



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Número do 1.0702.11.015725-3/002 **Númeraço** 0157253-
Relator: Des.(a) Bitencourt Marcondes
Relator do Acordão: Des.(a) Bitencourt Marcondes
Data do Julgamento: 03/10/2017
Data da Publicação: 11/10/2017

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO. EMBARGOS A EXECUÇÃO FISCAL. INTIMAÇÃO PESSOAL DA FAZENDA PÚBLICA. NECESSIDADE. RECURSO TEMPESTIVO. ICMS. COMPROVAÇÃO DA ORIGEM DE RECURSOS NA CONTA CAIXA. PRESUNÇÃO DE SAÍDA DE MERCADORIAS DESACOBERTADAS DE NOTAS FISCAIS. PERÍCIA. CONFUSÃO PATRIMONIAL. VERIFICAÇÃO. PRESUNÇÃO AFASTADA. NULIDADE Nº 01.000.156123-15. REGISTRO DE NOTAS FISCAIS DE SAÍDA. AUSÊNCIA. MULTA ISOLADA. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. IRRELEVÂNCIA. PRECEDENTES DO STJ. AQUISIÇÃO DE BENS E PRODUTOS NÃO RELACIONADOS COM A ATIVIDADE DA EMPRESA. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS. AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO. COBRANÇA DE ICMS E MULTA DE REVALIDAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. OPERAÇÃO INTERESTADUAL. CRÉDITO DE ICMS. ISENÇÃO NÃO APROVADA PELO CONFAZ. APROVEITAMENTO INDEVIDO. COBRANÇA DE ICMS, MULTA DE REVALIDAÇÃO E MULTA ISOLADA. LEGALIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA FIXADOS EM VALOR MENOR QUE 1%. PRECEDENTES DO STJ. VALOR IRRISÓRIO. VERIFICAÇÃO. MAJORAÇÃO. NECESSIDADE. RECURSOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA EM REEXAME NECESSÁRIO.

1. O Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento, em sede de Recurso Repetitivo, no sentido de que o disposto no art. 25 da Lei 6.830/80 aplica-se extensivamente aos embargos à execução fiscal e, portanto, é tempestivo o recurso de apelação interposto pela Fazenda dentro de 30 dias a contar da intimação pessoal.

2. Constatado por meio de perícia contábil a ocorrência de confusão patrimonial entre os ativos e passivos da empresa executada -



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

INDÚSTRIA SUAVETEX LTDA. e a empresa SUAVETEX COMERCIAL LTDA., o que afasta a presunção de venda de mercadorias desacobertadas de notas fiscais, não há que se falar em cobrança do imposto e multas, mormente porque "empréstimo" não configura fato gerador do tributo.

3. A obrigação de efetuar o registro das notas fiscais nos respectivos livros contábeis consiste em obrigação acessória cujo descumprimento importa na imposição de sanção aplicada pelo fisco (multa isolada) que, conforme precedentes do STJ, não é elidida pela ocorrência de denúncia espontânea.

4. Nos termos da Lei Kandir, não ensejam o direito ao creditamento: a) a entrada de mercadorias alheias à atividade do estabelecimento; e b) os veículos de transporte pessoal presumidamente alheios à atividade fim da empresa.

5. Em atenção ao princípio da legalidade estrita, não há que se falar em ilegalidade da cobrança do ICMS e da multa de revalidação, uma vez que combustíveis e lubrificantes não podem ser considerados insumos essenciais à atividade-fim da empresa.

V.v. Considerando a amplitude do objeto social da empresa apelante que, além da fabricação de produtos de higiene pessoal, de limpeza e materiais plásticos, também explorava o comércio atacadista, realizando a entrega das mercadorias nos estabelecimentos compradores, utilizando-se, para isso, de frota própria, sob pena de ofensa ao princípio da não cumulatividade deve ser admitido o aproveitamento do crédito de ICMS decorrente da aquisição de insumos e produtos que visem a manutenção e operação da frota de caminhões, mormente porque o custo do transporte é embutido no valor do produto comercializado, alterando, portanto, a base de cálculo do imposto.

6. Nos termos da CR/88 e LC 24/75, a concessão de benefícios fiscais por determinado Estado membro somente se apresenta possível mediante anuência do CONFAZ que ratifica a celebração de convênios



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

firmados entre os Estados da Federação.

7. Ante a inexistência de convênio interestadual, é irregular a operação realizada com a concessão de incentivos fiscais e, conseqüentemente, o aproveitamento do referido crédito.

8. Para a fixação de honorários, o §4º, do artigo 20 do Código de Processo Civil permite ao magistrado fixar a honorária além ou aquém dos percentuais mencionados no §3º, utilizando-se, inclusive, de valor determinado em moeda corrente.

9. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, contudo, se firmou no sentido de ser irrisória a fixação da verba em patamar inferior a 1% sobre o valor da causa.

10. Devem ser majorados os honorários advocatícios fixados pelo magistrado singular quando se apresentam irrisórios.

AP CÍVEL/REM NECESSÁRIA Nº 1.0702.11.015725-3/002 - COMARCA DE UBERLÂNDIA - REMETENTE: JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA E AUTARQUIAS DE BELO HORIZONTE - 1º APELANTE: INDÚSTRIAS SUAVETEX LTDA - 2º APELANTE: ESTADO DE MINAS GERAIS - APELADO(A)(S): INDÚSTRIAS SUAVETEX LTDA, ESTADO DE MINAS GERAIS

A C Ó R D Ã O

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em EM JULGAMENTO ESTENDIDO, DAR PARCIAL PROVIMENTO AOS RECURSOS DE APELAÇÃO E REFORMAR PARCIALMENTE A SENTENÇA EM REEXAME NECESSÁRIO, VENCIDOS, EM PARTE, O RELATOR E O 1º VOGAL.

