

— 1. A edição de decreto pelo Poder Executivo, mesmo no recesso do Poder Legislativo decretado pelo Ato Institucional n.º 5, não supre o decreto-lei, que é forma necessária, quando se trata de dispor sobre matéria reservada à lei, no exercício de competência legislativa então concentrada no Poder Executivo. Precedentes do STF.

— 2. Ainda que fosse admissível norma constitucional simplesmente interpretativa, de tal conotação não partilha o § 11 do art. 23, aduzido pela Emenda n.º 23, em face do seu inequívoco sentido inovativo.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Recurso Extraordinário n.º 108.803

Recorrente: IBM do Brasil Indústria de Máquinas e Serviços Ltda.

Recorrido: Estado do Rio de Janeiro

Relator: Sr. Ministro RAFAEL MAYER

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata de julgamentos e notas taquigráficas, à unanimidade, em conhecer e dar provimento ao recurso.

Brasília, 30 de maio de 1986. — *Rafael Mayer*, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro *Rafael Mayer*: Trata-se de ação rescisória intentada pela IBM do Brasil contra o estado do Rio de Janeiro visando rescindir acórdão que julgara improcedente ação de repetição referente a ICM pago indevidamente.

O ilustre relator apresentou, na assentada do julgamento, o seguinte relatório:

“O v. acórdão copiado nas fls. 103-6, da E. Primeira Câmara Cível, de 13.6.1978, dando provimento à apelação do estado, julgou improcedente o pedido da autora, de restituição de importância paga a título de imposto sobre circulação de mercadoria, pela importação de máquinas. Assim, decidiu por entender que havia, no antigo estado da Guanabara, legislação que fazia incidir o tributo sobre importação de mercadorias — os Decretos estaduais n.º 2.708, de 28.2.1969, e n.º 2.753, de 27.3.1969, com força de leis, porque baixados pelo governador durante o recesso da Assembléia Legislativa decorrente do Ato Complementar

nº 47, de 7.2.1969; e, ainda, que na espécie a importação tinha por fim o aluguel do uso das máquinas, caracterizada como mercantil a operação.

Na presente ação rescisória, pretende a autora obter a desconstituição daquele julgado e a condenação do réu à restituição do imposto pago, com juros e correção monetária a partir do pagamento, mais custas processuais e honorários advocatícios referentes a ambos os feitos. Alega violação de literal disposição de lei, consistente em que o v. acórdão rescindendo, 'admitindo a cobrança do tributo com base em decretos estaduais, contrariou o princípio da legalidade da tributação, inscrito nos arts. 19, I, e 153, § 29, da Constituição Federal, além de negar vigência ao art. 97, incisos I e III, da Lei nº 5.172/66 (Código Tributário Nacional)', consagrando ademais entendimento divergente do adotado pelo E. Supremo Tribunal Federal e outros Tribunais (fls. 3).

Contestou o estado nas fls. 118 e segs. Argüi preliminarmente defeito de representação da autora (já suprido nas fls. 216 e segs. e 228 e segs); sustenta a inadmissibilidade da rescisória, que visaria simplesmente corrigir a suposta injustiça da E. 1.ª Câmara Cível; e argumenta, *de meritis*, que o v. acórdão rescindendo julgou na conformidade do decidido por este Tribunal na Uniformização de Jurisprudência nº 2, no sentido da legitimidade da tributação segundo os Decretos estaduais nºs 2.708 e E nº 2.753 (fls. 128/9), e que, mesmo à luz da jurisprudência depois firmada pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, o imposto não fora indevidamente pago na hipótese, por tratar-se de máquinas destinadas à exploração comercial, e não à imobilização. A contestação foi declarada intempestiva pelo acórdão deste grupo, de fls. 158 e segs. mas o Pretório Excelso reformou tal decisão em grau de recurso extraordinário (fls. 210).

No parecer de fls. 261-3, opina a douta Procuradoria-Geral da Justiça pela impro-

cedência da rescisória. Afirma que se cuida de operação mercantil e acrescenta que, por ocasião do julgamento impugnado, prevalecia o decidido por este Tribunal na Uniformização de Jurisprudência nº 2" (fls. 265-66).

O Quarto Grupo de Câmaras Cíveis julgou improcedente a ação, por maioria de votos, tomando o acórdão respectivo ementa do teor seguinte:

"A simples invocação de dispositivos supostamente violados basta para tornar admissível a ação rescisória com fundamento no art. 485, v, do Código de Processo Civil. Não ocorre violação das normas constitucionais e legais que consagram o princípio da legalidade dos tributos, se o acórdão se limita a considerar como leis, do ponto de vista substancial, decretos editados pelo governador do estado durante o recesso da Assembléia Legislativa, decorrente de Ato Institucional" (fls. 268).

Foi voto vencido o ilustre Des. Antonio Assumpção, e com base nesse voto a IBM interpôs embargos infringentes, reiterando terem sido ofendidos os arts. 19, I, e 153, § 29 da Constituição, e art. 97, I, e III, da Constituição Federal.

O acórdão que rejeitou os embargos infringentes está assim deduzido:

"Desacolheu-se a argüição de inconstitucionalidade suscitada pelo eminente Des. Fernando Whitacker, entendendo necessário submeter-se ao E. Órgão Especial o exame da constitucionalidade dos Decretos estaduais nºs 2.708 e 2.753, de 1969.

É que a controvérsia objeto desta ação rescisória foi decidida sob o aspecto da legalidade da tributação imposta, entendendo o v. acórdão rescidendo, ora atacado nestes embargos infringentes, que fora legítima a edição dos decretos discutidos com base no art. 1º II, do Decreto-lei nº 406, de 31.12.68. Dessarte, o antigo estado da Guanabara podia determinar a forma da exigibilidade do ICM, questionada. Esse entendimento foi adotado com fulcro na Uniformização da Jurisprudência nº 2, deste E.

Tribunal de Justiça, consoante sublinhado no v. acórdão embargado.

Induvidoso, pois, que a questão seria de mera legalidade dos decretos questionados em face da lei tributária então em vigor no antigo estado da Guanabara, nunca, porém, de sua inconstitucionalidade. Como bem ressaltado no voto do eminente relator, Desembargador Barbosa Moreira, 'a legitimidade de qualquer ato normativo deve ser aferida, antes de mais nada, à luz da norma imediatamente superior na hierarquia do ordenamento; e, reconhecida *ex hypothesi* a incompatibilidade, não é preciso, nem cabível, remontar à norma de nível mais alto'.

Na época, sufragado nas EE. Câmaras Cíveis Reunidas o entendimento da legalidade dos decretos questionados, não há que se reabrir, hoje, a discussão de sua pretensa inconstitucionalidade, inexistente em qualquer hipótese.

A arguição preliminar é, assim, rejeitada.

No mérito, desprocedem as alegações da embargante, que têm suporte do douto vencido.

O próprio douto voto vencido reconhece que os bens importados pela embargante não poderiam ser tidos como bens de capital, posto que importados para comercialização mediante contrato de *leasing*, que é de natureza mista, de arrendamento e compra e venda.

Entendeu, porém, o voto vencido interpretando a Lei estadual nº 1.165, de 1966, que a tributação do ICM somente incidiria sobre a saída de bens do estabelecimento e não sobre os bens importados.

Ora, é notório o conflito jurisprudencial a respeito de tal controvérsia — ainda que, *ad argumentandum* — fosse possível conceder a inaplicabilidade dos Decretos estaduais nºs 2.708 e 2.753, citados.

É incontestável, pois, que não havia lei isentando da tributação do ICM os bens importados para comercialização e, até, bens de capital.

Essa controvérsia nascida da interpretação pretoriana seja na esfera estadual, seja na esfera federal, que nunca foi pacificada,

perdeu, hoje, qualquer colorido de juridicidade, mormente no que diz respeito ao desate dos presentes embargos, vale dizer desta ação rescisória.

É que a Emenda Constitucional nº 23 veio, inclusive, afastar a exegese do E. Supremo Tribunal Federal quanto à possibilidade de tributação do ICM sobre os bens importados para o ativo fixo das empresas, ou bens importados para comercialização, por ser, a toda a evidência, de natureza interpretativa da mesma norma constitucional anteriormente vigente.

E, como bem preleciona o saudoso Ministro Aliomar Baleeiro, comentando o citado art. 106, do CTN.

'Ementa expressamente interpretativa — todavia, não quer dizer que o novo diploma empregue essas palavras sacramentais, apresentando-se como tal na ementa ou no contexto. Basta que, reportando-se aos dispositivos interpretados, lhes defina o sentido e aclare as dúvidas. A pesquisa dos fins da nova lei esclarece' (*Dir. Trib. Bras.* 9. ed. p. 388).

Numa palavra, a construção pretoriana entendia que, na omissão da lei vigente, não deveria incidir a tributação do ICM. Mas tal exegese nunca foi pacífica, e aqui, já no império dos decretos questionados, este E. Tribunal de Justiça, por suas Câmaras Cíveis Reunidas, entendeu-os legítimos, como legítima considerou a tributação.

Não há, assim, porque se questionar outra vez a legalidade dos referidos decretos, desde que 'não há violação de lei outra, posto que, quando muito, a lei anterior, seria omissa quanto à tributação dos bens importados.

Por tais motivos, rejeitam-se os embargos" (fls. 306-8).

A IBM interpõe recurso extraordinário pelas letras *a* e *d*. Alega que houve violação aos arts. 153, § 29, e 19, I, da Constituição, e aos arts. 97, I e III do CTN, ao entender que os Decretos estaduais nºs 2.708 e 2.753, de 1969, não seriam inconstitucionais ou ilegais, além de dissentir de entendimento da Corte Suprema; que houve violação ao

art. 23, II da Constituição, e divergência jurisprudencial; bem assim aos arts. 153, §§ 3º e 36, bem assim ao art. 6º da LICC ao emprestar caráter interpretativo e retroativo à Emenda nº 23.

O recurso foi admitido e regularmente processado, rejeitada a arguição de relevância que se intentara com o extraordinário.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Rafael Mayer (Relator): A matéria constitucional proposta pela recorrente está decerto pré-questionada e constitui, na verdade, o próprio embasamento da ação rescisória, proposta com fulcro no art. 485, v, do CPC e sob a invocação de violação, além do art. 97, I, e III, do CTN, dos arts. 19, I, e 153, § 29, da CF. Com isso não se há cogitar da incidência do veto do art. 325, V, *a*, do RI, desse modo excepcionado na forma do *caput* do mesmo dispositivo regimental.

A controvérsia nuclear que aqui se desdobra a respeito da validade dos Decretos estaduais nºs 2.708 e 2.753, de 1969, que prescreviam a incidência do ICM sobre as mercadorias importadas, inovando, com relação à Lei estadual nº 1.165, de 1966, que só tributava as operações de saída de mercadoria do estabelecimento do produtor, comerciante ou industrial, declarando expressamente (fls. 273) não constituir fato gerador a saída da mercadoria dos armazéns alfandegários e alfandegados para o estabelecimento do importador, a controvérsia, repito, não se põe, *data venia*, no plano da ilegalidade dos referidos decretos, mas, sem dúvida, no plano da inconstitucionalidade.

Não se trata, com efeito, de aferir a conformidade desses diplomatas com a lei que devam regulamentar, quando, na verdade, se poria a questão de sua legalidade. Mas os próprios extremos da causa reclamam outra colocação que é a de saber da aptidão jurídica deles para colmar e exigência constitucional da legalidade tributária, e

esse é um prisma necessariamente constitucional.

Cuida-se, no venerando acórdão, que o decreto, por emanado do governador do estado ao tempo da vigência do AI-5 e no recesso parlamentar, teria efeito de lei pelo simples fato de emanar da autoridade que conjugava tanto o poder legislativo como o executivo.

Assiste, no entanto, inteira razão ao douto voto vencido, a fls. 271, pois a forma em matéria de edição legislativa é fundamental, porquanto interessa à validade, à eficácia e à hierarquia da norma.

Bem diverso, em sua natureza e efeitos, o decreto que, mesmo durante o período excepcional, o governador edita, invocando a sua atribuição constitucional de executar as leis, regulamentando-as, do decreto-lei que é editado com apoio na concentração das funções do Legislativo na chefia do Poder Executivo, em função do recesso do Poder Legislativo, e dispondo sobre matérias que são da competência deste.

Não há confusão nem conversão possíveis. A edição de um decreto do Poder Executivo, mesmo no recesso, não supre o decreto-lei, que é necessário quando se trata de dispor sobre matéria reservada à lei.

Dispensável, no entanto, é maior indagação no caso, posto que esta Turma tem decisão específica sobre a controvérsia, envolvendo os próprios decretos em causa, no RE nº 84.511, de cuja ementa se lê:

“Firmou-se no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que a existência do ICM pressupõe a existência de lei estadual, que absorva as normas gerais editadas pela União, não bastando, para tanto, mero decreto.

Decreto do antigo estado da Guanabara nº 2.753, de 27.3.1969, editado pelo Executivo, não tem eficácia para autorizar a cobrança do referido imposto.

Recurso extraordinário conhecido e provido” (RTJ, 81/895).

É o que se diz no douto voto condutor:

“O Decreto-lei nº 406/1968, pois, não cria nos estados impostos que, por disposi-

ção constitucional, lhe compete privativamente. Esse diploma legal cuida apenas de estabelecer normas gerais de direito financeiro, a serem observadas pelos estados quando da instituição do tributo e da definição do respectivo fato gerador.

