IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS — ALÍQUOTAS — OPERAÇÕES INTERESTADUAIS

— Interpretação do Decreto-lei nº 406, de 1968.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Fábrica Nacional de Motores S.A. *versus* Estado do Rio de Janeiro
Recurso extraordinário nº 76.330 — Relator: Sr. Ministro
DJACI FALCÃO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, conhecer e prover o recurso.

Brasília, 11 de dezembro de 1973. *Oswaldo Trigueiro*, Presidente. *Djaci Falcão*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Djaci Falcão: Ofereço como relatório o despacho que admitiu o recurso lançado nos seguintes termos:

"A Fábrica Nacional de Motores S.A. efetuou vendas a diversos consumidores de outros Estados calculando o ICM — Imposto de Circulação de Mercadorias — na base de 15% — quinze por cento.

A Inspetoria de Rendas da 12ª Zona — Duque de Caxias, em fiscalização procedida, entendendo que a alíquota do ICM era de 17% — dezessete por cento — e não de 15% — quinze por cento, com base nas disposições da Lei nº 5.805, de 9.12.66, e da Portaria SF, Departamento da Renda nº 40, de 15.4.68, lavrou contra a referida fábrica, em 19 e 26.8.69, diversos autos de infração exigindo-lhe o pagamento da diferença do imposto em causa, acrescida da multa devida.

A autuada, pendente ainda recurso administrativo, impetrou na Vara dos Feitos da Fazenda Pública, objetivando o resguardo do seu direito dito líquido e certo, de calcular o ICM, quando a mercadoria for vendida para outro estado, independentemente da condição do adquirente, se contribuinte ou não daquele imposto, na base de 15% — quinze por cento, mandado de segurança contra o Sr. Chefe da Recebedoria e Rendas da 12ª Zona Fiscal.

Sob o argumento conclusivo de que, "a pretensão do Fisco de exigir a complementação, com base nas instruções da Portaria nº 40/68, é legítima, pois a operação é interna" (Sentença, fls. 891), a sentença foi denegada.

A Primeira Câmara Cível do eg. Tribunal de Justiça, unanimemente, improveu o agravo de petição oferecido, concluindo que "se o fato gerador do imposto de circulação de mercadorias é interno a alíquota de 17% é devida" (Ementa, fls. 932).

Inconformada com tal julgado, a agravante interpôs o recurso extraordinário de fls. 949-975, com fulcro no art. 119, inc. III, letras *a* e *d* e parágrafo único da Constituição Federal.

A controvérsia circunscreve-se no fato de se saber qual a percentagem da alíquota do ICM a ser aplicada na venda de mercadorias para outros estados.

O acórdão recorrido, estribado no conteúdo da Portaria 40/68, entendeu que não sendo os compradores contribuintes do ICM, a operação deve ser classificada

como interna e não interestadual, embora a remessa das mercadorias seja feita para outros Estados.

A classificação da operação, portanto, no entender do acórdão recorrido, depende sempre da condição do adquirente de outro Estado: se contribuinte ou não do ICM.

Referido critério teve por sucedâneo o disposto no art. 57 do Código Tributário Nacional — Lei nº 5.172, de 25.10.66 — com a nova redação que lhe deu o Ato Complementar nº 27, de 8.12.66.

Aquele artigo, entretanto, foi expressamente revogado pelo Decreto-lei nº 406, de 31.12.68 (art. 13).

Não obstante essa revogação o Senado Federal, a quem compete a fixação das alíquotas máximas do ICM (art. 23, § 5º, da Constituição Federal), promulgou a Resolução nº 65, de 19.8.70, prescrevendo:

Art. 2º Consideram-se operações internas:

Inc. II — Aquelas em que o destinatário embora situado noutro Estado, não seja contribuinte do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias ou do contribuinte tenha adquirido a mercadoria para uso ou consumo próprio.

É a norma adotada pelo acórdão recorrido.

O Pretório Excelso, em sessão plenária, recentemente, apreciando questão idêntica no julgamento do RE nº 72.285, mencionado pela recorrente, decidiu, por unanimidade, que:

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

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

"É, portanto, ao destino, de mercadoria que a Constituição manda atender, para ter configurada a operação interestadual e não à circunstância de ser também contribuinte a pessoa física ou jurídica, a quem foi feita a venda, de um para outro estado" (Ementa, acórdão de 1º.12.71).

Em face do que ficou definido e caracterizado o acórdão recorrido adversou do disposto no Decreto-lei federal nº 406, de 31.12.68, que fixou, para o ICM, a alíquota máxima de 15% — quinze por cento, incidível sobre as operações interestaduais, contrariando também, acerca do assunto, a jurisprudência do STF.

