

**IMPOSTO DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS — OPERAÇÕES
INTERESTADUAIS — ALÍQUOTA — DECLARAÇÃO DE IN-
CONSTITUCIONALIDADE**

— Não é lícito aumentar-se a alíquota do imposto de circulação de mercadorias, pela simples qualidade do destinatário.

— Declaração de inconstitucionalidade do Decreto-lei do Estado de Santa Catarina.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Madeira Brochmann, Polis S.A. e outros *versus* Estado de Santa Catarina
Recurso extraordinário nº 78 656 — Relator: Sr. Ministro
THOMPSON FLORES

ACÓRDÃO

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

Brasília, 22 de agosto de 1974. *Eloy da Rocha*, Presidente. *Thompson Flores*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Thompson Flores: O despacho que admitiu o recurso extraordinário bem esclarece a controvérsia.

Ei-lo, fls. 154-8:

“1. Trata-se de recurso extraordinário interposto com fundamento no art. 119, III, letras *a*, *c* e *d*, da Constituição Federal.

2. São razões do recorrente:

a) contrariedade à Constituição Federal, em seus arts. 23, § 5º, e 153, § 2º;

b) cabimento do recurso pela letra *c*, por ter o v. acórdão recorrido julgado válido ato do Governo local, contestado em face da Constituição;

c) dissídio jurisprudencial com julgados do Supremo Tribunal Federal.

3. A matéria discutida é a legalidade do aumento da alíquota do ICM através de Decreto estadual nº 683, de 3.9.71, que, ao interpretar a Emenda nº 65/70, do Senado Federal, teria contrariado a Constituição Federal, em seu art. 23, § 5º, segundo o recorrente.

O ponto central da respeitável decisão recorrida se assenta no seguinte lance: “Em se tratando de ICM a alíquota pode ser aumentada, mesmo que a mercadoria se destine a consumidor de outros estados, desde que esse aumento esteja compreendido nos limites fixados pelo Senado Federal em resolução tomada por iniciativa do Presidente da República”. Ainda: “Só se decreta a inconstitucionalidade, quando ela é manifesta. Na dúvida, deve-se resolver pela constitucionalidade, e se a lei comportar dupla interpretação, deve prevalecer a que permita a sua eficácia”.

O art. 16, § 1º, item II, do Decreto estadual nº 683, de 3.9.71, é para a veneranda decisão reprodução fiel do figurino federal, consubstanciado na Resolução nº 65, de 13.8.70, que estabeleceu alíquotas máximas do imposto sobre operações relativas à circulação de mercado-

rias. E a Resolução nº 65/70, em seu art. 2º, II, considera operações internas aquelas em que o destinatário, embora situado em outro estado, não seja contribuinte do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias, ou sendo contribuinte, tenha adquirido a mercadoria para uso ou consumo próprio.

O projeto da Resolução, que tivera pareceres favoráveis das Comissões de Constituição e Justiça e de Finanças, não pode comportar entendimento diverso, sustenta a decisão: “seja a mercadoria remetida pelo vendedor ou transportada pelo comprador, quer seja este domiciliado na mesma ou em outra unidade da Federação, sempre que o adquirente for consumidor ou usuário final da mercadoria, a operação ou será, realmente, operação interna, ou assim deve ser tida por força de lei, inclusive de nossa Lei Maior”.

Estas as razões que levaram a veneranda decisão a concluir pela constitucionalidade da Resolução nº 65/70, do Senado Federal.

Entre os quatro votos vencidos, sustentou o Ex.^{mo} Sr. Desembargador Marcílio Medeiros que, a partir da Constituição de 1967, desapareceu, para os efeitos do ICM, a figura do não-contribuinte localizado em outro estado. Assim, o ICM nas operações estaduais, somente poderia ser cobrado com base em alíquota uniforme, respeitados os limites previstos nas normas constitucionais. Não se pode definir operações internas e interestaduais, em função do destinatário da mercadoria.

Ressalta S. Ex.^a que não releva o fato de os jogadores do Excelso Pretório, a que se reporta, serem calçados na Constituição de 1967, porquanto a Emenda nº 1 não mudou a redação do texto anterior (art. 24, da Constituição de 1967, e art. 23 § 5º, da Constituição de 1969). Conclui o respeitável voto que “se é o destino da mercadoria que a Constituição manda atender, para a configuração das operações interes-

taduais, e não à circunstância de ser também contribuinte a pessoa física ou jurídica, a quem foi feita a venda de um para outro estado, tanto não pode o legislador estadual como o próprio Senado da República estabelecer qualquer distinção. Ao Senado, *data venia*, cabe apenas fixar as alíquotas máximas, não lhe conferindo a Lei Magna autorização para distinguir onde ela própria não distingue” fls. 124).

