

VOTO VENCIDO

Votei vencido, *data venia* da douda maioria.

Entendo não estar sujeita à incidência do I.C.M. a operação efetuada entre o arrendante, empresa *leasing*, e o arrendatário.

No *leasing*, a causa é o investimento em bens de capital (Fábio Konder Comparato, in *Rev. For.*, vol. 250/9).

A instituição financeira compra o equipamento de terceiros e o coloca diretamente à disposição do locatário. Não há duas entradas e saídas de mercadoria, mas uma só: do vendedor ao locatário *ob.* e *aut. cits.*, pág. 11).

A empresa *leasing* não pretende vender, nem alugar, mas inverter dinheiro e receber o principal e juros com uma garantia real que consiste no bem dado em *leasing* (Arnold Wald — *Rev. For.*, vol. cit., pág. 30).

Se o fisco estadual fizer incidir I.C.M. sobre a soma de todos os valores recebidos pela arrendadora, a qualquer título, não se concebe como o *leasing* poderá subsistir (*ob.* e *auto. cits.*, pág. 30).

É pacífica a jurisprudência administrativa no sentido de ser incluído o *leasing* na incidência do I.S.S., como sendo uma forma peculiar de locação (*ob.* e *aut. cits.*, pág. 41).

Dai se conclui que o I.C.M. não deve onerar o *leasing*, pois os dois tributos jamais podem cumular-se.

Para remate, é bem de ver-se que "tratando-se de bens de ativo fixo que se destinam a nele permanecer por mais de um ano, não se caracteriza a existência de circulação de mercadoria, que possa justificar a incidência do I.C.M."

A companhia *leasing*, ao adquirir no mercado interno o equipamento, deverá pagar o I.C.M. referente à compra do bem, mas sobre a operação *leasing* propriamente dita, realizada entre o arrendante e o arrendatário, é que esse tributo não deve recair, por absoluta falta de amparo legal.

Agora, se se trata, como na hipótese dos autos, de importação de bens de capital (fls. 21 a 58), aí, nem ao receber a mercadoria importada, o arrendante pagará o I.C.M. (Súmula 570 do S.T.F.).

Foi por tais razões que eu neguei provimento à apelação, pois entendendo que a sentença está rigorosamente certa.

DES. FELISBERTO RIBEIRO

FEITO CÍVEL N.º 34.675, DE NITERÓI

(1.ª CÂMARA CIVEL)

Relator : Desembargador Rodrigues Silva
Agravantes : 1.º Dr. Juiz de Direito dos Feitos da Fazenda Pública "ex officio";
2.º A Fazenda Pública Estadual
Agravada : Usina Santa Cruz S/A

EMENTA — IMPOSTO ÚNICO SOBRE COMBUSTÍVEL. Álcool anidro. O imposto único é de incidência limitada, que só ocorre, não "in genere", mas "in specie", segundo definição ou classificação normativa, seja através de lei, seja através de regulamentos. Nem sempre coincidem definição técnica ou o juízo comum e definição jurídica. O imposto único colhe o bem "per se" e na sua forma originária. Se intervém na composição de outro como ingrediente, perde "ipso facto" sua forma originária ou sua individualidade técnico-econômica, não respondendo por nenhum tributo, sobretudo se o bem a que é incorporado possui o caráter principal e determinante no contexto de uma política com reflexo na órbita jurídica, como é o caso do álcool anidro e da gasolina automotiva. A exclusão de outros impostos opera-se unicamente quando feita a prova do pagamento daquele produto. Se o bem não suporta o imposto único, mas o IPI, prova é que deve responder pelo ICM no âmbito estadual. Nenhuma incompatibilidade em certos casos entre ICM, IPI e IU, porque este só recai sobre o bem na sua forma originária ou sobre o bem em si o qual deixa de existir se padece qualquer transformação produtiva. Provimento do recurso. Decisão contrastantes entre duas Câmaras. Arts. 476, 477, 478 e 479 do C. de P. Civil. Oportunidade para solicitar o pronunciamento prévio do tribunal. Ida dos autos ao Presidente para designar a sessão de julgamento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de petição em mandado de segurança n.º 34.675, de Niterói, em que são agravantes: 1.º DR. JUIZ DE DIREITO DOS FEITOS DA FAZENDA PÚ-

BLICA, "EX OFFICIO"; 2.º) A FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e agravada USINA SANTA CRUZ S/A:

ACORDAM, por maioria de votos, os Juízes que compõem a Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em dar provimento aos recursos e denegar a segurança.

