

TRIBUTÁRIO. MONOPÓLIO. CONCEITO. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. EFEITOS DA REPERCUSSÃO. SÚMULA 546 DO STF^{1*}

Thompson Flores

Parecer

Consultou-me TERMOLAR S.A., sediada nesta Capital, por intermédio de seus ilustres procuradores, sobre a possibilidade de emitir parecer jurídico a respeito da viabilidade de recurso extraordinário, a ser manifestado contra decisão do Eg. Tribunal de Justiça, por sua 2ª Câmara Cível, em acórdão unânime de 26.03.86, que, em apelação por ela interposta, manteve a sentença que julgara improcedente a ação de repetição do indébito que havia promovido contra o Estado do Rio Grande do Sul.

Para tanto, encaminharam-me ditos causídicos xerocópias das peças essenciais, extraídas dos autos da demanda em questão, complementados, após, com a petição de oposição dos embargos de declaração.

2. Após minucioso exame dos elementos em referência, e meditado estudo do direito aplicável à solução do dissídio, convencido fiquei da viabilidade da pretensão da consulente. Por isso, dispus-me a atender à solicitação, proporcionando-lhe este parecer.

É o que passo a fazer.

^{1*} Parecer inédito, datado de 1987, gentilmente cedido para publicação pelo Desembargador Thompson Flores Lenz, do TRF4, que ora publicamos em homenagem ao centenário de nascimento do ex-ministro do STF e reconhecidamente magistrado exemplar, Thompson Flores.

I. Os fatos

I. Em sua longa e detalhada inicial, fls. 2/10, expõe a consulente os fatos que embasaram seu procedimento judicial.

I.I Deles, por seus aspectos decisivos, impende destacar os que, a seguir, se passa a sintetizar.

2. A autora, TERMOLAR S.A., para a fabricação de seus produtos industrializados em geral, entre eles “garrafas térmicas, com ou sem ampolas de vidro prateado, vacuadas ou não, recipientes térmicos de poliuretano e de outros materiais ditos plásticos”, necessita de matéria-prima importada, o que faz regularmente através de guias expedidas pela CACEX. E explica, fls. 2/3, *verbis*:

“Correspondente a cada GI foram emitidas pela A., uma ou mais notas fiscais de Entrada, pelas quais se fazia registrar o volume (unidade, quantidade, peso), discriminação da mercadoria, classificação e código TAB (Tarifa Aduaneira do Brasil - DL. 1.753/79), o preço, o IPI, e o crédito do ICM quando o caso.

As NOTAS FISCAIS DE ENTRADA, cada uma acompanhada de sua GI, para os efeitos da presente REPETIÇÃO DE INDÉBITO, são aquelas emitidas pela A. desde 13.10.76 (Nota Fiscal n. 1300 Serie E.-I, emitida em 13.10.76, mas com mercadoria ENTRADA no depósito da A. no dia 18.10.76, sef. verso da mesma NF) ate aquelas de ns. 231 Série E/2, e n. 2000 Serie E/I, respectivamente emitidas em 7.08.81 e 27.07.81, todas apensadas por fotocópias autenticadas e relacionadas pelos docs. 3/4.”

3. Aconteceu que, por lapso seu, à saída dos produtos industrializados já referidos para serem vendidos no mercado interno, recolheu, por inteiro, o valor do ICM, deixando de abater a parcela referente ao creditado do referido imposto e decorrente da matéria

prima empregada, toda ela importada e sobre a qual, por força de lei, está isenta.

Tais afirmações assentam na farta prova documental anexada aos autos, com base na qual se apurou que o imposto em questão, recolhido a maior, importou em Cr\$ 11.007.714,34, correspondente ao período de 18.10.79 a 27.07.81, valor retificado posteriormente para Cr\$ 10.263.930,17.

II. O Direito

I – Sustenta a autora que seu direito arrima-se nos arts. 23, II, da Constituição e 1º, I, § 4º, do DL n. 406, de 31.12.68, com a redação da Lei Complementar n. 4/69.

2. Dizem eles, respectivamente:

“Art. 23. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

I

II - operações relativas à circulação de mercadorias, realizadas por produtores, industriais e comerciantes, impostos que serão cumulativos e dos quais se abaterá nos termos do disposto em lei complementar, o imposto cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado.

