

Assim entendendo, na esteira, aliás, de outros arestos já proferidos no mesmo sentido, dúvida não resta de que a indigitada diferença ora pleiteada perde sua razão de ser.

Ante o exposto, e considerando o que mais dos autos consta, hei por acolher o recurso a fim de julgar insubsistente o auto.

Sala das Sessões, em 20 de março de 1985.

a) José Manoel da Silva, Relator.

VOTO EM SEPARADO

1. Pretende o Fisco que o ICM seja cobrado com base na pauta vigente na data em que o café foi remetido para Minas Gerais. O Contribuinte, contudo, efetuara o pagamento com base na pauta vigente na data da revenda do café que, no caso, coincidiu com a do retorno do café para o Estado de São Paulo.

2. Em condições normais a segunda pauta seria de valor superior à primeira. No caso, porém, em razão de comportamento anormal do mercado, a segunda foi de valor menor. Daí a pretensão do Fisco em exigir a diferença.

3. Para o Fisco, o imposto que deveria ser pago é aquele que ficou suspenso na ocasião em que o café deixou o território paulista. Portanto, deve ser cobrado sobre os valores da época.

4. O ilustre Relator, contudo, entende que o pagamento com base nos valores atuais encontra apoio no § 2.º do art. 296, do Regulamento vigente à época, na redação dada pelo Dec. n. 9.917/77.

5. Essa posição, a meu ver, é a mais sustentável, eis que encontra arrimo no § 2.º da cláusula segunda do Convênio ICM n. 5/76.

6. Assim, acompanho o voto do ilustre Relator, pela insubsistência do auto inicial.

Sala das Sessões, em 27 de março de 1985.

a) Antônio Pinto da Silva.

PARECER DA REPRESENTAÇÃO FISCAL

Pedi vista do presente processo para um exame mais detido de suas peças, em especial dos votos proferidos pelos preclaros Juízes, Dr. José Manoel da Silva (Relator) e Dr. Antônio Pinto da Silva.

Entenderam aqueles doutos Juízes que os recolhimentos efetuados pelo au-

tuado, com base nos valores do café (pauta fiscal) ao tempo da transmissão de sua propriedade, ocorrida no Estado destinatário (MG), estariam corretos e encontrariam apoio, tanto no § 2.º do art. 296 do RICM vigente à época, como no § 2.º da cláusula segunda do Convênio ICM n. 5/76.

“Data maxima venia”, não posso concordar com o entendimento supra: seja porque o § 2.º, do art. 296, do RICM referido limitou-se a fixar o momento em que o imposto devido sobre a remessa do café a outra unidade da Federação deveria ser recolhido, não se lhe podendo atribuir qualquer efeito relativamente ao cálculo do imposto, que, em consonância com o disposto no art. 144 do CTN, continua vinculado à ocorrência do fato gerador; seja porque a cláusula segunda do Convênio ICM n. 5/76, à qual o § 2.º invocado está vinculado, cuida de estabelecer o montante do ICM a ser adicionado no Estado destinatário, em casos de exportação ou venda de café ali depositado por Contribuinte de outro Estado, não cuida dos valores a serem cobrados no Estado de origem do café em razão de sua remessa a outra unidade da Federação. Basta notar que, quando da edição do Convênio ICM n. 5/76, vigia o RICM aprovado pelo Dec. n. 5.410/74 em sua redação original, que, no § 1.º, item 1, de seu art. 296, estabelecia que o imposto devido sobre as remessas de café para outra unidade da Federação deveria ser recolhido “antes de iniciada a remessa”; não havendo, portanto, como pretender que o disposto no § 2.º, da cláusula 2.ª, do Convênio mencionado pudesse ter aplicação àquela operação.

Por esclarecedoras, quanto ao real alcance do § 2.º do art. 296, do RICM (redação dada pelo Dec. n. 9.917/77), peço vênias para reproduzir aqui algumas das considerações do então Coordenador da Administração Tributária constantes do Parecer por ele proferido no proc. SF n. 2390/82, cuja cópia encontra-se a fls. como segue:

“9.5. Com efeito, é ponto pacífico que o Direito Brasileiro desconhece regulamento “*praeter legem*”. Não obstante não seja vedado ao poder regulamentar a capacidade para a criação de deveres e obrigações acessórias, conforme lembra Alberto Xavier (“Princípios da Legalidade e da Tipicidade de Tributação”, Ed. Rev. dos Tribunais — SP, 1978, págs. 29/39) é fora de dúvida que a obrigação tributária principal só pode erigir-se por lei, por isso que se diz “*ex-lege*”.

9.6. Só a lei pode criar ou aumentar tributos, modificá-los ou diminuí-los. E mesmo esta, nessa empreitada

haverá de ater-se aos parâmetros delineados pela Carta Magna. Lembra Pontes de Miranda (“Comentários à Constituição de 1967”, Ed. Rev. dos Tribunais, 1967, vol. II/352) que os conceitos que correspondem às diferentes espécies de impostos, se constam da Constituição, são conceitos de direito constitucional e não de legislação ordinária. Logo, essa legislação ordinária não poderá atentar contra aqueles conceitos, definindo um tributo que a eles não corresponde. E se isto é certo em relação à lei, que detém o monopólio da criação de impostos, muito mais certo será com referência ao regulamento que não porta primazia semelhante.

10. Identificado esse desacerto, haverá de se dizer que a regra do § 2.º, item 2 do art. 296 do RICM (Dec. n. 5.410/74) não pretende definir o fato gerador do ICM, ao contrário do que quer fazer crer a interessada. É, em verdade, preceito que se liga ao tempo de pagamento, o que induz ao reconhecimento de que se refere à satisfação de uma obrigação já nascida, dada pela ocorrência do fato gerador, saída de mercadoria (café), de estabelecimento produtor.

10.1. No caso versado, portanto, o fato gerador do ICM é dado pela saída do café do estabelecimento produtor, com destino à cooperativa interessada, em Minas Gerais e não pela posterior transmissão da propriedade do produto no território mineiro. Este último marcaria apenas o início do prazo (5 dias úteis) dentro do qual o imposto devido pela operação interestadual seria pago.”

Das oportunas ponderações supra-transcritas, que situam, com precisão, o momento da ocorrência do fato gerador, atreladas à norma do art. 144, do CTN, pela qual se verifica que “O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador”, resulta patente que o cálculo do ICM devido nas operações em questão somente poderá ser feito com base nos valores do café (pauta fiscal) vigentes quando das remessas efetuadas pelo produtor paulista à cooperativa de que é filiado. A cobrança sobre valores vigorantes posteriormente acarretaria aumento ou diminuição do ICM efetivamente devido, sem o indispensável respaldo de lei.

Isto posto, esperando ter demonstrado a legitimidade e a correção da exigência ainda subsistente nos autos, solicitamos da Colenda Câmara o desprovenimento do recurso.

Sala das Sessões, em 24 de abril de 1985.

a) Sylvio Vitelli Marinho, Representante Fiscal.