Niterói, 20 de junho de 1974.

FRANCISCO RANGEL DE ABREU
Presidente

RODRIGUES SILVA
Relator

Mandado de segurança de USINA SANTA CRUZ S.A. contra o DIRETOR REGIONAL DA 10.ª REGIÃO ADMINISTRATIVA — CAMPOS, visando a eximir-se da obrigação de pagar ICM relativo "a remessas de álcool anidro, efetuadas pela impetrante, ao IAA para adição a gasolina, isto é, na venda de álcool anidro como combustível". Insurge-se ainda a impetrante contra o total que lhe é exigido, uma vez que pelas decisões administrativas atinentes ao caso, "a impetrante teria sido condenada ao pagamento de quantia inferior à que é cobrada por intermédio da intimação em referência", pelo que "lhe assiste o direito líquido e certo de evitar, através de mandado de segurança, que se lhe faça a cobrança indevida". A sentença acolheu o pedido, concedendo a segurança. Ao lado do recurso obrigatório, subiu também o voluntário da Fazenda (f. 94), com as contra-razões da impetrante à f. 102. O Dr. Juiz manteve a decisão no despacho de f. 110 v. Ouvida a douta Procuradoria da Justiça, ofereceu o parecer de f. 115 com a seguinte ementa: "Incidência tributária do ICM sobre a saída de álcool anidro do estabelecimento produtor. O álcool anidro não está incluído na listagem de produto combustível, mas como de industrializado sujeito à incidência do IPI. Para fazer valer a regra constitucional da exclusão dos demais impostos, quando devido o imposto único, é necessária a prova do pagamento deste último ou seu lançamento, para se considerar indevido outro qualquer. Provimento do agravo para ser cassada a segurança".

Esta é a matéria. Antes de mais nada cumpre-nos examinar a viabilidade formal do remédio. E isto sob dois aspectos, que correspondem afinal aos dois fundamentos ou objetivos do pedido, que, em última instância se excluiriam: ou bem havíamos de cuidar do excesso de cobrança fiscal, ou bem havíamos de voltar para o direito de não caber tal exigência. Vejamos contudo o primeiro fundamento ou alvo do mandado no que toca à preliminar. Sumaria-o a inicial deste modo: "A impetrante foi intimada pela autoridade

coatora, através do Memorando n.º 104/72, datado de 1.º de novembro de 1972, "a recolher no prazo de trinta dias contados do recebimento desta intimação..., até o dia 30 de novembro...", a importância de Cr\$ 24.584,04 (vinte e quatro mil, quinhentos e oitenta e quatro cruzeiros e quatro centavos), "sem correção monetária e juros de mora" (doc. 2); tal cobrança, conforme consta do referido expediente, decorreria de Acórdão do Egrégio Conselho de Contribuintes, proferido no Processo Tributário n.º 41/69, originário do Auto de Infração n.º 747.055, lavrado em 21 de agosto de 1969 (doc. 2-A). Entretanto, como se verifica dos documentos anexos n.ºs 3 e 4, decisões proferidas no respectivo procedimento administrativo, na Primeira Instância e pelo Conselho de Contribuintes deste Estado, relativas àquele Auto de Infração e ao Processo Fiscal correspondente, a Impetrante teria sido condenada ao pagamento de quantia inferior à que ora é cobrada por intermédio da intimação em referência. A discordância apontada — ela só — justificaria esta Impetração e imporia a procedência deste Mandado de Segurança, em face do que dispõe, em dizeres incontrovertidos, o art. 56, I, "A", da Lei n.º 6.219, de 28 de novembro de 1968, que prescreve expressamente: "Art. 56 — O cumprimento das decisões consistirá: I — se favoráveis à Fazenda Pública; A) *No pagamento, pelo sujeito passivo, da importância da condenação*". Segundo se vê, questão é esta que demandaria contraditório e prova de outra ordem, com alentada indagação num e noutro plano, a desbordar-lhe em consequência os limites e portanto a tornar imprópria a via do mandado de segurança para tal fim. Até perícia contábil poderia o caso reclamar. Não há acerto dessa índole que não vá além de afirmações e negações. E se assim é, nem sequer conheceríamos do mandado e, se dele conhecêssemos, seria para o denegarmos, uma vez que não se trata neste particular de direito líquido e certo. De mais a mais a contradita da impetrante ao excesso que acaso pretenda a Fazenda encontraria ainda lugar mais adequado e menos limitado para exercitar-se, que é o executivo fiscal.

