

## IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS — OPERAÇÕES INTERESTADUAIS — INCONSTITUCIONALIDADE

— *Imposto sobre circulação de mercadorias. Operações interestaduais. Discriminação de alíquotas. Resolução nº 7, de 22 de abril de 1980, do Senado Federal. Inconstitucionalidade (Constituição Federal, art. 23, § 5º (redação anterior à Emenda Constitucional nº 23/83). Divergência da Súmula nº 569.*

— *Em face do princípio de uniformidade do ICM, é inconstitucional a resolução do Senado Federal que estabelece alíquota favorecida para operações interestaduais que destinem mercadorias a contribuintes para fins de industrialização ou comercialização.*

### SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Recurso Extraordinário nº 102.553

*Recorrente:* Tintas Ypiranga S.A.

*Recorrido:* Estado do Rio de Janeiro

*Relator:* Sr. Ministro FRANCISCO REZEK

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, em Sessão Plenária, por maioria de votos, em conhecer do recurso extraordinário, mas lhe negar provimento, declarando a inconstitucionalidade da Resolução nº 07, de 22 de abril de 1980, do Senado Federal.

Brasília, 21 de agosto de 1986. — *Moreira Alves*, Presidente. — *Francisco Rezek*, Relator.

#### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Rezek: Tintas Ypiranga S.A. impetrou mandado de segurança preventivo contra o Inspetor Regional da 12.ª Região Tributária, insurgindo-se contra o cálculo do ICM à alíquota de 15,5%, estabelecida na Resolução nº 129/79, do Senado Federal (art. 1º, item I). Sustentou que, sendo suas vendas *interestaduais*, e sem embargo da qualidade de *consumidor final* do comprador, o cálculo

da alíquota deve ser feito nos termos da Resolução do Senado nº 7/80.

A seu ver, a autoridade coatora, assim não entendendo, vulnera o art. 17, § 4º, da Constituição estadual e o art. 57 do CTN, além de contrariar a orientação da Súmula nº 569, desta Casa.

A segurança foi denegada em ambas as instâncias ordinárias. O acórdão ora recorrido tem este teor (fls. 265-9):

“Acordam os juízes que compõem a 8.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por unanimidade, em negar provimento ao recurso, integrado neste o relatório de fls. 258-62.

E assim decidem porquanto está certa a decisão *sub censura*.

Na verdade, dispõe a Constituição Federal, art. 23:

‘A alíquota do imposto a que se refere o item II (i.e. operações relativas à circulação de mercadorias) 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.’

A Resolução nº 129, de 28 de novembro de 1979, do Senado Federal, com base no supra referido dispositivo constitucional, dispõe:

‘Art. 1º. As alíquotas máximas do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias serão as seguintes:

I — Para as operações internas e interestaduais:

a) nas regiões Sudeste e Sul:

1. 15% (quinze por cento) em 1980;
2. 15,5% (quinze inteiros e cinco décimos por cento) em 1981;
3. 16% (dezesseis por cento) em 1982 e exercícios subseqüentes;

b) nas regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste:

16% (dezesseis por cento) em 1980 e exercícios subseqüentes.

II — Para as operações de exportação:

13% (treze por cento) em 1980 e exercícios subseqüentes.’

Ainda, a Resolução nº 7/80, dispõe que:

‘Art. 1º São acrescentados ao art. 1º da Resolução nº 129, de novembro de 1979, o item e o parágrafo seguintes:

III — *Para as operações interestaduais que destinam mercadorias a contribuintes para fins de industrialização ou comercialização:*

11% (onze por cento).

Parágrafo único. Nas operações de que trata o item III, promovidas nas regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, a alíquota será:

- a) 10% (dez por cento) em 1980;
- b) 9,5% (nove inteiros e cinco décimos por cento) em 1981;
- c) 9% (nove por cento) em 1982 e exercícios subseqüentes.’

Destaque-se que o presente *writ* foi interposto em 1 de janeiro de 1981, pelo que, quando remetia a Impetrante mercadorias para clientes localizados em outros estados deveria debitar-se, em 1981, a alíquota de 15,5% (quinze inteiros e cinco décimos por cento), de acordo com o que preceitua o art. 1º da referida Resolução nº 129/79 do Senado Federal, a menos, como destaca o estado em sua contestação a fls. 141, que comprove o atendimento do

disposto no item III da referida Resolução nº 129/79, acrescentado pela Resolução nº 7/80 do Senado Federal.

Assim, de maneira clara, o referido inciso III, do art. 1º da Resolução nº 7/80 *fixa uma alíquota inferior quando a mercadoria se destina a contribuinte para fins de industrialização ou comercialização.*

*Inexiste, assim, uma distinção entre contribuintes e não-contribuintes, mas entre os próprios contribuintes, conforme a destinação que irão dar à mercadoria, o que não é vedado constitucionalmente, nem por força das referidas resoluções.*

É sabido que alguns estados discriminavam a alíquota nas operações interestaduais, levando em conta o destinatário não ser contribuinte, isto como ensina Roberto Rosas, in *Direito sumular*, p. 296.

Daí a Súmula nº 569 vir a estabelecer que:

‘É inconstitucional a discriminação de alíquotas do imposto de circulação de mercadorias nas operações interestaduais, em razão de o destinatário ser, ou não, contribuinte’.

Não se pode generalizar a adoção de alíquota interestadual, uma vez que a Resolução nº 7/80 do Senado Federal é taxativa, ao declarar quais sejam as espé-les de operações interestaduais (as que se destinem mercadorias a contribuintes para fins de industrialização ou comercialização) que gozarão da alíquota de 11%.

Diz bem a sentença:

“Todavia, fora do caso expresso na lei (resolução) e ora mencionado ou quando a mercadoria se destinar ao consumidor final, seja pessoa física ou jurídica, incidirá na operação a alíquota de 15,5% (quinze e meio por cento) em 1981 e 16% (dezesseis por cento) em 1982 e exercícios subseqüentes, sem sombra de dúvida.”

Os acórdãos chamados à colação pelo autor, apelante, ou tratam de questão desatualizada, relativa à Resolução nº 65/70 do Senado Federal, ou de matéria diversa (transferência de café do IBC para torrefadora) ou de ser ou não o destinatário da mercadoria contribuinte.

São estes os fundamentos com os quais se mantém a decisão recorrida.”

A impetrante recorre extraordinariamente pelas letras *a* e *d*, e sustenta negativa de vigência dos arts. 19, II; 20, I, II e III; 23, II e § 5º da Constituição Federal; art. 5º do Decreto-lei nº 406/68, e art. 1º do Decreto-lei nº 407/68; além de divergência da Súmula nº 569 e de acórdãos vários.

O Ministério Público Federal, em parecer da Dra. Edylcéa de Paula, opina (fls. 411-2):

“Dispõe a Lei Maior sobre a uniformidade da fixação das alíquotas do ICM para as operações internas, interestaduais e de exportação. Não pode, portanto, haver discriminação em relação a consumidores, contribuintes ou destino da mercadoria, nem pela resolução do Senado, nem pela lei local.

Neste sentido a orientação da Suprema Corte que já veio de editar a Súmula nº 569, dirimindo as dúvidas antes existentes a respeito da matéria.

Configurados, assim, a ofensa à Constituição e o dissídio pretoriano, fartamente documentado nestes autos, merece se conheça e se dê *provimento* ao apelo extremo.”

É o relatório.

#### VOTO

O Sr. Ministro Francisco Rezek (Relator): A admissão do apelo extremo, na origem, contrariou parecer do Ministério Público do Rio de Janeiro, assim concebido pelo Procurador Elio Fischberg (fls. 373-6):

“Tempestivamente, interpõe-se recurso extraordinário face ao v. acórdão de fls. 265-9, que denegou mandado de segurança pleiteado pela requerente, sob os fundamentos centrais de que são constitucionais e aplicáveis, sucessivamente, as Resoluções n.ºs 129/79 e 7/80, às operações interestaduais para fins de incidência do ICM, apenas incidindo alíquotas menores, no caso da última resolução do Senado Federal,

quando a mercadoria se destine a contribuinte para fins de industrialização ou comercialização, concluindo a decisão recorrida por que inexistente, aí, distinção entre contribuintes e não-contribuintes, na operação interestadual, mas entre os próprios contribuintes, conforme a destinação intrínseca da mercadoria, o que não é vedado pela Constituição Federal, nem pelas mencionadas resoluções.

Fincado nas alíneas *a* e *d* do permissivo constitucional, o recurso sustenta haver o v. acórdão ofendido as normas dos arts. 19, II; 20, I, II e III; e 23, II, § 5º, da Constituição Federal; denegado vigência ao art. 5º do Decreto-lei nº 406/68 e art. 1º do Decreto-lei nº 407/68; dissidência do teor da Súmula nº 569 do STF; e divergência de arestos cujos trechos essenciais transcreve a fls. 281-8, anexando cópias deles; terminando por argüir a relevância da questão federal suscitada, embora sem indicar peças a traslado, nem pedir a formação do instrumento (fls. 289-93).

É o parecer por que se indefira seguimento ao recurso.

Não se configura suficiente a arguição das apontadas ofensas à Constituição Federal, pelo v. acórdão recorrido, no qual, em verdade, apenas se ventilou, implicitamente, a matéria atinente ao art. 23, II, § 5º, da Carta Magna, daí não se ter sequer como examinar as supostas ofensas aos demais artigos apontados pela recorrente (Súmulas n.ºs 282 e 356, STF).

E, mesmo quanto àquele, o fato é que a recorrente se conforma com a constitucionalidade das Resoluções n.ºs 129/79 e 7/80 do Senado Federal, pretendendo, entretanto, a aplicação indistinta desta a todas as operações interestaduais para fins de incidência do ICM, quer se destinem ou não as mercadorias a industrialização ou comercialização, ou a consumo final pelos adquirentes.

Inobstante, a Resolução nº 7/80 apenas acrescentou hipótese nova de incidência de alíquotas diversas, para o caso que especifica, à Resolução nº 129/79, como transcritas no v. acórdão recorrido, a fls. 266/7,

certo que, nesta última, já não se fazia qualquer distinção entre destinatários das mercadorias contribuintes ou não-contribuintes, para fins de incidência do tributo, por ser a distinção vedada, em sede constitucional, gênese da Súmula nº 569 do STF.

A Resolução nº 7/80, mantendo íntegra a Resolução nº 129/79, apenas acrescentou-lhe hipótese mais favorável ao contribuinte do ICM, nas operações interestaduais, quando estas se façam a contribuintes para fins de industrialização ou comercialização, aplicando, nesse caso, alíquotas inferiores.

Não se faz, contudo, como acentuado na decisão recorrida, ainda aí, distinção entre contribuintes e não-contribuintes, o que não permite entrever inconstitucionalidade na Resolução nº 7/80, sequer alegada pela recorrente.

Acentue-se a inviabilidade da pretensão da recorrente, neste *writ*, pois, se ocorrentes as ofensas às normas constitucionais a que faz alusão, ter-se-ia, forçosamente, de dar pela inconstitucionalidade da Resolução nº 7/80, pela distinção por esta feita quanto à destinação das mercadorias. E é precisamente da Resolução nº 7/80 que pretende a recorrente se valer para, sem a distinção nela feita, ter por aplicáveis as alíquotas ali previstas, arredando as da Resolução nº 129/79.

Ora, fora a norma da resolução inconstitucional, e não poderia subsistir, parcialmente, apenas para o benefício pretendido pela recorrente, pois a sua supressão não afastaria a vigência da Resolução nº 129/79, de alíquotas mais graves.

Por esses motivos, não se afigura razoável a suscitada contrariedade aos dispositivos da Constituição Federal.

Não há, de outra parte, manifesta divergência do aresto recorrido com o teor da Súmula nº 569 do STF, como já se há de ter notado, porque esta se refere e veda, expressamente, distinção entre contribuintes e não-contribuintes, como destinatários de mercadorias em operações interestaduais, para fins de incidência diversa das alíquotas do ICM, e o v. acórdão atacado acata,

expressamente, o teor da súmula, demonstrando, entretanto, não ser a hipótese dela aquela sobre a qual decidiu, mas exatamente a inversa, por não distinguir a Resolução nº 7/80, do Senado Federal, entre contribuintes e não-contribuintes mas, entre aqueles, os que fazem a aquisição da mercadoria para fins de industrialização ou comercialização.

Note-se que a origem dos v. acórdãos que conduziram à cristalização da Súmula nº 569 do STF foi a Resolução nº 65/70 do Senado Federal, de teor inteiramente diverso do da nº 7/80.

O dissídio jurisprudencial não se configura, simplesmente porque, de acordo com fundamento do v. acórdão recorrido, que, nesta parte, ora se adota, os arestos paragonados 'ou tratam de questão desatualizada, relativa à Resolução nº 65/70 do Senado Federal, ou de matéria diversa (transferência de café do IBC para torrefadora), ou de ser ou não o destinatário da mercadoria contribuinte' (fl. 268), não versando os acórdãos trazidos à colação a matéria atinente à Resolução nº 7/80, do Senado Federal, mas a legislação diversa, anterior."

Parece-me seguro que procedem esses argumentos, em abono do acórdão recorrido. Esse decisório, havendo examinado a Resolução nº 7/80, e outras anteriores, do Senado, concluiu que a última beneficia com alíquota inferior o produto destinado à industrialização ou à comercialização, não distinguindo, dessarte, entre contribuintes e não-contribuintes, mas estabelecendo um favor fiscal em função do destino operacional da mercadoria. Assim colocada, a questão de direito difere da hipótese versada na Súmula nº 569, sem contrariá-la.

