

dante e que, ao mesmo tempo, portanto, servirá de base de cálculo para pagamento do ICM. Claro que a recorrente — ora recorrida —, por ocasião do balanço, quando apura os estoques finais, obtém o efetivo custo daquelas mercadorias, pela surrada fórmula estoque inicial, mais entradas, menos saídas, mais estoque final. E é por isso, decerto, que a contabilidade, no particular, não mostra os mesmos números da escrita fiscal. Mas, uma coisa é conhecer-se o custo real, e outra é o preço cobrado do encomendante. A ninguém é vedada a prática de preço inferior ao custo, ainda que o conheça desde logo, não gerando tal prática qualquer obrigação de complementar o que já foi pago sobre o valor da operação”.

8. E concluía o Dr. Duclerc: “Exigir-se que se pague o ICM sobre o custo, como se pretende, equivale a lançar o tributo por pauta fiscal, que não foi instituída regularmente, mormente para as operações em apreço. Assim, e salvo naturalmente a comprovação de fraude, subfaturamento, etc., de que, por enquanto, não se cogita, não vejo como manter a r. decisão recorrida”.

9. Os nobres Juízes Hafez Mograbi, Joaquim de Carvalho Júnior e Rosario Benedicto Pellegrini acompanharam o voto do Dr. Dias Conrado.

10. Em seguida, analisando pedido de reconsideração, o douto Representante Fiscal, Dr. Sezefredo dos Passos Garcia Machado, teve ensejo de desenvolver o seguinte raciocínio: “Na industrialização para terceiros, cobra o industrializador do encomendante o preço pela respectiva industrialização, onde, por óbvio, está computado o valor das matérias-primas empregadas. Se assim o é, há que se convir que, no mínimo, o preço das matérias-primas saídas deve ser o de sua aquisição. Por isso mesmo, ainda que a autuada não pudesse, de imediato, apurar o custo efetivo das mesmas, cumpria a ela, quando da apuração do custo das matérias-primas saídas em cada exercício, proceder ao debitamento do ICM devido pela respectiva diferença”.

11. Foi relator da reconsideração o ilustrado Juiz Geraldo Lopes. Após sustentar, tecnicamente, que no caso apenas o Fisco absteve-se de homologar o lançamento escriturado pelo contribuinte, consignou interessante rol de alternativas que restariam ao contribuinte, “in verbis”: “1 — contratar profissional competente para fazer cálculos do material empregado, corretamente; 2 — requerer restituição, nos casos em que se debitou a maior e recolher, nos casos em que se debitou a menor; 3 — arrostar a lavratura do auto de infração e discutir. Desnecessário dizer que o Contribuinte optou pela última alternativa, discutindo aqui o próprio mérito da autuação”.

12. O centro do pensamento do Dr. Lopes é o seguinte: “Doutrinariamente, entendo que o valor cobrado do encomendante deve constituir-se obrigatoriamente do valor dos serviços

prestados e do valor das mercadorias empregadas no processo industrial (art. 29). No caso sob exame, a recorrida debitou-se somente do valor estimado das mercadorias empregadas e, confessadamente, mal estimado”. Para S. Exa. seria “irrelevante, para decisão da questão, saber se a recorrida praticou preços abaixo do custo, o que ela mesmo nega no petitório de fls. Pode-se admitir que um industrial pratique preços abaixo do custo esporadicamente, mas não sistematicamente, como ocorreu em caso, pois contraria a própria essência da atividade, que tem finalidade sempre lucrativa”.

13. Votaram os eminentes pares Carvalho Júnior e Pellegrini no sentido da manutenção de seus anteriores votos, da mesma forma que o Dr. Levy Ramos confirmava o seu. O ilustre Presidente da Câmara, Dr. Rosario Benedicto Pellegrini, desempatou, decidindo, numa palavra, pela insubsistência do auto. Após a interposição do recurso já mencionado inicialmente, observadas as formalidades processuais, não tendo havido contra-razões, vieram-me os autos.