O mandado tem porém outro objeto, que é aliás o seu fim real, isto é, a exigibilidade do ICM por venda de álcool anidro ao IAA para adição à gasolina, isto é, por venda de álcool anidro como combustível, que assim estaria sujeito ao imposto único, o que excluiria aquele tributo. Salienta a Fazenda que ainda sob este aspecto haveria aqui um direito despido de liquidez e certeza. Convém transcrever-lhe a arguição (f. 97):

"O suporte fático da impetração está em que o álcool anidro é combustível. Observe-se, entretanto, que a impetrante não produziu a prova convincente, inequívoca, concludente, de que se trata de combustível, como exige a medida excepcional visada. Assinale-se que entre os produtos clas-

sificados pela lei como combustíveis, por isso sujeitos ao imposto único federal, não figura o álcool anidro (Dec. 61, de 1966). A impetrante procura justificar o seu enquadramento na categoria de combustíveis em função da finalidade eventual de adição à gasolina automotiva, não obstante declarar que o produto se presta a numerosas outras aplicações industriais. Admita-se (*ad argumentandum tantum*) que o álcool possa compartilhar da natureza de combustível pelo só fato de destinar-se ao aditamento à gasolina. Nessa ordem de idéias, à impetrante cumpria provar a destinação do produto, vale dizer, provar que as vendas em causa se destinavam especificamente ao preparo da gasolina, sem o que o álcool não se caracteriza como combustível para efeito da segurança pleiteada. Além de simplista e absurdo mesmo, o raciocínio não aproveita à impetrante, eis que nem cogitou ela de fazer a prova da destinação do produto à adição com a gasolina. O dizer de modo genérico que o álcool tem propriedades combustíveis nada acrescenta. É que, consoante sabença vulgar, os álcoois são compostos orgânicos de enorme variedade. Nem todos, entretanto, servem como combustível. Imaginar-se, v.g., que o álcool fonilolílico (ou feniletanol), de larga aplicação como matéria prima da indústria de perfumes, é combustível, roçaria pelo absurdo. Por igual em relação a inúmeros outros tipos, inclusive os chamados álcoois sólidos. Assim, à falta de prova preconstituída da qualidade combustível do álcool anidro, esvazia-se de certeza e liquidez o alegado direito da impetrante. Pois, "a referência à liquidez e certeza do direito tem em vista os aspectos de fato da relação jurídica, as circunstâncias concretas, determinantes da incidência do Direito Positivo, em suma, os pressupostos materiais da individualização da norma genérica, que, fazendo-a aplicar em espécie, dão origem a direito subjetivo" (SEABRA FAGUNDES, *O controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, pág. 309). Não há, portanto, como deixar de reconhecer a carência do direito de impetrar segurança pela impetrante-agravada, dada a ausência de um dos pressupostos de admissibilidade de remédio heróico."

Entendemos que não. É verdade que a qualidade de combustível depende até certo ponto de uma definição técnica. Não porém para o efeito que se tem em mira, porque à lei é atribuída força bastante para implícita ou explicitamente classificar como tal o produto, sendo-lhe assim o dado experimental um pressuposto necessário. O que ela porventura declare, ou o seu regulamento, é o que conta como premissa para o julgador. Ora, o que se depreende de todo o litígio é que este gira em torno precisamente da definição

ou classificação legal do álcool anidro como combustível à vista da Constituição e da lei. Digamos: toda a controvérsia é armada, a partir de mandamentos constitucionais, tendo em conta somente normas legais e regulamentares. Nesse plano pois há de ser ela decidida e não no campo tenso da prova. De sorte que, por mais complexa e penosa que se apresente a controvérsia jurídica, isto não nos deve barrar o acesso ao exame do pedido. Assim é que, fundado nesses motivos, repelimos a preliminar suscitada pela Fazenda. E isto nos leva a penetrar o cerne mesmo do pedido.

