

«a) saídas de materiais, inclusive sobras e resíduos decorrentes da obra executada, ou de demolição, quando destinados a terceiros, ressalvado o disposto na alínea «b» do item 4» (obs. — esta alínea não se aplica ao caso dos autos).

2.1 É evidente que a expressão «destinados a terceiros», constante do dispositivo, foi nele empregada com o sentido de autônoma da expressão «destinados a si próprios», implícita nas alíneas «c» e «d» do item 4 das citadas Instruções, que regulam a movimentação de materiais entre os estabelecimentos do mesmo titular, entre estes e as obras, ou de uma obra para outra (alínea «c»), bem como a saída de máquinas, veículos, ferramentas e utensílios para prestação de serviços nas obras, desde que devam retornar a estabelecimento do remetente (alínea «d»).

2.2 — Terceiro, assim, é qualquer pessoa que não seja o próprio titular do estabelecimento, inclusive, por óbvio, os fornecedores de materiais, sendo absolutamente irrelevante, para fins fiscais, que as saídas de materiais destinados a esses terceiros (fornecedores) tenham como causa devoluções, trocas, vendas, ou outra qualquer espécie de operação, pois em qualquer uma delas incide, sempre, a regra da incidência.

3. Esclarecendo, no entanto, as mesmas Instruções CAT n.º 6/69, em seu item III, que as entradas de mercadorias em estabelecimentos de empresas de construção, que as não destinem à revenda, não conferem direito a crédito do ICM, estaríamos diante da situação profligada pelo eminente Ministro Osvaldo Trigueiro, qual seja, a de exigir-se que tributo não cumulativo seja pago mais de uma vez?

3.1 — É claro que não, pois o Regulamento do ICM prevê a hipótese, assim a solucionando, dentro da Constituição e da lei, em o § 1.º de seu art. 42, na redação vigente à época dos fatos.

«§ 1.º — Uma vez provado que as mercadorias mencionadas nos incisos I a IV deste artigo ficaram sujeitas ao imposto por ocasião da saída do estabelecimento..., o estabelecimento poderá creditar-se do imposto relativo às respectivas entradas, na mesma proporção das saídas tributadas» (obs.: 1.º — a parte omitida não interessa ao julgamento do caso sob exame; 2.º — aplica-se a este o inciso I — mercadorias entradas para integrar o ativo fixo).

4. Segue-se que o procedimento correto, que deveria ter sido adotado pela recorrente, era o de, no momento de efetuar as saídas tributadas que realizou, creditar-se do imposto relativo às respectivas entradas, na mesma proporção das saídas tributadas.

4.1 — E aqui se compreende porque a alínea «a», do item II, das Instruções CAT n.º 6/69, fala em «inclusive sobras e resíduos»: exatamente para abranger casos como o da recorrente, que devolveu sobras a seus fornecedores, ou, nas suas palavras, material excedente do que era necessário.

5. O que a recorrente jamais poderia fazer — e este é o aspecto mais grave de seu procedimento —, era destacar parcelas de ICM nas notas fiscais, como se as tivesse recolhido, conferindo, conseqüentemente, aos destinatários (os terceiros), um crédito a essa altura absolutamente ile-

gítimo, situação ainda mais agravada pela circunstância de ter ela declarado, nas notas, que a operação era isenta do ICM.

5.1 — Inaplicável, evidentemente, à hipótese, o item 17 das Instruções CAT n.º 3/68, invocado pela recorrente, porque este pressupõe uma devolução normal, efetuada por comerciante ou industrial que, tendo-se creditado, na entrada, do imposto destacado, deve, logicamente, debitar-se na saída, a fim de conferir crédito legítimo ao estabelecimento de origem.

6. Considerando-se, todavia, que, nos termos da legislação citada, tinha a recorrente o direito de creditar-se do tributo relativo às entradas das mercadorias em questão, na mesma proporção das saídas tributadas que efetuou; considerando-se que, em se tratando de devoluções (exceto o documento de fls.), em que o valor da operação é idêntico ao da entrada, o valor do crédito anula o do débito; considerando-se que, dessa forma, inexistia propriamente imposto a ser efetivamente recolhido; considerando-se que não seria justo, nem curial, nem econômico, exigir-se o pagamento nominal do «quantum» do tributo, para, no mesmo instante, devolvê-lo ao contribuinte, sob a forma de crédito; considerando-se que, pela sistemática do ICM, a quantia a ser recolhida resulta do confronto, feito mensalmente, entre débitos e créditos, não se exigindo, salvo hipóteses expressamente previstas, tributo sobre operações isoladamente consideradas; considerando-se, finalmente, o mais que consta do processado, entendo que se deva cancelar a exigência do imposto reclamado na inicial, autorizando-se a recorrente, para regularizar, em termos, a situação, a creditar-se do ICM relativo às entradas das mercadorias que devolveu.