No mesmo entendimento, o voto do Ex.^{mo} Sr. Desembargador Eduardo Luz, que aduz, ainda, outros argumentos: a figura do contribuinte, localizado em outro estado, trazida pelo Ato Complementar nº 2, em seu art. 1º, fora suprimida pela Constituição de 1967, art. 24. E, dentro deste princípio, se efetuaram os convênios firmados nos termos do Ato Complementar nº 25, o de Cuiabá (7.6.67), o do Rio de Janeiro (20.6.67) e o de Belo Horizonte (27.12.67), mantendo expressamente a alíquota de 15% nas operações interestaduais. Assinala o nobre voto que: “a delegação contida nas disposições dos arts. 24, § 4º, e 23, § 5º, das Cartas Magnas de 1967 e 1969, foi particularizada para a prática de um ato financeiro determinado, ou seja, fixação das alíquotas máximas, o que é coisa diversa do que é definir uma operação interna para o efeito do ICM.”

3. O recurso é de ser acolhido, com fundamento nos dispositivos em que se apóia. Verdade é que o recorrente não citou devidamente a publicação das decisões divergentes, como o exige a *Súmula* 291. Socorre-o, porém, o fato de ter feito como suas as razões dos dois brilhantes votos vencidos, entre os quais se inserem ilustres lances de julgados do Supremo Tribunal Federal, publicados em *RTJ* 57/221; 64/127 e 753 e *RDA* 100/182 e 183.

Caracterizado o dissídio jurisprudencial com decisões do próprio Colendo Pretório, a matéria encontra guarida na Constituição Federal, art. 23, § 1º, 43 e 46, conforme

faz sentir o voto de fls 123-28, e que o recorrente invoca. Em se tratando de matéria constitucional, visto haver o Pretório de Santa Catarina considerado constitucional a Resolução nº 65/70, do Senado Federal, e assim julgado válido ato do Governo local, contestado em face da Constituição, com razões mesmo do Supremo Tribunal Federal, tem-se como cabível o recurso também pela letra c, do permissivo constitucional.

Socorrem o recorrente decisões abundantes do Supremo Tribunal Federal. No RE nº 72 285, de São Paulo, *decisão unânime* publicada no *DJU* de 17.3.72, já esclarecera o Ministro Luiz Gallotti: "ora aludindo a Constituição e a lei federais a operações interestaduais, entende ser vedado à lei ou decreto do estado dizer que não é operação interestadual a venda feita de um estado para outro, somente porque, neste, o comprador não é contribuinte e sim consumir (pessoa física ou jurídica). A distinção não é autorizada pela lei, e menos ainda, pela Constituição, que, além de se referir, como a lei, a operações interestaduais, ainda define estas, como sendo as que se destinam a outro estado. É, portanto, ao destino da mercadoria que a Constituição manda atender, para ter configurada a operação interestadual e, não, à circunstância de ser também contribuinte a pessoa física ou jurídica, a quem foi feita a venda de um para outro Estado.

Também no RE nº 73 310, do Rio Grande do Sul, *decisão unânime*, publicada no *DJU* de 29.9.72, o eminente Ministro Thompson Flores manifestou ser de toda evidência que, "a partir da Constituição de 1967, desapareceu, para os efeitos do ICM a figura do não-contribuinte localizado em outro estado. Desde então, o ICM, nas operações interestaduais, somente podia ser cobrado com base em alíquota uniforme, respeitado o limite previsto nas normas constitucionais". Juris-

prudência publicada na INCOLA F-6-192/71-16, do eg. Tribunal do Rio Grande do Sul, interpretando mesmo o Ato Complementar nº 27, conclui que "inexiste razão lógica ou jurídica para distinguir entre contribuintes de direito e contribuintes de fato (consumidores)".