O que deseja a impetrante é eximir-se ao pagamento do ICM que lhe cobra a Fazenda Estadual por venda de álcool anidro que fez ao IAA. Não é ela muito clara nem muito estável nos fundamentos a que recorre para proporcionar solidez à sua pretensão. Realmente, num primeiro momento parece valer-se do argumento de que o álcool anidro é *prima facie*, ou tecnicamente, um combustível e como tal alheio à competência fiscal do Estado, dada a regra do inciso VIII, art. 21 da Constituição. Veja-se:

"É de notar-se, a desfazer-se qualquer dúvida, que, na vigência da Constituição de 1967, sob cujo Império foi feita a autuação que se tornaria a origem do Ato coator, vigora sistema jurídico, aliás, na linha de tradição das Constituições anteriores, atribuindo à União competência exclusiva, poderes não concorrentes com qualquer outro, para supervisionar, fiscalizar, controlar, autorizar e tributar a produção, a venda, a *circulação*, a distribuição e o consumo de todos os combustíveis líquidos empregados no País, sem qualquer exceção (art. 22, VIII, da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967 e art. 21, VIII, da Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969). Não é relevante que sobre álcool anidro tenha sido pago o Imposto sobre Produtos Industrializados, pois a União pode cobrá-los, eis que se situa essa prerrogativa, no território de sua competência, em face dos dizeres do mencionado art. 22, VIII, atual art. 21, VIII, da Emenda Constitucional n.º 1/69, os quais explicitamente declaram caber à União a cobrança de impostos sobre a produção de combustíveis líquidos. Nem se nega que possa ocorrer ou que deva ocorrer incidência de Imposto de Circulações de Mercadorias, sobre o álcool anidro, destinado a mistura carburante. O que se sustenta, é que a cobrança do Imposto Sobre Circulação, no caso, só cabe à União jamais ao Estado, em virtude do que estipulava o art. 22, VIII, da Constituição de 1967 e do que ora prescreve o art. 21, VIII, da Emenda Constitucional n.º 1/69. Se a Fazenda Estadual não é competente para cobrar impostos sobre

“Produção, Importação, Circulação, Distribuição ou consumo de lubrificantes líquidos ou gasosos” desde que se considerem os explícitos dizeres constitucionais, ela carece de legitimidade para efetuar a cobrança que pretende, pelo Memorando n.º 104, de 1.º de novembro de 1972, subscrito pela Autoridade Coatora”.

A vista porém da resistência da Fazenda, este fundamento cede o passo a outro que é de resto o em que a impetrante na verdade mais confia: se a lei não define ou classifica diretamente o álcool anidro como combustível sujeito ao imposto único, fá-lo contudo por via oblíqua, ou por outro modo, isto é, submetendo a este imposto a gasolina automotiva, em cuja composição intervém aquele produto. Eis como nas contra-razões de f. 102 se encontra exposto o ponto:

“Embora tais razões evidenciem a improcedência do Agravo, outros fundamentos são a elas acrescíveis: A) O Decreto-lei n.º 61, de 21-11-66, bem assim o Decreto-lei n.º 1.091, de 12 de março de 1970, não se redigem como a insinuação do Recurso. Não é verdade tenham tais Estatutos entendido não ser o álcool anidro combustível líquido. A afirmativa do agravo é inexata. O art. 1.º do segundo daquele Decreto diz, isto sim, que “o Imposto Único sobre lubrificantes e combustíveis, líquidos e gasosos, a que se refere o art. 1.º do Decreto-lei n.º 61, de 21-11-66, passa a vigorar nas alíquotas seguintes, calculadas sobre o custo CIF, expresso em moeda nacional, da unidade de volume de petróleo bruto: “.....
gasolina automotiva, tipo “A” — 320,4
gasolina automotiva, tipo “B” — 369,2.”

E todos sabem que o álcool anidro integra a gasolina automotiva. Essa adição obrigatória remonta ao Decreto-lei 737, de 23 de setembro de 1938, que impõe essa obrigatoriedade em termos taxativos ao dispor: “Os produtores de gasolina, qualquer que seja o método ou processo de sua fabricação, ficam obrigados a adicionar álcool anidro de produção nacional, àquele carburante, quando conveniente e na proporção que for fixada”. A matéria foi, aliás, plenamente elucidada pelo Tribunal de Taxas e Impostos de São Paulo, como se verifica de decisão proferida por sua 4.ª Câmara, no DFR-6.225-70, Relator: Juiz Dario Ranoia, publicada na Revista dos Tribunais, pág. 610, vol. 320: “Sendo o álcool anidro, conforme classificação que lhe deu o Instituto de Pesquisas Tecnológicas do Estado, “um combustível líquido”, quer pela sua essência, quer

pelo seu destino, uma vez que é produzido e utilizado mediante sua adição à gasolina sobre controle do IAA e do Conselho Nacional de Petróleo enquadra-se no art. 15 da Constituição Federal e art. 3.º, “A”, do atual Livro I, não podendo o Estado tributar as operações realizadas com esse tipo de combustível.”