Art. 1º. O imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias tem como fato gerador:

I - a saída de mercadorias do estabelecimento comercial, industrial ou produtor;

...

§ 4º. São isentos do imposto:

...

V - as entradas de mercadorias importadas do exterior quando destinadas à utilização como matéria-prima em processo de industrialização, em estabelecimento do importador, desde e a saída dos produtos industrializados resultantes fique efetivamente sujeita ao pagamento do imposto.”

III. O procedimento judicial e seu desfecho

I. Partindo dos fatos antes resumidos, mas detalhadamente expostos na petição inicial, e invocando os dispositivos legais mencionados e outros que com eles se relacionam, e, bem assim, julgados vários do Eg. STF, postulou a autora a procedência da ação.

E conclui pedindo, fl. 9:

- a restituição do principal, Cr\$ 11.007.714,34;
- correção monetária;
- c) juros de mora; e
- d) custas e honorários do Advogado.

2. Contestou o Estado, propugnando pela improcedência da demanda. Longamente fundamentada sua defesa, concluindo pelo não cabimento do crédito invocado: e, quando assim não fosse, fora ele absorvido pela repercussão.

3. A tempo, sentenciou o Dr. Juiz, decidindo pela improcedência da ação.

3.I Apelou a vencida. Sem sucesso, porém, eis que o Eg. TJ, por sua 2ª Câmara Cível, em acórdão unânime, em 26.03.86, manteve o julgado de 1º grau.

Sua ementa dispõe, fl. 437:

“ICM - Isenção temporária - repetição do indébito. Pretensão de ressarcimento de tributo pago indevidamente, segundo a contribuinte - Incomprovada a não transferência aos compradores Monopólio da empresa no Estado - Possibilidade de repasse dos encargos fiscais aos adquirentes dos produtos. Importadora não pagou o ICM à entrada – Também não desembolsou a saída, pois embutido o valor do tributo no preço – Transferência do encargo a terceiros - Inaplicabilidade da Súmula 546 do STF - Repetição do pagamento no caso - configuraria pagamento indevido. Apelação improvida unanimemente.”

4. Foi então que a autora, vencida, encaminhou seu pedido de parecer.

4.1 Posto que me parecesse, pelo exame da documentação que me foi presente, que se oferecia desde já pertinente a interposição de recurso extraordinário, considerei que se impunha, antes de mais nada, a oposição de embargos declaratórios, na tentativa de ser complementado o acórdão, o qual, além de omisso sobre questões relevantes antes suscitadas, se oferecia obscuro, dificultando sua real inteligência.

4.2 E assim procedeu a autora, opondo embargos declaratórios. Na respectiva petição, sustentou que o julgado se apresenta obscuro quando admitiu a existência de um monopólio em favor da autora na venda dos produtos fabricados e indicados na inicial. E isto porque é a única no Estado a produzir tais bens, sem se aperceber que não opera com exclusividade no seu comércio, tendo como concorrentes duas outras empresas, sediadas nos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro, como expressamente afirmaram os peritos.

E se fez, ademais, omisso o veredicto, silenciando, por inteiro, sobre a invocada aplicação dos arts. 23, II, da Constituição, e 1º, § 4º, V, do DL n. 406/68, com a redação que lhe atribuiu a Lei Complementar n. 4/69, art. 1º, V, ambos já transcritos.

4.3 Após longa e inexplicável demora, apreciou a Eg. Câmara os embargos em questão, rejeitando-os.

IV. O Recurso Extraordinário

A) Considerações necessárias.

I. A oposição dos embargos de declaração era, no caso, indispensável para validar o recurso extraordinário, a ser manifestado.

É que as questões a serem nele enfocadas não foram apreciadas pelo aresto embargado, como se fazia mister, tanto mais que, além de deduzidas na petição inicial, foram reiteradas ao ensejo da apelação, obrigando os julgadores de ambas as instâncias a se manifestarem sobre elas, tal como dispõem os arts. 458, III, e 515, § 1º, do CPC.