DES. BITENCOURT MARCONDES

RELATOR.



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

DES. BITENCOURT MARCONDES (RELATOR)

VOTO

Trata-se de reexame necessário e recursos de apelação, interpostos pela INDÚSTRIA SUAVETEX LTDA. e pela FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS, contra sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito João Elias da Silveira, da 2ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da comarca de Uberlândia, que julgou parcialmente procedente os embargos à execução fiscal e, tendo em vista a sucumbência recíproca, condenou a primeira apelante ao pagamento de 33,33% das custas processuais, além de honorários advocatícios de sucumbência no valor de R\$6.000,00 (seis mil reais), sendo R\$4.000,00 (quatro mil reais) pela embargada e R\$2.000,00 (dois mil reais) pela embargante.

A INDÚSTRIA SUAVETEX LTDA. pugna pela reforma parcial da sentença, para declarar a nulidade do PTA/CDA nº 01.00156313-87, aos seguintes argumentos: (i) a empresa, conforme expresso no contrato social, também exerce atividade de comércio atacadista, sendo a responsável pela venda e distribuição de seus produtos, portanto, o valor gasto a título de frete está embutido no preço final de seus produtos, compondo a base de cálculo para pagamento de ICMS; (ii) os insumos necessários para a realização do serviço de transporte devem resultar em crédito sob pena de violação do princípio da não cumulatividade; (iii) admitir a utilização do crédito apenas se a entrega das mercadorias tivesse sido realizada por empresa contratada e, não pela própria empresa, fere o princípio da isonomia, bem como o princípio da não cumulatividade; (iv) admitir a glosa de crédito viola o princípio da livre iniciativa e concorrência; (v) o Estado de Minas Gerais exige ICMS, multa isolada e de revalidação, por prática totalmente estranha à apelante, pois não pode ser responsabilizada pela concessão de benefício que o Estado entende ser irregular, devendo, portanto, propor as medidas cabíveis contra o Estado que supostamente está concedendo a benesse irregularmente; (vi) a apelante não praticou qualquer ilegalidade, pois agiu em



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

consonância com a legislação Goiana vigente; (vii) o TJMG e o STJ já decidiram no sentido de que o Estado que entender ter sido lesado pela concessão de benefícios fiscais dado por outro ente da Federação, deve se valer dos meios adequados para por fim a referida prática; (viii) não poderia ter sido condenado ao pagamento de parte das custas processuais e honorários advocatícios de sucumbência pois a embargada sucumbiu em maior parte, devendo suportar a integralidade dos valores; (ix) o valor dos honorários advocatícios de sucumbência foi fixado em patamar irrisório considerando-se o valor da causa, correspondendo a apenas 0,04% dele, razão pela qual deve ser majorado para atender aos limites estabelecidos pela Lei Processual (art. 20, §4º CPC/73).

O ESTADO DE MINAS GERAIS interpõe recurso pugnando pela reforma parcial da sentença a fim de que sejam julgados improcedentes os embargos à execução fiscal, pelos seguintes argumentos: (i) o magistrado a quo entendeu, com base no laudo pericial produzido nos autos dos embargos 0702.10.054530-1, "que não houve saída de mercadoria sem a correspondente emissão de nota fiscal.", contudo, naquele trabalho, não foi examinado o quantitativo de mercadorias, bem como as notas fiscais de entrada e saída do estabelecimento da embargante, limitando-se a analisar as demonstrações contábeis e suas sucessivas alterações promovidas unilateralmente pelas empresas envolvidas na fraude fiscal; (ii) a perícia apresentada no processo 0702.10.054530-1 não justifica a nova versão trazida pelo contribuinte, no sentido de que as contas da Indústria Suavetex teriam sido pagas pela Suavetex Comercial, uma vez que do valor de R\$7.900.000,00 foram juntados comprovantes de pagamentos de obrigações que somam apenas R\$3.171.109,33; (iii) a empresa apelada não conseguiu afastar a presunção de liquidez, certeza de que goza a CDA; (iv) inaplicável a norma inserta no art. 138 do CTN, pois o que está sendo exigido da empresa é o pagamento de penalidade relativa ao descumprimento de obrigação acessória de escriturar as notas fiscais de saída no livro fiscal próprio; (v) os embargos devem ser julgados totalmente improcedentes e os ônus da sucumbência devem ser suportados integralmente pela apelada, devendo, ainda, os honorários serem fixados entre 10% e 20% do valor



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

do crédito executado, fixados em favor da ora apelante.

Contrarrrazões pela Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais às f; 1.369/1384.

Contrarrrazões pela Indústria Suavetex LTDA., às f. 1386/1409, arguindo, em preliminar, a intempestividade do recurso aviado pelo Estado de Minas Gerais e pugnando pela imposição de multa de 1% por litigância de má fé.

É o relatório.