5. Recebo o recurso, nos termos em que foi interposto. Publique-se, Dê-se vista às partes para as alegações legais."

2. As partes ofereceram razões, fls. 160-9 e 172-4.

3. Parecer da douta Procuradoria-Geral da República, como segue, fls 184-6:

"As recorrentes, face ao disposto no § 1º, II, do art. 16 do Decreto nº 683, de 3.9.71, foram notificadas as recolher o ICM segundo a alíquota de 16%, incidente sobre mercadoria remetida para outro Estado, para uso do próprio destinatário.

Apoiadas nas alíneas a, c e d do permissivo constitucional, recorreram extraordinariamente, sustentando a inconstitucionalidade da Resolução nº 65, de 13.8.70, do Senado Federal que serviu de apoio ao Decreto estadual 683, de 3.9.71.

O Decreto nº 683/71 dispõe:

"Art. 16. ...

§ 1º Consideram-se operações internas:

...

II — aquelas em que o estabelecimento destinatário, embora situado noutra estado, não seja contribuinte do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias, ou sendo contribuinte, tenha adquirido a mercadoria para uso ou consumo próprio;

..."

A Constituição (art. 23, II, § 5º, da Emenda nº 1, de 17.10.69) não distingue entre consumidor e contribuinte, uso ou revenda de mercadoria em operações interestaduais, para efeito de aplicação da alíquota. Ao contrário, determina sua uniformidade para todas as mercadorias nas operações internas e interestaduais, o que

se harmoniza com o Decreto-lei n.º 406, de 31.12.68, e Decreto-lei n.º 407, de 31.12.68.

O Supremo Tribunal Federal, pelo Pleno, ao discutir situação semelhante no RE n.º 1.12.71, declarou:

“Imposto de circulação de mercadorias. Operações interestaduais.

Alíquota...

Não pode uma lei ou decreto do Estado dizer que não é operação interestadual a venda feita de um estado para outro, somente porque, neste, o comprador não é contribuinte e sim consumidor (pessoa física ou jurídica).

A distinção não é autorizada pela lei e, menos ainda, pela Constituição que, além de se referir, como a lei, a operações interestaduais, ainda define estas como sendo as que se destinem a outro estado.

É, portanto, ao destino da mercadoria que a Constituição manda atender para ter como configurada a operação interestadual e, não, à circunstância de ser também contribuinte a pessoa física ou jurídica, a quem foi feita a venda, de um para outro estado.

...

Parece-nos, *data venia*, procedente a fundamentação do presente recurso, principalmente se considerarmos que a Lei Maior deu autorização ao Senado para fixar alíquotas máximas e não para definir operações internas ou interestaduais.

Ex positis, somos pelo conhecimento do recurso e, no mérito, pelo provimento.

Brasília, 22 de abril de 1974. *Yedda de Lourdes Pereira*, Procuradora da República.

Aprovo: *Oscar Corrêa Pina*, Procurador-Geral da República, substituto.”

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Thompson Flores (Relator): Conheço do recurso e lhe dou pro-

vimento para restabelecer a sentença concessiva da segurança.

2. O conhecimento da irrisignação tenho-o como irrecusável, nos termos em que a situaram o despacho presidencial e o parecer antes transcritos.

3. E procede, a meu ver, a inconformação.

Sustentam os impetrantes, ora recorrentes, que têm direito ao pagamento do ICM com base na alíquota de 14,5% nas operações *interestaduais*, enquanto o estado os estima em 16,5%, fazendo distinções que a Constituição repele, art. 23, § 5º.

Para fazê-los invoca o recorrido o art. 16, § 1º, II, do Decreto estadual n.º 683, de 3.9.71, e, bem assim o art. 2º, II, da Resolução n.º 65, de 13.8.70, do Senado Federal.

Dizem tais disposições, fls. 120:

“Art. 16. O imposto sobre operações reativas à circulação de mercadorias será calculado mediante a aplicação das alíquotas de 16,5% (dezesseis e meio por cento), nas operações internas e de 14,5% (quatorze e meio por cento), nas interestaduais e de exportação para o exterior.

§ 1º Consideram-se operações internas:

I — ...

II — aquelas em que o estabelecimento destinatário, embora situado noutro estado, não seja contribuinte do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias, ou, sendo contribuinte, tenha adquirido a mercadoria para uso e consumo próprio.”

“Art. 2º Consideram-se operações internas:

I ...

II — aquelas em que o destinatário, embora situado em outro estado, não seja contribuinte do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias ou sendo contribuinte tenha adquirido a mercadoria para uso ou consumo próprio.”

