

VOTO EM SEPARADO

Fedi vista destes autos para ter oportunidade de tomar conhecimento mais profundo e detalhado da lide apresentada à apreciação desta câmara.

Basicamente a distinção entre mercadorias e bens, assim como a diferença entre isenção e não incidência, ocuparam grande parte da celeuma gerada entre o patrono da recorrente e o agente fiscal atuante, incluindo aí o Julgador Tributário e o Relator. Arrazoados bem postos e coerentes, assim como acaloradas argumentações, coloriram as teses apresentadas.

Contudo a luz trazida aos autos pela Dra. Renata Esteves de Almeida Andretto, deslocou o cerne da questão para um outro ponto, que em meu modesto entender merece ser apreciado.

Alude a Juíza a dois momentos que embora distintos são fundamentais para o bom entendimento da operação que se investiga, quais sejam, o momento da entrada e o momento da saída de bem de ativo.

a) Entrada.

O Convênio ICM n. 66/88, com "status" de Lei Complementar, estabelece no art. 2º, II, que ocorre o fato gerador do imposto, na entrada no estabelecimento de contribuinte, de mercadoria oriunda de outro Estado, destinada a consumo ou ativo fixo.

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

Destarte todas estas normas legais revelam inequivocamente que o fato gerador do tributo é a entrada de bem de ativo no estabelecimento do contribuinte.

Observa-se que a entrada do bem de ativo se deu no estabelecimento do contribuinte, localizado no Estado de Minas Gerais, o que afasta a possibilidade de tributação pelo fisco paulista, que, caso contrário, agrediria o consagrado princípio da territorialidade.

b) Saída

A saída de mercadoria é, desde muito, quando a hipótese de incidência do imposto circunscrevia-se apenas à circulação de mercadorias, como sendo fato gerador de exação estadual.

Naqueles tempos já se discutia a tributação de bens ativos, 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:

"Mercadoria, é toda coisa móvel corpórea produzida para ser colocada em cir-

culação, ou recebida para ter curso no processo de circulação."

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 econômica, assim compreendida a que corresponde ao impulsionamento do bem para uma nova etapa em direção ao consumo (sic).

Evidente está, que 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 (sic).

Neste sentido há decisões do Supremo, julgados desta Corte em Câmaras Reunidas, e comunicado CAT.

Desta forma, evidencia-se que a operação de saída interestadual de ativo fixo não é fato gerador do ICMS.

Resta portanto exigir o tributo quanto a entrada do bem de ativo.

Como no caso em tela a entrada do bem de ativo se deu no Estado de Minas Gerais, não vislumbro como possa o fisco paulista exigir o mesmo.

Assim, com a devida "venia" do Juiz Relator, acompanho o voto da Dra. Renata Esteves de Almeida Andretto, dando provimento ao recurso da recorrente.

Sala das Sessões, em 30 de abril de 1993.

a) Rubens Rezende Leite, Juiz com vista.

RESUMO DA DECISÃO: recurso ordinário. Negado provimento. Decisão não unânime. 1ª Câmara Especial. Proc. DRT-6 n. 2246/91.

EMENTAS

5473 — SUBFATURAMENTO — Veículos — Emissão de notas fiscais consignando valores inferiores aos da tabela do fabricante — Insuficiência de provas para caracterizar a infração — Não comprovada pelo fisco a diferença entre o valor registrado e o valor da operação — Provido o recurso — Decisão não unânime.

O que deve valer, "in casu", ou seja, nas relações entre o fisco e contribuinte é o valor real da operação. Desta forma, o fisco, nos autos, para comprovar eventual subfaturamento por parte da autuada deve-

rá mostrar que esta emitiu documentos e efetuou registros em livros, consignando valores inferiores aos contratados. A simples venda por preços inferiores aos correntes no mercado não é atividade ilegal e não caracteriza subfaturamento. Aí está, portanto, a dificuldade em comprovar-se o subfaturamento. Apegar-se simplesmente ao valor sugerido pela montadora, a fim de estabelecer-se a base impositiva, viria a caracterizar informal e ilegítima pauta fiscal. A verdade é que nestes autos, falta ao fisco elementos probatórios, no sentido de evidenciar que a operação teve valor superior ao registrado. É verdade que a autuada durante a ação fiscal e consequente processo administrativo não ofereceu muitos elementos. Declarou que não podia identificar os cheques dos compradores, por não possuir controles que possibilitassem uma perfeita identificação dos cheques recebidos. Alegou que as operações financeiras são efetuadas com um banco que concede, pela movimentação, a condição de depositar em dinheiro, todo o movimento de cheques recebidos, com a finalidade de aplicação. Por outro lado, as notas fiscais juntadas pela autuada não representam metade do montante dos veículos transacionados. Estas notas não viriam, de qualquer maneira, a comprovar ou não a prática de subfaturamento, já que o que comprovará são elementos outros que provem que os valores das transações foram superiores aos registrados nas notas fiscais. Quanto à afirmação de que a operação bancária não permitiria a identificação dos cheques, o fisco poderia confirmar ou não sua veracidade junto ao próprio banco. Desta feita, em que pese a conhecida prática de subfaturamento exercida por algumas concessionárias de veículos, não se deve, para proteger o Estado, inobservar regras de direito e justiça, haja vista que o ilícito fiscal deve restar cabalmente comprovado, a fim de não incorrer-se no temeroso risco de punir um inocente. Diante do exposto e do que mais consta dos autos, dou provimento ao recurso da autuada, a fim de cancelar o presente AITM em todos os seus termos.

Proc. DRT-5 n. 3741/90, julgado em sessão da 5ª Câmara de 19.4.93 — Rel. José Maria Junqueira Sampaio Meirelles.

5474 — INTERRUPTÃO DE DIFERIMENTO — Gado — Consignação de declaração falsa em documento fiscal emitido por produtor — Destinatário inexistente — Negado provimento ao recurso — Decisão unânime.

O fisco realizou diligências através das quais constatou que a destinatária jamais exercera atividades. A prova da inexistência fática da destinatária, como quer