Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 1º.3.2021).*

*“Agravo regimental nos embargos de divergência no agravo regimental nos embargos de declaração em recurso extraordinário. 2. Direito Tributário. 3. Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS. Incidência sobre operações de importação efetuadas por pessoa, física ou jurídica, que não se dedica habitualmente ao comércio ou à prestação de serviço. 4. Validade de leis estaduais editadas após a EC 33/2001 e antes da entrada em vigor da Lei Complementar 114/2002. Entretanto, produção dos efeitos somente a partir da vigência da LC 114/2002. 5. Repercussão geral da matéria reconhecida pelo Plenário desta Corte no RE-RG 1.221.330 (tema 1.094). 6. Negativa de provimento ao agravo regimental, sem majoração da verba honorária, por se tratar de mandado de segurança na origem” (RE n. 1.178.942-ED-AgR-EDv-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, Plenário, DJe 17.9.2020).*

6. Os argumentos da agravante, insuficientes para modificar a decisão agravada, demonstram apenas inconformismo e resistência em pôr termo a processos que se arrastam em detrimento da eficiente prestação jurisdicional.

7. Pelo exposto, **nego provimento ao agravo regimental.**

**PRIMEIRA TURMA**

**EXTRATO DE ATA**

**AG.REG. NOS EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.363.632**

PROCED. : SÃO PAULO

**RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA**

AGTE.(S) : FLEURY S/A

ADV.(A/S) : CIRO CESAR SORIANO DE OLIVEIRA (212853/RJ, 136171/SP)

AGDO.(A/S) : ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Decisão:** A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Relatora. Primeira Turma, Sessão Virtual de 6.5.2022 a 13.5.2022.

Composição: Ministros Dias Toffoli (Presidente), Cármen Lúcia, Rosa Weber, Luís Roberto Barroso e Alexandre de Moraes.

Disponibilizou processos para esta Sessão o Ministro André Mendonça, não tendo participado do julgamento desses feitos a Ministra Cármen Lúcia.

Luiz Gustavo Silva Almeida  
Secretário da Primeira Turma