De outro lado, o acórdão em exame gravitou unicamente em torno das resoluções do Senado, sem abordar qualquer tema constitucional. É ainda certo que a aventada afronta a normas expressas nos Decretos-leis n.ºs 406 e 407, ambos de 1968, não tem como vir a debate, por falta de prequestionamento. A divergência, de mais de não se haver deduzido nos moldes da Súmula nº 291 e do art. 322 do Regimen-

to Interno, não se configura no essencial, eis que os acórdãos chamados a confronto versam exatamente a hipótese da Súmula nº 569 — ou seja, a proscrita distinção na alíquota do ICM em razão de ser ou não contribuinte o destinatário da mercadoria —, e não a hipótese do favor fiscal inspirado naquilo a que deva servir o produto, nos termos da Resolução nº 7/80 do Senado Federal.

Tais as circunstâncias, não conheço do recurso extraordinário.

#### VOTO

O Sr. Ministro Cordeiro Guerra: Tintas Ypiranga S.A. impetrou segurança contra ameaça de ato, que reputa ilegal, do Ilmo. Sr. Inspetor Regional da 12ª Região Tributária que, buscando-se no entendimento, data vênua sem qualquer amparo legal do Subsecretário de Fazenda do estado, Dr. Ugo Pinheiro Chagas, entende que a impetrante deve calcular suas vendas interestaduais *quando se tratar de consumidor final*, à alíquota de 15,5%, ou seja, à alíquota interna apesar de se tratar de uma operação interestadual e não como entende a impetrante de que deve usar na operação a alíquota de 11% para os estados das regiões Sul e Sudeste, e 9,5% para os estados das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, *no exercício de 1981*, e 11% para os estados das regiões Sul e Sudeste, e 9% para os estados das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste *no exercício de 1982*, e exercícios subseqüentes, legalmente baseada na conformidade com os termos da Resolução nº 7/80 do Senado Federal, pois a mesma *não faz qualquer referência às vendas interestaduais para consumidores finais*, como se demonstrará (smj, fl. 3).

Denegada a segurança em primeiro grau, foi tal decisão confirmada por acórdão assim ementado:

“Alíquotas sobre as operações relativas à circulação de mercadorias.

Competência constitucional do senado para fixar as alíquotas máximas ‘para as

operações internas, as interestaduais e as de exportação.’

Resolução nº 129, de 28 de novembro de 1979, do Senado, com os acréscimos da Resolução nº 7/80, que fixa uma alíquota inferior quando a mercadoria se destina a contribuinte para fins de industrialização ou comercialização.

Inexiste, assim, uma distinção entre contribuinte e não-contribuinte, mas entre os próprios contribuintes, conforme a destinação que irão dar à mercadoria, o que não é vedado constitucionalmente, nem por força das referidas resoluções” (fl. 265).

O eminente relator Ministro Francisco Rezek, acolhendo o parecer da Procuradoria da Justiça do Estado do Rio de Janeiro, não conhece do recurso:

“A admissão do apelo extremo, na origem, contrariou parecer do Ministério Público do Rio de Janeiro, assim concebido pelo procurador Elio Fischberg (fls. 373-6): ‘Tempestivamente, interpõe-se recurso extraordinário face ao v. acórdão de fls. 265-9, que denegou mandado de segurança pleiteado pela requerente, sob os fundamentos centrais de que são constitucionais e aplicáveis, sucessivamente, as Resoluções n.ºs 129/79 e 7/80, às operações interestaduais para fins de incidência do ICM, apenas incidindo alíquotas menores, no caso da última resolução do Senado Federal, quando a mercadoria se destine a contribuinte para fins de industrialização ou comercialização, concluindo a decisão recorrida por que inexiste, aí, distinção entre contribuintes e não-contribuintes, na operação interestadual, mas entre os próprios contribuintes, conforme a destinação intrínseca da mercadoria, o que não é vedado pela Constituição Federal, nem pelas mencionadas resoluções.

Ficando nas alíneas *a* e *d* do permissivo constitucional, o recurso sustenta haver o v. acórdão ofendido as normas dos arts. 19, II; 20, I, II e III; e 23, II, § 5º, da Constituição Federal; denegado vigência ao art. 5º do Decreto-lei nº 406/68 e art. 1º do Decreto-lei nº 407/68; dissentido do teor da Súmula nº 569 do STF; e

divergido de arestos cujos trechos essenciais transcreve a fls. 281-8, anexando cópias deles; terminando por argüir a relevância da questão federal suscitada, embora sem indicar peças a traslado, nem pedir a formação do instrumento (fls. 289-93).

É o parecer por que se indefira seguimento ao recurso.

Não se configura suficiente a arguição das apontadas ofensas à Constituição Federal, pelo v. acórdão recorrido, no qual, em verdade, apenas se ventilou, implicitamente, a matéria atinente ao art. 25, II, § 5º, da Carta Magna, daí não se ter sequer como examinar as supostas ofensas aos demais artigos apontados pela recorrente (Súmulas n.ºs 282 e 356, STF).

E, mesmo quanto àquele, o fato é que a recorrente se conforma com a constitucionalidade das Resoluções n.ºs 129/79 e 7/80 do Senado Federal, pretendendo, entretanto, a aplicação indistinta desta a todas as operações interestaduais para fins de incidência do ICM, quer se destinem ou não as mercadorias à industrialização ou comercialização, ou a consumo final pelos adquirentes.

Inobstante, a Resolução nº 7/80 apenas acrescentou hipótese nova de incidência de alíquotas diversas, para o caso que especifica, à Resolução nº 129/79, como transcritas no v. acórdão recorrido, a fls. 266-7, certo que, nesta última, já não se fazia qualquer distinção entre destinatários das mercadorias contribuintes ou não-contribuintes, para fins de incidência do tributo, por ser a distinção vedada, em sede constitucional, gênese da Súmula nº 569 do STF.

A Resolução nº 7/80, mantendo íntegra a Resolução nº 129/79, apenas acrescentou-lhe hipótese mais favorável ao contribuinte do ICM, nas operações interestaduais, quando estas se façam a contribuintes para fins de industrialização ou comercialização, aplicando, nesse caso, alíquotas inferiores.

Não se faz, contudo, como acentuado na decisão recorrida, ainda aí, distinção entre contribuintes e não-contribuintes, o que

não permite entrever inconstitucionalidade da Resolução nº 7/80, sequer alegada pela recorrente.

Acentue-se a inviabilidade da pretensão da recorrente, neste *writ*, pois, se ocorrentes as ofensas às normas constitucionais a que faz alusão, ter-se-ia, forçosamente, de dar pela inconstitucionalidade da Resolução nº 7/80, pela distinção por esta feita quanto à destinação das mercadorias. E é precisamente da Resolução nº 7/80 que pretende a recorrente se valer para, sem a distinção nela feita, ter por aplicáveis as alíquotas ali previstas, arredando as da Resolução nº 129/79.

Ora, fora a norma da resolução inconstitucional, e não poderia subsistir, parcialmente, apenas para o benefício pretendido pela recorrente, pois a sua supressão não afastaria a vigência da Resolução nº 129/79, de alíquotas mais graves.

Por esses motivos, não se afigura razoável a suscitada contrariedade aos dispositivos da Constituição Federal.

Não há, de outra parte, manifesta divergência do aresto recorrido com o teor da Súmula nº 569 do STF, como já se há de ter notado, porque esta se refere e veda, expressamente, distinção entre contribuintes e não-contribuintes, como destinatário de mercadorias em operações interestaduais, para fins de incidência diversa das alíquotas do ICM, e o v. acórdão atacado acata, expressamente, o teor da súmula, demonstrando, entretanto, não ser a hipótese dela aquela sobre a qual decidiu, mas exatamente a inversa, por não distinguir a Resolução nº 7/80, do Senado Federal, entre contribuintes e não-contribuintes, mas, entre aqueles, os que fazem a aquisição da mercadoria para fins de industrialização ou comercialização.

Note-se que a origem dos v. acórdãos que conduziram à cristalização da Súmula nº 569 do STF foi a Resolução nº 65/70 do Senado Federal, de teor inteiramente diverso do da nº 7/80.

O dissídio jurisprudencial não se configura, simplesmente porque, de acordo com fundamento do v. acórdão recorrido, que,

nesta parte, ora se adota, os arestos paragonados "ou tratam de questão desatualizada, relativa à Resolução nº 65/70 do Senado Federal, ou de matéria diversa (transferência de café do IBC para torrefadora), ou de ser ou não o destinatário da mercadoria contribuinte" (fl. 268), não versando os acórdãos trazidos à colação a matéria atinente à Resolução nº 7/80, do Senado Federal, mas a legislação diversa, anterior.

Diz expressamente em seu voto:

"Parece-me seguro que procedem esses argumentos, em abono do acórdão recorrido. Esse decisório, havendo examinado a Resolução nº 7/80, e outras anteriores, do Senado, concluiu que a última beneficia com alíquota inferior o produto destinado à industrialização ou à comercialização, não distinguindo, dessarte, entre contribuintes e não-contribuintes, mas estabelecendo um favor fiscal em função do destino operacional da mercadoria. Assim colocada, a questão de direito difere da hipótese versada na Súmula nº 569, sem contrariá-la.

De outro lado, o acórdão em exame gravitou unicamente em torno das resoluções do Senado, sem abordar qualquer tema constitucional. É ainda certo que a aventada afronta a normas expressas nos Decretos-leis n.ºs 406 e 407, ambos de 1968, não tem como vir a debate, por falta de prequestionamento. A divergência, de mais de não se haver deduzido nos moldes da Súmula nº 291 e do art. 322 do Regimento Interno, não se configura no essencial, eis que os acórdãos chamados a confronto versam exatamente a hipótese da Súmula nº 569 — ou seja, a proscrita distinção na alíquota do ICM em razão de ser ou não contribuinte o destinatário da mercadoria —, e não a hipótese do favor fiscal inspirado naquilo a que deva servir o produto, nos termos da Resolução nº 7/80 do Senado Federal.

Tais as circunstâncias, não conheço do recurso extraordinário."

Em que pesem aos doutos argumentos do eminente relator, creio que, na espécie, não se discute senão a constitucionalidade das

resoluções do Senado n.ºs 129/79 e 7/80, em face do art. 23 da Constituição Federal.

Não se põe em dúvidas que compete ao Senado Federal, mediante resolução, fixar as alíquotas máximas do ICM.

Entretanto, por força do § 5º do art. 23, as alíquotas serão *uniformes para todas* as mercadorias, nas *operações internas e interestaduais*, e a fixação da alíquota máxima abrange todas as operações internas, as interestaduais e as de exportação.

O § 6º do art. 23 preceitua que as isenções relativas à circulação de mercadorias serão concedidas ou revogadas nos termos fixados em convênios, celebrados e ratificados pelos estados segundo o disposto em lei complementar.

Já se decidiu nesta Corte, reiteradamente:

"O ICM é um imposto uniforme que incide em *todas* as operações relativas à circulação de mercadorias, por isso a alíquota é a *mesma* em todas as operações internas ou interestaduais, independentemente de o destinatário da mercadoria ser ou não contribuinte, seja qual for a destinação dada à mesma, Súmula nº 569, art. 23, II, § 5º, da Constituição Federal" (RE nº 95.784-7-MG).

Do mesmo modo se reconheceu:

"Os convênios que concedem isenções ou favores fiscais, Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, não podem discriminar o favor concedido, em detrimento de determinados contribuintes, por violar o princípio constitucional da *uniformidade* do tributo, que abrange não só as alíquotas como a base do cálculo do imposto. Aplicação da Súmula nº 569" (idem).

No meu voto, como relator, acolhido à unanimidade pelo Plenário, no RE nº 95.784-7-MG, assim fundamentei o meu entendimento:

"A Constituição Federal é categórica em afirmar:

'Art. 23. (...)

II — (...)

§ 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, interestaduais e as de exportação.'

Como bem observou J. E. Monteiro de Barros (ICM e a fixação de alíquotas pelo Senado. RDP 15/361), ao apreciar a Resolução nº 65 do Senado Federal e as leis que lhe seguiram os passos, 'é que o art. 23. § 5º, da Constituição, apenas atribui ao Senado a fixação de alíquotas para as operações internas, as interestaduais e as de exportação, não a definição do alcance dessas operações'.

Além disso, a limitação do conceito de operações interestaduais é restrição à própria cláusula constitucional, pois a expressão tem o evidente sentido de abranger todas as operações que destinem mercadorias a outro estado (relatório citado, publicação nº 17 da FGV, p. 49). A Constituição manda atender ao *destino das mercadorias não aos seus destinatários*. A esse propósito Monteiro de Barros acentua:

'O ICM, a prevalecer esse tratamento discriminatório, estaria desvirtuado em sua natureza de tributo uniforme, transformando-se em imposto *seletivo em função do destinatário* (contribuinte ou não) da mercadoria e também em razão da utilização econômica da mercadoria (revenda ou consumo próprio).

Ora, a alteração desses critérios de atuação do imposto importam em sua desqualificação em tributo diverso daquele previsto na Constituição' (ob. cit. p. 362).

Esse raciocínio informou o parecer do então Procurador-Geral da República Moreira Alves na Representação nº 37/GO, que foi acolhida pelo Plenário, RTJ 75/37-41, segundo relator o Sr. Ministro Xavier de Albuquerque.

No mesmo sentido inúmeros julgados que se consubstanciaram na Súmula nº 569:

'É inconstitucional a discriminação de alíquotas do ICM nas operações interestaduais em razão de o destinatário ser, ou não, contribuinte.'

De fato, a alíquota, por força da Constituição, é uniforme para *todas* as mercadorias nas operações internas ou interestaduais.

Obviamente, não deixa de ser interestadual uma operação que abrange dois estados em razão da condição do destinatário ou do destino a ser dado por este à mercadoria.

Não negam os julgados recorridos tais evidências; o que sustentam é que única a alíquota, pode, na prática, ser esta discriminada por via de convênio previsto no § 6º do art. 23 da Constituição Federal.

Observe de logo que o § 6º do art. 23 da Constituição Federal dispõe sobre a concessão e revogação de isenções mediante convênios, celebrados e ratificados pelos estados, segundo o disposto em lei complementar.

De isenção e sua revogação não cuidam os autos.