I - DA PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE

A Indústria Suavetex LTDA arguiu, em preliminar de contrarrrazões, a intempestividade do recurso de apelação interposto pela Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais, argumentando que no caso de embargos à execução fiscal não há que se falar em intimação pessoal da Fazenda Pública.

Razão não lhe assiste.

Isso porque, em que pese inexistir previsão legal que estabeleça a necessidade de intimação pessoal do representante da Fazenda Pública em caso de embargos à execução fiscal, o Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento, em sede de Recurso Repetitivo, no sentido de que o disposto no art. 25 da Lei 6.830/80 aplica-se, extensivamente, vejamos:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL E EMBARGOS DO DEVEDOR. INTIMAÇÃO PESSOAL DO REPRESENTANTE DA FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL. PRERROGATIVA QUE TAMBÉM É ASSEGURADA NO SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO.

1. O representante da Fazenda Pública Municipal (caso dos autos), em sede de execução fiscal e respectivos embargos, possui a prerrogativa de ser intimado pessoalmente, em virtude do disposto no art. 25 da



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Lei 6.830/80, sendo que tal prerrogativa também é assegurada no segundo grau de jurisdição, razão pela qual não é válida, nessa situação, a intimação efetuada, exclusivamente, por meio da imprensa oficial ou carta registrada.

2. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime previsto no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ.1

Destarte, rejeito a preliminar.

Conheço do Reexame Necessário e dos recursos de apelação, pois preenchidos os pressupostos de admissibilidade.

II - DOS FATOS

Da análise dos autos verifico que a FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS ajuizou execução fiscal em face da INDÚSTRIA SUAVETEX LTDA, objetivando o recebimento de R\$8.637.196,90 (oito milhões, seiscentos e trinta e sete mil, cento e noventa e seis reais e noventa centavos) conforme descrito nos PTA/CDA nº 01.000156123.15 e 01.000156313.87 pelos quais são exigidos os seguintes créditos, respectivamente: a) ICMS, multa de revalidação, multa isolada e juros de mora pela saída de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal no período de janeiro de 2003 a fevereiro de 2005; b) (i) multa isolada, por falta de registro de notas fiscais de saída no livro de registro de saídas de mercadorias (reduzida a 5% do valor dos documentos), (ii) multa isolada (obrigação acessória - CIAP) por falta de entrega do livro de controle de crédito de ICMS do ativo permanente, (iii) ICMS e multa de revalidação pela falta de recolhimento do diferencial de alíquotas referentes a aquisições de materiais de uso e consumo - de acordo com reformulação pelo fisco a vista de reclassificação de algumas mercadorias como produtos intermediários -, (iv) ICMS e multa de revalidação pelo aproveitamento indevido de créditos de ICMS, conforme apurado e retificado pelo fisco - exigências essas parcialmente mantidas pelo egrégio Conselho de Contribuintes de Minas Gerais.



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Contra a execução fiscal a executada opôs embargos que foram parcialmente acolhidos para declarar a nulidade do PTA/CDA nº 01.000156123-15, bem como a cobrança de multa isolada por falta de registro de notas fiscais de saída de mercadorias, descrita no PTA/CDA nº 01.000156313-87.

Contra a sentença as partes interpuseram recurso de apelação.

Inverto a ordem de julgamento em razão da maior abrangência do segundo recurso.

III - DO RECURSO INTERPOSTO PELA FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Insurge-se a apelante contra sentença que reconheceu a nulidade do PTA/CDA nº 01.000.156123-15, pela qual se exigia o pagamento de ICMS, multa de revalidação e multa isolada em decorrência da saída de mercadorias desacobertadas da documentação fiscal exigida, bem como contra a exclusão da cobrança de multa isolada, no PTA/CDA nº 01.000156313-87, pela falta de registro de notas fiscais de saída.

A) DA NULIDADE DO PTA/CDA Nº 01.000.156123-15

O auto de infração que deu origem ao procedimento acima especificado decorre do fato de a executada não ter logrado êxito em comprovar a origem de recursos financeiros existentes na sua conta "caixa", o que fez com que o fisco presumisse a saída de mercadorias do estabelecimento, desacobertadas de notas fiscais, ensejando, portanto, a cobrança de ICMS, multa de revalidação e multa isolada.

No que diz respeito à presente cobrança, o magistrado a quo entendeu pela necessidade de acolher os embargos para declarar nula a CDA, uma vez que, pelo conjunto probatório carreado aos autos, foi possível constatar que "não ocorreu fato gerador de ICMS, e que também não seria o caso de presumir a ocorrência de saída de mercadoria desacompanhada de nota fiscal" (f. 1.294), pois, na



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

verdade, o que se verificou foi confusão patrimonial entre a empresa executada e a Suavetex Comercial LTDA., pertencente aos mesmos sócios, pois esta, tendo em vista as dificuldades econômicas pela qual passava a embargante, efetuava diretamente o pagamento de seus débitos, na maioria, credores.

Inconformada a Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais pugna pela reforma da sentença a fim de que seja determinado o prosseguimento da execução consubstanciada na presente CDA.

A sentença não merece reforma.

A Constituição da República, no art. 155, estabelece a competência dos Estados para instituírem o Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS, e a Lei Complementar nº 87/1996 (Lei Kandir), prevê, no art. 2º, as atividades que se traduzem em fatos geradores para a cobrança do referido tributo.

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; (...)

