

11. Revogada a isenção, como ocorreu, pela sua não confirmação por lei, o objetivo final de obrigação tributária passa a ser exigível, como acertadamente o fez o autuante, cobrando seu pagamento.

12. Assim colocado, entendo que, conquanto brilhantemente elaborado o parecer, juntado aos autos, não demonstrou a inexistência da conjugação entre o fator de tributação inserto na lei e o acontecimento exteriorizado pelo possível sujeito passivo da obrigação tributária que, se demonstrada, colocaria a operação no campo da não-incidência.

13. Por todo o exposto e mais, que dos autos constam, nego provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 1º de março de 1993.

a) Irineu Evangelista Domene, Relator.

VOTO EM SEPARADO

Pedi vista destes autos para ter a oportunidade de estudar com mais detalhe a lide trazida para apreciação desta Corte.

Analisados os argumentos das partes, os ensinamentos da doutrina e as decisões dos órgãos judiciários, passo a comentar os seguintes pontos, pré-requisitos para minha conclusão final.

i. Preliminarmente

Diz a fiscalização que houve falta de pagamento de imposto relativamente à transferência de ativo imobilizado (sic) tratada equivocadamente como operação isenta.

Entretanto, não achei nos autos qualquer indício de que ocorreu transferência de bens. A operação deu-se entre empresas distintas, pelo que parece-me tratar-se de efetiva venda.

2. Sobre o fato gerador do ICMS

Informa-nos o princípio da tipicidade fechada que a exigência de um certo tributo depende da ocorrência do seu fato gerador.

Fato gerador da obrigação principal, tal como se expressa o Código Tributário Nacional, "é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência" (art. 114).

Tradicionalmente extrai-se da Carta Magna a conclusão de que o imposto estadual só incidirá, no caso concreto, se for possível identificar-se uma operação relativa à circulação de mercadoria, sendo certo que mais recentemente o núcleo do fato gerador sofreu o incremento das prestações de ser-

viços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (art. 155, I, "b"), e a tributação estendeu seus longos braços, ainda, para as operações que destinem bens a consumidor final localizado em outro Estado (art. 155, parágrafo 2º, VII).

Com "status" de Lei Complementar, o Convênio ICM n. 66/88, estabelece no art. 2º, II, que:

"Art. 2º — Ocorre o fato gerador do imposto:

...

II — na entrada no estabelecimento de contribuinte, de mercadoria oriunda de outro Estado, destinada a consumo ou a ativo fixo (grifei)";

o que é repetido pelo art. 2º, VII da Lei n. 6.374/89 e pelo art. 2º, VII do Dec. n. 33.118/91.

Portanto, relativamente à operação que se investiga, há que se distinguir dois momentos:

a) a saída do bem de ativo do estabelecimento do contribuinte localizado no Estado de São Paulo;

b) a entrada do bem de ativo no estabelecimento destinatário situado no Estado de Minas Gerais.

3. Sobre a saída de bem de ativo

A saída de mercadoria é fato gerador da exação estadual. E é desde muito, ainda quando as hipóteses de incidência do imposto circunscreviam-se apenas à circulação de mercadorias.

Naqueles tempos já se discutia a tributação de bens de ativo, questão que mereceu a atenção de ilustres juristas e dos mais altos Tribunais do País e que pode, considerada a linha dominante, ser assim resumida:

a) Mercadoria, como ensina Alcides Jorge Costa, "é toda coisa móvel corpórea produzida para ser colocada em circulação, ou recebida para ter curso no processo de circulação" (grifei).

"Mercadoria", portanto, é um certo tipo de bem corpóreo móvel que apresenta alguma diferença específica com relação aos demais bens: é um bem que comporta circulação; em verdade, circulação econômica, assim compreendida a que corresponde ao impulsionamento do bem para uma nova etapa em direção ao consumo.

b) Bens de ativo não preenchem tais requisitos, uma vez que constituem típico

capital fixo da empresa. Não há etapa seguinte no processo de seu aperfeiçoamento para o consumo, cessando, por conseguinte, o processo circulatório.

Assim decidiu o STF através da Súmula n. 570, encampada pelo Estado de São Paulo por intermédio do Comunicado CAT n. 26, de 3.6.77, orientação observada por esta Casa, como demonstra o Proc. DRT-1 n. 7801/83, julgado em Câmaras Reunidas em 31.1.90, que teve como relator o juiz José Manoel da Silva.

Ancorada nesses dados concluo que a operação de saída interestadual de ativo fixo não é fato gerador do ICMS.

4. Sobre a entrada de bem de ativo

As normas insertas nos arts. 2º, II do Convênio ICM n. 66/88; 2º VII da Lei n. 6.374/89 e 2º VII do Dec. n. 33.118/91 revelam inequivocamente que o fato gerador do tributo é a entrada de bem de ativo e não sua saída.

Esta sim é a operação onerada: a operação de entrada do bem de ativo no estabelecimento destinatário, inovação constitucional.

A alíquota aplicável, nos termos do inc. VIII do parágrafo 2º do art. 155 da Constituição Federal, é aquela resultante da diferença apurada entre a alíquota interna vigente no Estado destinatário e a alíquota interestadual estabelecida pelo Senado Federal.

Coerentemente, para os casos de entrada de bem de ativo em seu território, a legislação paulista dispõe no art. 63 do Dec. n. 33.118/91, que fica vedado o respectivo crédito, óbvio reconhecimento de que, não havendo etapa subsequente de circulação, o bem é retirado do mercado e encerra-se o ciclo de operações tributáveis.

Mas, o caso sob exame cuida de entrada de bem de ativo no Estado de Minas Gerais, o que, no meu entender, afasta completamente a possibilidade de tributação pelo Estado de São Paulo. De outro modo, estaria desautorizadamente ampliando o fato gerador da exação e agredindo-se o princípio da territorialidade.

Pelo exposto, ousando discordar do Juiz Relator, dou provimento ao recurso do contribuinte e considero ilegítima a pretensão do Estado.

Sala das Sessões, em 5 de março de 1993.

a) Renata Esteves de Almeida Andreto, Juíza com vista.