Entendem, porém, que quem pode isentar do imposto, pode diminuí-lo, desde que respeitada a uniformidade da alíquota para *todas* as operações interestaduais e internas.

Aceito o argumento, porém, do que se trata na espécie é do parágrafo único do art. 1º da Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, que dispõe:

'O disposto neste artigo (isenção mediante convênio) também se aplica:

I — À redução da base de cálculo.

II — À devolução total ou parcial ou indireta, condicionada, ou não, do tributo ao contribuinte, a responsável ou a terceiros.

III — A concessão de créditos presumidos.

IV — A quaisquer outros incentivos ou favores fiscais ou financeiros-fiscais, concedidos com base no imposto de circulação de mercadorias, dos quais resulte redução ou eliminação, direta ou indireta, do respectivo ônus.'

Aceito, para argumentar, a licitude da extensão do § 6º do art. 23 da Constituição Federal a outros favores fiscais que não o maior e expresso da isenção.

Mas, neste caso, estabelecidas as alíquotas máximas do ICM pela Resolução nº 76/76, são elas uniformes para as operações internas e estaduais.

As deduções, isenções e favores fiscais referentes ao ICM devem ser uniformes para todas as mercadorias nas operações internas e interestaduais, pois, de outro modo, algumas operações interestaduais não seriam beneficiadas com o favor fiscal.

É a mesma situação anterior à Súmula nº 569.

De fato, é possível conceder uma isenção de imposto ou redução dele por convênio, de acordo com a lei complementar, não, porém, excluindo da tributação *uniforme* prevista no § 5º do art. 23, algumas operações internas ou interestaduais, pelo fato de ser o destinatário contribuinte, ou não, do imposto, ou pela circunstância de destinar o adquirente a mercadoria para consumo ou não.

O que prevalece é o princípio geral da alíquota uniforme em todas as operações internas ou interestaduais, que não pode ser quebrado pelo simples fato de ser concedido por convênio em favor fiscal correspondente à discriminação das alíquotas.

Este regula a isenção e o favor de que gozam as mercadorias em sua circulação interna e interestadual, mas não pode, por via de convenção, quebrar a uniformidade da taxação para todas as operações, quer alterando a alíquota do imposto, quer diversificando o favor, tendo em vista, não a circulação das mercadorias, mas a condição do adquirente ou do destino que à mesma venha a ser dado.

A admitir-se a conclusão do acórdão, não só se teria elidido a Súmula nº 569, como o princípio basilar do ICM, que é a igualdade entre os contribuintes, tanto no pertinente à alíquota como às isenções das mercadorias.

Assim, se o Convênio ICM nº 44/76, na cláusula 1ª, concedeu, nas operações interestaduais dos contribuintes do ICM, as reduções previstas nos incisos I e II, lícito não era, pela natureza do tributo, estabelecer a restrição já condenada pela súmula

constante do § 1º da mesma cláusula, a saber, fls. 14-15.

A redução prevista nesta cláusula não se aplica às saídas de mercadoria:

‘1. para uso ou consumo próprio do destinatário;

(...);

3. para estabelecimentos prestadores de serviços que, pela natureza de suas atividades, não forneçam ou não apliquem mercadorias com incidência de imposto estadual.’

Tal discriminação, a meu ver, pelos motivos já expostos é inconstitucional, e, em consequência, a Portaria nº 313, de 29 de dezembro de 1976, do Sr. Diretor da Receita estadual, também o é, fl. 16.

Para concluir, conheço do recurso e lhe dou provimento para julgar procedente a ação anulatória do débito fiscal, no que remanesce, e julgar procedente a ação declaratória para que o favor fiscal concedido às operações interestaduais não sofra as restrições do § 1º, 1 e 3, da cláusula 1ª do Convênio ICM nº 44/76, fl. 14, invertendo os ônus da sucumbência.

Lembro, a propósito, o sempre oportuno ensinamento de Carlos Maximiliano: ‘o que a Constituição veda expressamente não pode ser indiretamente contornado’ (in *Um decênio de judicatura*. São Paulo, Saraiva, p. 557; RTJ 103/390).

Na espécie, a Resolução nº 129, de 28 de novembro de 1979, do Senado Federal estabelece:

‘Art. 1º As alíquotas máximas do imposto sobre circulação de mercadorias serão as seguintes:

I — Para as operações internas e interestaduais:

a) nas regiões Sudeste e Sul:

1. 15% (quinze por cento) em 1980;

2. 15,5% (quinze inteiros e cinco décimos por cento) em 1981;

3. 16% (dezesseis por cento) em 1982, e exercícios subseqüentes;’ (fl. 266).

Certo que poderiam fixar as alíquotas máximas, embora duvidosa a discriminação quanto ao destino geográfico das mercadorias.

Entretanto, esse ponto relevante não está em questão.

A Resolução nº 7/80 dispõe:

‘Art. 1º. São acrescentados ao artigo 1º da Resolução nº 129, de novembro de 1979, o item e o parágrafo seguintes:

III — Para as operações interestaduais que destinam mercadorias a contribuintes para fins de industrialização ou comercialização:

11% (onze por cento).

Parágrafo único. Nas operações de que trata o item III, promovidas nas regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, a alíquota será:

- a) 10% (dez por cento) em 1980;
- b) 9,5% (nove inteiros e cinco décimos por cento) em 1981;
- c) 9% (nove por cento) em 1982 e exercícios subseqüentes’ (fl. 267).

Entendeu o acórdão recorrido que não houve violação do princípio da uniformidade e generalidade do ICM, estabelecidos no art. 23, II, e § 5º, da Constituição Federal porque:

‘Inexiste, assim, uma distinção entre contribuintes e não-contribuintes, mas entre os próprios contribuintes, conforme a destinação que irão dar à mercadoria, o que não é vedado constitucionalmente, nem por força das referidas Resoluções.’

Ora, se não é lícito discriminar entre contribuintes e não-contribuintes (Súmula nº 569), com maior razão entre os próprios contribuintes em face do princípio constitucional da isonomia e da uniformidade do tributo.

Argumentou-se, com brilho, que se fosse acolhida a tese da inconstitucionalidade da Resolução nº 7/80, a consequência seria os contribuintes pagarem em todas as operações interestaduais, não a alíquota de 11%, mas, sim, a de 15%, prevista no inciso I do art. 1º da Resolução nº 129/70, para 1981, fl. 245.

O raciocínio, porém, não pode, *data venia*, prevalecer, pois, admitida uma alíquota menor para a circulação da mercadoria conforme o destino geográfico (o que não foi impugnado na espécie), a todas as mer-

cadorias para lá enviadas, devem se aplicar as alíquotas menores estabelecidas nas Resoluções n.ºs 129/70 e 7/80.

O que é vedado é a desuniformização do tributo entre os contribuintes, pelo destino a ser dado às mesmas, pois a alíquota do imposto a que se refere o item II será *uniforme para todas as mercadorias nas operações internas e interestaduais*, § 5º do art. 23 da Constituição Federal.

Daí, a meu ver, o acerto do parecer da Dra. Procuradora Edycéa Tavares Nogueira de Paula:

‘Dispõe a Lei Maior sobre a uniformidade da fixação das alíquotas do ICM para as operações internas, interestaduais e de exportação. Não pode, portanto, haver discriminação em relação a consumidores, contribuintes ou destino da mercadoria, nem pela resolução do Senado, nem pela lei local.’

Neste sentido a orientação da Suprema Corte que já veio de editar a Súmula nº 569, dirimindo as dúvidas antes existentes a respeito da matéria.

Configurados, assim, a ofensa à Constituição e o dissídio pretoriano, fartamente documentado nestes autos, merece se conhecer e se dê *provimento* ao apelo extremo” (fls. 411-2).

Em consequência, com as vênias devidas ao eminente Relator, conheço do recurso e lhe dou provimento para conceder a segurança, declarando a inconstitucionalidade das expressões “que destinem mercadorias a contribuintes para fins de industrialização e comercialização” do art. 1º da Resolução nº 7, de 22 de abril de 1980, do inciso III, que foi acrescentado ao art. 1º da Resolução nº 129, de 28 de novembro de 1979.

#### EXTRATO DA ATA

RE nº 102.553-1-RJ — Relator: Ministro Francisco Rezek. Recorrente: Tintas Ypiranga S.A. (Advogado: Antonio Carlos Amaral Leão). Recorrido: Estado do Rio de Janeiro. (Advogado: Helena Cardoso Teixeira).

Decisão: pediu vista o Ministro Octavio Gallotti, depois do voto do Ministro Relator que não conhecia do recurso, e do voto do Ministro Cordeiro Guerra que dele conhecia e lhe dava provimento declarando a inconstitucionalidade das expressões: “para fins de industrialização ou comercialização”, do art. 1º, da Resolução nº 7, de 22 de abril de 1980, do inciso III que foi acrescentado ao art. 1º da Resolução nº 129, de 28 de novembro de 1979, do Senado Federal. Falou pelo Reclamante o Dr. Antonio Carlos Amaral Leão. Plenário, 19.6.85.

Presidência do Sr. Ministro Moreira Alves. Presentes à sessão os Srs. Ministros Djaci Falcão, Cordeiro Guerra, Décio Miranda, Rafael Mayer, Néri da Silveira, Oscar Corrêa, Aldir Passarinho, Francisco Rezek, Sydney Sanches e Octavio Gallotti.

Procurador-Geral da República, Dr. José Paulo Sepúlveda Pertence.

#### VOTO (VISTA)

O Sr. Ministro Octavio Gallotti: Está em causa a Resolução nº 7/80, do Senado Federal, que, acrescentando novo inciso ao art. 1º da Resolução nº 129/79, da mesma origem, reduziu a alíquota do ICM “para as operações estaduais que destinam mercadorias a contribuintes para fins de industrialização ou comercialização”.

Ao deixar de conhecer do recurso do contribuinte, o eminente relator, Ministro Francisco Rezek, a par de outros fundamentos, de seu próprio convencimento, transcreveu e endossou parecer do Ministério Público estadual, de que destaco o seguinte trecho, por ser de relevo à condução que darei ao meu raciocínio:

“Acentue-se a inviabilidade da pretensão da recorrente, neste *writ*, pois, se ocorrentes as ofensas às normas constitucionais que faz alusão, ter-se-ia, forçosamente, de dar pela inconstitucionalidade da Resolução nº 7/80, pela distinção por esta feita quanto à destinação das mercadorias. E é precisamente da Resolução nº 7/80 que pretende a recorrente se valer para, sem a dis-

tinção nela feita, ter por aplicáveis as alíquotas ali previstas, arredando as da Resolução nº 129/79.

Ora, fora a norma da resolução inconstitucional, e não poderia subsistir, parcialmente, apenas para o benefício pretendido **pela recorrente**, pois a sua supressão não afastaria a vigência da Resolução nº 129/79, de alíquotas mais graves.

Por esses motivos, não se afigura razoável a suscitada contrariedade aos dispositivos da Constituição Federal.”

Divergiu o eminente Ministro Cordeiro Guerra que, repelindo, com base na Súmula nº 569, a possibilidade da discriminação introduzida pela mais recente resolução, conheceu do recurso e lhe deu provimento para conceder a segurança, declarando a inconstitucionalidade das expressões “para fins de industrialização e comercialização”, constantes do ato senatorial.

No autorizado entendimento de S. Ex.ª, prevalece, então, a alíquota reduzida, para todas as operações interestaduais, sejam ou não da espécie amparada pelo inciso III da Resolução nº 129/79, com a redação dada pela de nº 7/78.

A delicadeza do tema referente à declaração parcial de inconstitucionalidade tem sido para mim uma constante, desde que a leitura do douto voto do eminente Presidente Moreira Alves na Representação nº 940, do Rio de Janeiro, despertou-me a atenção para o ensinamento de Cooley, reproduzido por Lúcio Bittencourt, no sentido de que não é lícito, ao juiz, dissociar prescrições da lei, conexas ou dependentes uma das outras, de tal modo inseparáveis, “que se deva presumir que a legislatura não adotaria uma desacompanhada de outra” (RTJ 92/1.022).

A disputa que se travou entre estados ditos consumidores ou importadores, de um lado, e estados ditos produtores ou exportadores, de outro, a partir da substituição do antigo imposto de vendas e consignações pelo atual imposto sobre a circulação de mercadorias, desde logo situou-se, em torno, precisamente, da proposta de redução da alíquota interestadual, sugestão em

que os especialistas apontaram, em linhas essenciais, dois efeitos antagônicos: (1º) a elevação da receita dos estados importadores; (2º) a redução do poder de competição dos produtores situados nesses mesmos estados.

Ora, a redução da alíquota sobre a transferência de mercadorias para consumidores finais dos estados importadores, sem acarretar, obviamente, o aumento de receita, só poderia contribuir para o agravamento das desigualdades regionais, em detrimento do escasso poder de competição dos produtores localizados nas regiões menos favorecidas.

Daí a solução perseguida pela Resolução nº 7/80, do Senado Federal que, restringindo a redução da alíquota às operações interestaduais dirigidas a contribuintes, para fins de industrialização ou comercialização — isto é, aquelas capazes de tributação no estado de destino — proporciona um aumento da receita dos estados consumidores, contrabalançando a apontada nocividade em relação à incipiente produção local.

Dissociando esses componentes que buscam uma finalidade de equilíbrio no intrincado jogo de interesses públicos, próprio do caráter cooperativo do modelo de federalismo que vivemos, estar-se-ia, segundo penso — e com a devida vênia — rompendo a limitação enunciada no magistério de Cooley e Lúcio Bittencourt já adotado pelo Supremo Tribunal, no julgamento da citada Representação nº 940.

A aplicação da alíquota reduzida às operações endereçadas a consumidores finais — que não interessa a nenhum dos estados da Federação, cujas posições se procurou compor — implicaria destituir, a norma em discussão, do cunho social que deve ser tido como vontade manifesta da resolução em causa.

