IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS — COMPRA DE CAFÉ AO IBC

— Interpretação do art. 23, II, da Constituição.
— Idem, do Decreto-lei nº 406, de 1968.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

José Xavier de Godoy *versus* Estado de São Paulo
Recurso extraordinário nº 75 439 — Relator: Sr. Ministro ANTONIO NEDER

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos de recurso extraordinário nº 75 439, do Estado de São Paulo, em que é recorrente José Xavier de Godoy e recorrido o referido Estado, decide o Supremo Tribunal Federal por sua Primeira Turma, unanimemente, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, de acordo com as notas juntas.

Brasília, 6 de maio de 1975. *Eloy da Rocha*, Presidente. *Antonio Neder*. Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antonio Neder (Relator): 1. Na Comarca de Osvaldo Cruz, SP, José Xavier de Godoy impetrou segurança contra autoridade do Fisco estadual, e o fez para o fim de lhe ser assegurado o direito, que define como líquido e certo, de escriturar, no competente livro fiscal, a título de crédito, a quantia de ICM pertinente à compra, que ele fez ao Instituto Brasileiro de Café, do seu produto, para torrefação, moagem e venda.

O Juiz de primeiro grau concedeu-lhe a medida, mas o eg. Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, provendo agravo da Fazenda Pública do Estado e recurso necessário (Lei nº 1 533/51, art. 12, redação primitiva), houve por bem reformar a sentença concessiva do *writ*, como se lê no seguinte acórdão (fls. 124-125):

"Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ag. Pet. nº 165 708, da Comarca de Osvaldo Cruz, em que é recorrente Juízo *ex officio*, sendo agravante Fazenda do Estado e agravado José Xavier de Godoy:

Acordam, em sessão da Quinta Câmara do Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, por votação unânime, dar provimento a ambos os recursos.

1. O impetrante é estabelecido com torrefação e moagem de café, adquirindo do IBC o café em grão de que necessita. Outrossim, vem ele se creditando do ICM correspondente ao valor do café recebido daquela autarquia.

O Fisco Estadual entende, porém, que os documentos emitidos pelo IBC não atendem à exigência da lei estadual, no que se refere às características da nota fiscal; por esse motivo, está exigindo do impetrante o imposto integral, sem aquela dedução, e até já lavrou contra ele um auto de infração.

Daí, a presente segurança, que foi concedida pelo Juiz da Comarca.

2. A sentença recorrida não pode subsistir.

É princípio constitucional a não cumulatividade do imposto de circulação de mercadorias: assim, tem o comerciante a

faculdade de deduzir o valor desse imposto, no tocante às compras que faz. Se o IBC não está recolhendo o imposto, ou se deixa de emitir notas fiscais regulares, cabe ao Fisco Estadual constrangê-lo a cumprir tais exigências, se a tanto tiver direito.

3. Ocorre, porém, uma circunstância que leva desde logo à denegação do *writ*. O preço da venda do café moído é preestabelecido e nele computada a parcela correspondente ao ICM, conforme convênio mantido com o Sindicato da Indústria de Torrefação e Moagem de Café (Proc. Ad., 1-100 687/70). Não há, pois, o desfalque do *quantum* relativo ao tributo.

2. Ao transcrito julgado, interpôs recurso extraordinário aquele impetrante, e seu apelo foi admitido pela seguinte decisão (fls. 139-141):

"José Xavier de Godoy, com firma individual de torrefação e moagem de café, por decisão da última instância ordinária teve denegado mandado de segurança que impetrara contra ato de delegado fiscal da Fazenda do Estado. Pretendia o impetrante creditar-se do ICM recolhido nas vendas do café — produtor-IBC — por ele adquirido do Instituto Brasileiro do Café. Frente ao princípio constitucional da não cumulatividade do ICM, no entanto, a decisão, embora assentando a validade do princípio, entendeu que no caso, na ausência de documentos fiscais hábeis à verificação de recolhimentos anteriores, não era possível a glosa, aditando: "Se o IBC não está recolhendo o imposto, ou se deixa de emitir notas fiscais regulares cabe ao Fisco Estadual constrangê-lo a cumprir tais exigências, se a tanto tiver direito". Outrossim, a mesma decisão acresceu a este fundamento este outro: "Ocorre, porém, uma circunstância que leva desde logo à denegação do *writ*. O preço da venda do café moído é preestabelecido e nele computada a parcela correspondente ao ICM, conforme convênio mantido com o Sindicato da Indústria de Torrefação e Moagem de Café (Proc. ad. 1-100 687/70). Não há, pois, o desfalque do *quantum* relativo ao tributo" (fls. 125).

"Inconformado o impetrante pede recurso extraordinário com fundamento no art. 119, inciso III, letras *a* e *d* da Constituição Federal (Emenda I/69) sustentando que o desate contrariou o disposto no art. 23, II da Carta Magna e 3º do Decreto federal nº 406/68 — ofensa ao princípio da não cumulatividade do ICM — na primeira porção do silogismo decisório e os arts. 4º e 118 do Código de Processo Civil — julgamento *extra petita* — na segunda. O impetrado não respondeu mas a Procuradoria-Geral da Justiça — Ministério Público de segunda instância — opinou pelo deferimento do recurso, na dupla justificação.