7. Como o imposto é, realmente, devido, apenas cancelando-se seu

recolhimento pelas razões expostas, entendendo, por outro lado, que a penalidade não pode, nem deve, ser cancelada, reduzida ou relevada, já por imposição legal, já porque a recorrente efetivamente cometeu a infração de que é acusada.

7.1 — Tendo em vista as normas expressas na Lei n.º 440/74 e seu regulamento, o Decreto n.º 5.410/74, fixo-a, «ex vi legis», em Cr\$ 5.182,50, correspondente a 50% do tributo de Cr\$ 10.365,01, devido em razão das devoluções (excluído o imposto atinente ao documento de fls., que será tratado no item seguinte), pena esta calculada com base no disposto no art. 491, inc. I, «d», do RICM em vigor.

8. No tocante ao documento de fls., que diz respeito a uma venda pura e simples efetuada pela recorrente, não se aplicam, obviamente, as considerações até aqui alinhadas.

8.1 — Quanto ao mesmo, deve a recorrente recolher o ICM de Cr\$ 24,00 e a multa de Cr\$ 52,50, esta fixada com fundamento na lei anterior, por mais benigna que a atual.

Nesse sentido é o meu voto.

Sala das Sessões, em 10 de maio de 1976.

a) César Machado Scartezini, Relator.

RESUMO DA DECISÃO: Provido parcialmente o recurso. Devido o tributo porém, ante a forma de operação para crédito e débito nada deve ser recolhido mantendo-se contudo a pena nos termos da Lei n.º 440/74 na quantia de Cr\$ 5.182,50. Com referência ao documento de fls., exigido o tributo de Cr\$ 24,00 e a multa de Cr\$ 52,50 com fundamento na lei anterior, por mais benigna. Decisão unânime. 3.ª Câmara. Processo DRT-1 n.º 6752/73.

MERCADORIAS IMPORTADAS — FURTO — FALTA DE ESTORNO — AÇÃO FISCAL PROCEDENTE — APELO DESPROVIDO.

Por força de auto de infração a autuada está sendo compelida a repor o ICM de Cr\$ 2.925,25, de que se creditou, relativamente às mercadorias furtadas de seu estabelecimento, já feita a dedução da parcela do imposto destacado nos documentos fiscais que acobertavam o mostruário do sócio da firma.

A autuada entende que somente está obrigada a estornar o crédito correspondente às mercadorias adquiridas no mercado interno, sendo legítima a apropriação do crédito relativo às operações de importação, em relação às quais ela própria recolheu o ICM.

O sr. autuante refuta as alegações da parte, fazendo-o com muita propriedade, razão por que peço vênha para ler, na íntegra, sua promoção.

A primeira instância julgou procedente a exigência fiscal, reduzindo a multa para Cr\$ 50,00, por entender que inexistia, na época, penalidade específica para a infração.

Tendo havido interposição de recurso «ex officio», foi este denegado pela autoridade «ad quem», consoante se vê do decisório constante dos autos.

Apelando para este E. Tribunal, a recorrente reitera as razões já produzidas perante a inferior instância, e o digno patrono da Fazenda, após a nova fala do autor do feito fiscal, opina pela confirmação da decisão recorrida, sa-

lientando que «a distinção que pretende fazer (o recorrente) entre créditos advindos de entradas de mercadorias importadas e créditos por entradas de mercadorias do mercado interno é incabível».

Vistos e relatados, decido.

Não se discute, nestes autos, se, em caso de furto de mercadorias, deve ou não ser estornado o respectivo crédito de ICM.

O que constitui objeto de controvérsia é saber-se se a exigência de estorno alcança, também, as mercadorias importadas, nas quais a carga tributária foi suportada pela contribuinte, sem possibilidade de transferência, pelo fenômeno da repercussão, para o contribuinte de fato.

Entendo que a legislação do ICM não autoriza qualquer tratamento diferenciado, em razão da procedência das mercadorias, assim desviadas do fluxo comercial.

De notar que a legitimidade do crédito, na sistemática do ICM, repousa exatamente no pressuposto de que a mercadoria, cuja entrada gerou crédito, será objeto de circulação sujeita ao gravame fiscal.

Por seu turno, conforme bem salientou o sr. autuante, na manifestação que li, a entrada de mercadoria importada no estabelecimento do importador