Entraria ademais — essa extensão decorrente de alegada inconstitucionalidade parcial — em rota de colisão com o princípio da isonomia, ao tributar, diferenciadamente, sem razão plausível, os consumidores (contribuintes de fato) situados ou não no

mesmo estado do produtor, gerando graves distorções de justiça e de política fiscal.

Observe que os precedentes em que se baseou a Súmula nº 569 versavam normas de proveniência estadual — fossem leis, decretos, portarias ou convênios — cuja aplicação o Tribunal invalidou, sem defrontar com problema, aqui presente, da declaração de inconstitucionalidade de expressões do ato normativo federal.

Enfrento, por derradeiro, o argumento constante do parecer do ilustre Prof. Alcides Jorge da Costa (oferecido em anexo a memorial da recorrente), segundo o qual, a prevalecer a conclusão do acórdão recorrido, esgotar-se-ia a prática de uma inconstitucionalidade, sem que pudesse o contribuinte dela defender-se.

Só na aparência a proposição aparenta solidez. Para opor-se à tributação, é mister configurar-se legítimo interesse, que, no caso, não possui a recorrente, pois a inconstitucionalidade a ser declarada — se existente — haveria de ser total (como suponho haver sido evidenciado) e, acaso afastada a regra impugnada, a exação recairia na alíquota maior, prevalecente, então, para todas as operações.

Entendo que um benefício fiscal increpado de discriminatório não possui o condão de estender, aos contribuintes dele excluídos, o favor impugnado. Tal ampliação escaparia aos lindes do controle jurisdicional e ingressaria na esfera da atividade legislativa.

Em suma: a inconstitucionalidade reclamada em nada aproveitaria à recorrente motivo pelo qual, tal como o eminente Relator, e com a devida vênia do eminente Ministro Cordeiro Guerra, não conheço do recurso extraordinário.

#### CONFIRMAÇÃO DE VOTO

*O Sr. Ministro Cordeiro Guerra:* Sr. Presidente, pediria vênia ao eminente Ministro Octavio Gallotti para insistir no meu ponto de vista. S. Ex.<sup>a</sup> fez considerações sócio-econômicas altamente ponderáveis e evidentemente bem deduzidas, mas gostaria

de ler o § 5º do art. 25 da Constituição da República:

“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.”

Ele pode fixar, mas não pode discriminar um imposto para um e um imposto para outro. Se ele estabeleceu uma tarifa menor — e podia fazê-lo — essa tarifa se estende a todos, pelo princípio da uniformidade, que já consagramos em repetidos julgados desta Corte e temos até súmula.

Como disse em meu voto, não se pode discriminar entre contribuintes e não-contribuintes. Então, muito pior discriminar entre os próprios contribuintes, porque, aí, seria violar o princípio da isonomia; quer dizer, entre os contribuintes, uns pagam mais, outros pagam menos. Mas, como isso pode acontecer, se a Constituição diz expressamente que “será uniforme para todas as mercadorias nas operações internas e interestaduais”?

Acho que ficou claro o meu ponto de vista. Não pretendo convencer ninguém, só queria dar esta ressalva, porque o voto do eminente Ministro dizia assim: “eu tenho as minhas dúvidas”. Seria fácil de se levantar, pelo menos como problema, a discriminação de alíquotas para determinado ponto do território nacional. Mas isso não foi discutido, não sou eu quem vá lembrar agora. Evidentemente, sendo menor a alíquota para determinadas zonas menos industrializadas, maior será a arrecadação na circulação dessa mercadoria para o estado destinatário onde as operações sucessivas se realizarão. Quer dizer, não me parece tão claro, por isso é que não entro em problemas econômicos, que não são da minha especialidade. O que defendi, no meu voto, foi o princípio da uniformidade do tributo em todas as operações no território nacional.

Era o que tinha a dizer.

#### EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Francisco Rezek (Relator): Sr. Presidente, o relator quer dar um esclarecimento. Temos em mesa um recurso extraordinário em que certos óbices formais ao conhecimento limitam o exame de viabilidade ao confronto entre o acórdão recorrido e a Súmula nº 569 deste Tribunal.

No concernente à distinção que a Resolução nº 7 do Senado faz (não em razão de o destinatário ser ou não ser contribuinte, mas em razão do destino que vai dar à coisa) a Súmula nº 569 não interfere, já que ela se refere tão-só à distinção que se possa estabelecer entre contribuinte e não-contribuinte.

Não vejo, portanto, um conflito com os exatos dizeres da Súmula nº 569, e experimento dificuldade em fazer construção analógica.

Há um problema superveniente — não abordado no meu voto — que passei a enfrentar a partir do momento em que o eminente Ministro Cordeiro Guerra proferiu o seu. Se o Tribunal se convencesse de que a discriminação expressa na Resolução nº 7 é de ser proscrita, tal como proscrita foi a anterior discriminação entre contribuinte e não-contribuinte; e se o Tribunal pudesse fazê-lo dentro dos limites formais deste recurso extraordinário, parece-me que o desate necessário da controvérsia seria a derubada da Resolução nº 7 *como um todo*.

Imaginemos que certo tributo fosse uniforme para todos os brasileiros, e que determinada peça legislativa pretendesse, um dia, dizer que a alíquota, em vez de ser de 15%, passa a ser de 12% para aqueles que receberam ferimentos no quadro da Segunda Grande Guerra. Se essa distinção estabelecida pelo texto superveniente é inconstitucional, ou, por qualquer outra razão, deve ser proscrita, ela o será na sua integralidade. Não poderíamos cancelar apenas o qualificativo “para os brasileiros feridos no contexto da Segunda Grande Guerra” e aproveitar a alíquota privilegiada que o texto pretende estabelecer, no sentido de

generalizá-la, brindando com ela a todos os brasileiros.

Mantenho meu voto.

#### EXTRATO DAS ATAS

RE nº 102.553-1-RJ — Relator: Ministro Francisco Rezek. Recorrente: Tintas Ypiranga S.A. (Advogado: Antonio Carlos Amaral Leão). Recorrido: Estado do Rio de Janeiro (Advogado: Helena Cardoso Teixeira).

Decisão: pediu vista o Ministro Octavio Gallotti, depois do voto do Ministro Relator que não conhecia do recurso e do voto do Ministro Cordeiro Guerra que dele conhecia e lhe dava provimento declarando a inconstitucionalidade das expressões: “para fins de industrialização ou comercialização”, do art. 1º da Resolução nº 7, de 22 de abril de 1980, no inciso III que foi acrescentado ao art. 1º da Resolução nº 129, de 28 de novembro de 1979, do Senado Federal. Falou pelo Recorrente o Dr. Antonio Carlos Amaral Leão. Plenário, 19.6.85.

Decisão: em explicitação de voto o Sr. Ministro Cordeiro Guerra declara que conhecia do recurso e lhe dava provimento, para conceder a segurança, e julgava inconstitucionais as expressões: “que destinem mercadorias a contribuintes para fins de industrialização e comercialização”, do art. 1º da Resolução nº 7, de 22 de abril de 1980, do inciso III, que foi acrescentado ao art. 1º da Resolução nº 129, de 28 de novembro de 1979. Plenário, 21.8.85.

Decisão: pediu vista o Ministro Sydney Sanches depois dos votos dos Ministros Relator e Octavio Gallotti que não conheciam do recurso, e do voto do Ministro Cordeiro Guerra que dele conhecia e lhe dava provimento para conceder a segurança, julgando inconstitucionais as expressões: “que destinem mercadorias a contribuintes para fins de industrialização e comercialização”, do art. 1º da Resolução nº 7, de 22 de abril de 1980, do inciso III, que foi acrescentado ao art. 1º da Resolução nº 129, de 28 de novembro de 1979, do Senado Federal. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Mi-

nistro Moreira Alves. Presidência do Sr. Ministro Décio Miranda. Plenário, 28.8.85.

Presidência do Sr. Ministro Moreira Alves. Presentes à sessão os Srs. Ministros Djaci Falcão, Cordeiro Guerra, Décio Miranda, Rafael Mayer, Néri da Silveira, Oscar Corrêa, Aldir Passarinho, Francisco Rezek, Sydney Sanches e Octavio Gallotti.

Procurador-Geral da República, Dr. José Paulo Sepúlveda Pertence.

#### VOTO (VISTA)

O Sr. Ministro Sydney Sanches: 1. Tintas Ypiranga S.A. impetrou mandado de segurança preventivo contra o Sr. Inspetor Regional da 12ª Região Tributária, no Rio de Janeiro, para que se abstenha de lhe exigir recolhimento de ICM, pela alíquota de 15,5%, nas operações interestaduais realizadas com consumidor final e para que tal recolhimento se faça com observância das alíquotas menores (11%, 9,5% e 9%, conforme a região do País), nos termos da Resolução nº 7, de 22 de abril de 1980, que acrescentou item e parágrafo único ao art. 1º da Resolução nº 129, de 28 de novembro de 1979, ambas do Senado Federal (fls. 2-17).

O pedido foi ajuizado em janeiro de 1981.

Invocou, para tanto, o disposto no art. 23, § 5º, da Constituição Federal (redação anterior à Emenda nº 23, de 1 de dezembro de 1983, que entrou em vigor a 1 de janeiro de 1984), o § 4º do art. 17 da Constituição estadual e a Súmula nº 569 do Supremo Tribunal Federal.

Foi deferida a medida liminar (fl. 2).

A r. sentença de fls. 176-82 denegou o *writ* e restou confirmada, em grau de apelação, por v. acórdão da E. 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do estado do Rio de Janeiro, assim ementado:

“Alíquotas sobre as operações relativas à circulação de mercadorias.

Competência constitucional do Senado para fixar as alíquotas máximas “para as operações internas, as interestaduais e as de exportação”.

Resolução nº 129, de 28 de novembro de 1979, do Senado, com os acréscimos da Resolução nº 7/80, que fixa uma alíquota inferior quando a mercadoria se destina a contribuinte para fins de industrialização ou comercialização.

Inexiste, assim, uma distinção entre contribuinte e não-contribuinte, mas entre os próprios contribuintes, conforme a destinação, que irão dar à mercadoria o que não é vedado constitucionalmente, nem por força das referidas resoluções" (fls. 265-9).

Irresignada, a impetrante interpôs recurso extraordinário, pelas letras *a* e *d* do permissivo constitucional, alegando negativa de vigência dos arts. 19, II, 20, I e II, 23, II, § 5º do Decreto-lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968, e dissídio com a Súmula nº 569 do Supremo Tribunal e com julgados que apontou (fls. 271-93).

O ilustre Desembargador Terceiro Vice-Presidente do E. Tribunal *a quo* deferiu o processamento do recurso extraordinário, por ambos os fundamentos (fls. 379-81).

Em sessões anteriores, proferiram votos os eminentes Ministros Francisco Rezek (relator), Cordeiro Guerra e Octávio Galotti, nessa ordem.

2. O douto Relator não conheceu do recurso, adotando as considerações do Ministério Público do Rio de Janeiro, representado pelo Procurador Elio Fischberg, assim resumidas no tópico de maior interesse:

"(...) fora a norma da resolução inconstitucional, e não poderia subsistir, parcialmente, apenas para o benefício pretendido pela recorrente, pois a sua supressão não afastaria a vigência da Resolução nº 129/79, de alíquotas mais graves."

Aduziu S. Exa., o Ministro Francisco Rezek, que o v. acórdão recorrido não entrou em conflito com a Súmula nº 569, pois tratou da Resolução nº 7 do Senado Federal, que não fez distinção entre contribuintes e não-contribuintes.

Assinalou também que o julgado não abordou tema constitucional; que os Decretos-leis n.ºs 406 e 407 não foram questionados; que a divergência jurisprudencial

não foi devidamente demonstrada nem realmente se caracterizou, pois os acórdãos paradigmas trataram exatamente da hipótese versada na Súmula nº 569 e não de "favor fiscal inspirado naquilo a que deva servir o produto, nos termos da Resolução nº 7/80 do Senado Federal".

Por tais circunstâncias, não conheceu do recurso extraordinário.

3. O eminente Ministro Cordeiro Guerra entendeu que foi discutida no v. acórdão recorrido a constitucionalidade das Resoluções do Senado n.ºs 129/79 e 7/80, em face do art. 23 da Constituição Federal.

Considerou que a Resolução nº 7/80 não poderia ter feito discriminação entre contribuintes (o consumidor final e aquele que adquire mercadorias para fins de industrialização ou comercialização).

Ponderou que a Súmula nº 569 não permite discriminação entre contribuintes e não-contribuintes. Com maior razão, essa discriminação não seria possível entre os próprios contribuintes.

Concluiu seu voto pelo conhecimento e provimento do recurso "para conceder a segurança, declarando a inconstitucionalidade das expressões 'que destinem mercadorias a contribuintes para fins de industrialização e comercialização' do art. 1º da Resolução nº 7, de 22 de abril de 1980, do inciso III, que foi acrescentado ao art. 1º da Resolução nº 129, de 28 de novembro de 1979".

4. O eminente Ministro Octávio Galotti, com vista dos autos, acompanhou o douto Relator, salientando que a hipótese considerada no v. acórdão recorrido é diversa daquela tratada pela Súmula nº 569.

No mais, fez, além de outras considerações, as seguintes:

"Para opor-se à tributação, é mister configurar-se legítimo interesse, que, no caso, não possui a recorrente, pois a inconstitucionalidade a ser declarada — se existente — haveria de ser total (como suponho haver sido evidenciado) e, acaso afastada a regra impugnada, a exação recairia na alíquota maior, prevalecente, então, para todas as operações.

Entendo que um benefício fiscal inepedito de discriminatório não possui o condão de estender, aos contribuintes dele excluídos, o favor impugnado. Tal ampliação escaparia aos lindes do controle jurisdicional e ingressaria na esfera da atividade legislativa.

Em suma: a inconstitucionalidade reclamada em nada aproveitaria à recorrente.”

5. Após o voto do Exmo. Sr. Ministro Octávio Gallotti, houve manifestações dos eminentes Ministros Cordeiro Guerra e Francisco Rezek, que esclareceram, mais detidamente, seus pontos de vista, mantendo-os.