Dessarte, sem que deles, embargos, se fizesse uso, frustrar-se-ia, sem mais exame, prefacialmente, o remédio extremo, tal como dispõe, de forma peremptória, a Súmula do STF, verbetes 282 e 356. 2. Pouco importa que o decisório proferido na via dos embargos deixe de apreciar as questões neles, embargos, suscitadas. O que importa é o prequestionamento arguido. E como ele ocorreu, afastados ficaram os óbices a que se referem os enunciados sumulados.

Assim decidiu o Eg. Plenário do Supremo, ao julgar, em 12.05.83, o Ag. Rg. nos ERE n. 96.802-RJ. Do erudito voto do eminente relator, Min. Alfredo Buzaid, cabe destacar este expressivo fragmento, *verbis*:

“Através dos embargos declaratórios se prequestiona no tribunal de origem a questão federal, a qual fica, portanto, ventilada, independente da solução dada, atendendo, assim, a exigência do Verbete 282 da Súmula.” (grifei, RTJ 109/303)

3. Proferido que foi o julgado que apreciou a apelação em 23.06.86, desde aí ficou o recurso extraordinário sujeito às restrições impostas pela Emenda Regimental n. 2/85, como dispõe seu art. 2º, § único.

3.I Todavia, ainda assim, a redação que atribuiu aos arts. 325 a 329 não obsta a viabilidade do recurso em questão. E isto porque ele se embasará não somente na contrariedade ao art. 23, II, da Constituição, combinado com o art. 1º, § 4º, V, do DL n. 406/68, com a redação que lhe emprestou a Lei Complementar n. 4/69, art. 1º, V, cuja vigência foi negada pelo acórdão recorrido, como dissentiu do enunciado 546 da Súmula.

Ambos os pressupostos encontram respaldo no art. 322, I e II, do Regimento em questão.

B) O Recurso Extraordinário em sua essência.

I. Para manter a sentença que deu pela improcedência da ação, assim se fundamentou o acórdão, através do voto do seu nobre relator. Afirmou ele, *verbis*:

“Retomo o voto, depois da discussão, reiterando que a pretensão da apelante, no sentido de creditar-se o ICM, que a seu juízo teria sido indevidamente recolhido ao Estado em face de que a empresa tinha a possibilidade de repassar, até pela sua condição de monopolizadora da produção do produto, dos encargos fiscais aos adquirentes da sua mercadoria, torna perfeitamente claro que, a vingar sua tese, haverá um locupletamento indevido por parte da apelante.

Observe-se: a importadora não pagou ICM à entrada porque entendeu que estava isenta, mas também nada desembolsou à saída, pois embutido o valor do tributo no preço pago pelos adquirentes de seus produtos. Nesse momento ocorreu o recolhimento em favor do Estado; mas, na realidade, o que houve até agora foi uma transferência de encargo a terceiros. Daí por que não se aplica a Sumula 546 do colendo Supremo Tribunal Federal, uma vez que essa transferência está caracterizada”. (fl. 441)

O julgado proferido nos embargos nada acrescentou, seja suprimindo as omissões apontadas, seja expungindo-o das dúvidas arguidas.

2. Considero que, data venia, não estiveram bem inspirados os eminentes juízes, ao assim decidirem.

Com efeito.

São fatos certos, e sobre eles não ocorreu qualquer dissensão, que a autora, para fabricação de seus produtos, importa matéria prima proveniente do exterior, a qual, por força da lei (DL 406/68, art. 1º, § 4º, V, com a redação confirmada pela Lei Compl. n. 4/69, art. 1º, V), está isenta do pagamento do ICM, cujo valor passa a constituir crédito do fabricante na venda de seus produtos acabados.

Mais, que, por inadvertência, recolheu ela, por inteiro, o valor do citado tributo, inclusive a parcela da qual estava isenta, e isso durante o largo período de vendas mencionado na inicial.

2.1 Sucedeu que o acórdão, para negar a repetição postulada, como se verifica de seu destaque antes transcrito, reconheceu militar em prol da autora, na venda de seus produtos, a existência de um monopólio. E, assim, livre de concorrente, impunha, sobranceiramente, o preço a seus produtos, neles, forçosamente, incluindo o tributo que estaria recolhendo a maior.

2.2 Todavia, as afirmações do julgado não podem, em absoluto, prevalecer. E isso porque, sobre serem errôneas, ao conceituar o monopólio, o qual em verdade inexistente, dele extraiu conclusão fundada em mera presunção e, ademais, totalmente falsa.

