IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS — AUSÊNCIA DE LEI ESTADUAL

— É ilegítima a cobrança do ICM quando ausente lei estadual que o haja instituído.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Bar, Confeitaria e Restaurante Paribar Ltda. *versus Estado de São Paulo*
Recurso extraordinário nº 81 124 — Relator: Sr. Ministro
ELOY DA ROCHA

ACÓRDÃO

Vistos.

Acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Primeira Turma, à unanimidade de votos e na conformidade das notas taquigráficas, conhecer do recurso e dar-lhe provimento.

Brasília, 26 de agosto de 1975. *Eloy da Rocha,* Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Eloy da Rocha: A Fazenda do Estado de São Paulo ajuizou executivo fiscal contra Bar, Confeitaria e Restaurante Paribar Ltda., para cobrar a importância de Cr$ 7 778,62, relativa a imposto de circulação de mercadorias, que a executada deixou de pagar em dezembro de 1971, multa moratória e acréscimo de 20%. Ofereceu a executada embargos, alegando, em síntese, a improcedência do executivo, eis que, na data do suposto fato gerador do tributo, não havia lei que permitisse a cobrança. A exigência do ICM sobre o fornecimento de alimentação, bebidas e similares, em bares e restaurantes, somente se tornou possível a partir da vigência da Lei estadual nº 91, de 27.12.72.

A sentença de primeira instância (fls. 79-82) julgou improcedente o executivo fiscal e condenou a exeqüente no pagamento das custas e honorários advocatícios de 10% sobre as parcelas reclamadas a título de imposto e multa. Considerou a sentença:

"Pretende a Fazenda do Estado, através do presente executivo fiscal, compelir a executada Bar, Confeitaria e Restaurante Paribar Ltda., no pagamento da quantia de Cr$ 7 778,62 (sete mil, setecentos e setenta e oito cruzeiros e sessenta e dois centavos), proveniente do imposto de circulação de mercadorias, multa moratória e acréscimo de 20%.

De conformidade com os embargos oferecidos no presente executivo fiscal, reside a controvérsia em saber se o Estado podia, anteriormente à vigência da Lei estadual nº 91/72, exigir o imposto de circulação de mercadorias no fornecimento de refeições, como vinha fazendo, sem lei instituidora do imposto e definidora do fato gerador nessa hipótese, mas tão-somente através de decreto editado pelo Poder Executivo.

Na verdade, a tributação no que concerne ao fornecimento de refeições somente foi instituída com a edição do AC nº 34, de 30.1.67, daí porque não cuidou a

Lei estadual nº 9 590, de 30.12.66 (instituidora do ICM no Estado de São Paulo), editada anteriormente ao referido ato, dessa hipótese de incidência do ICM.

Todavia, a simples edição do AC 34, definindo nova modalidade de incidência do ICM, não autorizava a cobrança, pelo Executivo Paulista, do tributo sem lei estadual que o instituisse e definisse o fato gerador, pois é sabido que a legislação federal traça apenas normas gerais de direito financeiro, mas não cria, nos Estados, impostos que lhes compete instituir.

Por outro lado, a exigência de lei para a cobrança de tributo é da tradição de nosso Direito e não se encontra somente consagrada na Constituição Federal (art. 19, I) e no Código Tributário Nacional (art. 97, III), mas também no art. 1º, da Emenda Constitucional nº 18, de 1.12.65, que criou o ICM em substituição ao antigo imposto sobre vendas e consignações.

O Pretório Excelso ao apreciar o discutido caso de legitimidade da cobrança do ICM sobre a importação de mercadorias pelo titular de estabelecimento comercial, industrial ou produtor proclamou, reiteradamente, através de suas Câmaras e, finalmente, em manifestação unânime do Plenário (RE nº 72 344-SP) que aos Estados compete, através de lei ordinária, instituir a cobrança do imposto e definir o fato gerador, com observância das normas gerais federais, uma vez que não basta o que dispõe o Decreto-lei 406/68, que apenas "estabelece normas gerais de direito financeiro" mas não cria, nos Estados, imposto que lhes compete instituir (Constituição Federal, art. 23 e inc. III).