6. Pedi os autos para exame da divergência e trago agora meu voto.

6.1 Os artigos 19, II, 20, I, II e III, da Constituição Federal, não foram questionados no v. acórdão recorrido (fls. 265-9).

Assim, também, o art. 17, § 4º, da Constituição estadual e o art. 5º do Decreto-lei federal nº 406, de 31 de dezembro de 1968.

6.2 Quanto ao § 5º do art. 23 da Constituição Federal, houve questionamento desde a petição inicial (fls. 2-6), tendo sido examinado na sentença (fl. 180) e invocado na apelação (fl. 201).

O v. acórdão recorrido transcreveu-o (fls. 265-6) e, em certo ponto, assinalou:

“Inexiste, assim, uma distinção entre contribuintes e não-contribuintes, mas entre os próprios contribuintes, conforme a destinação que irão dar à mercadoria, *o que não é vedado constitucionalmente*, nem por força das referidas resoluções” (fls. 267-8).

Esse tópico foi, ademais, reproduzido na ementa.

Penso, pois, que a questão constitucional, relativa a esse dispositivo (§ 5º do art. 23), foi objeto de consideração no v. aresto impugnado.

Até porque se ali se afirmou que a discriminação entre contribuintes “*não é vedada constitucionalmente*” (fl. 268), também se afirmou que não é vedada pela

norma constitucional focalizada, que ali até havia sido transcrita (fls. 265-6).

Assim, o recurso extraordinário deve ser examinado no ponto em que alega negativa de vigência do art. 23, § 5º, da Constituição Federal, para se saber se esta realmente ocorreu.

6.3 Quanto à alínea *d* do permissivo constitucional, tenho que o recurso não pode ser conhecido.

A Súmula nº 569 do Supremo Tribunal Federal assentou:

“É inconstitucional a discriminação de alíquotas do imposto de circulação de mercadorias nas operações interestaduais, em razão de o destinatário ser, ou não, contribuinte.”

Mas, no caso dos autos, não se trata de discriminação entre contribuinte e não contribuinte, mas, segundo se alega, entre o consumidor final e o adquirente de mercadorias que as industrializa ou comercializa.

Nem na expressão literal nem na sua essência a Súmula nº 569 conflita com o v. acórdão recorrido, que considera constitucional a discriminação entre contribuintes para os efeitos focalizados.

6.4 Pelas mesmas razões, não cabe o confronto entre o v. acórdão recorrido e os apontados como paradigmas no recurso extraordinário e reproduzidos a fls. 294-367, pois versam exatamente a hipótese da súmula, como assinalou o eminente Ministro Francisco Rezek.

Aliás, o Ministério Público do Rio de Janeiro, no parecer adotado pelo eminente Relator, havia, a esse respeito, ponderado:

“Note-se que a origem dos vv. acórdãos, que conduziram à cristalização da Súmula nº 569 do Supremo Tribunal Federal, foi a Resolução nº 65/70 do Senado Federal, de teor inteiramente diverso do da nº 7/80.

O dissídio jurisprudencial não se configura, simplesmente porque, de acordo com fundamento do v. acórdão recorrido, que, nesta parte, ora se adota, os arestos paragonados ‘ou tratam de questão desatualizada, relativa à Resolução nº 65/70 do Senado Federal, ou de matéria diversa (transferência de café do IBC para torre-

fadora), ou de ser ou não o destinatário da mercadoria contribuinte' (fls. 268), não versando os acórdãos trazidos à colação a matéria atinente à Resolução nº 7/80, do Senado Federal, mas a legislação diversa, anterior" (fl. 376).

6.5 Resta saber, por conseguinte, se o v. acórdão recorrido negou vigência ao § 5º do art. 23 da Constituição Federal, ao tempo em que tinha a redação original, pois, como é sabido, esta sofreu alteração com o advento da Emenda Constitucional nº 23, de 1 de dezembro de 1983, em vigor desde 1 de janeiro de 1984 (art. 1º).

(Anoto que a impetração, nestes autos, é datada de 14 de janeiro de 1981 (fls. 2-17) e o v. acórdão recorrido de 14 de junho de 1983 (fls. 265-9), anterior, portanto, à Emenda nº 23.)

Dizia o § 5º do art. 23 da Constituição Federal em sua redação original (Emenda Constitucional nº 1/69).

"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."

Para a recorrente, o v. acórdão recorrido teria violado esse dispositivo, ao admitir que não há violação constitucional à discriminação entre consumidor final e adquirente de mercadorias para fins de industrialização ou comercialização.

Mas, ainda que tivesse ocorrido tal violação, isso nenhum proveito traria à impetrante do mandado de segurança e ora recorrente.

Se a Resolução nº 7/80 do Senado Federal fosse realmente inconstitucional, por fazer a discriminação referida, subsistiria em pleno vigor a resolução anterior de nº 129, de 28 de novembro de 1979, com sua redação inalterada, a exigir as alíquotas de 15, 15,5 e 16%, conforme as regiões do País (fls. 266).

E não a alíquota de 11%, pretendida na inicial também para as operações interestaduais com consumidores finais.

Se a recorrente entende que a discriminação entre contribuintes (de um lado os consumidores finais, de outro os adquirentes de mercadorias para fins de industrialização e comercialização) é inconstitucional, não pode pretender que se dissipe a discriminação, julgando o tratamento ao daqueles contribuintes.

Não foi isso que objetivou a Resolução nº 7/80, pois não tratou de consumidores finais.

O parecer do Ministério Público do estado do Rio de Janeiro, adotado no voto do eminente Ministro Francisco Rezek, havia salientado com propriedade:

"Acentue-se a inviabilidade da pretensão da recorrente, neste *writ*, pois, se ocorrentes as ofensas às normas constitucionais a que faz alusão, ter-se-ia, forçosamente, de dar pela inconstitucionalidade da Resolução nº 7/80, pela distinção por esta feita quanto à destinação das mercadorias. E é precisamente da Resolução nº 7/80 que pretende a recorrente se valer para, sem a distinção nela feita, ter por aplicáveis as alíquotas ali previstas, arredando as da Resolução nº 129/79.

Ora, fora a norma da resolução inconstitucional, e não poderia subsistir, parcialmente, apenas para o benefício pretendido pela recorrente, pois a sua supressão não afastaria a vigência da Resolução nº 129/79, de alíquotas mais graves.

Por esses motivos, não se afigura razoável a suscitada contrariedade aos dispositivos da Constituição Federal" (fl. 375).

6.6 A propósito do tema, como lembrou o Exmo. Sr. Ministro Octavio Gallotti, o eminente Ministro-Presidente Moreira Alves, relator da Representação nº 940-RJ (Tribunal Pleno invocou a lição de Cooley, reproduzida por Lúcio Bittencourt. in *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 1. ed. p. 126):

"Quando, portanto, uma parte da lei é inconstitucional, esse fato não autoriza os tribunais a declarar também ineficaz a par-

te restante — *that fact does not authorize the courts to declare the remainder void also*. A menos que todas as prescrições sejam conexas, dependentes uma da outra, atuando juntas para o mesmo fim, ou de tal modo associadas no seu sentido, que se deva legitimamente presumir que a legislatura não adotaria uma desacompanhada de outra — *the legislature would not have passed one without the other*” (RTJ 92/1.022).

6.7 Nesse ponto, devo assinalar que a Resolução nº 7/80 não pretendeu dar, nas operações interestaduais, aos consumidores finais o tratamento que deu aos adquirentes de mercadorias para fins de comercialização e industrialização.

Só se referiu a estes.

Nada disse sobre aqueles.

Ora, *não se pode*, a meu ver — *data maxima venia* — *pela via da declaração parcial de inconstitucionalidade, ou seja, de certas expressões do texto legal, estender benefício a contribuintes que o legislador não pretendeu contemplar*.

A esse respeito relembro o voto do eminente Ministro Octavio Gallotti, quando salientou:

“Para opor-se à tributação, é mister configurar-se legítimo interesse, que, no caso, não possui a recorrente, pois a inconstitucionalidade a ser declarada — se existente — haveria de ser total (como suponho haver sido evidenciado) e, acaso afastada a regra impugnada, a exação recairia na alíquota maior, prevalecte, então, para todas as operações.

Entendo que um benefício fiscal incapaz de discriminatório não possui o condão de estender, aos contribuintes dele excluídos, o favor impugnado. Tal ampliação escaparia aos lindes do controle jurisdicional e ingressaria na esfera da atividade legislativa.

Em suma: a inconstitucionalidade reclamada em nada aproveitaria à recorrente (...).”

6.8 Entendo, também, com a devida vênia do eminente Ministro Cordeiro Guerra, que *a impetrante, ora recorrente, não*

*tem legítimo interesse em sustentar a inconstitucionalidade da Resolução nº 7/80, pois, se ela existir, não será parcial, mas total*.

E nesse caso as alíquotas menores que ela estabeleceu não haveriam de aproveitar nem aos adquirentes de mercadorias para industrialização ou comercialização, nem para os consumidores finais.

E o que ela quer é que se estenda o tratamento nela previsto também aos consumidores finais.

*Quer que o Judiciário, em face da inconstitucionalidade da resolução (que haveria de ser total) estenda aos consumidores finais tratamento beneficiado que o legislador não pretendeu estender*.

6.9 Concluindo meu voto, não conheço do recurso pela alínea *d* porque não demonstrada nem caracterizada divergência com a Súmula nº 569 e com os julgados trazidos para confronto.

Não conheço do recurso, quanto à letra *a*, com referência aos arts. 19, II, 20, I, II e III da Constituição Federal, 17, § 4º, da Constituição estadual e art. 5º do Decreto-lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968, porque não questionados no v. acórdão recorrido. (Aliás, quanto à norma constitucional estadual, nem caberia o recurso extraordinário, com base na alínea *a*.)

Não conheço do recurso quanto ao § 5º do art. 23 da Constituição Federal (em sua redação original) porque, mesmo admitida — para argumentação — a inconstitucionalidade da Resolução nº 7, de 1980, do Senado Federal, isso nenhum proveito traria à impetrante do recurso.

Em suma, não conheço do recurso nem pela alínea *a* nem pela *d*.

Acompanho, pois, os votos dos eminentes Ministros Francisco Rezek e Octavio Gallotti.

Tudo com a *maxima venia* do Exmo. Sr. Ministro Cordeiro Guerra.

#### EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Cordeiro Guerra: Sr. Presidente, gostaria de explicitar o meu pensamento.

Essa resolução do Senado Federal resolveu discriminar as alíquotas conforme o destino das mercadorias, para a zona Norte, para a zona Centro-Oeste, para o Sul do País, etc., e para cada região estabeleceu uma alíquota — x, y e z. Mas, para uma determinada região, disse que, se o consumidor fosse industrial ou comerciante, teria uma alíquota menor.

Levando em conta o § 5º do art. 23 da Constituição Federal — “a alíquota do imposto a que se refere o item II será uniforme para todas as mercadorias nas operações internas e interestaduais” — e considerando o que já dissemos, por súmula, que se não pode fazer discriminação entre contribuintes, conforme seja consumidor final, ou não, achei que era inválida, inconstitucional a expressão, porque essa discriminação viola o princípio da uniformidade das alíquotas. Se não era legítimo discriminar entre contribuinte final e não-contribuinte, quanto mais entre os contribuintes.

O argumento que impressionou os votos dos quais estou divergindo foi este: assim, toda a expressão, todo o artigo é inconstitucional, ele não vai se beneficiar.

*Data venia*, ousou divergir, porque o Senado tem a faculdade de fixar alíquota, mas não tem a possibilidade de discriminar entre os contribuintes estaduais e interestaduais, ou, como disse no meu voto, muito menos entre os próprios contribuintes. A resolução deu a redução para as zonas geográficas determinadas. Já que a mercadoria vai para aquela zona, quem mandar para lá tem direito a isso. O que não se pode — e é legítimo fixar uma alíquota menor —, o que não é legítimo é discriminar uma alíquota menor para certas zonas, em favor de determinado grupo de pessoas, porque a alíquota é uniforme para todas as mercadorias, para todas as operações e para todos os contribuintes. Acho que não há incompatibilidade, não há essa incindibilidade da resolução. O que estou procurando anular, nulificar, de acordo com a pretensão do impetrante, é a discriminação, porque a redução é legítima, como se fez, para aquelas zonas geográficas do País.

O que não é legítimo é discriminar, entre os que vendem a mercadoria para essas zonas, determinados contribuintes.

Esclareci meu ponto de vista. Não estou dizendo que estou certo, mas quero ficar bem claro. Se é inconstitucional uma parte da lei, toda a lei é inconstitucional? Não há ninguém, nem o Lúcio Bittencourt disse isso, na citação que se faz dele. Só se ficasse incompreensível ou inexequível a lei, o que não acontece na espécie.

#### VOTO (PRELIMINAR)

O Sr. Ministro Aldir Passarinho: Sr. Presidente, vejo que, com relação à Súmula nº 569, a hipótese é realmente diversa.

No tocante à questão da resolução, há uma dificuldade, de fato, tal como posta nos votos dos eminentes Ministros Octavio Gallotti, Francisco Rezek e Sydney Sanches: é que nela se estabeleceu uma discriminação, essa discriminação seria incabível, porque, em relação aos contribuintes finais, haveria alíquotas diferentes.

Mas não posso, à base desse princípio, declarar haver inconstitucionalidade em relação apenas a um dispositivo, porque há discriminação de percentuais diferentes. E se vier a ser considerada inconstitucional a resolução por ter fixado alíquotas diversas, então cair-se-ia na resolução anterior que estabelece uma alíquota mais elevada do que aquelas fixadas na que ora se examina, o que, então, implicaria prejuízo para o interessado.

Com essas considerações, acompanho os Srs. Ministros que estão com votos discordantes do eminente Ministro Cordeiro Guerra, *data venia* de S. Ex.ª, cujas razões, inclusive, me impressionaram bastante. Pareceu-me até que, sob o ponto de vista de equidade, de justiça, a solução estaria com S. Ex.ª, mas encontro as dificuldades apontadas para a ela chegar.