Diagnosticou o julgado impugnado a existência do monopólio, por ser a autora a única empresa estabelecida no Estado com a fabricação dos produtos comentados, posto reconhecesse a existência de duas outras funcionando no país, de resto, afirmada pelos louvados, e, sequer, contestada.

2.3 Monopólio, na conceituação jurídico-doutrinária, é “privilégio ou prerrogativa de venda ou de indústria ou de exploração de um serviço por um só (indivíduo, grupo ou Estado), com exclusão dos demais” (grifei, Enciclopédia Saraiva de Direito, v. 53, pp. 201/2, arrimada às lições de Waline, Marcelo Caetano, Mazagão e Pontes de Miranda). Nesse sentido, ainda, a obra clássica de J. Houssiaux, Le Pouvoir de Monopole, Sirey, Paris, 1958, pp. 2/3.

E, a toda evidência, não é essa a situação da autora.

Antes, concorre ela com duas competidoras nacionais, cujos produtos têm seu preço de mercado sem que possam sofrer qualquer sobrecarga fiscal no Estado ante os da autora, tal como dispõe a Constituição, art. 20, III.

2.4 Dessarte, inexistindo monopólio, não haveria estipulação arbitrária no preço de seus produtos, sujeitos, pois, às leis do comércio, sendo então manifesto que não iria incluir no valor da venda (preço) o tributo do qual estava isenta. Esta, então, seria uma presunção lógica e, por isso, válida. Jamais a do decisório recorrido.

Ademais, além do erro conceitual no que concerne ao suposto monopólio, e da conclusão que dele extraiu, fundado em mera presunção, não se apercebeu o r. decisório que a prova negou sua existência, como se lê nas respostas dos louvados, fls. 289, 291/2.

É bastante verificar as respostas dos peritos e assistentes ao serem questionados, especialmente, a respeito. Constam, por transcrição, da petição de embargos. Basta conferir.

Portanto, nesse particular as conclusões do veredicto impugnado não podem prevalecer.

2.5 Mas, posto não tenha sido suficientemente claro o acórdão, nem mesmo ao decidir os embargos de declaração, teria ele negado a repetição porque a autora não teria feito prova do prejuízo sofrido, o qual teria sido suportado pelo contribuinte de fato.

E foi por isso que considerou inaplicável a Súmula 546, invocada pela autora.

2.6 Também aqui se equivocou o decisório. É que, como dispõe a Constituição, art. 23, II, o ICM é imposto não cumulativo como se fez expressa, nestes termos, após referir-se às operações sobre as quais incide:

“... impostos que não serão cumulativos e dos quais se abaterá, nos termos do disposto na lei complementar, o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado.”

E, em obediência a dito preceito, adveio o DL n. 406/68, o qual, em seus arts. 1º e incisos, e 3º e §§, disciplinou a cobrança do tributo em questão.

Por conseguinte, se a autora recolheu a maior o ICM, deixando de descontar a parcela da qual estava isenta, manifesto é que, ao ser procedida a revenda do produto acabado, não poderia o comprador arcar com a citada parcela, dado que, como se verifica, o tributo incide apenas sobre o valor agregado.

2.7 Essa tem sido a jurisprudência pacífica do Eg. STF. Daí expressiva a ementa do julgado proferido pelo Plenário da Corte, em 01.12.82, nos ERE n. 94.177-SP, relatado pelo eminente Min. Djaci Falcão, *in* RTJ 106/636, *verbis*:

“Imposto sobre circulação de mercadoria.

Havendo isenção na importação da matéria prima, há o direito de creditar-se do valor correspondente, na fase de saída do produto industrializado. Inc. V do § 4º do art. 19 do DL n. 406/68 (na redação da Lei Compl. n. 4/69), e art. 23, II, da CF.

...

É oportuno acrescentar que decisões de ambas as Turmas da Corte sufragam o mesmo entendimento adotado no acórdão embargado.

Em consequência, tem aplicação o art. 322 do Regimento Interno.”

No mesmo sentido, os julgados a seguir indicados, além de outros, e já publicados: RTJ 101/197; 102/868; 107/365 e 732; 112/422; 113/308; 114/435; 115/1.437.

