

# IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS — RESTITUIÇÃO

— Decreto não basta para legitimar a cobrança de imposto.

— A restituição é devida, independentemente da prova da repercussão, eis que a mercadoria não era destinada a venda.

## SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Aços Anhanguera S/A. *versus* Estado de São Paulo.  
Recurso Extraordinário nº 77 353 — Relator: Sr. Ministro

THOMPSON FLORES

### ACÓRDÃO

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

Brasília, 10 de maio de 1974. *Carlos Thompson Flores*, Presidente e Relator.

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro *Thompson Flores*: O despacho que admitiu o recurso retrata, com fidelidade, a controvérsia.

Diz ele, fls. 430-1:

“Na presente ação ordinária de repetição de indébito fiscal demandou a autora

— Aços “Anhanguera” S. A. — da Fazenda do Estado, restituição de ICM que foi compelida a pagar para liberar mercadorias importadas que havia adquirido no exterior a fim de completar a sua linha industrial. A autora ficou vencida nas duas instâncias ordinárias porque, como tônica dominante, se enfatizou a legitimidade da cobrança do imposto em causa e na hipótese porque havia lei estadual permissiva (Decreto estadual nº 51 345/69). O julgado, já antigo, esposou tese que era uma das variantes da jurisprudência neste eg. Tribunal, mas posteriormente o eg. Supremo Tribunal Federal, em reiteradas manifestações, desmereceu toda a estrutura de mérito informativa da exegese adotada na decisão recorrida, extraíndo-se de um dos inúmeros acórdãos do Pretório Excel-

so, com singular coincidência para a tese sustentada pela ora recorrente, parecer do hoje Ministro Xavier de Albuquerque, adotado como razão de julgar:

“A questão nuclear do recurso reside na possibilidade de o Estado cobrar o ICM na entrada de quaisquer mercadorias importadas com base apenas no citado Decreto-lei nº 406/68 e sem que ele, Estado, o haja instituído — posto que anteriormente inexistente — por sua própria lei ordinária. De tal lei ordinária não há, nos autos, qualquer notícia, o que torna legítima a presunção de não haver sido editada. Há, sim, o Decreto nº 51 345, de 31.1.69, a dispor que o imposto será pago por guia especial, antes da saída da mercadoria da repartição aduaneira. Esse decreto, porém, não basta para legitimar a cobrança do imposto, que somente por lei poderia ser instituído e ter definido, com observância das normas gerais federais, o respectivo fato gerador (Constituição Federal, artigo 19, I, e CTN, artigo 97, I e III). Também não basta o Decreto-lei nº 906-68, que apenas “estabelece normas gerais de direito financeiro” mas não cria, nos estados, imposto que lhes compete instituir (Constituição Federal, artigo 23 e inc. II)”, (R.T.J. 62/692 — RE 72 344 — SP).

Isto posto, acolho a convincente justificativa para abertura da instância extraordinária, explicitada às fls. 416, de acordo com o permissivo da letra *a* do artigo 119, III, da Constituição Federal”.

2. As partes apresentaram razões, fls. 432-40 e 443-9.

3. Parecer da douta Procuradoria-Geral da República, como segue, fls. 453-4:

“1. Pelo v. acórdão de fls. 410-415, o ilustre Tribunal de Alçada Civil, Oitava Câmara, confirmando decisão de primeiro grau (fls. 374-381), julgou improcedente ação ordinária de restituição de indébito, intentada contra a Fazenda Estadual.

2. Inconformada, interpõe a recorrente o apelo da Instância Extraordinária, com fundamento nas alíneas *a* e *c* da permissão constitucional, sendo, afinal, acolhido pela primeira das alíneas indicadas (fls. 430-431).

3. Alega a recorrente a inconstitucionalidade do Decreto-lei nº 406/68 e do Decreto estadual nº 51 345/69, em que se apóia a Fazenda para exigir a obrigação tributária.

4. Improcede a alegação de inconstitucionalidade do Decreto-lei federal nº 406/68, pois que editado em período anormal do recesso do Congresso Nacional e se reveste da mesma natureza de lei complementar do Código Tributário Nacional.

Efetivamente, por outro lado, a cobrança do ICM, prevista em mero ato do Poder Executivo, o Decreto nº 51 345, de 1969, apresenta-se manifestamente ilegítima, pois não instituído o tributo por norma legal regularmente editada pelo Poder Competente (*Constituição Federal*, artigo 19, I e artigo 153, § 29) e contrariar o artigo 97 do CTN.

5. Em hipóteses análogas, tem decidido o eg. Supremo Tribunal Federal ser ilegítima a cobrança, ausente de lei estadual que a instituiu. (RE 73 181; RE 72 344).

6. Presente o pressuposto constitucional para o Recurso Extraordinário, opinamos pelo seu conhecimento e provimento.

Brasília, 12 de fevereiro de 1974. *José Alves de Lima*, Procurador 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 provimento para o efeito de julgar procedente a ação, condenando o recorrido a restituição nos termos do pedido, fls. 8 fixados os

honorários em (15%) quinze por cento sobre o valor atribuído à causa.

2. O conhecimento do recurso e o seu provimento tenho-o como irrecusáveis, como bem mostraram o despacho e o parecer transcritos.

De fato a jurisprudência do STF firmou-se no sentido de que o tributo cobrado afrontou a Constituição, artigo 153 § 29, porque assentando em mero decreto.

Aos arestos citados no parecer transcrito e publicados na *R.T.J.*, 62/192 e 692, cabe acrescentar o RE 74 495 e os ERE 72 688, do qual fui relator (*Ementário*, 902/1 e 908/2, respectivamente).

3. Todavia, trata-se de restituição de *tributo indireto*, cujo êxito depende em princípio da exigência do artigo 166 do CTN, *Súmula* 546.

4. *In casu* porém a importação, segundo termos da inicial, e esclarecimentos de fls. 354 e prova trazida com a inicial, se fez de *equipamento, peças e acessórios* destinados a integrar a maquinaria utilizada em sua indústria, ou seja, integrando o seu ativo imobilizado.

Sem possibilidade pois de repercutir o tributo, o pagamento indevido dispensa a

prova antes considerada. E sobre a natureza deles não houve contestação.

Assim já o fez esta corte quando tratou de mercadoria tabelada (RE 69 557, *in R.T.J.*, 53/839), quando versou transferência de gado de um estabelecimento para outro, RE 61 664, *R.T.J.*, 49/785; e há apenas dias, quando o Plenário apreciou os ERE 71 414, relator o Ministro Aliomar Baleeiro.

É o meu voto.

#### EXTRATO DA ATA

RE 77 353 — SP — Rel., Ministro Thompson Flores. Recte., Aços Anhanguera S.A. (Adv., Eduardo Y. Henry). Recdo., Estado de São Paulo (Adv., Amaro Pedroza de Andrade Filho).

Decisão: Conhecido e provido nos termos do voto do Ministro Relator. Unânime.

Presidência do Sr. Ministro Thompson Flores. Presentes à Sessão os Srs. Ministros Bilac Pinto e Xavier de Albuquerque. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Antônio Neder. Procurador-Geral da República, substituto, Dr. Oscar Corrêa Pina.