

Costa, prolatou brilhante voto, em que, analisando todo o histórico da evolução legislativa do problema da incidência do ICM sobre as saídas de charque, bem como os diversos aspectos jurídicos que a questão comporta, inclusive o constitucional, concluiu pela procedência da tese fazendária, no sentido da exigência do tributo sobre o valor total das operações.

4. Não me furto ao prazer de transmitir oralmente as judiciosas razões contidas naquele voto, do qual junto cópia autêntica, as quais peço vênias a seu ilustrado autor para que passem a fazer parte integrante do presente.

4.1. Adotando-as como razões de decidir, dou provimento integral ao recurso, para reformar o V. acórdão revisando, restabelecendo a decisão de primeira instância.

Sala de Sessões, em 16 de junho de 1980.

a) Cesar Machado Scartezini, Relator.

VOTO EM SEPARADO

1. Pedi vista dos autos para melhor examinar os respeitáveis votos já inseridos e reexaminar a posição que assumi, com o proferido no proc. DRT-1 n. 15600/78.

2. Notei que brilhantes e eruditos votos, entre eles o do Dr. Carlos Celso Orcesi da Costa, seguem a linha de que, estando determinado pelo Convênio AE n. 10/74 que o charque é industrializado, nada mais há por ser feito a não ser observar o dispositivo.

3. "Data maxima venia" dos que assim pensam, o problema, a meu ver, não é de tal simplicidade.

4. Inicialmente, é dever desta Corte analisar as situações criadas e deduzir, mesmo porque, dentro do preceito Constitucional, ninguém pode ser obrigado a fazer ou não fazer se não em virtude de lei, art. 153, § 2.º.

5. Ora, o convênio e o decreto, não têm força de lei para obrigar ou não.

6. As autoridades públicas, partindo de outro preceito constitucional, não podem alterar o que bem entenderem e como bem entenderem.

7. Já demonstrei, a fls., que o art. 23, da Constituição, autoriza essa forma política para conceder ou revogar parcial ou totalmente isenções.

8. Deixei claro que a Lei Complementar n. 24, de 7 de janeiro de 1975, "data venia", está repleta de ilegalidades, inconstitucionalidades e extrapola os níveis constitucionais, regulando acima da própria Lei Magna e que, na pior das hipóteses, teria validade da data de sua promulgação em diante e não retroativamente.

9. Ficou muito claro, "permissa venia", para quem entender quiser, a excelência e perfeição do voto proferido pelo ilustre Juiz, Dr. Alvaro

Reis Laranjeira, que o reformulou, porém que eu o adotei, posto que o referido Convênio AE n. 10/78 não está incorporado à legislação paulista.

10. Igualmente, ficou claro que os produtos possam ser industrializados ou não, em virtude de convênios ou decretos, porém o são por sua própria natureza e apresentação e que, para mim, o charque continua sendo produto "in natura".

11. O E. Supremo Tribunal Federal tem linha jurídica e jurisprudencial sobre o assunto e não podemos pretender ser-lhe superior e nem o queremos ou ousamos, por certo.

12. Lembro, ainda, a norma paulista, fixada pela Lei n. 440/74 e pelo seu Regulamento, baixado pelo Dec. n. 5.410/74, em o art. 42, § 1.º, que determina:

"Uma vez provado que as mercadorias mencionadas nos incs. de I a IV ficaram sujeitas ao imposto por ocasião da saída do estabelecimento..., poderá creditar-se do imposto relativo às respectivas entradas, na mesma proporção das saídas tributadas" e o inc. IV, do artigo, cuida de que sejam "para comercialização, quando suas saídas não sejam tributadas ou estejam isentas".

13. E quem pode o mais, pode o menos, que é o caso dos autos em exame.

14. Esse pensamento e conclusão ficam mais sólidos, ainda, ao se notar que o E. Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, por seu plenário, julgando a apelação n. 247332, entende que o direito ao crédito é legítimo, inclusive nos casos de compra de mercadoria com ICM diferido, como se lê a fls. 82/93, do Boletim APT, n. 154, da DIPLAT, da Secretaria da Fazenda.

15. Poderia, ainda, destacar que o Dec. n. 14.737, de 15 de fevereiro de 1980, publicado no Diário Oficial do Estado aos 16.2.80, entende que a saída de peixe em estado natural, congelado, resfriado, salgado, seco, etc., está isenta do imposto e, assim, está feita a discriminação para com o charque, por ser usado o mesmo processo de SECAGEM ou desidratação para um e para outro produto

16. Não desejando estender-me em considerações que sei desnecessárias, ao alcance que os ilustres pares já têm da matéria, concluo — pelo que já expus antes e pelo que agora venho de aduzir — que, para as saídas de charque, considerado como querem uns como sendo produto industrializado, não há lei para se exigir o imposto; e bem caracterizado ser o charque um produto "in natura", como efetivamente o é, não se pode compeli-lo à incidência do ICM, já que alcançado pela própria isenção, sem embargo das mais considerações que expendi.

17. Tais razões, levam-me a conhecer do recurso da Fazenda e, no mérito, negar-lhe provimento, man-

tendo assim a R. decisão da C. 3.ª Câmara.

Sala das Sessões, em 30 de junho de 1980.

a) Jamil Zantut.

VOTO EM SEPARADO

1. Pedi vista deste processo a fim de, com a devida vênias, produzir contestação ao voto que proferiu o Dr. Jamil Zantut, do qual ousou discordar.

2. Os argumentos de Sua Senhoria podem ser assim resumidos:

2.1. Nos termos do art. 153, § 2.º, da Constituição, "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". Ora, o tratamento fiscal dado ao charque o foi por convênio e por decreto, logo não pode ter coerção sobre os contribuintes.

2.2 A Lei Complementar federal n. 24, de 7.1.75, "está repleta de ilegalidades, inconstitucionalidades e extrapola os níveis constitucionais, regulando acima da própria Lei Magna..."

2.3. O Convênio AE n. 10/74 "não está incorporado à legislação paulista".

2.4. Os produtos não são considerados industrializados por força de convênios ou de decretos, mas por sua própria natureza; assim o charque continua sendo produto "in natura".

2.5. O § 1.º do art. 42 asseguraria direito de crédito ao contribuinte.

2.6. O tratamento fiscal dado aos peixes (Dec. n. 14.737, de 15.2.80) justificaria o tratamento pretendido pelos charqueadores.

3. Não é aqui e agora o lugar nem o momento para defender a constitucionalidade da Lei Complementar federal n. 24, de 7.1.75.

3.1. Permito-me apenas lembrar que ela é oriunda do Projeto de Lei Complementar n. 32/74, que recebeu, da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara Federal, parecer "pela constitucionalidade, juridicidade e boa técnica legislativa" (Diário do Congresso Nacional de 20.3.74, Seção I, p. 684). No Senado, recebeu o n. 182/74 e, submetido à Comissão de Constituição e Justiça dessa Casa do Congresso Nacional, recebeu parecer naquele mesmo sentido (Diário do Congresso Nacional, 3.12.74, Seção II, p. 5746). E até a presente data não foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

3.2. No plano doutrinário eu me permitiria lembrar o ensinamento de Ivan Lima Verde ("O Conceito de Isenção em Face da Lei Complementar n. 24/75", Revista "Projeção" n. 21, 1978, pp. 79/82) e de José Souto Maior Borges ("Aspectos Constitucionais do ICM", Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, junho de 1977, pp. 38/39).