Assim montada a lide, analisemos um e outro fundamento. No que toca ao primeiro, estamos persuadidos de que a razão está com a Fazenda. Com efeito, na sistemática do imposto único, não basta que se invoque de modo geral a competência da União. Ao que pensamos, indispensável é que a lei ou a norma material alcance *in concreto* o produto. Sem a disposição que o compreenda, este se torna ou antes se conserva mercadoria comum, readquirindo a fisionomia ordinária de bem objeto de ato de comércio. Ponderar-se-á que, ainda não se achando no grupo dos produtos jungidos ao imposto único, tal omissão — e será apenas uma omissão — se combustível o bem, não constitui um espaço vazio que possa ser ocupado por ato que se situe noutra órbita de competência tributária, em vista do art. 8.º do CTN: “O não-exercício da competência tributária não a defere a Pessoa Jurídica de Direito Público diversa daquela a que a Constituição a tenha atribuído”. Não nos parece entretanto seja este o caso. É pelo menos o que temos a impressão de colher desta lição de mestre Baleeiro (Direito Tributário Brasileiro — 5.ª edição — p. 76):

“A Constituição instituiu o sistema tributário nacional sob inspiração de várias diretrizes políticas e econômicas, a começar pela da eficácia e preservação do regime federativo. Cada nível do governo — o federal, o estadual e o municipal — foi provido de receitas exclusivas e indelegáveis. Dentro do ponto de vista da técnica jurídico-constitucional, parece supérfluo estatuir-se que o não exercício da competência tributária pela Pessoa que é dela titular não a defere a Pessoa de Direito Público Interno diversa. A competência fiscal não é *res nullius* de que outra Pessoa de Direito Público se poderá aproveitar pela inércia do titular dela. Mas a experiência de deixar-se expresso o óbvio. No regime da Constituição de 1946, art. 15, III e § 2.º, o imposto único sobre minerais do país era da competência exclusiva da União, sem qualquer sombra de dúvida. Como o Congresso retardou a legislação sobre essa matéria, alguns Estados-membros entenderam que o art. 68 do Código de Minas de 1941 não os impedia de cobrar tributos sobre mineradores e seus produtos. E o S.T.F. reiteradamente lhes deu ganho de causa,

sustentando que podiam fazê-lo enquanto uma lei federal não regulasse o imposto único e sua partilha com os Estados e Municípios (p. ex., R.E. n.º 49.351, de 28-6-62, R.F., 202/147; ver CARLOS MEDEIROS, R.F., 205/53; *Súmula* n.º 118). Daí a razão e a utilidade das iterativas regras dos arts. 6.º, pará. único, e 8.º do C.T.N. (Cfr. com o comentário n.º V ao art. 6.º, *supra*)”.

Aí está: “enquanto uma lei federal não regulasse o imposto único e sua partilha com os Estados e os Municípios”. É evidente assim que o art. 8.º cuida do exercício da competência global e não da não inclusão de um produto, seja por sua natureza, seja por qualquer outro motivo, no elenco dos bens sujeitos à incidência do imposto único. Neste caso o que sucede é que o legislador, ainda no exercício daquela competência, não por omissão ou equívoco, mas por ato consciente, não estende a definição legal de determinada categoria de bens (lubrificante, combustível) a tal produto. E para isso terá à sua disposição um sem número de motivos, inclusive — e pode ser que principalmente — o de que se trata de produto que, por suas conexões econômicas e políticas, não deve ser retirado da categoria de mercadoria comum. Seja como for, não acreditamos seja ilícito passar atentado de cego ou ignorante ao legislador. Numa palavra, sem declaração legal expressa, o produto não ascende ao plano nobre de bem essencial ou mercado de carisma político. E se não está ali, não há incidência tributária e em consequência não existe imposto nem obrigação fiscal. Daí a indiscutível procedência, ao que sentimos, destas objeções da Fazenda:

