

atendidos os pressupostos legais e, no mérito, nego-lhe provimento.

Proc. DRT-11 n. 4177/88, julgado em sessão da 4ª Câmara de 23.11.89 — Rel. Antonia Emília Pires Sacarrão.

4817 — ERRO DE FATO — No preenchimento de Demonstrativos de Movimento de Gado — Falha que não ocasionou interrupção de diferimento do recolhimento do ICM — Provido o recurso — Decisão unânime.

Não resta dúvida alguma que no caso dos autos houve erro de fato no preenchimento dos DMGs (falha esta acertada pelo contribuinte) mas jamais quebra no diferimento, isto porque não houve abate, saída para outra unidade da Federação ou com destino a consumidor final. Por outro lado, o erro de fato não é fato gerador de imposto, nem interruptor de diferimento.

Proc. DRT-8 n. 2140/87, julgado em sessão da 5ª Câmara de 22.8.89 — Rel. Homero Silveira Franco Júnior.

4818 — BRINDES — Distribuídos entre os empregados da recorrente, sem a emissão da competente nota fiscal — Negado provimento ao recurso, nesta parte — Decisão unânime.

A falta de emissão de nota fiscal para a distribuição de brindes está caracterizada e a infração comprovada porque o contribuinte não emitiu a nota fiscal, por ocasião da entrada de mercadoria destinada a distribuição gratuita aos seus empregados.

Proc. DRT-3 n. 2634/87, julgado em sessão da 6ª Câmara de 14.11.89 — Rel. Simão Benedito Ferraz de Campos.

4819 — ESTABELECIMENTO — Ampliação das instalações — Indevida acusação fiscal de exercício da atividade de depósito fechado sem inscrição estadual — Auto improcedente — Apelo provido — Decisão unânime.

A recorrente anexa fotos que demonstram serem contíguos os imóveis onde estabelecida à época da visita fiscal (n. 594, correspondente ao estabelecimento dado como regular, e n. 608, correspondente ao estabelecimento dado como depósito fechado não inscrito). Da mesma forma, por prova juntada também pela recorrente, resta incontestável haver auferido, junto à Prefeitura de Pirassununga, a unificação dos dois imóveis, agrupados no n. 594. Ganha força, por isso, a tese

da recorrente, no sentido de que não promovera a abertura de depósito fechado sem a prévia inscrição estadual, mas, tão-só, encontrava-se em fase de ampliação das suas instalações. Não colhe, de outra parte, a alegação do fisco, no sentido de que, inexistindo comunicação interna entre os dois prédios, caracterizada está a existência de dois estabelecimentos distintos, porque “estabelecimento” é o local onde o comerciante exerce as suas atividades com o ânimo de nele permanecer, conceito esse que não exige seja a atividade exercida em prédio que contenha a reclamada comunicação interna. Improcede, assim, a acusação de exercício da atividade de depósito fechado sem prévia inscrição estadual, já que as mercadorias encontradas pelo fisco se encontravam estocadas no próprio estabelecimento cuja ampliação se providenciava.

Proc. DRT-5 n. 6922/87, julgado em sessão da 7ª Câmara de 16.11.89 — Rel. Sérgio Mazzoni.

4820 — PAUTA FISCAL — Mercadoria adquirida em outro Estado, com ICM pago com apoio na pauta, superior ao valor da operação — Legítima impugnação da diferença creditada a maior — Negado provimento ao recurso — Decisão não unânime.

Observa-se que o cerne da discussão se encontra na determinação da base de cálculo do imposto. No caso concreto, o valor da operação a que se refere o texto legal está claramente indicado nas notas fiscais correspondentes. É este o valor sobre o qual deveria incidir o ICM; é este mesmo valor que serve de base para o cômputo do crédito a que tem direito o contribuinte. Portanto, qualquer valor diferente desse pode ser legitimamente impugnado pelo fisco paulista. Ao afirmar isto, estou querendo deixar claro que a pauta fiscal utilizada pelo vendedor das mercadorias não poderia servir de base para o cálculo do crédito pelo recorrente. É hoje entendimento mais que tranquilo na doutrina e na jurisprudência que é ilegal o uso de pautas fiscais quando existe o valor da operação. Sobre isto, além das informações trazidas pelo Dr. Zorzella, indico os seguintes acórdãos, todos do STF: RE n. 88.307-SC (RTJ 88/1053), RE n. 77.544-SP (RTJ 73/209) e RE n. 72.400-RN (RTJ 59/915), nos quais a questão está bem analisada. Desse modo, considerando que a pauta fiscal só se legitima quando, em processo regular, não ficar demonstrado o valor real da operação de que decorrer a saída de mercadorias (art. 148 do CTN), o que não ocorre no caso, entendo que tem

razão o fisco paulista, ao impugnar os créditos efetuados pelo recorrente. Por isso, nego provimento ao recurso.

Proc. DRT-1 n. 18719/87, julgado em sessão da 8ª Câmara de 21.11.89 — Rel. José Maria Junqueira Sampaio Meirelles — Ementa do voto do Juiz Sérgio de Freitas Costa.

4821 — FATO GERADOR DO ICM — Ocorrência — Nascimento da obrigação tributária, por exteriorização de uma ou mais formas previstas em lei, que prescinde da realização de ato tipificado no direito privado — Negado provimento ao recurso — Decisão não unânime.

O problema da ocorrência do fato gerador do ICM tem admitido várias indagações, desde a sua implantação. Alcides Jorge Costa diz que o fato gerador se exterioriza em relação ao fisco. Isto porque as operações relativas à circulação de mercadorias podem exteriorizar-se por várias maneiras, em relação a terceiros, e até mesmo em relação ao fisco. Se a operação consiste numa compra e venda, pode exteriorizar-se até por uma concorrência pública e publicidade dos contratos. Mas isto pouco importa para o nascimento da obrigação tributária que só aparece quando ocorre o fato de exteriorização previsto em lei. Tenha ou não o fato gerador sido exteriorizado por uma ou mais formas, apenas o fato de exteriorização legalmente previsto tem relevância para o nascimento da obrigação tributária. O DL n. 406/68, em seu art. 1º, prevê diversos fatos de exteriorização para o fato gerador do ICM. O primeiro deles é a “saída” de mercadoria do estabelecimento comercial, industrial ou produtor. Para Ricardo Lobo Torres, o fato gerador do ICM prescinde, para sua estruturação, da realização dos negócios de venda ou de consignação, como ocorreria com o tributo anterior, ou de qualquer outro ato tipificado no direito privado: doação, dação em pagamento, etc. No fundo, como o sustenta Aliomar Baleeiro, “in” “Direito Tributário Brasileiro”, 5ª Ed., o fato gerador está na “saída” da mercadoria do estabelecimento, que é forma de exteriorização no entendimento de Alcides Jorge Costa. No ICM, para o fisco, importa realmente a forma de exteriorização. Já no antigo IVC se dava conta da relevância da tradição da mercadoria, real ou simbolicamente. “In casu”, a mercadoria, embora à disposição do adquirente, somente deu saída em 13.1.88. Estou, pois, com a tese defendida pelo Dr. Álvaro Reis Laranjeira. Bem por isso, nego provimento ao recurso interposto.