Art. 2º O imposto incide sobre:

I - operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares;

II - prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, por qualquer via, de pessoas, bens, mercadorias ou valores;

III - prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza;

IV - fornecimento de mercadorias com prestação de serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios;

V - fornecimento de mercadorias com prestação de serviços sujeitos ao imposto sobre serviços, de competência dos Municípios, quando a lei complementar aplicável expressamente o sujeitar à incidência do imposto estadual.

§ 1º O imposto incide também:

I - sobre a entrada de mercadoria ou bem importados do exterior, por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade;

II - sobre o serviço prestado no exterior ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior;

III - sobre a entrada, no território do Estado destinatário, de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e de energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou à industrialização, decorrentes de operações interestaduais, cabendo o imposto ao Estado onde estiver localizado o adquirente.

§ 2º A caracterização do fato gerador independe da natureza jurídica da operação que o constitua.

Conforme já consignado, a cobrança identificada na CDA em comento decorre do fato de a executada não ter logrado êxito em comprovar a origem de recursos existentes em sua conta "caixa", bem como dos valores utilizados para pagamento de suas contas/fornecedores, o que fez com que o Fisco presumisse a venda de produtos desacobertados de nota fiscal.



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Ocorre, porém, que da análise dos autos, em especial do laudo da perícia realizada nos presentes embargos à execução, no qual o perito faz referências à decisão exarada no PTA pelo Conselho dos Contribuintes, bem como, ao laudo da auditoria contábil contratada pela embargante, que ao analisar as contas e livros chegaram à mesma conclusão da perícia realizada sob o crivo do contraditório, é possível concluir pela inexistência de venda desacompanhada de nota fiscal, mas sim, pela ocorrência de confusão patrimonial entre os ativos e passivos da empresa executada - INDÚSTRIA SUAVETEX LTDA. e a empresa SUAVETEX COMERCIAL LTDA., ocasionadas pelo fato de possuírem os mesmos sócios e a segunda ter assumido o pagamento das dívidas da primeira.

Dito de outro modo, a empresa SUAVETEX COMERCIAL LTDA., pertencente aos mesmos sócios da INDÚSTRIAS SUAVETEX LTDA., utilizava de seus próprios recursos para quitar obrigações da segunda, efetuando os pagamentos diretamente de sua conta corrente apesar de os valores terem sido lançados, nos livros da executada, como se tivessem sido por ela mesma adimplidos.

Os laudos demonstram, portanto, a ocorrência de erro na escrituração contábil da embargante a ponto de impossibilitar que os fiscais conseguissem compreender, quando da fiscalização, a origem dos recursos utilizados para pagamento de diversos débitos o que fez o Fisco presumir a ocorrência do fato gerador do ICMS, conforme prerrogativa que lhe é conferida pelo art. 194, §3º do RICMS, parte geral².

Assim sendo, considerando que a embargante logrou êxito em comprovar que não ocorreu a saída de mercadoria desacompanhada de documento fiscal, elidida a presunção relativa que embasou a autuação e conseqüentemente a cobrança do Imposto e Multas, conforme também entendera o magistrado a quo, mormente porque "empréstimos", nos termos da legislação tributária acima mencionada, não constituem fato gerador do ICMS.



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Destarte, mantenho a sentença que reconheceu a nulidade do PTA/CDA 01.000.156123-15.

B) PTA/CDA nº 01.000156313-87 - DA MULTA ISOLADA PELA FALTA DE REGISTRO DE NOTAS FISCAIS DE SAÍDA

A falta de registro de notas fiscais de saída, nos livros de registro de saída de mercadorias, resultou na imposição de multa isolada, cobrada pelo fisco estadual em percentual reduzido em razão da denúncia espontânea (art. 55, inciso I, alínea "b" da Lei 6.763/75).

O Magistrado a quo afastou a responsabilidade da embargante por entender que o fato de ter constatado a falha, efetuado voluntariamente o pagamento com os respectivos encargos, ainda que intempestivamente, importa em denúncia espontânea que, nos termos do art. 138 do CTN, exclui a responsabilidade tributária do contribuinte.

Insurge-se a apelante argumentando, em síntese, a inaplicabilidade do art. 138 do CTN, porquanto, não se está a exigir o ICMS ou multas pelo pagamento a destempo, mas sim, penalidade relativa ao descumprimento da obrigação acessória de escriturar as notas fiscais de saída no livro próprio.

Conforme é cediço, a denúncia espontânea é instituto de direito tributário cujo objetivo é incentivar o contribuinte que infringiu a lei a regularizar sua situação, porém, antes que o fisco, por seus próprios meios, tome conhecimento do fato.

Conforme estabelece o art. 138 do CTN, a denúncia espontânea exclui a responsabilidade do contribuinte que cometeu infração, contudo, o Superior Tribunal de Justiça, já decidiu pela inaplicabilidade do referido instituto com o objetivo de afastar a cobrança da multa aplicada em razão do descumprimento de obrigação acessória.

Vejamos:



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

TRIBUTÁRIO. MULTA MORATÓRIA. ART. 138 DO CTN. ENTREGA EM ATRASO DA DECLARAÇÃO DE RENDIMENTOS.

1. A denúncia espontânea não tem o condão de afastar a multa decorrente do atraso na entrega da declaração de rendimentos, uma vez que os efeitos do artigo 138 do CTN não se estendem às obrigações acessórias autônomas. Precedentes.