Defiro o recurso. O tema posto na impetração é relevante e a solução adotada no julgado recorrido pode ser havida, realmente, como infringente àqueles dispositivos (art. 23, II da Constituição Federal e 3º do Decreto federal nº 406/68). O torrefador de café estava compelido a adquirir o grão do Instituto Brasileiro do Café, que por sua vez o adquiria do produtor. A primeira operação — produtor-IBC — é tributável e o Estado recebe o imposto incidente. A seguir o Instituto Brasileiro do Café revende o produto ao torrefador; não havendo neste ato incidência fiscal, por imunidade constitucional (art. 19, III, *a* da Constituição Federal); na venda do café subseqüente (torrefador-consumidor) recolhendo o imposto por inteiro, sem creditar-se o precedente (produtor-IBC) quebra-se, sem dúvida, o critério da não cumulatividade do ICM. É verdade que o IBC não dá ao torrefador, que só dele podia comprar o café para a industrialização, documento que se

encarte na exigência do fisco estadual para o crédito (art. 42, V do Decreto estadual nº 47 763 — citação de fls. 45). Ainda que se admita a absoluta validade do preceito regulamentar — a verdade é que no caso, a intermediação do IBC e a sua negativa em detalhar o imposto recolhido pelo produtor fato incontroverso — conduz ao dislate de receber o Estado ICM de forma cumulativa, ferindo destarte, o direito líquido e certo do impetrante.

Aliás a hipótese já passou pelo crivo do eg. Supremo Tribunal Federal (RE nº 71 686 — Relator Ministro Oswaldo Trigueiro — certidão juntada por linha) que validou a exegese sufragada pelo eg. Tribunal de Justiça do Paraná compendiada nesta emenda sumulada:

"Independentemente de nota fiscal que o IBC não expede, nas vendas de café destinado ao uso interno, o adquirente pode creditar-se do ICM devido para ser, oportunamente, deduzido do *quantum* quinzenal a recolher. A só falta da nota fiscal, exigida pelo Estado, não pode tornar cumulativa uma imposição tributária que a Constituição quer que seja sempre não cumulativa" (fls. 22)

"Isto posto o apelo extremo tem condições para seguir, demonstrada como está a sua pertinência processual frente ao permissivo constitucional das letras *a* e *d*. É certo que o r. acórdão recorrido tem um outro fundamento suficiente. Mas este, também, enseja o seu reexame pela via da instância extraordinária: está calcado em argumento inovado e fora dos limites da querela, como bem argumenta e demonstra o recorrente, com o endosso expressivo e convincente do Ministério Público (fls. 135)."

As partes deduziram estas razões: ... (lê).

3. A il. Procuradoria-Geral da República opinou (fls. 178-179):

"1. O recurso está fundamentado nas alíneas *a* e *d* do art. 119, III, da Constituição.

2. Trata, a hipótese dos autos, de compra de café do IBC. O adquirente se julga com direito à compensação ou crédito do ICM correspondente à operação.

3. Essa Colenda Corte, em vários pronunciamentos — Ag. nºs 54 142-PR, 54 147, 54 149, 54 670, 54 925; RE nºs 71 686-PR, 72 702, 72 596, 74 408 e 74 563 — tem se manifestado a favor da pretensão, não conhecendo dos recursos interpostos.

4. Por tais fatos, somos também pelo conhecimento e provimento do apelo extremo."

4. É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Antonio Neder (Relator): 1. Conheço do recurso porque o acórdão impugnado, proferido em 3.11.71 (fls. 125), diverge do que foi prolatado em 27.4.71 pelo STF no RE nº 71 686, cuja cópia se lê nestes autos (fls. a fls.).

Doutro lado, é também certo que o julgado local contraria o art. 23, II, da Constituição, e o art. 3º do Decreto-lei nº 406/68, ambos no ponto referente ao princípio de que o ICM *não é cumulativo.*

2. E do recurso conhecendo, só me resta dar-lhe provimento para restabelecer a sentença de primeiro grau, que versou a questão com acerto, pois o argumento único do acórdão recorrido não tem relevância.

O STF tem por firme seu entendimento de que o comerciante que compra ao IBC o seu produto para torrá-lo, fazer-lhe a moagem e vendê-lo tem o direito de deduzir a parcela do ICM referente a essa operação, pois do contrário fica postergado o princípio constitucional de que o re-

ferido tributo *não pode ser cumulativo* (Constituição, art. 23, II).

Além dos acórdão desta Corte invocados pelo impugnante, e que são o do RE nº 71 686 e o do RE nº 72 702 (este na fls. 151), outros podem ser lembrados: RE nº 77 415 (*R.T.J.*, 70/233), RE nº 72 596, RE nº 76 800, RE nº 76 286, RE nº 74 408.

3. Repito que conheço do recurso e lhe dou provimento para restabelecer a sentença inicial concessiva da segurança.

EXTRATO DA ATA

RE nº 75 439 — SP — Rel., Ministro Antonio Neder. Recte., José Xavier de Godoy (Adv. Carlos Lencioni). Recdo., Estado de São Paulo (Adv., Amaro Pedroza de Andrade Filho).

Decisão: Conhecido e provido unânime.

Presidência do Sr. Ministro Eloy da Rocha. Presente à Sessão os Srs. Ministros Bilac Pinto, Antonio Neder e Rodrigues Alckmim. Procurador-Geral da República, substituto, Dr. Oscar Corrêa Pina.