3. Dessa forma, decidindo como decidiu o r. aresto recorrido, contrariou, de frente, o art. 23, II, da Constituição, deslembrando, outrossim, no raciocínio que empreendeu, do estatuído na mesma Carta ao seu art. 20, III, além de negar vigência ao DL n. 406/68, art. 1º, § 4º, V, com a redação adotada pela Lei Compl. n. 4/69, arts. 1º, V, e 39.

4. Ademais, o acórdão, sob pretexto de considerar inaplicável o enunciado 546 da Súmula, invocada pela autora, em verdade dela divergiu.

Diz ele, em passagem já transcrita:

“Observe-se: A importadora não pagou ICM à entrada porque entendeu que estava isenta, mas também nada desembolsou a salda, pois embutido o valor do tributo no preço pago pelos adquirentes de seus produtos. Nesse momento ocorreu o recolhimento em favor do Estado; mas, na realidade, o que houve até agora foi uma transferência de encargo a terceiros. Daí porque não se aplica a Súmula 546 do colendo Supremo Tribunal Federal, uma vez que essa transferência está caracterizada.” (fl.441)

De fato. É por demais sabido que o advento daquele verbete teve em mira abrandar o rigorismo do enunciado 71 do mesmo Repositório, o qual reconhecia como presunção juris a ausência de prejuízo do contribuinte de jure, quando se tratasse de imposto indireto.

É o que se verifica de dois julgados da Suprema Corte, um da 2ª Turma e outro do Plenário (RTJ 40/37-9; 50/444-5).

Na doutrina, versaram o tema da repercussão no Direito Tributário os seguintes autores: Edwin Seligman, in Théorie de la Répercussion et de L'Incidence de L'Impôt, tradução francesa de L. Suret, Ed. Giard & Brière, Paris, 1910, pp. 518/524; Francesco Nitti, in Principes de Science des Finances, tradução francesa de S. Freund, Ed. Marcel Giard, Paris, 1928, t. I, n. 125, p. 415; Gaston Jèze, in Cours Élémentaire de Science des Finances, Ed. Giard & Brière, 1909, p. 684.

No caso, a autora, contribuinte de jure, fez prova do recolhimento do imposto do qual estava isenta, de resto, como já se disse antes, não contestado. E mais, como exige a Sumula 546, demonstrou ela que não recuperou do contribuinte de fato a parcela do tributo em questão.

4.1 Ante o que acaba de ser exaustivamente exposto, só resta concluir. O julgado recorrido não pode subsistir, pois, ao contrariar a Constituição nos dispositivos indicados, negou vigência aos mesmos e dissentiu da Sumula 546 do Eg. STF. Por isso, é de aguardar-se que a Eg. Corte haja por bem conhecer do recurso e dar-lhe provimento, acolhendo o pedido, nos termos da inicial, retificado seu valor principal.

V. Respostas conclusivas às questões propostas

1ª. SIM. Considero plenamente viável a interposição de recurso extraordinário ao acórdão do Eg. TJ, por sua 2ª Câmara Cível, na Apelação Cível n. 585038359 e respectivos embargos de declaração;

2ª. SIM. A interposição do citado recurso encontra abrigo no Regimento Interno do STF, art. 325, I e II, com a redação atribuída pela Emenda Regimental n. 2/85;

3ª. SIM. O referido recurso cabe ser interposto com assento no art. 119, III, a e d, da Constituição. Com relação ao primeiro fundamento porque o julgado recorrido contrariou os arts. 23, II, e 20, III, aquele em conjugação com o DL n. 406/68, art. 1º, § 4º, V, com a redação da Lei Complementar n. 4/69, arts. 1º, V, e 3º, os quais, ademais, tiveram sua vigência negada; e, com relação ao segundo, porque o decisório em questão divergiu do enunciado na Súmula, verbete 546;

4ª. SIM. É de aguardar-se que o recurso extraordinário seja conhecido e provido para julgar procedente a ação, nos termos do pedido, e sua retificação quanto ao seu real valor.

É o parecer.

Porto Alegre, junho de 1987.

Carlos Thompson Flores

Ministro aposentado e ex-presidente do STF