

tado da instauração da relação jurídica, o imposto, quando se completam todos os elementos identificadores da hipótese de incidência.

Assim, basta que apenas um critério não se concretize, para que não ocorra a hipótese de incidência e, conseqüentemente, não se instaure a relação jurídica entre os sujeitos ativo e passivo.

No caso em questão, discute-se os critérios temporal (que consiste no grupo de indicações que o suposto da regra oferece para determinar em que instante acontece o fato imponible) e o quantitativo (que indica o preciso conteúdo do dever jurídico a ser cumprido pelo sujeito passivo).

Os demais critérios, ou seja, o material, o espacial e o pessoal são reconhecidos e admitidos pelas partes em litígio, não sendo os mesmos, portanto, objeto de controvérsias.

O critério temporal da hipótese de incidência está claramente delineado pelo momento da transação ou do negócio jurídico estabelecido entre o produtor e o industrializador da matéria-prima.

Com relação ao critério quantitativo, representado pela base de cálculo e respectiva alíquota, dispõe o art. 314 do Dec. n. 5.410/74:

"O lançamento do imposto incidente nas sucessivas saídas de cana-de-açúcar em caule de produção paulista, promovidas por quaisquer estabelecimentos com destino a usina açucareira localizada neste Estado, fica diferido para o momento em que ocorrer a saída dos produtos resultantes de sua moagem e industrialização. (grifamos)

Parágrafo 4.º — Em substituição ao critério previsto no § 1.º, para o efeito de determinar o valor do imposto devido poderá o contribuinte optar pelo recolhimento em importância correspondente à que resultar da aplicação do percentual de 10% sobre o preço-base de aquisição, fixado pelo Instituto de Açúcar e do Alcool para cada unidade de açúcar cristal ou demerara destinado ao exterior, independentemente da origem e da quantidade de cana utilizada".

No caso presente, a saída se caracteriza pela emissão da nota fiscal de venda a ordem a Cooperativa nos termos do art. 91 do citado Dec. n. 5.410/74.

Ora, no momento da emissão da referida nota fiscal, instaurou-se a relação obrigacional do sujeito passivo, com a conseqüente exigência do lançamento representativo do negócio jurídico havido anteriormente entre o produtor e o industrial.

Em outras palavras, assim poderemos equacionar o problema se atentarmos para a decisão contida nos Embargos Infringentes 12.866-2 da 11.ª C. Civil do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

"Havendo incidência de imposto, surge na procrastinação do lançamento, apenas a distinção das operações estritamente normais, com as de diferimento. Nada mais que isto: **momentos diversos de lançar o tributo**. Naquelas, tomando-se como referência física quem adquire, quando a mercadoria é adquirida, nestas, quando o adquirente as aliena.

Em se tratando de operações na modalidade de diferimento, este desempenho do alienante não existe. Compete ao adquirente substituí-lo, mas fará a declaração e recolherá a quantia mais tarde, por ocasião da saída da mercadoria adquirida ou da em que se integrou ou se transformou.

Ambas identificam-se, porém, na incidência do imposto já na primeira operação e é fundamental assinalar, repisando, que a diferença está somente na alteração da pessoa que deve escriturar o débito, cumprir a obrigação de declarar e recolher o tributo. E, também, que pelo diferimento, esses atos são procrastinados, para a segunda fase".

Assim, o critério quantitativo, consistente em se estabelecer a base de cálculo para a aplicação da alíquota, está indicado pelo preço de venda da mercadoria no mercado interno, nos termos do art. 24, e pelo valor estabelecido pelo IAA com referência ao produto destinado ao exterior, nos termos do § 4.º do art. 314, evidentemente, à época da concretização da hipótese de incidência. (grifamos)

Portanto, a base de cálculo sobre a qual incidirá a alíquota, será o preço de venda da mercadoria para os produtos destinados ao consumo interno e o preço-base fixado pelo IAA, para o produto destinado ao exterior, ambos, porém, com o fato imponible caracterizado no momento da relação jurídica representada pela transação entre o usineiro e o produtor da matéria-prima.

Isto posto, e por mais que dos autos consta, dou provimento ao presente recurso, para julgar insubsistentes os AIIMs.

PASSIVO FICTÍCIO — SUBSISTENTE PRESUNÇÃO FISCAL, NÃO ILIDIDA, DE TEREM OCORRIDO SAÍDAS OMITIDAS À TRIBUTAÇÃO DO ICM — CORRETA ADOÇÃO, PELO FISCO, DE MEIOS INDICIÁRIOS NA ELABORAÇÃO DO LEVANTAMENTO FISCAL — RECURSO DESPROVIDO — DECISÃO NÃO UNÂNIME — TRANSCRIÇÃO, NA ÍNTEGRA, APENAS DO VOTO VENCEDOR.

VOTO EM SEPARADO

1. Entende o i. Relator que o lançamento tributário, no caso destes autos, não se ateve ao disposto no art. 142, do Código Tributário Nacional, pois sustenta S. Sa. que a exigência fiscal, fundada na existência de passivo fictício, não poderia ser entendida como "procedimento tendente a verificar a ocor-

Sala das sessões, em 9 de maio de 1983.

a) Djalma Bittar, Relator.

VOTO EM SEPARADO

Pedi vista destes autos para melhor me esclarecer a respeito da matéria em debate, que é das mais interessantes, e examinando-os, concluo pela inviabilidade jurídica da pretensão fiscal aduzida no AIIM vestibular.

Assim entendo porque o AIIM inaugural baseia-se, fundamentalmente, na premissa de que as operações relacionadas nos seus demonstrativos seriam "vendas a ordem para entrega futura", quando na realidade as respectivas notas fiscais juntadas comprovam que as citadas operações se traduziram em "entregas para venda" efetuadas por usina cooperada a cooperativa de sua filiação, operações estas que não caracterizam e nem se confundem com "vendas a ordem" ou "vendas para entrega futura". Além de não corresponderem ao conceito legal quer de "venda a ordem", quer de "venda para entrega futura", há uma impossibilidade legal para caracterizar as "entregas de produtos" pelos cooperados à cooperativa como "vendas", pois o art. 79 da Lei Federal n. 5.674, de 16.12.71, expressamente define tais entregas como "ato cooperativo", que não implica em contrato de compra e venda. Portanto, já por se basear em premissa incorreta, a ação fiscal não teria condições de vingar.

Assim, embora sob fundamento diverso, que autorizaria uma série de outras considerações, concordo com a conclusão exposta no voto do i. Juiz Relator e dou provimento ao recurso da autuada.

Sala das sessões, em 1.º de junho de 1983.

a) Fernando Luiz da Gama Lobo d'Eça.

RESUMO DA DECISÃO: provido integralmente o recurso. Voto em separado do Sr. Fernando Luiz da Gama Lobo d'Eça. Decisão não unânime. 8.ª Câmara. Proc. DRT-4 n. 6089/81.

rência do fato gerador da obrigação tributária", mencionado no referido dispositivo. Entende, ainda, S. Sa. que a existência de passivo fictício só tem relevância para a legislação do imposto de renda e não para a do ICM.

2. Discordando desse entendimento, peço vênias para reiterar o que tenho insistentemente afirmado neste Tribunal: