

prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o estabelecimento destinatário da mercadoria ou serviço”(grifos acrescentados). Pode-se afirmar que o requisito da habitualidade já estava afastado desde a Emenda nº 23/83. Por certo, se o imposto incide sobre bem de ativo imobilizado e de consumo, há que ser independentemente de o estabelecimento estar ou não com atividades de que resultem operações relativas à circulação de mercadorias; quero dizer, pode o estabelecimento estar acusando movimento nulo. Pode-se também ter por certo que o conceito de mercadoria ensinado por Alcides Jorge Costa não interfere na questão relativa à importação de bens para ativo imobilizado ou consumo do estabelecimento, quando o texto constitucional previu, expressamente, a incidência do imposto sobre tais bens. Mas, que estabelecimento deve pagar o ICM e o ICMS? No sistema embasado na Emenda Constitucional nº 1/69, o contribuinte estava nomeado no próprio texto constitucional, que no inciso II do artigo 23 elegeu o comerciante, o industrial e o produtor, nesta disposição: “II - operações relativas à circulação de mercadorias realizadas por produtores, industriais e comerciantes, imposto que não será cumulativo e do qual se abaterá, nos termos do disposto em lei complementar, o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou por outro Estado. A isenção ou não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação, não implicará crédito do imposto para abatimento daquele incidente nas operações seguintes.” (grifos acrescentados). O rol de contribuintes poderia ser ampliado pela lei complementar, na autorização do § 4º do artigo 23 multicitado, “*verbis*” - “§ 4º - Lei Complementar poderá instituir, além das mencionadas, outras categorias de contribuintes daquele imposto.” Essa função - a de nomear outras categorias de contribuintes - a exerceu o Decreto-lei 406/68, que

em seu artigo 6º, dispõe: “Artigo 6º - Contribuinte do imposto é o comerciante, industrial ou produtor que promove a saída da mercadoria, ou que a importa do exterior ou que a arremata em leilão ou adquire, em concorrência promovida pelo Poder Público, mercadoria importada e apreendida - § 1º - Consideram-se também contribuintes: I - as sociedades civis de fins econômicos, inclusive cooperativas, que pratiquem com habitualidade operações relativas à circulação de mercadorias; II - as sociedades civis de fins não econômicos que explorem estabelecimentos industriais ou que pratiquem, com habitualidade, venda de mercadorias que para esse fim adquirirem; III - os órgãos de administração pública direta, as autarquias e empresas públicas, federais, estaduais ou municipais, que vendam, ainda que apenas a compradores de determinada categoria profissional ou funcional, mercadorias que, para esse fim, adquirirem ou produzirem.” A outorga constitucional não ultrapassa a disposição do § 1º que enumerou “outras categorias de contribuintes”, como se lê no transcrito § 4º do artigo 23 da Emenda nº 1/69. Por isso que o comerciante, industrial ou produtor não estão nomeados contribuintes do imposto pelo Decreto-lei 406/68, mas estão estruturalmente reproduzidos nesse artigo 6º, onde a justaposição às demais categorias de contribuinte assegurou a consolidação das regras relativas ao contribuinte do imposto. Essa reflexão me leva à certeza da ausência de esforço legislativo quanto à indicação do contribuinte do ICM, que resultava, prévia e definitivamente, nomeado pelo texto constitucional. O “caput” do artigo 6º do Decreto-lei 406/68 é desprovido de vontade legislativa, não criou norma. Diferentemente, as demais categorias de contribuintes do ICM foram requeridas à lei complementar pelo § 4º do artigo 23 da Emenda Constitucional nº 1/69. É função da lei

complementar, quando requerida pela constituição, explicitar os comandos constitucionais. Na lição de Celso Ribeiro Bastos “Como o próprio nome indica, trata-se de normas que vêm trazer uma complementação ao Texto Constitucional. Nesse sentido, de leis integradoras da vontade constitucional, elas se constituem em categoria encontrável em todos os sistemas jurídicos... por vezes, as normas constitucionais não trazem consigo todos os elementos necessários à implementação, à eficácia, portanto, de sua vontade. Esta dispõe de forma muito mais ampla, destina-se à regulação de uma matéria, ou, se quisermos, a incidir sobre um campo muito mais amplo que os elementos técnicos oferecidos pela sua estrutura normativa permitem, desde logo, torná-la efetiva. Este descompasso entre a vontade legal, que se vislumbra com uma determinada extensão e os efeitos jurídicos produzidos, que lhe ficam aquém, esse espaço carente de normatividade é preenchível pela categoria normativa denominada lei complementar.” (Curso de Direito Constitucional - Saraiva, 1989, pág. 161). A delimitação deste espaço, no entanto, está marcada no próprio texto constitucional, como reconhece o mesmo autor: “Em assim sendo, admitindo-se a separação de matérias entre as leis complementares - o que de fato existe, pois a Constituição especifica quais as matérias, com exclusão de quaisquer outras, que poderão ser objeto de tratamento por lei complementar - resulta claro que qualquer contradição entre esta e outra espécie normativa qualquer terá forçosamente de ter sido causada por invasão da competência de uma pela outra.” (pág. 163). (grifos acrescentados). Independentemente de me ocupar com a discussão sobre o alcance da expressão “normas gerais de direito tributário” - que pode ou não incluir a definição de contribuinte - é certo que o contribuinte do ICM foi definido pela Constituição, pelo que, nesse particular aspecto, a constituição não atribuiu competência à lei complementar