#### EXTRATO DA ATA

RE nº 102.553-1-RJ — Relator: Ministro Francisco Rezek. Recorrente: Tintas Ypiranga S.A. (Advogado: Antonio Carlos Amaral Leão). Recorrido: Estado do Rio de

Janeiro (Advogado: Helena Cardoso Teixeira).

Decisão: pediu vista o Ministro Octavio Gallotti, depois do voto do Ministro Relator que não conhecia do recurso e do voto do Ministro Cordeiro Guerra que dele conhecia e lhe dava provimento declarando a inconstitucionalidade das expressões: “para fins de industrialização ou comercialização” do art. 1º, da Resolução nº 7, de 22 de abril de 1980, do inciso III que foi acrescentado ao art. 1º da Resolução nº 129, de 28 de novembro de 1979, do Senado Federal. Falou pelo Recorrente o Dr. Antonio Carlos Amaral Leão. Plenário, 19.6.85.

Decisão: em explicitação de voto o Sr. Ministro Cordeiro Guerra declara que conhecia do recurso e lhe dava provimento para conceder a segurança, e julgava inconstitucionais as expressões: “que destinem mercadorias a contribuintes para fins de industrialização e comercialização”, do art. 1º, da Resolução nº 7, de 22 de abril de 1980, do inciso III, que foi acrescentado ao art. 1º da Resolução nº 129, de 28 de novembro de 1979. Plenário, 21.8.85.

Decisão: pediu vista o Ministro Sydney Sanches depois dos votos dos Ministro Relator e Octavio Gallotti que não conheciam do recurso, e do voto do Ministro Cordeiro Guerra que dele conhecia e lhe dava provimento para conceder a segurança, julgando inconstitucionais as expressões “que destinem mercadorias a contribuintes para fins de industrialização e comercialização”, do art. 1º da Resolução nº 7, de 22 de abril de 1980, do inciso III que foi acrescentado ao art. 1º da Resolução nº 129, de 28 de novembro de 1979, do Senado Federal. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Moreira Alves. Presidência do Sr. Ministro Décio Miranda. Plenário, 28.8.85.

Decisão: pediu vista o Ministro Oscar Corrêa, depois dos votos dos Ministros Relator, Octavio Gallotti, Sydney Sanches e Aldir Passarinho que não conheciam do recurso, e do voto do Ministro Cordeiro Guerra que dele conhecia e lhe dava provimento para conceder a segurança, julgando inconstitucionais as expressões “que desti-

nem mercadorias a contribuintes para fins de industrialização e comercialização”, do art. 1º, da Resolução nº 7, de 22 de abril de 1980, do inciso III, que foi acrescentado ao art. 1º da Resolução nº 129, de 28 de novembro de 1979, do Senado Federal. Plenário, 10.10.85.

Presidência do Sr. Ministro Moreira Alves. Presentes à sessão os Srs. Ministros Djaci Falcão, Cordeiro Guerra, Rafael Mayer, Néri da Silveira, Oscar Corrêa, Aldir Passarinho, Francisco Rezek, Sydney Sanches, Octavio Gallotti e Carlos Madeira.

Procurador-Geral da República, substituído, o Dr. Mauro Leite Soares.

#### VOTO (VISTA)

*O Sr. Ministro Oscar Corrêa:* 1. Cuida a hipótese, como bem se recorda a Corte, do exame da incidência do ICM quando a mercadoria se destina a contribuinte para fins de industrialização ou comercialização, em face do que dispõe a Constituição Federal, no art. 23, e o que, posteriormente, estabeleceram as Resoluções n.ºs 129/79 e 07/80, do Senado Federal.

É que esta acrescentou àquela, no art. 1º, o item III, no qual se fixou tarifa reduzida (de 11%) “para as operações interestaduais que destinam mercadorias a contribuintes para fins de industrialização ou comercialização”.

2. À impetrante pareceu inaceitável essa distinção entre consumidores, pleiteando, assim, se aplicasse a regra da Resolução nº 7/80 às suas vendas interestaduais, “sem embargo de qualidade de *consumidor final* do comprador” (voto do Relator, p. 1).

3. Denegada a segurança em ambas as instâncias ordinárias, nesta Corte estabeleceu-se divergências entre o eminente Relator, Ministro Francisco Rezek, e o eminente Ministro Cordeiro Guerra:

— aquele, mantendo a decisão recorrida, sobretudo com base nos argumentos do Procurador de Justiça do Rio de Janeiro;

— este, conhecendo do recurso e dando-lhe provimento, considerando violada a

norma constitucional e comprovada a divergência com a Súmula nº 569; e, em consequência, declarando a “inconstitucionalidade das expressões — *“que destinem mercadorias a contribuintes para fins de industrialização e comercialização”* — do art. 1º da Resolução nº 7/80.

4. Ao voto do eminente Ministro Relator aduziram argumentos, na mesma linha do não-conhecimento, os eminentes Ministros Octavio Gallotti, Sydney Sanches e Aldir Passarinho. Em face do dissenso, fundadas as duas teses em ponderosas razões, a prudência aconselhou-me o pedido de vista, o que não me retira o direito de afirmar a dificuldade de opção, em face dos argumentos que fortalecem ambas as posições.

5. Não há recusar os motivos que determinaram a redação do art. 23 da Constituição Federal: a necessidade de *uniformizar* critérios para o ICM, em federação de disparidades regionais de potência econômica e financeira como o Brasil.

Mas, esses mesmos motivos forçaram a inclusão, na segunda parte do artigo, da delegação ao Senado Federal para — precedendo iniciativa do presidente da República — fixar as alíquotas máximas para as operações internas, as interestaduais e as de exportação.

6. A finalidade do artigo foi, evidentemente, *uniformizar* as alíquotas evitando a “guerra” tributária que, de outra forma, se estabeleceria, objetivando a ampliação das operações de um estado para outro, sobretudo.

Estabeleceu, apenas, por isso, a segunda parte do artigo, a autorização ao Senado Federal para, precedendo iniciativa do presidente da República, fixar as alíquotas máximas para as operações internas, as interestaduais e as de exportação.

7. Visando, contudo, à uniformidade *final e real*, e não à *formal e aparente*, à igualdade *real*, o Senado, atendendo às disparidades econômico-financeiras flagrantes entre as regiões do País, vem estabelecendo

alíquotas diferentes, conforme as regiões às quais se aplicarão.

Daí a Resolução nº 129/79 fixar alíquotas diferenciadas para as operações internas e interestaduais e as de exportação, mas, mesmo entre aquelas, atribuir índices diversos às regiões Sudeste e Sul, de um lado (alínea *a* do inciso I) e às regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste (alínea *b* do inciso I). Com o que o Senado, órgão político paritário dos estados, tem exercido a tarefa que constitucionalmente lhe cabe de, em resolução, prevenir distorções que acabassem por criar a desuniformidade indesejada.

8. Essa distinção, contudo, não pode ser levada além de certos limites, e a jurisprudência desse STF, examinando a questão, em inumeráveis decisões, acabou por estabelecer regra que impede que, através de resoluções do Senado — atendendo ao interesse fiscal dos estados — se acabe por invalidar o texto constitucional, ou burlá-lo, por interpretações oblíquas.

Esta a finalidade da Súmula nº 569:

“É inconstitucional a discriminação de alíquotas do imposto de circulação de mercadorias nas operações interestaduais, em razão de o destinatário ser, ou não, contribuinte.”

9. A súmula foi editada após largo exame do tema, em vários acórdãos da Corte, o primeiro dos quais, segundo me parece, no RE nº 71.410-SP — Relator o eminente Ministro Oswaldo Trigueiro (RTJ 57/221) — que, expressamente, fulminou as Instruções GR 5/68 do Departamento da Receita da Secretaria da Fazenda de São Paulo, que mandavam “aplicar a majoração prevista nos Convênios citados quando o destinatário da mercadoria, residente ou domiciliado em outra Unidade da Federação, for pessoa física ou jurídica não considerada contribuinte” (RTJ 57/225).

10. Pouco depois, o eminente Ministro Luiz Gallotti (RTJ 60/822) explicitava mais, declarando a inconstitucionalidade do art. 1º do Decreto nº 57.345/69, na parte em

que deu nova redação ao § 2º do art. 6º do Decreto nº 7.763/67-SP:

“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.”

11. Reafirmá-lo-ia o eminente Ministro Djaci Falcão, já se referindo a decisão “que contrariou jurisprudência do STF” (RTJ 69/820).

Outros textos legais foram, com base nessa orientação, declarados inconstitucionais (v.g., inc. II, § 1º, do art. 16 do Decreto nº 683/71-SC — RE nº 78.656-Pleno — Relator Ministro Thompson Flores — RTJ 70/885), mesmo em representação, como a Representação nº 929-GO (Relator Ministro Xavier de Albuquerque — RTJ 75/37), no qual se fazem indicações amplas da jurisprudência da Corte, concluindo pela “inconstitucionalidade do art. 54, § 1º, letra b, da Lei nº 7.730, de 30 de outubro de 1973, do estado de Goiás, que exclui do conceito de interestaduais as operações em que os destinatários das mercadorias sujeitas ao imposto não sejam contribuintes ou, embora o sendo, tenham-nas adquirido para uso ou consumo próprio”.

12. Desse breve levantamento, que objetiva perquirir a linha do entendimento da jurisprudência do Tribunal, afinal sumulada, verifica-se que ela visou a impedir a reação dos fiscos estaduais que pretendiam sempre estabelecer situações privilegiadas que os favorecessem; ainda que em detrimento do texto constitucional, que o Supremo Tribunal Federal, no cumprimento de sua missão, buscou preservar.

Da mesma maneira, portanto, que, em respeito ao texto constitucional, esta Corte

vetou a distinção quanto ao *destino*, não há por que nem como admiti-la em função da *destinação operacional* da mercadoria: o uso, consumo próprio ou comercialização e industrialização.

13. Bem acentuou o eminente Ministro Cordeiro Guerra (citando J. E. Monteiro de Barros) que “o ICM, a prevalecer esse tratamento discriminatório, estaria desvirtuado em sua natureza de tributo uniforme, transformando-se em imposto *seletivo em função do destinatário* (contribuinte ou não) da mercadoria e também em razão da utilização econômica da mercadoria (revenda ou consumo próprio)”.

A própria “discriminação quanto ao destino geográfico das mercadorias”, disse-o S. Ex.ª, e concordamos, é *duvidosa*, mas não está em causa. Por mais que ponderáveis as razões econômico-financeiras expressas no voto do eminente Ministro Octavio Gallotti, que, certamente, têm pesado nas decisões da Câmara Alta.

Aliás, em nota ao *Direito tributário brasileiro*, de Aliomar Baleeiro, o eminente Prof. Flávio Bauer Novelli afirma:

“A Resolução nº 98 foi, por sua vez, substituída pela Resolução nº 129, de 25 de novembro de 1979, alterada pela Resolução nº 7, de 22 de abril de 1980, onde o tratamento diferenciado, com base regional ainda mais se acentuou, e se restabeleceu, *contrariamente ao enunciado nº 569 da Súmula*, discriminação relativa à alíquota das operações interestaduais que destinem mercadorias a contribuintes” (nota, p. 254. 10. ed. rev. e atual. Forense, 1981).

14. Mas, a recente modificação do texto do § 5º do art. 23 da Constituição Federal traz argumento a mais na direção sustentada nessa parte, pelo voto do eminente Ministro Cordeiro Guerra: fosse a interpretação que se pretende a compatível com o texto constitucional e não haveria por que alterá-lo.

Precisamente porque não era, votou-se a Emenda Constitucional nº 23/83, com vigência a partir de 1 de janeiro de 1984.

Nela se introduziu exatamente a modificação que a interpretação deste STF recusara, ao dispor o novo texto:

“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, *bem como nas interestaduais realizadas com consumidor final*; o Senado Federal, mediante resolução tomada por iniciativa do Presidente da República, fixará as alíquotas máximas para cada uma dessas operações e para as de exportação” (grifo nosso).

15. Como se vê, desde logo, a modificação objetivou convalidar a alteração introduzida na Resolução nº 7/80, semelhante a outras operadas em convênios, e que este Supremo Tribunal Federal declarou, repetidamente, inconstitucionais.

Modelo dessa orientação é o decidido no RE nº 95.784 (RTJ 103/390), deste Plenário, Relator o eminente Ministro Cordeiro Guerra, no qual se reiterou:

“O ICM é um imposto uniforme que incide em todas as operações relativas à circulação de mercadorias, por isso a alíquota é a mesma em todas as operações internas ou interestaduais, independentemente de o destinatário da mercadoria ser ou não contribuinte, seja qual for a destinação dada à mesma — Súmula nº 569, art. 23, II, § 5º, da Constituição Federal.

Os convênios que concedem isenções ou favores fiscais, Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, não podem discriminar o favor concedido, em detrimento de determinados contribuintes, por violar o princípio constitucional da uniformidade do tributo, que abrange não só as alíquotas como a base do cálculo do imposto. Aplicação da Súmula nº 569.

Inconstitucionalidade reconhecida do § 1º, 1 e 3, da cláusula 1ª do Convênio ICM nº 44, de 7 de dezembro de 1976, e da Portaria nº 313, de 29 de dezembro de 1976, do Sr. Diretor da Receita estadual de Minas Gerais, art. 2º, § 1º, 1 e 3.

RE conhecido e provido.”

16. Esta e outras inovações no texto constitucional visaram, claramente, a contrastar a jurisprudência deste STF que, em decisões sempre renovadas, fixara orientação contrária a interesses diversos, não amparados pela letra vigente da Constituição.

Bastaria citar a Emenda Constitucional nº 23/83, quanto a não implicar a isenção de crédito de imposto para abatimento daquele incidente nas operações seguintes (art. 23 da nova redação da EC nº 23/83).