“O álcool anidro não é combustível, por isso que não está sujeito ao imposto único sobre combustível, instituído pela União e elidente de outra qualquer tributação. A impetrante não paga o imposto único, mas recolhe, isso sim, o I.P.I., dele se confessando contribuinte em relação ao álcool anidro. Por outro lado, paga regularmente o I.C.M. incidente sobre o mesmo produto quando negociado com outrem que não o I.A.A. Considerando que não é contribuinte do imposto único federal, como pretender a impetrante a imunidade do I.C.M.? Demais se sobre o produto recai o I.P.I., não há contornar a incidência do I.C.M. Trata-se de modalidades impositivas idênticas sob o ponto de vista econômico e da natureza jurídica. Operam em áreas competências distintas, mas simultâneas. De regra, onde um incide o outro também incidirá. guardados, bem de ver, o tratamento sistemático de cada qual, limitando-se o federal à fase de produção, enquanto o estadual perdura pela circulação econômico-mercantil

afora, até final consumo. Em síntese, posto que a impetrante não contribui com o imposto único sobre o álcool anidro, inexistente motivo legal para resguardá-la do I.C.M. ou de qualquer outro tributo cabível. Tanto assim que ela recolhe normalmente do I.P.I. e dele se confessa devedora. Fora desse quadro a questão refoge de sua postura jurídica correta. O que, em suma, pretende a impetrante é subtrair-se ao pagamento do imposto único e do I.C.M., ou seja, não pagar impostos. Evidencia-se, pois, a inexistência do direito subjetivo alegado pela impetrante.”

Nem se invoque o argumento de autoridade, que não substitui a lei, como faz a sentença, com a transcrição de longo trecho de Baleeiro, em que o eminente tratadista se refere à exceção que o art. 22, § 6.º, da C.F. de 67 abria ao princípio da exclusividade do imposto único. Há ali efetivamente referência a álcool-motor como combustível líquido: “Provavelmente, o legislador teve em vista os produtos do petróleo, mas o texto, como está redigido, compreendia o álcool-motor, e os destilados de xisto betuminoso. Enfim, os combustíveis líquidos ainda que não derivados do petróleo”. Isto contudo não nos impressiona. Em primeiro lugar, porque na última edição de sua obra (*Direito Tributário Brasileiro*) essa parte foi excluída. De outro lado, das duas uma: ou álcool anidro e álcool-motor não são a mesma coisa, ou, para comprovar que são, impõe-se prova técnica, o que excede os limites do mandado de segurança. Na verdade porém são coisas diversas, porque o álcool-motor é sucedâneo da gasolina — ou pelo menos foi, como nos recordam os anos da segunda guerra mundial — e, ao que tudo indica, não tendo mais vez, já não é provavelmente objeto de produção considerável. Por isso mesmo não integra o grupo privilegiado do imposto único. Em suma, no tocante ao primeiro fundamento do pedido — isto é, classificar-se o álcool anidro como combustível — sê-lo-á no sentido comum do termo, não porém no sentido jurídico e tributário: material inflamável sem dúvida, como a lenha, o algodão, mas não é, como sucedâneo da gasolina, *per se*, “utilizado por veículos rodoviários”. De modo que ainda por aqui procedem as objeções da Fazenda à sentença:

“Entretanto o ensino do consagrado escritor não guarda a mais remota adequação com o caso vertente. A uma porque, segundo a lição doutrinária invocada, a imunidade do álcool-motor ao I.C.M. *pressupõe* a incidência exclusiva do imposto único sobre combustíveis, o que no caso não ocorre, pois o álcool anidro não está sujeito a imposição única, como proclama sem reboços a própria impetrante. A outra porque não há nos autos elementos

de convicção de que o álcool anidro se identifique tecnicamente com o álcool-motor a que alude BALEEIRO. Demais disso, a conclusão firmada pelo ilustre tributarista, vale dizer, de que o álcool-motor goza imunidade fora do imposto único federal, ela mesma assenta em premissa falsa, por isso que o álcool-motor, como se sabe, não é passível da tributação única sobre combustível. Note-se, aliás, que o nobre julgador não situou bem a hipótese sob apreciação. Por isso, supôs que a impetrante fosse contribuinte do imposto único federal, imune, em consequência, ao imposto de circulação estadual. A tese em que se funda a impetração é outra. A impetração afirma e reafirma que não recolhe o imposto único sobre combustíveis nas operações que promove com o álcool anidro. O que sustenta, ao contrário do que diz a parte inicial do dispositivo da sentença, é que a cobrança do I.C.M. não é legítima por ser o álcool anidro combustível, sujeito, assim, ao poder impositivo único e exclusivo da União."

