

casos de mercadorias autoconsumidas, optou a Lei n. 6.374/89 por instaurar a tributação do autoconsumo (art. 2º, parágrafo 1º, 2). Ou seja, não pacificada ainda a divergência sobre o tipo de circulação alcançada pelo ICM/ICMS — se física, econômica ou jurídica — embrenha-se a legislação no tributar a circulação meramente "contábil", quando equipara à saída, para efeitos tributários, "O uso, o consumo ou a integração no ativo fixo de mercadoria adquirida para industrialização ou comercialização ou produzida pelo próprio estabelecimento."

4. Mas, com os Decs. ns. 31.578/90 e 31.973/90, essa posição se exaspera. É que fazendo o imposto incidir sobre mercadorias em estoque, os decretos em questão, além de afrontarem o princípio da legalidade, culminaram por criar um imposto de circulação de mercadorias sobre um estado de fato que denuncia a não-circulação.

5. Se, no caso da tributação do autoconsumo, na hipótese, por exemplo, da incidência sobre a mercadoria "produzida pelo próprio fabricante", estar-se-á frente a um verdadeiro imposto sobre a produção, papel que, como é cediço, cabe ao IPI; aqui defrontamo-nos com um mero tributo sobre a propriedade ou posse, também é com indiscutível desvio da percussão do ICMS.

6. O Estado tem competência tributária para criar imposto sobre a circulação de mercadorias. E deve fazê-lo por lei e não por decreto. Mesmo por lei, contudo, não lhe é possível submeter à tributação a não-circulação de mercadorias, que a tanto equivale a pretendia incidência do ICMS sobre o estoque, tal como tentado nestes autos.

7. Pelo exposto, dou provimento ao recurso para ter a ação fiscal como improcedente.

Sala das Sessões, em 2 de junho de 1992.

a) Luiz Fernando de Carvalho Accacio, Relator.

VOTO EM SEPARADO

1. Pedi vista dos autos para melhor examinar a matéria.

2. Diz o auto que o contribuinte deixou de pagar o ICMS relativo ao estoque de pneus em 31.8.90, infringindo, assim, o disposto no art. 171, "h", do antigo RICM.

3. Examinando a matéria, verifico que, uma vez mais, o Relator decidiu com perfeição e juridicidade a "questão", bem colocando que aqui se pretende exigir o ICMS sem a ocorrência de circulação das mercadorias.

4. Destarte, subscrevo inteiramente o voto do Relator.

Sala das Sessões, em 4 de agosto de 1992.

a) Antonio Carlos Grimaldi.

VOTO EM SEPARADO

1. Pedi vista dos presentes autos a fim de melhor examinar as suas várias peças.

2. Sem adentrar no mérito das ponderações feitas pelo Relator, aliás, sempre muito bem colocadas, tenho para mim que a insubsistência da autuação inicial, conclusão também do Juiz Antonio Carlos Grimaldi em seu voto em separado, fica definida em razão de o autuado estar enquadrado no regime de microempresa, como se diz na peça de acusação.

3. Com efeito. O objetivo primordial do Estado ao exigir o estorno do crédito apropriado pelo contribuinte que iria operar na comercialização de produtos sujeitos ao regime de substituição tributária era exatamente procurar anular o valor do imposto referente àquelas mercadorias entradas (com imposto destacado), que a partir de então não iria mais ser debitado, em função desse novo regime.

4. Assim, no caso dos contribuintes sob regime normal de pagamento do imposto, estar-se-ia, em princípio, recebendo, com alguma antecipação, via estorno de crédito, o imposto que afinal iria ser recolhido quando das saídas dos produtos que passaram para o regime de pagamento pelo substituto.

5. Mas, "in casu", o recorrente está enquadrado como microempresa que, em face da legislação, goza de isenção do imposto relativamente às operações de saídas de mercadorias que realiza.

6. Ainda, por força da mesma legislação que rege os contribuintes enquadrados como microempresa — Lei n. 6.267, de 15.12.88 —, o regime de substituição tributária não se lhes aplica, vale dizer, não existe o regime relativamente às operações de venda de produtos a tais contribuintes, porque, evidentemente, não estão eles sujeitos ao pagamento do imposto nas saídas desses mesmos produtos.

7. Torna-se, então, impraticável qualquer medida, como a prevista na ação fiscal inicial, uma vez que o autuado não iria recolher qualquer imposto nas saídas das mercadorias que, conforme a legislação, não se submetiam ao pagamento do imposto pelo contribuinte-substituto.

8. Assim, impetro vênia ao Relator, bem como ao Juiz Antonio Carlos Grimaldi para,

adotando outra linha de raciocínio, acompanhar a conclusão a que ambos chegaram no caso destes autos, declarando a improcedência da ação fiscal.

Sala das Sessões, em 18 de agosto de 1992.

a) Dirceu Pereira.

RESUMO DA DECISÃO: recurso ordinário. Provido. Decisão unânime. 1ª Câmara. Proc. DRT-4 n. 5.208/91.

EMENTAS

5103 — CRÉDITO INDEVIDO — Notas fiscais "frias" — Processo não instruído de conformidade com a Portaria CAT n. 67/82 e Ofício DEAT-G, série "O & M" n. 2/83 — Auto insubsistente por deficiência probatória — Provido o recurso — Decisão unânime.

A acusação inicial é a de crédito indevido, fundado em notas fiscais "frias". O fisco, contudo, nenhuma prova fez em relação às empresas emittentes dos documentos impugnados, como lhe competia, nos termos do art. 1º da Portaria CAT n. 67/82 e Ofício DEAT-G, série "O & M" n. 2/83. Ou seja, não há nos autos nenhuma prova que demonstre o motivo ou motivos que levaram a se considerar inidôneos os documentos aqui enfocados. À míngua de qualquer elemento de convicção, não há como se sustentar o trabalho fiscal. Por outro lado, como se vê pelos documentos juntados pela recorrente, está demonstrado nos autos o pagamento das duplicatas através de cheques devidamente compensados. É possível que tais documentos relativos às operações praticadas pela recorrente resultem de simulação. Mas o fisco nada provou a esse respeito, como de resto não o fizera nem mesmo quanto à existência de fato e de direito das empresas emittentes das NNFF impugnadas. Nestas condições, dou provimento ao recurso para julgar a ação fiscal insubsistente.

Proc. DRT-4 n. 5823/90, julgado em sessão da 1ª Câmara de 28.7.92 — Rel. Luiz Fernando de Carvalho Accacio.

5104 — FLORES — Saída para o Estado da Bahia de mercadoria tributada como isenta — Negado provimento ao recurso — Decisão unânime.

Entendo correto o trabalho fiscal. Efetivamente, a leitura do Convênio n. 44/75 permite-nos inferir que os Estados celebrantes firmaram acordo em que podiam deliberar sobre a isenção ou não de produtos hortifrutigranjeiros quando de sua saída. A simples assinatura do convênio