Os arestos alinhados, a respeito, provam a ocorrência da dissidência jurisprudencial.

Assim pelas razões expendidas, admito o recurso extraordinário interposto, com arrimo nas letras *a* e *d* do art. 119, inc. III, da Constituição Federal.

Dêem-se vistas às partes para, num decêndio, oferecerem as suas alegações.

Publique-se.

Niterói 8 de janeiro de 1973. *Amaro Martins de Almeida*, Presidente ao Tribunal de Justiça" (fls. 1.009 a 1.015).

Acrescento que, após as razões da recorrente (fls. 1.017 a 1.025) e contrarazões da recorrida (fls. 1.028 e 1.029), subiu o processo a esta Corte, perante a qual a Procuradoria-Geral da República emitiu parecer pelo provimento do recurso (fls. 1.039 a 1.042).

VOTO

O Sr. Ministro Djaci Falcão (Relator): Tenho como procedentes as considerações aduzidas no parecer da Procuradoria-Geral da República, *in verbis*:

"A Fábrica Nacional de Motores S.A., inconformada, recorreu pelas letras *a* e *d* do art. 119, III da Carta Federal. Alegou

que, sobre vendas efetuadas a particulares residentes em outras Unidades da Federação, recolheu o ICM segundo a alíquota de 15%. Todavia, o recorrido, Fazenda do Estado do Rio, entendeu ser devida a alíquota de 17%, por se tratar de operação interna, apoiada na Lei nº 5.805, de 9.12.66, Decreto nº 13.155, de 29.12.67 e Parágrafo nº 40, de 15.4.68, do Departamento de Renda.

— A Portaria nº 40/68 definiu três espécies de operação:

"*a*) *Operações internas,* em as quais a riqueza não transpõe os limites do Estado não importando a qualidade do comprador, se consumidor ou intermediário, se negociante do imposto, quando são aplicáveis as alíquotas de 16% e 17%, durante os períodos determinados;

b) operações interestaduais, entre contribuintes fluminenses (vendedores) e consumidores ou não contribuintes (compradores) domiciliados em outros estados, equiparados às primeiras (item *supra*), quando aplicáveis as mesmas alíquotas de 16% e 17%;

c) *operações interestaduais entre contribuintes do imposto sobre circulação de mercadorias* compradores localizados em outras unidades da Federação, quando aplicável a alíquota de 15%.

A Constituição de 1967, no art. 24, II, § 4º, estabelecia:

"A alíquota do imposto a que se refere o nº II será uniforme para todas as mercadorias nas operações internas e interestaduais, e não excederá naquelas que se destinem a outro estado e ao exterior, os limites fixados em resolução do Senado, nos termos do disposto em lei complementar."

A distinção entre consumidor e contribuinte, em operações interestaduais, não tinha apoio na Lei Maior que, ao contrário, determinava uniformidade de alíquota nas operações.

A matéria em discussão se assemelha à do RE nº 72.285-SP, julgada em 1.12.71 pelo Pleno (*D.J.* de 17.3.72, p. 1.366). Como esclarece a ementa do acórdão, o decreto paulista que estabelecia a mesma distinção foi julgado inconstitucional.

"Imposto de circulação de mercadorias. Operações interestaduais.

Alíquota máxima de 15% (Decreto-lei federal nº 406, de 31.12.68, e art. 24, II, § 4º, da Constituição de 1967).

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

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

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

Recurso extraordinário conhecido e provido, declarando-se inconstitucional o art. 1º do Decreto paulista nº 51.197, de 1969."

Face ao exposto, somos pelo conhecimento e no mérito, pelo provimento do extraordinário" (fls. 1.040 a 1.043).

Adotando esse pronunciamento, dou provimento ao recurso.

EXTRATO DA ATA

RE nº 76.330 — RJ — Rel., Ministro Djaci Falcão. Recte., Fábrica Nacional de Motores S. A. (Adv. Eduardo Sabóia Monte). Recdo., Estado do Rio de Janeiro (Adv., Emanuel Roberto de Nora Serra).

Decisão: Conhecido e provido. Unânime.

Presidência do Sr. Ministro Oswaldo Trigueiro. Presentes à sessão os Senhores Ministros Aliomar Baleeiro, Djaci Falcão, Rodrigues Alckmim, e o Dr. Oscar Corrêa Pina, Procurador-Geral da República, substituto. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Luiz Gallotti, Presidente.