A hipótese ora em exame é absolutamente análoga, não admitindo, por isso, distinção ou tratamento diverso.

Desta forma, anteriormente à vigência da Lei nº 91/72 era ilegítima a cobrança do ICM pelo Poder Executivo estadual, através de simples decreto (nº 47 763/67) que, a pretexto do regulamentar a Lei nº 9 590, instituiu nova modalidade de fato gerador, qual seja, "o fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias, dos restaurantes, bares, sorveterias, cafés, hotéis, pensões, boates e estabelecimentos similares", sem que a lei regulamentada houvesse previsto tal incidência.

A Quinta Câmara do Primeiro Grupo do Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, por maioria de votos, confirmou a sentença (fls. 154-155).

Dessa decisão, interpôs, a Fazenda do Estado, embargos infringentes (fls. 159-170), que foram recebidos pelo Terceiro Grupo de Câmara do Tribunal de Alçada Civil (fls. 183), em acórdão assim ementado: "Imposto. Circulação de Mercadorias. Fornecimento de refeições. Hipótese de saída e circulação econômica de mercadorias, abrangida na incidência genérica, do tributo. Caráter meramente explicativo das leis posteriores à instituição do tributo, que discriminaram a hipótese de incidência, sem, na verdade, estabelecer uma modalidade nova. Competência do Regulamento para exemplificar a incidência, sem necessidade que o fizesse especificamente a lei estadual. Referência, ademais na Lei est. nº 9 590, de 30.12.66, art. 9º, parágrafo único, ao modo da cobrança do imposto sobre o fornecimento de mercadorias "por bares e restaurantes de hotéis" — Execução fiscal julgada procedente em grau de embargos — Votos vencidos".

Recorreu, extraordinariamente, Bar, Confeitaria e Restaurante Paribar Ltda., com fundamento nas letras *a* e *d*, por negativa de vigência aos art. 97, I e II, do Código Tributário Nacional e contrariedade ao art. 19, I da Constituição Federal, além

de discrepância com julgados do Supremo Tribunal Federal, no RE nº 72 414 (fls. 28 a 35) e RE nº 72 672 (fls. 36 a 39).

Despacho, admitindo o recurso, a fls. 214-215:

"O recurso, regularmente processado, foi impugnado, sendo suscitada preliminar de não conhecimento daquele, em virtude do valor dado à causa fls. 211).

Improcede a preliminar argüida pela Recorrida (fls. 211), uma vez que, no caso, tendo sido alegada violação da Constituição Federal, o valor da causa, por si só, não impede o reconhecimento do recurso, conforme orientação liberal, inculcada pelo Colendo Supremo Tribunal Federal e que tem sido reiteradamente seguida por esta Vice-Presidência.

Ressalte-se, de início, que, quanto ao fundamento legal do recurso, seria possível superá-lo, pois a interpretação dada pelo v. acórdão recorrido pelo menos é razoável (*Súmula* 400).

Entretanto, a divergência de interpretação, no caso, ficou demonstrada. Aliás, em casos semelhantes, em que as Câmaras deste Tribunal têm julgado improcedentes executivos fiscais, esta Vice-Presidência indeferiu os recursos extraordinários interpostos pela Fazenda do Estado, entendendo que "a jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal ampara a orientação adotada" (RE nº 192 882 — SP — despacho de 25.10.73; RE no Agravo de Petição nº 196 811 — despacho de 14.5.74; RE no Agravo de Petição 198 706 — despacho de 10.7.74; e RE na apelação nº 203 213 — despacho de 19.8.74 e RE nº 197 409 — SP — despacho de 20.9.74.

Logo, no caso se deve concluir no sentido de que o v. acórdão recorrido inculcou orientação que diverge da firmada pelo Colendo Supremo Tribunal Federal.