VOTO

1. O embasamento legal do recurso extraordinário é o inc. I do art. 526, do antigo RICM, que estipula seu cabimento “das decisões não unânimes que deixarem de acolher totalmente os pedidos de reconsideração interpostos pela Fazenda do Estado”. A norma veio repetida pelo inc. I do art. 529, do Dec. n. 17.727/81.

2. O dispositivo é altamente criticável. Dele o mínimo que se pode dizer, “data venia”, é que é imoral. Tem o condão de estipular como fundamento jurídico de um recurso extraordinário uma adição aritmética decorrente de uma contagem de votos.

2.1. Este Tribunal, que ainda há pouco tempo discutia com profundidade os direitos de paridade entre as partes em litígio, como necessárias à correta aplicação da justiça, poderá meditar sobre os fundamentos do inc. I do art. 529, que não existe em qualquer legislação processual por nós conhecida.

2.2. A imoralidade de uma regra legal redundante do simples exame de sua “ratio essendi”, de sua idéia. Se o conteúdo desta norma é beneficiar a Fazenda Pública na condição de parte, se seu conteúdo é fazer promover uma análise factual, probatória, pela eliminação do requisito de contrariedade à lei constante do inc. II do mesmo art. 529, então não apresenta estofamento jurídico, mas simplesmente positivo. E, verdadeiramente, nem tudo que é positivo é jurídico, como por exemplo a força do canhão.

2.3. Elimina-se a razão do conhecimento. Nem seria mister lembrar a lição dos processualistas a respeito da história, razão e função de um recurso não por acaso batizado de extra, de extraordinário (Moacir Amaral Santos, “Primeiras Linhas de

Direito Processual Civil”, Ed. Limonad, 1973, 3.º vol., 4.ª ed., págs. 197/216).

3. Todavia, mal maior que criticar a imoralidade seria negar que ela existe. Os que desejam a livre aplicação do direito pelo julgador, transformado em criador mais que em conhecedor da lei, guardam o vazo pior de transformar o direito num ramo inseguro e variável de ordenamento social.

3.1. Por estas razões, sem não antes reler o dispositivo do inc. I do art. 529, do RICM, convencendo-me agora inteiramente de que ele realmente existe, tomo conhecimento do recurso. Por uma questão não só de simples semântica, prefiro porém deixar de chamá-lo extraordinário, tomando-o como uma “segunda reconsideração”.

4. No mérito, o cerne da controversia prende-se em saber da licitude ou não da utilização, no exercício de 1976, de base de cálculo tributária inferior aos valores das mercadorias efetivamente empregadas no processo industrial.

4.1. A dificuldade em fixar-se a base de cálculo idêntica ao preço das mercadorias empregadas explica-se por si mesma. O industrial compra as mercadorias a granel, aplicando-as unitariamente, parcialmente, proporcional e paulatinamente, no beneficiamento de tecidos. Quer isto dizer que o recolhimento do ICM, a cada operação, se faz por estimativa de custo, que, naturalmente, deve ser a mais precisa possível, para que, no balanço ao final do exercício, o Contribuinte não pague menos que o valor do custeio do material empregado, nem, ao contrário, mais do que está obrigado.

5. No caso dos autos, a estimativa do ano de 1976 não guardou exatidão com verdadeiro preço do custo das mercadorias, quando no balanço foi apurada a soma das diversas operações de beneficiamento realizadas durante o exercício.

6. Diante deste quadro fático, propugnou a corrente majoritária da E. 5.ª Câmara, esteada no voto do Dr. Duclerc Dias Conrado, que não houve prática em si mesma ilícita, posto que o valor do imposto pago, embora inferior ao custo real, por si só não é ilegal. Para S. Exa., a ninguém é vedada a prática de preço inferior ao custo, mesmo que o conheça desde logo, não gerando tal prática qualquer obrigação de complementar o que já foi pago sobre o valor da operação.

6.1. Este raciocínio, embora sustentável, é teleologicamente perigoso, na medida em que destoa da presunção natural da obtenção, pelo comerciante, do lucro. Não se haverá, portanto, de fixar a tese de que a prática habitual, reiterada, persistente, de vendas a preço inferior ao custo pode ser admitida.

6.2. Parece-nos, ao contrário, que o comércio é atividade lucrativa, o que nos induz a crer que a venda de-