Ou o § 11, introduzido pela mesma Emenda nº 23/83, para elidir a Súmula nº 570 da Corte.

17. Não importam essas alusões críticas ao Poder Executivo, que propôs, ou ao Legislativo, que votou essas modificações. Tal prerrogativa inclui-se entre as que soberanamente exercem e em que devem fixar a orientação que lhes parece mais conveniente ao interesse público.

Se a interpretação também soberana da Corte não se lhes apresenta como a que atende a esse interesse — mas é a do Tribunal, no uso de seu poder exclusivo de exegeta da Constituição — o remédio a utilizar é precisamente a mudança do texto.

Foi o que aconteceu, *in casu*, vedadas as distinções pela Súmula nº 569. Não se aplica, porém, o texto modificado à hipótese em exame, anterior à sua promulgação.

O voto do eminente Ministro Cordeiro Guerra conclui declarando a inconstitucionalidade das expressões “que destinem mercadorias a contribuintes para fins de industrialização e comercialização” do art. 1º da Resolução nº 7, de 22 de abril de 1980, do inciso III, acrescentado ao art. 1º da Resolução nº 129, de 28 de novembro de 1979.

18. O voto do eminente Relator, com base no parecer da Procuradoria-Geral da Justiça do Rio de Janeiro, de sua parte, recusara essa pretensão, argumentando:

“(…)”

Acentue-se a inviabilidade da pretensão da recorrente, neste *writ*, pois, se ocorrentes as ofensas às normas constitucionais a que faz alusão, ter-se-ia, forçosamente, de dar pela inconstitucionalidade da Resolução nº 7/80, pela distinção por esta feita quanto à destinação das mercadorias. E é precisamente da Resolução 7/80 que pretende a recorrente se valer para, sem a distinção nela feita, ter por aplicáveis as alíquotas ali previstas, arredando as da Resolução nº 129/79.

Ora, fora a norma da resolução inconstitucional, e não poderia subsistir, parcialmente, apenas para o benefício pretendido pela recorrente, pois a sua supressão não afastaria a vigência da Resolução nº 129/79, de alíquotas mais graves.

Por esses motivos, não se afigura razoável a suscitada contrariedade aos dispositivos da Constituição Federal."

19. Nesse mesmo sentido, o voto do eminente Ministro Octavio Gallotti, salientando que "a inconstitucionalidade reclamada em nada aproveitaria à recorrente".

E dele não discrepou o eminente Ministro Sydney Sanches, ao aduzir:

"(...)

Se a Resolução nº 7/80 do Senado Federal fosse realmente inconstitucional, por fazer a discriminação referida, subsistiria em pleno vigor a Resolução anterior, de nº 129, de 28 de novembro de 1979, com sua redação inalterada, a exigir as alíquotas de 15, 15,5 e 16%, conforme as regiões do País (fl. 266).

E não a alíquota de 11%, pretendida na inicial também para as operações interestaduais com consumidores finais.

Se a recorrente entende que a discriminação entre contribuintes (de um lado os consumidores finais, de outro os adquirentes de mercadorias para fins de industrialização e comercialização) é inconstitucional, não pode pretender que se dissipe a discriminação, igualando o tratamento ao daqueles contribuintes.

Não foi isso que objetivou a Resolução nº 7/80, pois não tratou de consumidores finais."

Nem o eminente Ministro Aldir Passarinho.

20. O problema, portanto, diz respeito à decretação da inconstitucionalidade *parcial* da norma e seus efeitos.

Ninguém nega a possibilidade de declaração da inconstitucionalidade *parcial*, ou seja, de parte apenas do texto impugnado. Nem há para que discuti-lo em face das indiscrepantes lições da doutrina e da jurisprudência.

Não se há de admitir, contudo, a inconstitucionalidade de *parte* do texto se, com isso, se contradiz o alcance da norma que o legislador constitucional estabeleceu. Como se, por exemplo, o texto legal dissesse "não é possível isto assim assim" e se decretasse a inconstitucionalidade do *não*, apenas, levando a conclusão exatamente contrária à fixada no texto legislado.

21. Ora, a consequência da declaração da inconstitucionalidade *parcial* constante do voto do eminente Ministro Cordeiro Guerra seria a existência, então, de duas alíquotas: a da Resolução nº 129/79, tal como fixada no item I para as operações internas e *interestaduais* de 15,5% em 1981; e a do inciso III da Resolução nº 7/80 para as operações *interestaduais* (excluído o texto inconstitucional), de 11%.

A coexistência de duas alíquotas para operações da mesma natureza — *interestaduais* — é *inadmissível*, como é lógico e, aliás, reconhece parecer do ilustre Prof. Eros Roberto Grau, encaminhado pelos recorrentes, que a denomina de "situação de patologia normativa".

Considera, contudo, o parecerista que tal situação, "por força, há de ser corrigida quando o Poder Judiciário reconheça que a *uniformidade* das alíquotas do ICM, para as operações interestaduais, foi violada na instituição de alíquotas desuniformes para essas mesmas operações".

E teria de adotar, segundo S. Ex.<sup>a</sup>, ou a de 15,5%, em 1981, da Resolução nº 129/79, ou a de 11%, da Resolução nº 7/80, no texto residual, devendo optar pela segunda, por dois motivos que indica: *primeiro* — “a integridade do texto constitucional não poderá ser restaurada se a uniformidade das alíquotas for estabelecida no e pelo teto maior”; *segundo* — “pelo critério cronológico, o primeiro de que deve lançar mão o intérprete para dar superação às antinomias normativas”; o que tudo explicita no parecer.

22. *Data venia*, é evidente o artificialismo da solução proposta, por mais hábil a tentativa de esclarecê-la no parecer.

E levaria à solução inadmissível de fixar o Senado, em Resolução (a 129/79), a alíquota de 15,5% para 1981 e o Judiciário, por interpretação oblíqua, fixá-la em 11%, substituindo-se ao legislador.

Se não pode o Senado Federal *desuniformizar* alíquotas tendo em vista o *destino* da mercadoria e sua *destinação operacional final* — o que a Súmula nº 569 veda, sintetizando a orientação firme e tradicional da Corte; também não pode esta, em passe de mágica, declarar a inconstitucionalidade parcial do texto de sua Resolução nº 7/80 — destinada a favorecer as operações interestaduais que destinam mercadorias para fins de industrialização ou comercialização — para aplicar a alíquota menor que esta fixava a todas as operações *interestaduais*, com outra alíquota prevista na Resolução nº 129/79.

Nestes termos, ainda que não aproveitando à recorrente a declaração da inconstitucionalidade da Resolução nº 7/80 — que, aliás, não pleiteou —, conheço do recurso — em face da divergência com a Súmula nº 569 e da frontal ofensa ao § 5º do art. 23 da Constituição Federal (redação anterior à Emenda Constitucional nº 23/83) e lhe dou provimento para declarar a inconstitucionalidade da Resolução nº 7/80, de 22 de abril de 1980, do Senado Federal.

É o voto.

RE nº 102.553-1-RJ — Relator: Ministro Francisco Rezek. Recorrente: Tintas Ypiranga S.A. (Advogado: Antonio Carlos Amaral Leão). Recorrido: Estado do Rio de Janeiro (Advogada: Helena Cardoso Teixeira).

Decisão: pediu vista o Ministro Oscar Corrêa, depois dos votos dos Ministros Relator, Octavio Gallotti, Sydney Sanches e Aldir Passarinho que não conheciam do recurso, e do voto do Ministro Cordeiro Guerra que dele conhecia e lhe dava provimento para conceder a segurança, julgando inconstitucionais as expressões: “que destinem mercadorias a contribuintes para fins de industrialização e comercialização” do art. 1º, da Resolução nº 7, de 22 de abril de 1980, do inciso III, que foi acrescentado ao art. 1º da Resolução nº 129, de 28 de novembro de 1979 do Senado Federal. Plenário, 10.10.85.

Decisão: pediu vista o Ministro Néri da Silveira, depois dos votos dos Ministros Relator, Octavio Gallotti, Sydney Sanches e Aldir Passarinho que não conheciam do recurso, do voto do Ministro Cordeiro Guerra que dele conhecia e lhe dava provimento, julgando inconstitucionais as expressões: “que destinem mercadorias a contribuintes para fins de industrialização e comercialização” e do voto do Ministro Oscar Corrêa que conhecia e dava provimento e declarava a inconstitucionalidade da Resolução nº 7, de 22 de abril de 1980 do Senado Federal. Plenário, 12.12.85.

Presidência do Senhor Ministro Rafael Mayer. Presentes à sessão os Senhores Ministros Djaci Falcão, Cordeiro Guerra, Néri da Silveira, Oscar Corrêa, Aldir Passarinho, Francisco Rezek, Sydney Sanches, Octavio Gallotti e Carlos Madeira.

Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Moreira Alves (Presidente).

Procurador-Geral da República, substituído, o Dr. Francisco de Assis Toledo.

O Sr. Ministro Néri da Silveira: Questiona-se a validade da Resolução nº 7/80, do Senado Federal, que alterou a Resolução nº 129/79, ao fixar alíquota inferior ao ICM, quando a mercadoria se destina a contribuinte, “para fins de industrialização ou comercialização”.

A Resolução nº 7/80 estabelece, *verbis*:

“Art. 1º. São acrescentados ao art. 1º da Resolução nº 129, de novembro de 1979, o item e o parágrafo seguintes:

III — Para as operações interestaduais que destinam mercadorias a contribuintes para fins de industrialização ou comercialização: 11% (onze por cento).

Parágrafo único. Nas operações de que trata o item III promovidas nas regiões Norte e Nordeste e Centro-Oeste, a alíquota será:

- a) 10% (dez por cento) em 1980;
- b) 9,5% (nove inteiros e cinco décimos por cento) em 1981;
- c) 9% (nove por cento) em 1982 e exercícios subsequentes.”

Põe-se a controvérsia, diante do art. 120, III, e 23, II, e § 5º, da Constituição, em sua redação original, bem assim em face da Súmula nº 569, que afirma: “É inconstitucional a discriminação de alíquotas do imposto de circulação de mercadorias nas operações interestaduais em razão de o destinatário ser, ou não, contribuinte.”

Assentou o acórdão recorrido que não existe, na espécie, uma distinção entre contribuintes e não-contribuintes, mas entre os próprios contribuintes, conforme a destinação que irão dar à mercadoria, “o que não é vedado constitucionalmente, nem por força das próprias resoluções”. Assevera-se, de outra parte, haver, apenas, a Resolução nº 7/80 acrescentado hipótese nova de incidência de alíquota mais favorável ao contribuinte do ICM, nas operações interestaduais, tendo em conta a destinação específica da mercadoria a fins de industrialização ou comercialização. Cuidar-se-ia de um

favor fiscal em função do destino operacional da mercadoria, na expressão do eminente Ministro Relator.

Proclama-se, noutro sentido, que, se não é lícito discriminar entre contribuintes e não-contribuintes — Súmula nº 569, com maioria de razão, tal não pode suceder entre os próprios contribuintes, em face do princípio constitucional da isonomia e da uniformidade do tributo. Sustenta-se, nessa linha, que vedada é a desuniformização do tributo entre os contribuintes, pelo destino a ser dado às mercadorias, pois a alíquota do imposto a que se refere o item II, do art. 23, da Lei Maior, “será uniforme para todas as mercadorias nas operações internas e interestaduais, § 5º do art. 23 da Constituição Federal”.

Em torno do debate assim definido, versaram com brilho os votos que me precederam.

Compreendo que, a partir da orientação já assentada por esta Corte, na Súmula nº 569, não há afastar a eiva de inconstitucionalidade da Resolução nº 7/80, do Senado Federal. O eminente Ministro Oscar Corrêa, em seu douto voto, após exame dos precedentes do STF acerca da matéria, observou, com inteira propriedade:

“12. Desse breve levantamento, que objetiva perquirir a linha do entendimento da jurisprudência do Tribunal, afinal sumulada, verifica-se que ela visou a impedir a reação dos fiscos estaduais que pretendiam sempre estabelecer situações privilegiadas que os favorecessem; ainda que em detrimento do texto constitucional, que o Supremo Tribunal Federal, no cumprimento de sua missão, buscou preservar.

Da mesma maneira, portanto, que, em respeito ao texto constitucional, esta Corte vetou a distinção quanto ao *destino*, não há por que nem como admiti-la em função da *destinação operacional* da mercadoria: o uso, consumo próprio ou comercialização e industrialização.

13. Bem acentuou o eminente Ministro Cordeiro Guerra (citando J. E. Monteiro de Barros que ‘o ICM, a prevalecer esse

tratamento discriminatório, estaria desvirtuado em sua natureza de tributo uniforme, transformando-se em imposto *seletivo em função do destinatário* (contribuinte ou não) da mercadoria e também em razão da utilização econômica da mercadoria (revenda ou consumo próprio).

A própria 'discriminação quanto ao destino geográfico das mercadorias', disse-o S. Ex.<sup>a</sup>, e concordamos, é *duvidosa*, mas não está em causa. Por mais que ponderáveis as razões econômico-financeiras expressas no voto do eminente Ministro Octavio Gallotti, que, certamente, têm pesado nas decisões da Câmara Alta.

Aliás, em nota do *Direito tributário brasileiro*, de Aliomar Baleeiro, o eminente Prof. Flávio Bauer Novelli afirma:

'A Resolução nº 98 foi, por sua vez, substituída pela Resolução nº 129, de 25 de novembro de 1979, alterada pela Resolução nº 7, de 22 de abril de 1980, onde o tratamento diferenciado, com base regional, ainda mais se acentuou, e se restabeleceu, *contrariamente ao enunciado nº 569 da Súmula*, discriminação relativa à alíquota das operações interestaduais que destinem mercadorias a contribuintes' (nota, p. 254. 10. ed. rev. e atual. Forense, 1981)."