2. Agravo regimental não provido.3

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. INAPLICABILIDADE.

1. Inaplicável o instituto da denúncia espontânea quando se trata de multa isolada imposta em face do descumprimento de obrigação acessória. Precedentes do STJ.

2. Agravo Regimental não provido.4

A obrigação de efetuar o registro das notas fiscais nos respectivos livros contábeis consiste em obrigação acessória cujo descumprimento importa na imposição de sanção aplicada pelo fisco com o fito de desestimular o reiterado descumprimento da imposição legal.

Assim sendo, na linha dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça, a manutenção da obrigação de efetuar o pagamento da multa isolada aplicável nos termos da legislação estadual é medida que se impõe e, portanto, nesse ponto, necessária se me apresenta a reforma da sentença.

IV - DO RECURSO INTERPOSTO PELA INDÚSTRIAS SUAVETEX LTDA.

Insurge-se a apelante contra a parte da sentença que deixou de reconhecer a nulidade do PTA/CDA nº 01.000156313-87, mantendo as cobranças relativas à multa isolada (por falta de entrega do livro de



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

controle de crédito de ICMS do ativo permanente); ICMS e multa de revalidação (pela falta de recolhimento de diferencial de alíquotas relativas as aquisições de materiais de uso e consumo); ICMS, multa isolada e multa de revalidação (pelo aproveitamento indevido de crédito de ICMS).

A) ICMS E MULTA DE REVALIDAÇÃO - FALTA DE RECOLHIMENTO DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS

Nesse particular, o fisco estadual esta exigindo o imposto e multa decorrente do seu não pagamento pelo fato de o estabelecimento ter adquirido combustíveis, lubrificantes e outros insumos/bens para equipar e abastecer a frota de veículos pertencentes à indústria.

No acórdão exarado pelo Conselho de Contribuintes, no âmbito do PTA que reconheceu a legalidade da presente cobrança, a conclusão foi no sentido de que apesar de o fisco considerar que os produtos foram adquiridos e utilizados pela empresa, por não estarem relacionados com sua atividade fim, impõe-se a cobrança do tributo e multa de revalidação.

Argumenta o apelante, em síntese, que sua atividade empresarial tem caráter dúplice, uma vez que não atua apenas no ramo industrial, mas também realiza as atividades relacionadas ao comércio atacadista para venda e distribuição de seus produtos e, para tanto, utiliza-se de sua própria frota cujo processo logístico deve ser entendido como serviço, sendo que o valor correspondente é embutido no custo do produto comercializado, alterando, por consequência, o valor do imposto devido. Aduz que a exação fere os princípios da isonomia, livre concorrência, livre iniciativa e da não cumulatividade.

Conforme se observa, o que se esta aqui a tratar é sobre o princípio da não cumulatividade, consagrado na CR/88 (art. 155, §2º, inciso I), bem como no art. 19 da na Lei Complementar nº 87/96.

Conforme é cediço, o princípio da não cumulatividade consiste na possibilidade de o contribuinte do ICMS creditar-se do imposto



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

anteriormente cobrado nas operações subsequentes sendo possível efetivar essa operação, inclusive em relação as aquisições destinadas ao seu próprio uso/consumo.

Vejamos:

Art. 19. O imposto é não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou por outro Estado.

Art. 20. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação.

Ocorre, porém, que os §§ 1º e 2º do art. 205, ao estabelecerem a impossibilidade de a empresa creditar-se de ICMS quando desempenha atividade alheia a sua atividade fim, impõe verdadeira limitação a possibilidade de compensação do imposto e, nesse contexto, se me apresenta imprescindível confrontar a atividade que resultou na cobrança do imposto e multa com a atividade efetivamente desenvolvida pela empresa contribuinte, ou seja, faz-se necessário verificar se a atividade geradora do débito encontra-se ou não abrangida por aquela descrita nos atos constitutivos da empresa.

Às f. 81/86 a apelante acostou cópia da oitava alteração de seu estatuto social e, da leitura do referido documento, verifico que nessa oportunidade, houve alteração na descrição do objeto social da empresa. Considerando que o documento foi registrado na Junta Comercial do Estado de Minas Gerais em 04/09/2007 e que as exações inseridas no PTA/CDA nº 01.000156313-87 decorrem do descumprimento de obrigações tributárias entre os exercícios de 2003



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

a 2006, faz-se necessário considerar a antiga descrição do objeto social da empresa, a fim de avaliar legalidade da cobrança.

A oitava alteração do estatuto social, assim dispôs a respeito do objeto social:

DO OBJETO SOCIAL

A sociedade que tinha como objetivo a exploração da indústria e o comércio atacadista, importação e exportação de produtos de higiene pessoal, de limpeza e materiais plásticos em geral, passa a partir da presente alteração e consolidação contratual a ter como objetivo e finalidade a exploração da indústria e o comércio atacadista, importação e exportação de produtos de higiene pessoal, de limpeza para a residência, comércio e indústria e materiais plásticos em geral. (f. 82) (g.n.)

Conforme se observa, à época dos fatos geradores, o objeto social da empresa apelante era amplo, pois além da fabricação de produtos de higiene pessoal, de limpeza e materiais plásticos, também explorava o comércio atacadista.