Improcede, ainda, o argumento de que o Decreto estadual nº 2.753/1969 foi emanado de autoridade competente para legislar, já que o governador, ante o recesso da Assembléia Legislativa, acumulava os poderes executivo e legislativo. Embora verdadeira a premissa da competência legislativa do governador à época, a conclusão não é exata, porque o certo é que dela não quis ele se valer, vez que se restringiu a usar o poder de regulamentar, incapaz de instituir tributo nos termos da Constituição.

Não é possível, por força de argumentação, transformar o decreto — que apenas regulamenta lei — em decreto-lei, que, na conceituação brasileira, é a própria lei. Entender o contrário, sob o fundamento de que os poderes legislativos estavam em mãos do Poder Executivo, ter-se-ia de chegar à conclusão de que naquele período, quando o presidente da República baixasse um decreto disciplinando uma lei, teria este decreto força de reformar a própria Constituição. Raciocínio, é evidente, inaceitável” (RTJ, 81/896).

É o que basta para a evidência da contrariedade do acórdão recorrido aos arts. 19, I, e 153, § 29, da Constituição.

De outro lado, na decisão dos embargos infringentes se trouxe um novo argumento para a sua rejeição, pela qual a controvérsia, nascida da interpretação pretoriana, perdeu hoje qualquer colorido de juridicidade, fazendo o seguinte destaque:

“É que a Emenda Constitucional nº 23 veio, inclusive, afastar a exegese do E. Supremo Tribunal Federal quanto à possibilidade de tributação do ICM sobre os bens importados para o ativo fixo das empresas, ou bens importados para comercialização por ser, a toda a evidência, de natureza interpretativa da mesma norma constitucional anteriormente vigente” (fls. 307).

O venerando acórdão tem, assim, como interpretativa e retroativa a disposição constitucional acrescida, como § 11, ao art. 23 da Constituição, pela Emenda nº 23, dispondo sobre a incidência do ICM também sobre a entrada, no estabelecimento, de mercadoria importada do exterior, mesmo se tratando de bens destinados ao consumo ou ativo fixo.

O inusitado de uma norma constitucional que se tenha como simplesmente interpretativa, e se tenha como interpretativa quando assim não resulta dos seus dizeres, sendo claro o seu sentido inovativo, já está a dispensar também maior indagação, haja vista o recente julgamento no Plenário, na ACOr nº 338-5-MA, do Maranhão, relator o eminente Ministro Rezek, onde se esclareceu com exata pertinência ao caso *in verbis*:

“No entanto, ainda que se admitisse a possibilidade de interpretação autêntica de texto constitucional, a lei interpretativa somente pode existir na hipótese de obscuridade em geral ou da existência de várias interpretações divergentes do preceito antecedente” (cf. Emilio Betti, *Interpretacion de la ley y de los actos juridicos*, trad. José Lins de los Mozos, Madrid, 2. ed., 1971, p. 192).

Tive a oportunidade de abordar o mesmo aspecto, no julgamento do RE nº 108.872, *in verbis*:

“Sem força é o argumento do estado no sentido de que a norma advinda com a Emenda nº 23, acrescentando uma cláusula àquele dispositivo constitucional, tem caráter de norma interpretativa, dotada consequentemente de efeito retroativo.

Desde logo é vão o esforço de dizer que a norma é interpretativa somente para justificar a atribuição a ela de efeito retroativo, esse efeito ela teria, simplesmente, se o quisesse, pois se trata de norma constitucional não-sujeita à observância do princípio da irretroatividade das leis, embora deva explicitar a desejada retroação, para alcançar situações já consumadas.

De qualquer modo, para que se tenha uma norma interpretativa, é preciso que ela diga expressamente ou virtualmente a que veio, pois não tem razão de ser senão o de acudir às incertezas e dubiedades do preceito interpretando.”

Pelo exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento para julgar a ação procedente, invertidos os ônus da sucumbência.

EXTRATO DA ATA

RE nº 108.803-6-RJ — Rel.: Ministro Rafael Mayer. Recte.: IBM do Brasil Indústria

de Máquinas e Serviços Ltda. (Advs.: Leo Krakowiak e outros). Recdo.: Estado do Rio de Janeiro (Adv.: Hugo Maurício Sigelmann).

Decisão: recurso conhecido e provido — Unânime. Primeira Turma, 30.5.86.

Presidência do Sr. Ministro Rafael Mayer. Presentes à sessão os Srs. Ministros Oscar Corrêa, Sydney Sanches e Octavio Gallotti. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Néri da Silveira. Subprocurador-Geral da República, Dr. Francisco de Assis Toledo.