3. Penso que, em verdade, não podem prevalecer tais disposições quando consignem as distinções não autorizadas pelo § 5º do art. 23 da Carta Maior.

Reconhecendo-a como válida, considero o acórdão que a conceituação de operação interna e interestadual não se cinge ao critério geográfico e mais que ao Senado, definindo-o, operou nos limites de suas atribuições.

Daf, as expressões de sua ementa, fls. 117:

“1 — A operação não é interna ou interestadual, em razão de meros critérios geográficos. A distinção tem a finalidade de obviar distorções econômicas para impedir que os estados economicamente poderosos reduzam as alíquotas de seus impostos, competindo, às vezes deslealmente, com os estados mais pobres, que não poderiam conceder tais favores aos contribuintes.

2 — Em se tratando de ICM, a alíquota pode ser aumentada, mesmo que a mercadoria se destine a consumidor de outros estados, desde que esse aumento esteja compreendido nos limites fixados pelo Senado Federal em resolução tomada por iniciativa do Presidente da República.”

Considero que mais bem inspirados estiveram os julgados em minoria.

Disse em seu erudito voto dissidente o Desembargador Eduardo Luz, fls 125-8:

“Meu voto negava provimento ao recurso e confirmava a segurança, de vez que a exigência da Fazenda Pública de cobrar o ICM com a alíquota majorada nas operações com não-contribuintes localizados em outros estados é inconstitucional. De fato, o art. 57 do Código Tributário Nacional dispunha:

“Art. 57. A alíquota do imposto é uniforme para todas as mercadorias, não excedendo, nas saídas decorrentes de operações que as destinem a outro estado, o limite fixado em Resolução do Senado

Federal. “O Ato Complementar nº 2, em seu art. 1º, deu nova redação a esta disposição legal estabelecendo:

“Art. 1º: ...

1º, ...

2º, no art. 57, substitua-se a expressão “que se destinem a outro estado” por “que os destinem a contribuinte localizado em outro estado”.

Como se percebe, apareceu a expressão “contribuinte”, que inexistia no texto original. A Carta Magna de 1967, porém, suprimiu a figura do contribuinte localizado em outro estado, restabelecendo, no ponto, o princípio da primitiva disposição do art. 57, do citado Código, estatuinto:

“Art. 24. ...

§ 4º A alíquota do imposto a que se refere o nº II será uniforme para todas as mercadorias nas operações internas e interestaduais, e não excederá naquelas que se destinem a outro estado e ao exterior, os limites fixados em resolução do Senado, nos termos do dispositivo em lei complementar”. Assim, entenderam os convênios firmados nos termos do Ato Complementar nº 35, respeitando o princípio. O de Cuiabá (7.6.67), o do Rio de Janeiro (20.6.67) e o de Belo Horizonte (27.12.67) mantendo expressamente a alíquota de 15% nas operações interestaduais. A Emenda Constitucional nº 1/69 adotou o mesmo entendimento, dispondo:

“Art. 23. ...

§ 5º A alíquota do imposto a que se refere o item II será uniforme para todas as mercadorias, nas operações internas e interestaduais; o Senado Federal, mediante resolução tomada por iniciativa do Presidente da República, fixará as alíquotas máximas para as operações internas, as interestaduais e as de exportação.”

Desse modo, arredada dos textos legais a figura do contribuinte econômico, criada com o Ato Complementar nº 2, não era lícito ao Fisco estadual, como fez

através do Decreto nº 683/71, pretender aumentar a alíquota do tributo pela simples qualidade do destinatário, conceituando como operação interna o que, na realidade, não é, como, de resto, pacificamente, vem entendendo o eg. Supremo Tribunal Federal (RTJ 57/221 e 64/127-753).

E no concernente à resolução do Senado Federal nº 65/70, improcede, *data venia* da douda maioria, a arguição. Mencionada Resolução fixa as alíquotas máximas para o ICM nas operações internas, interestaduais e nas de exportação e, ao mesmo tempo conceitua, no seu art. 2º, inc. II, como operação interna: "Aqueles em que o destinatário, embora situado noutro Estado e, não seja contribuinte de imposto sobre circulação de mercadorias, ou sendo contribuinte, tenha adquirido a mercadoria para uso ou consumo próprio." É o que já preceituava o art. 57 do Código Tributário Nacional, face a alteração determinada pelo art. 2º do Ato Complementar nº 27, antes comentado. Mas, a inconstitucionalidade da resolução senatorial é evidente. Com efeito, a delegação contida nas disposições dos arts. 24, § 4º, e 23, § 5º, das Cartas Magnas de 1967 e 1969, linhas antes assinaladas, foi especial, particularizada para a prática de um ato financeiro determinado, ou seja, a fixação das alíquotas máximas, o que é coisa diversa do que definir o que é uma operação interna para efeito do ICM.