Nesse contexto, malgrado em uma primeira análise não constate ilegalidade na exação fiscal, uma vez que a fiscalização entendeu ser indevido o creditamento do ICMS pelo fato de a empresa não ter a atividade de transporte descrita em seu objeto social, o qual, inclusive, não faz qualquer menção à referida atividade a fim de justificar a aquisição de combustíveis, lubrificante e outros materiais em quantidade considerável, tenho que, para elucidação da questão, faz-se necessário perquirir acerca da natureza do comércio atacadista.

A apelante é empresa do ramo de produtos de higiene pessoal e de limpeza, desempenhando atividade industrial de considerável relevância para a cidade de Uberlândia e para o Estado de Minas Gerais. Consequência lógica do processo produtivo é a comercialização dos produtos, o que pode ocorrer no âmbito atacadista ou varejista, sendo certo que, no caso da apelante,



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

conforme descrito em seu objeto social, a opção é pela modalidade atacadista que, conforme cediço, destina a venda de seus produtos primordialmente, senão de forma exclusiva, às pessoas jurídicas.

Ocorre, porém, no caso específico da empresa apelante, verifico que sua atividade comercial não se limita à atuação administrativa de venda, uma vez que também efetua a entrega dos produtos diretamente nos estabelecimentos compradores, e, para tanto, utiliza-se de frota própria de caminhões - o que não foi contestado pela embargada que se limitou a defender a impossibilidade de creditamento pelo fato de o "transporte" não estar descrito no objeto social da empresa, sendo, portanto, atividade alheia àquela por ela desempenhada -, para os quais os insumos e produtos foram adquiridos com o objetivo de realizar "manutenção".

Antes da vigência da LC nº 87/96, o creditamento relativo aos insumos somente era possível se consumidos no processo e integrantes do produto final (Convênio 66/88, art. 31). Com a superveniência da LC, no entanto, vigente à época dos fatos que ensejaram a autuação fiscal, a hipótese que possibilita o creditamento foi ampliada, uma vez que referidos insumos devem apenas estar vinculados à atividade do estabelecimento (art. 20, §1º da LC nº 87/96), vejamos:

§ 1º Não dão direito a crédito as entradas de mercadorias ou utilização de serviços resultantes de operações ou prestações isentas ou não tributadas, ou que se refiram a mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento.

Destarte, a contrário senso, o contribuinte terá direito ao crédito se a entrada de mercadoria ou serviço tiver relação com a atividade do estabelecimento.

Nesse sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

TRIBUTÁRIO. ICMS. CONTRIBUINTE PRESTADORA DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE. PEÇAS DE VEÍCULOS UTILIZADOS NA ATIVIDADE.



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

INSUMOS. CREDITAMENTO. ART. 20 DA LC 87/1996.

(...)

2. Antes da atual LC 87/1996, vigia o Convênio Interestadual ICMS 66/1988, que regulava nacionalmente o ICMS, com força de lei complementar federal. O art. 31, III, previa o creditamento relativo aos insumos desde que: a) fossem consumidos no processo industrial e b) integrassem o produto final na condição de elemento indispensável a sua composição.

3. Com base nessa legislação, o STJ firmou entendimento de que somente os insumos que atendessem a essas duas condições (consumidos no processo e integrantes do produto final) permitiriam o creditamento.

4. Ocorre que a LC 87/1996 ampliou a possibilidade de creditamento, pois fez referência apenas à vinculação dos insumos à atividade do estabelecimento, mas não à necessidade de que eles integrem o produto final (art. 20, § 1º).

(...)6 (g.n.)

Nesse contexto, considerando os elementos trazidos aos autos, tenho que razão assiste à apelante, pois, diferente do que defende a Fazenda, a meu sentir, a atividade de entrega das mercadorias industrializadas no estabelecimento comercial comprador não constitui atividade estranha àquela desempenhada pela apelante, mas sim, integra e possibilita o pleno cumprimento do seu objeto social.

Isso porque, conforme já consignado, a atividade da apelante não se limita ao campo industrial, pois também comercializa os bens que produz e, nas negociações de venda, compromete-se a entregar referidos produtos utilizando-se de seus próprios veículos. Portanto, se a atividade efetivamente desempenhada pela apelante é a produção



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

e comercialização com entrega do produto vendido ao estabelecimento comprador, faz-se necessário afastar a glosa dos créditos de ICMS incidente sobre os insumos e produtos adquiridos para manutenção da frota de veículos utilizados para possibilitar a entrega dos produtos e, portanto, a execução plena do objeto social da empresa.

No mesmo sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça em caso análogo proveniente do Estado de Minas Gerais:

TRIBUTÁRIO - ICMS - APROVEITAMENTO DE CRÉDITOS - ATACADISTA - CRÉDITOS PROVENIENTES DE INSUMOS NECESSÁRIOS AO FUNCIONAMENTO DA FROTA ENTREGADORA DE MERCADORIAS - REGULAMENTO DO ICMS DO ESTADO DE MINAS GERAIS (ART. 66, 4) - A comerciante atacadista que entrega as mercadorias no estabelecimento do varejista comprador presta, também, serviços empresariais de transporte. Beneficia-se, por isso, do direito de abater, sob forma de crédito, o ICMS pago na aquisição de insumos necessários à operação da frota transportadora (RICMS/MG, Art. 66, 4).7 (g.n.)

