

5.1. Nas contra-razões, a autuada insiste nos argumentos anteriores, apresentados quando da defesa de primeira instância e recurso ordinário e contesta que os produtos adquiridos estavam sob regime de diferimento, posto que não destinados à industrialização.

5.2. A douta Representação Fiscal, pelo Dr. José Carlos de Souza Costa Neves, oficiou opinando pelo desprovisionamento do pedido de reconsideração.

VOTO

Ao que se vê claramente do documento de fls., o ramo de atividade da autuada é mesmo o de fabricação de doces, chocolates e bombons, com código de atividade econômica 40.714, ou seja, conjugação dos números constantes das Tabelas I e II, de que trata o art. 22 do RICM aprovado pelo Dec. n. 5.410/74, sendo 40.000 — indústria de transformação e 714 — balas, bombons e chocolates. Na Tabela I vamos encontrar os demais códigos, entre os quais:

- 66.000 — açougue, casa de carne e peixaria;
- 67.000 — panificadora e confeitaria;
- 68.000 — restaurante, pizzaria e churrascaria;
- 69.000 — doceria e “bonbonnière”;
- 73.000 — pastelaria e lanchonete; e etc.

Logo, ao que entendo, não há como negar que a autuada é efetivamente indústria de transformação, ainda que possa manter no mesmo endereço atividade similar aos restaurantes, bares, cafés etc., para a qual, em verdade, deveria possuir inscrição estadual diversa da atividade industrial. Todavia, o Fisco não formulou acusação de falta de inscrição estadual para a atividade similar aos restaurantes, bares e cafés.

Ainda ao que entendo, o dispositivo legal do inc. IV do art. 40, do RICM aprovado pelo Dec. n. 5.410/74, concedendo crédito presumido relativamente às mercadorias, cujas saídas do estabelecimento vendedor tenham sido beneficiadas com isenção ou não-incidência, é aplicável à autuada apenas na parte, ou Seção, do estabelecimento que desenvolve atividade similar aos restaurantes, bares, cafés, não podendo estender-se a outra atividade, no caso mesmo a principal, de fabricação de doces, chocolates e bombons, efetivamente industrial.

Por outro lado, não há como esquecer que o inc. IV do art. 40, do RICM aprovado pelo Dec. n. 5.410/74, não autoriza crédito presumido para todas as aquisições e, sim, somente para aquelas cujas saídas tenham sido beneficiadas por isenção ou não-incidência. Outros dispositivos do RICM devem ser igualmente

observados, notadamente o art. 52, que disciplina saídas com destino a estabelecimento comercial ou industrial, cujo ICM é apenas diferido para o momento em que ocorrer a saída subsequente do mesmo produto ou de outros resultantes de sua industrialização, onde não há lugar para o crédito presumido nos restaurantes, bares, cafés e estabelecimentos similares.

A simples leitura das alegações da defesa de primeira instância, do recurso ordinário e das contra-razões no pedido de reconsideração, demonstra que a autuada, embora salientando que isenção não é diferimento, em verdade creditou-se pelas aquisições de produtos isentos e também de produtos sob regime de diferimento.

Resulta disso, no meu entender, que parte do crédito é mesmo indevido, embora o processo não contenha elementos

VEÍCULO A ALCOOL — SAÍDA ISENTA DE ICM, ADQUIRIDO QUE FOI POR MOTORISTA DE TÁXI, NOS TERMOS DO CONVÊNIO ICM N. 13/82 — LOCAÇÃO A TERCEIRO, POSTERIORMENTE EFETUADA PELO ADQUIRENTE — INSUBSISTENTE EXIGÊNCIA FISCAL DE ICM IMPOSTA À REVENDEDORA, SOB ACUSAÇÃO DE HAVER OCORRIDO DESVIRTUAMENTO DA ISENTAÇÃO — RECURSO PROVIDO — DECISÃO UNÂNIME.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso ordinário interposto de decisão que julgou procedente o auto inicial, lavrado para efeito de cobrança de imposto devido em razão de operação tributada registrada como isenta nos termos do art. 33 das Disposições Transitórias do RICM.

Não obstante o AIIM fale que a declaração prevista no inc. I do art. 34 das Disposições Transitórias tenha sido “indevidamente obtida e, portanto, nula (...)”, na verdade o Fisco apóia a acusação no fato de ter sido o veículo locado a terceiro, conforme contrato de locação de fls. E extrai, daí, a conclusão de que houve desvirtuamento da franquía, reclamando o imposto e seus acréscimos devidos em função da operação de venda.

Alega o recurso que a isenção estava subordinada apenas às condições relativas às características do veículo (motor a álcool e potência); à qualificação do adquirente (motorista de táxi) e à intenção por este manifestada de utilizar o veículo no transporte de passageiros. No momento da transação, esses requisitos encontravam-se atendidos e, assim, a posterior locação convencional pelo comprador não poderia operar a retro para detergir esse quadro. A seu ver a recorrente tornara-se titular de um “direito adquirido” à isenção, que não poderia ser alterado por lei superveniente e, muito menos, por ato de outrem, à sua revelia e fora de seu controle.

Acrescenta, ainda, que o AIIM atesta

que permitam a correta separação de valores.

Assim, pelo exposto, conheço do pedido de reconsideração, mas nego-lhe provimento, ressaltando o direito do Fisco de reformular o trabalho fiscal, para o efeito de reclamar o ICM indevidamente creditado nas aquisições de mercadorias sob o regime de diferimento.

Sala das Sessões, em 24 de setembro de 1984.

a) Otávio Rocha Filho, Relator

RESUMO DA DECISÃO: reconsideração de julgado. Negado provimento ao recurso, ressaltado ao Fisco o direito a novo procedimento. Decisão não unânime. 4.ª Câmara. Proc. DRT-1 n. 6397/81.

que a declaração exigida pelo inc. I do art. 34 das DT do RICM fora obtida indevidamente. Contudo, nas informações de fls. essa acusação foi abandonada, passando o Fisco a sustentar que o comprador houvera “desvirtuado a finalidade da isenção” locando o veículo a terceiro. Ora, prossegue, essa variação do fundamento da acusação, após a apresentação da defesa caracterizaria cerceamento, uma vez que não foi dada à recorrente a oportunidade de refutar a nova imputação. Por isso, o processo seria nulo, conforme tem esse E. Tribunal reiteradamente decidido nos casos em que haja preterição do direito de defesa.

Acrescenta, mais, que a exigência do Fisco, em última análise, estaria a considerar exclusivamente o fato de não estar o comprador utilizando o veículo no transporte de passageiros. Daí a alegação de desvirtuamento da isenção já mencionado. Mas, mesmo essa acusação não estaria acorde com a prova dos autos. Primeiro, porque no contrato de fls. convencionou-se que o locatário haveria de utilizar o veículo no serviço de transporte, sem especificação se de carga ou de pessoas (cláusula 1.ª); em segundo, porque estipulou-se que o locador, não estando o veículo em uso pelo locatário, poderia dele valer-se para atendimento dos seus clientes (cláusula 3.ª). Assim, o contrato em que se apóia o Fisco, antes de lhe ser de proveito, favorece a recorrente, posto que demonstra estar sendo o veículo, no mínimo, ainda, parcialmente utilizado no transporte de passageiros. Por conseqüência, não poderia o Fisco, admitindo o contrato de locação como prova, invocar apenas a parte da