O Plenário do STF, a 1 de setembro de 1982, por unanimidade, no RE nº 95.784-MG, decidiu:

"O ICM é um imposto uniforme que incide em todas as operações relativas à circulação de mercadorias, por isso a alíquota é a mesma em todas as operações internas ou interestaduais, independentemente de o destinatário da mercadoria ser ou não contribuinte, seja qual for a destinação dada à mesma Súmula nº 569, art. 23, II, § 5º, da Constituição Federal. Os convênios que concedem isenções ou favores fiscais, Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, não podem discriminar o favor concedido, em detrimento de determinados contribuintes, por violar o princípio constitucional da uniformidade do tributo, que abrangendo não só as alíquotas com a base do

cálculo do imposto. Aplicação da Súmula nº 569" (RTJ 203/390).

Em realidade, não deixa de ser interestadual a operação que abrange dois estados, em razão da condição do destinatário ou do destino a ser dado por esse à mercadoria. O critério constitucional da uniformidade do tributo há de ter-se em conta, na operação interestadual, dessa sorte, quer quanto ao destinatário da mercadoria, quer de referência à sua utilização econômica (revenda, consumo, industrialização). Nesse sentido, também, foi a decisão do Plenário, na Representação nº 929-GO, relator o ilustre Ministro Xavier de Albuquerque, estando o acórdão assim ementado (RTJ 75/37):

"Imposto sobre circulação de mercadorias. É inconstitucional o art. 54, § 1º, letra b, da Lei nº 7.730, de 30 de outubro de 1973, do estado de Goiás, que exclui do conceito de interestaduais as operações em que os destinatários das mercadorias sujeitas ao imposto não sejam contribuintes ou, embora o sendo, tenham-nas adquirido para uso ou consumo próprio. Representação julgada procedente."

Cresce de ponto a conclusão a respeito da inviabilidade da discriminação estabelecida na Resolução nº 7/80, em face da redação primitiva do art. 23, § 5º, da Constituição, quando se observa que necessária se fez inserção de cláusula explícita, pela Emenda Constitucional nº 23/83, ao dar nova redação ao dispositivo, nestes termos:

"§ 5º A alíquota do imposto a que se refere o item II será uniforme para todas as mercadorias nas operações internas e interestaduais, *bem como nas interestaduais realizadas com consumidor final*; (...)."

A extensão da uniformidade em exame restringiu-se, assim, no que concerne às operações interestaduais, com o advento da Emenda Constitucional nº 23/83. Postas estão, entretanto, a demanda e a discussão no âmbito de incidência da norma maior aludida, no texto original proveniente da Emenda Constitucional nº 1/69, em cuja vigência se editou a Resolução nº 7/80 e se realizou a operação interestadual, objeto

do mandado de segurança impetrado pela ora recorrente em janeiro de 1981, sendo certo deter o comprador da mercadoria vendida pela impetrante a qualidade de consumidor final.

Entendo, dessa maneira, que a Resolução nº 7/80 não podia estabelecer alíquota diversa, como o fez, tendo em conta a destinação das mercadorias, nas operações interestaduais, em virtude da qual, se as mercadorias se destinassem, para fins de industrialização ou comercialização, a alíquota seria de 11%, e se, para consumo, prevaleceria a alíquota de 15,5%, prevista na Resolução nº 129/79.

Ganha relevo, entretanto, neste passo, a discussão acerca das consequências da invalidade da discriminação estabelecida pela Resolução nº 7/80. Inaceitável a desuniformidade do tratamento tributário advindo da norma criada — há de entender-se que inválida é a Resolução nº 7/80, ou a alíquota mais favorável, aí consignada, deve estender-se a todas as operações, antes tributadas à base de 15,5%, qualquer seja a destinação da mercadoria?

Certo está que se editou a Resolução nº 7/80 não para reduzir a alíquota de 15,5% para 11%, mas, tão-só, para instituir percentual mais favorável, em se tratando de destinação especial da mercadoria, nas operações interestaduais. Inviável a discriminação do tratamento fiscal, não tenho como possível concluir, desde logo, que a alíquota mais favorável há de ter-se como implantada, abrangendo todas as operações. Norma especial, criada por inspirações não de reduzir a alíquota do ICM, em geral, mas, tão-só, nas operações nela previstas, não dou como jurídico, diante da invalidade do comando discriminatório, manter a alíquota de 11%, como geral, aplicável em todos os casos, proclamando, assim e para tanto, a inconstitucionalidade, apenas, da cláusula — “para fins de industrialização ou comercialização”. Essa cláusula constituiu a razão de ser da discriminação inválida introduzida. Reconhecida esta, força será dar-se pela inconstitucionalidade da

Resolução nº 7/80, que, nela, se alicerçava. Não seria cabível ter como insubsistente o pressuposto da norma, porque em conflito com regra maior, e, no entanto, mantê-la vigente, a operar com a extinção por ela não pretendida, nem sequer posta na consideração de seu criador.

É de reconhecer-se, em decorrência, a inconstitucionalidade da Resolução nº 7/80, do Senado Federal. Dir-se-á que a declaração em referência em nada beneficiaria a recorrente. É exato que, proclamada *incidenter tantum*, não terá como resultado prosperar o apelo extremo da recorrente. Tal, entretanto, não basta a inviabilizar a solução a que chego.

Com efeito, o recurso extraordinário da impetrante é de conhecer-se, porque o acórdão está em divergência com a Súmula nº 569, que é, também, invocada como fundamento do apelo extremo. Conhecido o recurso, pela letra *d*, do permissivo constitucional, não é, entretanto, de prover-se. Com efeito, a Resolução nº 7/80, porque inconstitucional, não pode beneficiar a impetrante, nos termos pretendidos, qual seja, o cálculo da alíquota à base de 11%, como nela se prevê, a partir do princípio da isonomia. O voto do Sr. Ministro Cordeiro Guerra conhece do recurso e lhe dá provimento para conceder a segurança, declarando a inconstitucionalidade das expressões — “que destinem mercadorias a contribuintes para fins de industrialização e comercialização” — do art. 1º da Resolução nº 7, de 22 de abril de 1980, do inciso III, que foi acrescentado ao art. 1º da Resolução nº 129, de 28 de novembro de 1979. Entendendo, entretanto, que a inconstitucionalidade fere a Resolução nº 7/80, em sua integralidade, e não apenas a cláusula aludida, pressuposto de sua edição, nenhum assento normativo subsiste a amparar a pretensão da impetrante.

Do exposto, conheço do recurso, por dissídio com a Súmula nº 569, mas lhe nego provimento, declarando a inconstitucionalidade da Resolução nº 7/80, do Senado Federal.

#### VOTO

O Sr. Ministro *Rafael Mayer*: Sr. Presidente, formei meu convencimento na linha dos votos dos Ministros Cordeiro Guerra e Néri da Silveira, numa colocação que guarda coerência, no sentido de que é inconstitucional toda a resolução.

Entendo que esse aspecto do reconhecimento da inconstitucionalidade é enquadrável na hipótese do recurso, porque, conhecido, julga-se a causa, e, posta uma questão prejudicial de inconstitucionalidade, ela é neutra — não favorece nem beneficia.

A teoria da inconstitucionalidade incidente é pelo princípio de que o juiz não está obrigado, pelo contrário, a aplicar uma lei que considere inconstitucional.

Conhecendo a causa, o que se dá, na espécie, se se nega provimento? Indefere-se o mandado de segurança. Dá-se, portanto, uma solução à espécie em concreto a partir da inconstitucionalidade da lei em que se apóia o pedido.

*Data venia* dos doutos votos divergentes, acompanho os eminentes Ministros Oscar Corrêa e Néri da Silveira.

#### VOTO

O Sr. Ministro *Djaci Falcão*: Sr. Presidente, também entendo que, se a tese se contrapõe à Súmula nº 569, é inevitável o conhecimento do recurso extraordinário. Como na espécie não era possível aplicar-se um critério menor, como fez o eminente Ministro Cordeiro Guerra — porque se assim fizéssemos estaríamos legislando —, conhecimento do recurso, mas lhe nego provimento.

#### RETIFICAÇÃO DE VOTO

O Sr. Ministro *Oscar Corrêa*: Sr. Presidente, gostaria de retificar a conclusão do meu voto, que passa a ser a seguinte: conhecimento do recurso mas lhe nego provimen-

to, para declarar a inconstitucionalidade da Resolução nº 7/80, do Senado Federal.

É o voto.

#### VOTO (MÉRITO)

O Sr. Ministro *Francisco Rezek* (Relator): Evitei, desde o início, e por razões já fartamente explicadas a este Plenário, enfrentar a questão constitucional. Meu voto e minhas intervenções supervenientes se fundam na tese de que seu exame pode e deve, no caso, ser contornado.

Agora, contudo, vejo-me posto diante da questão constitucional em plano abstrato, com a incômoda impressão de estar cuidando de uma representação por inconstitucionalidade, em tese, dentro do recurso extraordinário em mandado de segurança. Atendendo, todavia, a essa contingência, e examinando, a falta de alternativa, a questão constitucional, meu voto acompanha os argumentos desenvolvidos pelos Ministros Oscar Corrêa e Néri da Silveira.

#### VOTO

O Sr. Ministro *Octavio Gallotti*: Sr. Presidente, vencido na preliminar de conhecimento, nego provimento ao recurso, de acordo com o voto do eminente Relator.

#### VOTO (MÉRITO)

O Sr. Ministro *Sydney Sanches*: Sr. Presidente, vencido na preliminar de conhecimento, estou de acordo com o Ministro Relator.

#### VOTO (MÉRITO)

O Sr. Ministro *Aldir Passarinho*: Sr. Presidente, vencido na preliminar do conhecimento, estou, no mais, de acordo com o voto do eminente Ministro Oscar Corrêa.

#### EXTRATOS DAS ATAS

RE nº 102.553-1-RJ — Relator: Ministro Francisco Rezek. Recorrente: Tintas

Ypiranga S.A. (Advogados: Antonio Carlos Amaral Leão e Sergio Augusto Malta). Recorrido: Estado do Rio de Janeiro (Advogada: Helena Cardoso Teixeira).

Decisão: pediu vista o Ministro Octavio Gallotti, depois do voto do Ministro Relator que não conhecia do recurso e do voto do Ministro Cordeiro Guerra que dele conhecia e lhe dava provimento declarando a inconstitucionalidade das expressões: “para fins de industrialização ou comercialização”; do art. 1º da Resolução nº 7, de 22 de abril de 1980, do inciso III que foi acrescentado ao art. 1º da Resolução nº 129, de 28 de novembro de 1979, do Senado Federal. Falou pelo Recorrente o Dr. Antonio Carlos Amaral Leão. Plenário, 19.6.85.

Decisão: em explicitação de voto o Sr. Ministro Cordeiro Guerra declara que conhecia do recurso e lhe dava provimento, para conceder a segurança, e julgava inconstitucionais as expressões “que destinem mercadorias a contribuintes para fins de industrialização e comercialização”, do art. 1º, da Resolução nº 7, de 22 de abril de 1980, do inciso III, que foi acrescentado ao art. 1º da Resolução nº 129, de 28 de novembro de 1979. Plenário, 21.8.85.

Decisão: pediu vista o Ministro Sydney Sanches depois dos votos dos Ministros Relator e Octavio Gallotti que não conheciam do recurso, e do voto do Ministro Cordeiro Guerra que dele conhecia e lhe dava provimento para conceder a segurança, julgando inconstitucionais as expressões: “que destinem mercadorias a contribuintes para fins de industrialização e comercialização”, do art. 1º da Resolução nº 7, de 22 de abril de 1980, do inciso III, que foi acrescentado ao art. 1º da Resolução nº 129, de 28 de novembro de 1979, do Senado Federal. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Moreira Alves. Presidência do Sr. Ministro Décio Miranda. Plenário, 28.8.85.

Decisão: pediu vista o Ministro Oscar Corrêa, depois dos votos dos Ministros Relator, Octavio Gallotti, Sydney Sanches e Aldir Passarinho que não conheciam do re-

curso, e do voto do Ministro Cordeiro Guerra que dele conhecia e lhe dava provimento para conceder a segurança, julgando inconstitucionais as expressões: “que destinem mercadorias a contribuintes para fins de industrialização e comercialização” do art. 1º da Resolução nº 7, de 22 de abril de 1980, do inciso III, que foi acrescentado ao art. 1º da Resolução nº 129, de 28 de novembro de 1979, do Senado Federal. Plenário, 10.10.85.

Decisão: pediu vista o Ministro Néri da Silveira, depois dos votos dos Ministros Relator, Octavio Gallotti, Sydney Sanches e Aldir Passarinho que não conheciam do recurso, do voto do Ministro Cordeiro Guerra que dele conhecia e lhe dava provimento, julgando inconstitucionais as expressões “que destinem mercadorias a contribuintes para fins de industrialização e comercialização” e do voto do Ministro Oscar Corrêa que conhecia e dava provimento e declarava a inconstitucionalidade da Resolução nº 7, de 22 de abril de 1980 do Senado Federal. Plenário, 12.12.85.

Decisão: conheceram do recurso extraordinário os Ministros Cordeiro Guerra, Oscar Corrêa, Néri da Silveira, Rafael Mayer, Djaci Falcão e o Presidente, vencidos, porque não conheciam, os Ministros Relator, Octavio Gallotti, Sydney Sanches e Aldir Passarinho, mas lhe negaram provimento, vencido o Ministro Cordeiro Guerra que lhe dava provimento, e se declarou a inconstitucionalidade da Resolução nº 7, de 22 de abril de 1980, do Senado Federal, vencido em parte o Ministro Cordeiro Guerra, porque só declarava parcialmente a inconstitucionalidade. Plenário, 21.8.86.

Presidência do Sr. Ministro Moreira Alves. Presentes à sessão os Srs. Ministros Djaci Falcão, Rafael Mayer, Néri da Silveira, Oscar Corrêa, Aldir Passarinho, Francisco Rezek, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Carlos Madeira e Célio Borja.

Procurador-Geral da República, Dr. José Paulo Sepúlveda Pertence.