Ressalte-se, em remate, que a orientação, aqui inculcada, já foi seguida pela eg. Vice-Presidência anterior, que deferiu processamento de recursos extraordinários, em casos idênticos, em que os executivos haviam sido julgados procedentes (RE no Agravo de Petição nº 195 256 — Presidente Prudente — despacho de 8.11.73 e RE no Agravo de Petição nº 192 732 de SP — despacho de 19.10.73).

Por estes motivos, defiro o processamento do recurso".

A Procuradoria-Geral da República opinou pelo conhecimento e provimento do recurso:

"Há, efetivamente, afronta ao Código Tributário Nacional, pois o imposto, em apreço, está sendo cobrado sem lei que o tenha instituído e definido o fato gerador, o que só veio a acontecer com o advento da Lei nº 91/72.

Prevista, no Decreto-lei nº 406/68, a hipótese de incidência do ICM sobre o fornecimento de alimentação e bebidas por restaurantes e estabelecimentos congêneres, inapto a estabelecê-lo, no âmbito estadual, o simples decreto do Poder Executivo, segundo tem decidido, reiteradamente, o Pretório Excelso, para situações análogas.

Não se há de argumentar, outrossim, que o fato gerador já estivesse previsto na Lei estadual nº 9 590/66, instituidora do ICM no Estado a qual não podia cuidar da matéria, de vez que editada anteriormente ao Ato Complementar nº 34, primeiro a autorizar a nova hipótese de incidência.

O v. acórdão recorrido, destarte, contraria o princípio constitucional da legalidade tributária (CTN, art. 97, I e III; CF arts. 19, I e 153, § 29) e diverge de decisões do eg. Supremo Tribunal Federal (RE nº 79 251 — 1ª Turma — Rel. Minis-

tro Aliomar Baleeiro; *in D.J.*, de 13.12.74; RE nº 79 064 — 1ª Turma — Rel. Ministro Bilac Pinto; *in D.J.*, de 13.12.74)" (fls. 225-226).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Eloy da Rocha (Relator): Conheço do recurso e lhe dou provimento, para restabelecer o acórdão da Quinta Câmara do Primeiro Grupo do Tribunal de Alçada Civil, que manteve a sentença de primeira instância. É ilegítima a cobrança do ICM, no caso ausente lei estadual que o haja instituído, antes da Lei nº 91, de 27.12.72.

Em casos análogos, assim tem decidido o Supremo Tribunal Federal, em respeito ao princípio da legalidade tributária. Podem ser apontados, entre outros, os julgados nos RE nº 72 508, de 29.2.72 (*R.T.J.*, 61/508-510); RE nº 72 672, de 29.2.72 (*R.T.J.*, 62/176-179); RE nº 72 344, de 29.2.72 (*R.T.J.*, 62/692-694); RE nº 72 414, de 9.3.72 (*R.T.J.*, 61/214-221); e, especialmente, RE nº 79 063, de 18.11.74 (*Ementário* 971-2) e RE nº 79 251, de 8.11.74 (*Ementário* 971-2); todos procedentes de São Paulo.

Pelo mesmo fundamento, neguei seguimento ao Ag. 64 200, em despacho de 16.6.75, publicado no *D.J.*, de 30.6.75.

EXTRATO DA ATA

RE nº 81 124 — SP — Rel., Ministro Eloy da Rocha, Recte., Bar, Confeitaria e Restaurante Paribar Ltda. (Adv., Carlos Henrique Salém). Recdo., Estado de São Paulo (Adv. Chrystiano dos Santos).

Decisão: Conhecido e provido, unânime.

Presidência do Sr. Ministro Eloy da Rocha. Presentes à Sessão os Srs. Ministros Bilac Pinto, Antonio Neder, Rodrigues Alckmim e Cunha Peixoto. Procurador-Geral da República, substituto, Dr. José Fernandes Dantas.