Destarte, nesse ponto, sob pena de violação ao princípio da não cumulatividade, porquanto é presumível que o custo do transporte é embutido no valor do produto entregue no estabelecimento comprador e, portanto, ocorre aumento da base de cálculo do imposto, a hipótese é de reforma da sentença para reconhecer a inexigibilidade do crédito referente ao ICMS e multa de revalidação pela falta de recolhimento do diferencial de alíquotas incidente sobre os insumos e bens de uso e consumo.

B) ICMS, MULTA ISOLADA E DE REVALIDAÇÃO - APROVEITAMENTO INDEVIDO - RESOLUÇÃO 3.166/01

A exação decorre do fato de o fisco estadual ter entendido que a empresa executada aproveitou-se indevidamente de crédito de ICMS



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

decorrente de operações interestaduais.

Nos embargos à execução o executado defende não poder ser responsabilizado por prática que lhe é estranha, por entender que o benefício fiscal fora concedido de forma irregular no estado de origem.

O magistrado a quo, nessa parte, julgou improcedentes os embargos à execução por entender que a cobrança do diferencial de alíquota encontra respaldo legal.

No que concerne à concessão de benefícios fiscais, estabelece a CR/88 no art. 150:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

"§6º. Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, §2º, XII, g."

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

(...)

§ 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

(...)

XII - cabe à lei complementar:

(...)

g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.

Conforme se observa, os Estados não podem conceder os benefícios elencados na norma Constitucional sem que antes editem Lei que trate exclusivamente sobre a matéria, sendo que, conforme prevê o art. 155, §2º XII, "g", a regulamentação caberá à Lei Complementar, mediante deliberação dos Estados, ou seja, por meio do Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ que é constituído por representantes de cada Estado e Distrito Federal, além de um representante do governo Federal.

A Lei Complementar nº 24/75, recepcionada pela CR/88, art. 34, §8º dos ADCT e conforme ratificado pelo Supremo Tribunal Federal⁸, por sua vez, estabelece:

Art. 1º. As isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias serão concedidas ou revogadas nos termos de convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal, segundo esta Lei.

Parágrafo único. O disposto neste artigo também se aplica:

I - À redução da base de cálculo;



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

II - À devolução total ou parcial, direta ou indireta, condicionada ou não, do tributo, ao contribuinte, a responsável ou a terceiros;

III - À concessão de créditos presumidos;

IV - A quaisquer outros incentivos ou favores fiscais ou financeiro-fiscais, concedidos com base no imposto de circulação de mercadorias, dos quais resulte redução ou eliminação, direta ou indireta, do respectivo ônus;

V - Às prorrogações e às extensões das isenções vigentes nesta data. (g.n.)

Art. 2º. Os convênios a que alude o art. 1º, serão celebrados em reuniões para as quais tenham sido convocados representantes de todos os Estados e do Distrito Federal, sob a presidência de representantes do Governo federal. (...)

Art. 8º. A inobservância dos dispositivos desta Lei acarretará, cumulativamente:

I - A nulidade do ato e a ineficácia do crédito fiscal atribuído ao estabelecimento receptor da mercadoria;

II - A exigibilidade do imposto não pago ou devolvido e a ineficácia da lei ou ato que conceda remissão do débito correspondente.

Parágrafo único. Às sanções previstas neste artigo poder-se-ão acrescentar a presunção de irregularidade das contas correspondentes ao exercício, a juízo do Tribunal de Contas da União, e a suspensão do pagamento das quotas referentes ao Fundo de Participação, ao Fundo Especial e aos impostos referidos nos itens VIII e IX, do artigo 21 da Constituição Federal.

Nesse contexto, é possível concluir que um contribuinte que



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

utiliza benefícios fiscais de ICMS concedidos por Lei Estadual sem a anuência do CONFAZ, age de maneira irregular, pois a lei e os benefícios fiscais em questão são inconstitucionais, conforme art. 155, § 2º, XII, g, CF c/c art. 8º, I e II, LC 24/75, e, portanto, deve ser autuado pela falta de recolhimento do imposto devido e não pago.

Nesse sentido:

E M E N T A: ICMS - "GUERRA FISCAL" - CONCESSÃO UNILATERAL DE ISENÇÕES, INCENTIVOS E BENEFÍCIOS FISCAIS - NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA DA RESERVA CONSTITUCIONAL DE CONVÊNIO COMO PRESSUPOSTO LEGITIMADOR DA OUTORGA, PELO ESTADO-MEMBRO OU PELO DISTRITO FEDERAL, DE TAIS EXONERAÇÕES TRIBUTÁRIAS - PERFIL NACIONAL QUE QUALIFICA A ESTRUTURA JURÍDICO-NORMATIVA DO ICMS - A EXIGÊNCIA DE CONVÊNIO INTERGOVERNAMENTAL COMO LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL AO PODER DE EXONERAÇÃO FISCAL DO ESTADO-MEMBRO/DISTRITO FEDERAL EM TEMA DE ICMS - RECEPÇÃO DA LEI COMPLEMENTAR Nº 24/75 PELA VIGENTE ORDEM CONSTITUCIONAL - O SIGNIFICADO DA IMPRESCINDIBILIDADE DO CONVÊNIO INTERESTADUAL NA OUTORGA DE ISENÇÕES, INCENTIVOS E BENEFÍCIOS FISCAIS REFERENTES AO ICMS - DOCTRINA - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - INSTITUIÇÃO, PELO ESTADO DE SÃO PAULO, DE REGIME DIFERENCIADO DE TRIBUTAÇÃO EM MATÉRIA DE ICMS QUE CULMINA POR INSTAURAR SITUAÇÃO DE APARENTE "COMPETIÇÃO FISCAL INCONSTITUCIONAL" LESIVA AO ESTADO DO AMAZONAS E A SEU POLO INDUSTRIAL - MEDIDAS QUE SE REFEREM À PRODUÇÃO DE "TABLETS" - POSSÍVEL TRANSGRESSÃO, PELOS DIPLOMAS NORMATIVOS PAULISTAS, AO ART. 152 DA CONSTITUIÇÃO, QUE CONSAGRA O "PRINCÍPIO DA NÃO-DIFERENCIAÇÃO TRIBUTÁRIA" - PRECEDENTE DO STF - MEDIDA CAUTELAR REFERENDADA PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ICMS - "GUERRA FISCAL" - CONCESSÃO UNILATERAL DE INCENTIVOS E BENEFÍCIOS DE ORDEM TRIBUTÁRIA - INADMISSIBILIDADE - NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA DA CLÁUSULA DE RESERVA CONSTITUCIONAL DE CONVÊNIO - A existência de convênios interestaduais celebrados em atenção e em respeito à cláusula da reserva constitucional de convênio,



