

VOTO EM SEPARADO

1. Pedi vista a fim de examinar o processo, em face do estatuído no art. 1.º, inc. VI, do Decreto n.º 8.065, de 23-6-76, o qual declara cancelados os débitos fiscais correspondentes a imposto e multa, que se enquadrem na seguinte hipótese:

«VI — imposto devido em virtude de incidência sobre a parcela do valor acrescido correspondente à mão-de-obra nas industrializações por conta de terceiros realizadas até 5 de novembro de 1975, inclusive, dia da celebração do Convênio ICM 36/75, nos casos em que o contribuinte equivocadamente tenha recolhido ao Município o imposto sobre serviços de qualquer natureza.»

2. Convém, para esclarecer o alcance da norma acima transcrita, recordar a «occasio legis». O Regulamento do ICM, aprovado pelo Decreto n.º 5.410/74, suprimiu as isenções previstas nos incs. I e II, do art. 5.º, do Regulamento anterior, as quais foram substituídas pelo diferimento, que passou a abranger tanto as operações internas como as interestaduais. Assim, de acordo com o art. 53, do Regulamento do ICM, aprovado pelo Decreto n.º 5.410/74, em sua redação original, o lançamento do imposto incidente sobre as saídas de mercadorias para industrialização, em outro estabelecimento, ficou diferido para o momento da saída do produto industrializado realizada pelo autor da encomenda. O industrializador, executor da encomenda, devia cumprir o estatuído no art. 258, do Regulamento do ICM, isto é, emitir nota fiscal para acompanhar o produto, em retorno, com destaque do ICM sobre o valor total cobrado do autor da encomenda.

3. Enorme celeuma surgiu, especialmente nos casos em que o industrializador executava a encomenda, aplicando somente mão-de-obra. Argumentava-se que, neste caso, apesar do estatuído nos arts. 28 e 29, do Regulamento do ICM, não havia incidência do ICM. Não havia, porque o industrializador não fornecia mercadorias. O valor acrescido, conforme é cediço, pode constituir a soma das parcelas referentes às mercadorias empregadas no processo de industrialização e da atinente à mão-de-obra, ou ser representado somente pela importância cobrada a título de mão-de-obra, quando inexistir o emprego de mercadorias. Mas, muitas empresas, algumas das quais bem assessoradas, entenderam que, no retorno do produto industrializado, o ICM incidiria sobre o valor da mercadoria empregada e o ISS sobre o valor da mão-de-obra. Interpretação, menos correta, porque de acordo com a Emenda Constitucional n.º 18, de 1965, e com a Constituição da República, modificada pela Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, o ISS não pode incidir sobre atividades compreendidas na competência tributária da União e dos Estados. Ora, na competência dos Estados se inscreve exatamente a circulação das mercadorias, ainda que durante a

fase de sua elaboração. Assim, o ICM incide sobre todas as saídas ocorridas durante a fabricação do produto. Qual a base de cálculo? O critério escolhido foi o valor total cobrado do autor da encomenda. Mas, a incompreensão acima referida motivou a edição do item VII, da Cláusula primeira, do Convênio ICM n.º 36/75, que alude à remissão relativa «à falta de recolhimento do imposto sobre circulação de mercadorias sobre a parcela de valor acrescido correspondente à mão-de-obra nas industrializações por conta de terceiros, realizadas até a celebração deste Convênio, nos casos em que o contribuinte, equivocadamente, tenha recolhido ao Município o imposto sobre serviços de qualquer natureza». Equívocos que motivaram o acréscimo do § 5.º ao art. 53, do Regulamento do ICM, pelo art. 1.º, do Decreto n.º 5.605/75, de acordo com o qual o diferimento deveria abranger o valor da mão-de-obra, desde que o executor da encomenda estivesse classificado nos Códigos de Atividades Econômica ns. 86570 a 86637 e 86639 a 86648. Objetivou-se especificamente o setor têxtil, ou seja os chamados faccionistas. Com esta medida os problemas não foram, de todo, resolvidos, sobrevindo o Decreto n.º 7.009/75, cujo art. 1.º deu nova redação ao questionado § 5.º, que passou a soar:

«Nos casos em que o estabelecimento de origem, autor da encomenda, se localize neste Estado, o diferimento previsto neste artigo compreende, também, a parcela do valor acrescido correspondente ao valor dos serviços prestados a que se refere o art. 29.»