Depois, estabelece a Lei Maior:

"Art. 8º Compete à União:

I — legislar sobre:

a) ...

b) ...

c) normas gerais sobre orçamento, despesa e gestão patrimonial e financeira de natureza pública; de direito financeiro; de seguro e previdência social; de defesa e proteção da saúde, de regime penitenciário.

"Art. 18, § 1º. Lei complementar estabelecerá normas gerais de direito tributário, disporá sobre conflitos de competência nessa matéria entre a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios e regulará as limitações constitucionais do poder de tributar."

"Art. 20. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente:

I — tributos, arrecadação e distribuição de rendas". Assim, no que tange a definição legal de operação interna é matéria que só a lei complementar ou ordinária pode dispor, conforme está expresso na Carta Magna, refugindo competência à alta Casa Legislativa para tanto, reservado como ficou a ela a atribuição de fixar as alíquotas máximas através de Resolução, que ocupa na hierarquia da disciplina do processo legislativo o último lugar:

"Art. 46. O processo legislativo compreende a elaboração de:

I — emendas à Constituição;

II — leis complementares à Constituição;

III — leis ordinárias;

IV — leis delegadas;

V — decretos-lei;

VI — decretos legislativos; e

VII — resoluções."

Demais, expressões como "consideram-se", empregada na Resolução em causa, "equipara-se", utilizada pelo legislador do Código Tributário Nacional, art. 58, § 1º, e outras equivalentes, disseminadas abundantemente na legislação tributária constituem ficções jurídicas de exclusiva alçada do Poder Legislativo (*Apud Direito Tributário*, de Ruy Barbosa Nogueira, 1. ed. p. 254).

Deste modo, exorbitando de suas funções, editou o alto Poder da República resolução manifestamente inconstitucional."

4. A jurisprudência do STF firmou-se no sentido deste voto.

Mestre Baleeiro a rememora, quando escreve em seu *Direito tributário brasileiro*, 6. ed, 1974, p. 226:

“Não é lícito ao Estado distinguir entre operações com compradores de outro estado, só reputando interestaduais as operações com os contribuintes deste último. Interestaduais são operações quaisquer para fora do estado (STF, Re nº 70 204, 71 903, 70 212, 71 001 e 70 208, todos de 1971, o 1º do Pleno). Comerciantes ou simples consumidores de outro estado pagam apenas 15%. Ver p. 67 e também RE nº 72 285, Pleno, relator Gallotti, 19.4.72, RTJ, 60/822.”

5. Ao que deparou no *Diário do Congresso*, Sec. II, de 7.6.73, foi apresentado o Projeto de Resolução nº 29/73, propondo a revogação do art. 2º da Resolução nº 65/70, citado.

A justificação invoca a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Está ela em tramitação.

6. Em conclusão, conheço do recurso e lhe dou provimento, declarando a incons-

titucionalidade do inc. II, do § 1º, do art. 16 do Decreto nº 683, de 3.9.71, do Estado de Santa Catarina.

É o meu voto.

EXTRATO DA ATA

RE nº 78 656 — SC — Rel., Ministro Thompson Flores. Rectes., Madeireira Brochmann, Polis S.A. e outras (Adv., Amélio Nercolini e utro). Recdo., Estado de Santa Catarina (Adv., Maurílio Moreira Leite).

Decisão: Conhecido e provido e declarado inconstitucional o art. 16, inciso II, § 1º, do Decreto nº 683, de 3.9.71, do Estado de Santa Catarina. Unânime. Votou o Presidente.

Presidência do Sr. Ministro Eloy da Rocha. Presentes à sessão os Senhores Ministros Oswaldo Trigueiro, Aliomar Baleeiro, Djaci Falcão, Thompson Flores, Bilac Pinto, Antonio Neder, Xavier de Albuquerque, Rodrigues Alckmim e Leitão de Abreu. Procurador-Geral da República, o Prof. José Carlos Moreira Alves.