Se quanto ao primeiro fundamento o pedido não oferece condições de viabilidade, acontecerá o mesmo com o segundo, que é na verdade, conforme já foi dito, o que a impetrante considera o argumento decisivo, a sua última e inexpugnável linha de defesa? Pois vejamos. Convém recolocá-lo na forma em que ela o monta: o imposto único não incide diretamente sobre o álcool anidro porque incide indiretamente ou como ingrediente que entra na composição da *gasolina automotiva*. Complete-se-lhe o pensamento com a conclusão neste particular das contra-razões do recurso, que é onde esse fundamento surge e ganha corpo:

"Todos os textos que impõem a mistura do álcool anidro à gasolina automotiva deixam claro ser ele um produto carburante. Todos esses preceitos reconhecem ser sua industrialização assunto de interesse nacional. Se é assim, a interferência dos Estados tornar-se-ia além de abusiva, contrária a aspectos políticos que transcenderiam ao âmbito estadual. Pode-se afirmar não ter importância, o fato da União não haver arrolado o álcool anidro entre os produtos sujeitos ao Imposto Único. Realmente, a legislação própria não teria sido omissa. Ela incluiu no respectivo rol a gasolina automotiva, na qual se integra o álcool anidro. Este, conseqüentemente, através da gasolina automotiva estaria incluído."

Afigura-se-nos que não colhe o argumento. Ao que cremos, o imposto único incide sobre o combustível como ele é, no seu estado natural e não transformado ou como ingrediente do outro produto.

Ou melhor: quando entra na composição de um bem que já suportou o ônus fiscal. O que sucede é que o imposto "incidirá uma só vez". Isto é, o produto é desde a origem empregado como força motora e em consequência desde aí — *ex radice*, digamos — sujeito ao imposto único. Não é esta a destinação específica ou normal do álcool anidro. A gasolina automotiva gasolina é e é só por isso, com esse sinal de origem e de destinação, que atrai a incidência desse tributo. O álcool que porventura participe de sua composição nada lhe acrescenta, não lhe transmuda a natureza nem a desvincula do seu destino técnico-econômico, que lhe é inerente desde a hora em que é produzida. Nem se objete que, se admitirmos a cobrança do ICM sobre o álcool anidro que é associado à gasolina, estaremos dando azo a uma bitributação. Já vimos que não, pois é a gasolina que suporta o imposto. Em todo o caso nada impede que os dois tributos se sucedam. Ainda há pouco esta Câmara decidiu no feito cível n.º 32.335:

"Primeiro, porque não nos parece que se configure *in casu* uma pluritributação. Ou, como está na promoção de f. 61: "A ementa constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969 (Constituição vigente), estabelece em § 2.º do art. 26 que "As indústrias consumidoras de minerais do País poderão abater o imposto a que se refere o item IX do art. 21 do imposto sobre circulação de mercadorias e do imposto sobre produtos industrializados, na proporção de noventa por cento e dez por cento, respectivamente". Acresce ainda que o art. 2.º do Decreto-lei n.º 1.038, de 21 de outubro de 1969, determina que a incidência do imposto único é restrita à fase anterior à industrialização e não exclui a dos impostos sobre circulação de mercadorias e transformação dos produtos industrializados, inclusive serrados, polidos ou lapidados, obtidos de substâncias minerais. Por seu turno, o Decreto Federal n.º 66.694, de 11 de junho de 1970, que regulamentou o decreto-lei acima citado, preceitua em seu artigo 11, que: "A incidência do imposto único abrange a fase anterior à industrialização da substância mineral; uma vez industrializado, o produto resultante estará sujeito, se for o caso, aos tributos que recaiam sobre a produção e a circulação de mercadorias". Desta forma, sem que importe em pluritributação, poderá ocorrer que uma mesma empresa esteja obrigada ao recolhimento dos três impostos, cujos fatos geradores são inteiramente distintos. Assim, no caso vertente, ao explorar a jazida de argila, sujeita-se ao pagamento do imposto

único (federal), transformando o produto extraído para consumo, incide no IPI e finalmente ao colocá-lo em circulação o produto industrializado, obriga-se ao recolhimento do ICM."