4. Colhe-se desta rápida recordação que o item VII, da Cláusula primeira, do Convênio ICM n.º

36/75, preconizou o cancelamento dos débitos fiscais decorrentes das saídas de mercadorias, em retorno, ao estabelecimento de origem, efetuadas pelo executor da encomenda, desde que este, no processo de industrialização, tenha aplicado somente mão-de-obra.

5. Este cancelamento não se aplica à hipótese vertente. Não se cuida de industrialização por conta de terceiros, conforme salientou o ilustre Juiz, Dr. Vicente Pessoa Monteiro, que se reportou ao voto exarado pelo ilustre Juiz, Dr. José Joaquim Pinto de Miranda, no proc. DRT-1 n.º 48683/73, e observou:

«...com efeito, não se pode aceitar que o «freguês», compre a fazenda e tenha a roupa pronta no mesmo dia.»

6. Com estes esclarecimentos, subscrevo o voto do ilustre Juiz Relator.

Câmaras Reunidas, em 30 de maio de 1977.

a) Alvaro Reis Laranjeira.

RESUMO DA DECISÃO: Pedido de revisão de julgado interposto pela TIT-13. Conhecido o recurso e, no mérito, restabelecida a decisão de primeira instância. A multa fica revista, nos termos do art. 491, I, «a», do Decreto n.º 5.410/74, para Cr\$ 15.023,21, sem prejuízo do imposto de Cr\$ 15.023,21. Vencidos, quanto ao mérito, os Srs. Madio Chiarella, Armando Casimiro Costa e Cyro Penna César Dias, que negavam provimento ao recurso. O Sr. Alvaro Reis Laranjeira votou com esclarecimentos, sendo acompanhado pelos Srs. Márcio Coelho Lessa e Antônio Pinto da Silva. Processo DRT-1 n.º 40639/73.

DEVOLUÇÃO DE MERCADORIAS POR PARTICULARES — DIREITO AO CRÉDITO, INDEPENDENTE DA FORMALIZAÇÃO DE GARANTIA — PEDIDO DE REVISÃO DO CONTRIBUINTE PROVIDO, JULGADO INSUBSISTENTE O AUTO DE INFRAÇÃO.

RELATÓRIO

Processo julgado em 4-12-73, tendo sido Relator o ilustre Juiz, Dr. Guilherme Graciano Gallo.

RESUMO DA DECISÃO: Negado provimento ao recurso. Decisão unânime.

Pedido de revisão interposto pela parte. Pela Representação Fiscal foi solicitada à TIT-13 a juntada de cópia da decisão na qual foi proferido o voto invocado, e que foi feito.

Incabível a notificação para o Contribuinte apresentar contra-razões ao próprio pedido de revisão, aceitas como aditamento ao próprio recurso.

A Representação Fiscal, em seu parecer, manifesta-se pelo não provimento do recurso.

VOTO

Acolho o apelo, pois patente a divergência entre os arestos trazidos à colação.

No mérito, infere-se envolver o processo «sub judice» matéria já de sobejo conhecida destas EE.CC.RR. ou seja, «devolução de mercadorias por

particulares ou não contribuintes do ICM».

Conforme tenho tido ensejo de me pronunciar em processos diversos, nos quais fui Relator ou Juiz votante em separado, as Instruções baixadas através da CAT n.º 3/68, item I, procuraram limitar o alcance do antigo preceito contido no art. 42, inc. VII, do Decreto n.º 47.763/67, dispondo que a devolução e o conseqüente aproveitamento do crédito daí envolvente, somente poderia dar-se nas expressas condições estabelecidas por prazo determinado, fixado em documento de garantia.

Ora, em se tratando de matéria já sobejamente tratada pelos nobres julgadores, quer compulsando a doutrina insita no Direito Contratual — «ex vi» os maiores juristas pátrios, como Sylvio Rodrigues, Santiago Dantas, Sebastião de Souza, Clóvis Bevilacqua, Cunha Gonçalves, Cretella Júnior e, ainda, outros alienígenas —, quer prolatando seus votos hei por inferir que nem a lei tributária vigente à época da lavratura do auto de infração dispôs sobre a formalização da garantia,