Tem toda razão pois a douta Procuradoria da Justiça no seu parecer de f. 115: "Para fazer valer a regra constitucional da exclusão dos demais impostos, quando devido o imposto único, é necessária a prova do pagamento deste último ou seu lançamento, para se considerar indevido outro qualquer". E ainda: "Na verdade, o imposto único incide sobre a gasolina já composta pelas refinarias, a qual adicionam o álcool anidro que lhes fornece o IAA. Enquanto o álcool não sofre essa transformação ele é um produto industrializado. E tanto isso é verdade que as Usinas produtoras pagam à União o IPI, que é de sua competência. Ora, partindo do princípio geral que o imposto único exclui qualquer outro, se o álcool anidro estivesse enquadrado como combustível, não seria devido, *ipso facto*, o IPI à União, reconhecidamente pago pela agravada". A ser assim, damos provimento, por todos os motivos expostos, aos recursos e denegamos a segurança.

Acontece porém que assim decidindo nos colocaríamos em posição divergente da que assumiu a egrégia Segunda Câmara, onde a matéria é objeto do acórdão proferido no feito cível n.º 34.123, do qual foi relator o eminente colega Des. Martins de Almeida, consoante transparece da sua ementa:

"Imposto único sobre combustível líquido. Alcool anidro enviado ao Instituto do Açúcar e do Alcool para composição de gasolina automotiva. Se as operações relativas à produção, e outras, sobre gasolina automotiva, estão sujeitas a imposto único (art. 21, VIII da Constituição e art. 74 do Código Tributário Nacional) e se esse combustível é obtido através da mistura obrigatória de álcool anidro e refinado de petróleo, é inegável a conclusão de que o álcool a esse fim destinado é combustível líquido para o fim previsto nos dispositivos citados. Se a gasolina automotiva assim obtida paga imposto único, é lógico que o álcool, que a compõe, sujeita-se à mesma sorte tributária, vedada a incidência de qualquer outro imposto, de qualquer competência. O álcool anidro enviado ao I.A.A. para o fim acima indicado, pode e deve ser considerado combustível líquido, para incidência do citado dispositivo constitucional."

Na hipótese de logarmos a adesão de um dos colegas, preferiremos julgamento com interpretação que se opõe à que consagra o respeitável aresto da Segunda Câmara. Se tal ocorrer, solicito o

pronunciamento prévio do tribunal, na forma do que dispõe o art. 476, inciso I, do C. de P. Civil. Esta é a oportunidade para que formulemos o pedido de uniformização da nossa jurisprudência acerca da matéria, como se infere das próprias palavras da lei ("ao dar o voto") e deixa claro J. C. Barbosa Moreira (Comentários — p. 21): "O momento adequado à suscitação é aquele em que o juiz caiba votar. Não é admissível que se antecipe a solicitação do pronunciamento do tribunal: o juiz que deseje solicitá-lo tem de aguardar que lhe toque a vez de proferir o voto. Se o juiz já votou, sem suscitar o incidente, só lhe será lícito suscitá-lo ao reconsiderar, sendo possível, o voto proferido". Se aprovada pela Câmara a nossa solicitação, proceder-se-á em seguida como determinam os arts. 477, 478 e 479. Encarecemos desde já a necessidade, segundo a regra do primeiro destes artigos, de se extraírem cópias dos dois acórdãos para conhecimento e decisão do tribunal.

RODRIGUES SILVA
Relator

AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 255

(3.ª CÂMARA CÍVEL)

Agravante: **Estado do Rio de Janeiro**

Agravado: **Espólio de Ilka Generoso de Azevedo**

CÁLCULO DE IMPOSTO DE TRANSMISSÃO CAUSA-MORTIS

O Decreto n.º 27/1975, no artigo 21, prevê a aplicação da lei mais favorável para os casos de *incidência* e de *alíquota*.

A *isenção* não se confunde com a *alíquota*, ou com a *incidência* e nem com a *não-incidência*, que são institutos diferentes.

Provimento do agravo.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n.º 255, em que é agravante o Estado do Rio de Janeiro e agravado Espólio de Ilka Generoso de Azevedo.

ACORDAM os Juízes da Terceira Câmara Cível, em decisão unânime, dar provimento ao agravo, nos termos pedidos.

Segundo se verifica dos autos, ocorreu anteriormente a 15 de março de 1975, o óbito da inventariada e o Contador, ao fazer o cálculo, afirmou que não havia imposto *causa-mortis* a pagar em face