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

XII, alínea "g", da Constituição da República, traduz pressuposto essencial legitimador da válida concessão, por Estado-membro ou pelo Distrito Federal, de benefícios, incentivos ou exonerações fiscais em tema de ICMS. - Revela-se inconstitucional a concessão unilateral, por parte de Estado-membro ou do Distrito Federal, sem anterior convênio interestadual que a autorize, de quaisquer benefícios tributários referentes ao ICMS, tais como, exemplificativamente, (a) a outorga de isenções, (b) a redução de base de cálculo e/ou de alíquota, (c) a concessão de créditos presumidos, (d) a dispensa de obrigações acessórias, (e) o diferimento do prazo para pagamento e (f) o cancelamento de notificações fiscais. Precedentes. INCONSTITUCIONALIDADES NÃO SE COMPENSAM - A outorga unilateral, por determinado Estado-membro, de benefícios de ordem tributária em tema de ICMS não se qualifica, porque inconstitucional, como resposta legítima e juridicamente idônea à legislação de outro Estado-membro que também se revele impregnada do mesmo vício de inconstitucionalidade e que, por resultar de igual transgressão à cláusula constitucional da reserva de convênio, venha a provocar desequilíbrios concorrenciais entre referidas unidades federadas, assim causando gravame aos interesses do Estado-membro alegadamente prejudicado. É que situações de inconstitucionalidade, porque reveladoras de gravíssima transgressão à autoridade hierárquico-normativa da Constituição da República, não se compensam entre si. Precedente.9

No mesmo sentido é o entendimento esposado pelo Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. RECURSO ESPECIAL. APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITO DE ICMS. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Não ocorre contrariedade ao art. 535 do CPC/73 quando o Tribunal



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

local decide fundamentadamente todas as questões postas ao seu exame, assim como não há que se confundir entre decisão contrária aos interesses da parte e inexistência de prestação jurisdicional.

2. O julgador não está obrigado a apreciar todos os argumentos apresentados pela parte, se os fundamentos de que se serviu são bastantes para embasar a decisão.

3. Partindo da premissa de que os benefícios fiscais relativos ao ICMS somente podem ser concedidos por meio de convênios celebrados entre os entes da Federação no âmbito do CONFAZ, conforme a Constituição Federal, a Lei Complementar n. 24/75 e o Regulamento Estadual, sendo que o benefício concedido unilateralmente, em desacordo com a premissa acima, não obriga a unidade de destino do produto a suportar o crédito do ICMS correspondente ao incentivo, desnecessária a manifestação expressa da Corte a quo sobre o constante em resolução expedida pela autoridade fazendária.

4. Agravo interno a que se nega provimento.10

Na mesma linha, a 1ª Câmara deste Tribunal de Justiça, vejamos:

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - ICMS - BENEFÍCIOS FISCAIS CONCEDIDOS PELO ESTADO DE ORIGEM DE FORMA UNILATERAL - CONCESSÃO NÃO APROVADA PELO CONFAZ - APROVEITAMENTO DE CRÉDITO INDEVIDO - ESTORNO PELO ESTADO DESTINATÁRIO - POSSIBILIDADE.

Não há ofensa ao princípio da não-cumulatividade pela previsão de estorno proporcional do crédito quando o remetente de mercadoria sujeita ao ICMS for beneficiário de incentivos fiscais. A Resolução nº 3.166/01, apenas orienta o cumprimento das regras contidas na Constituição da República, que já vigorava quando do aproveitamento indevido dos créditos, não havendo que se falar em violação ao princípio da irretroatividade.11

EMENTA: TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ICMS.



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

DECADÊNCIA. ART. 150, § 4º, CTN. PRECEDENTES STJ. APROVEITAMENTO DE CRÉDITOS. RETORNO DE MERCADORIAS. DESCUMPRIMENTO DE FORMALIDADES. CREDITAMENTO INTEGRAL DE VALOR DESTACADO QUANDO O REMETENTE FOI BENEFICIADO POR INCENTIVOS FISCAIS NA ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, LEIS COMPLEMENTARES 24/75, 87/96, RESOLUÇÃO SEF 3.166/01. PRECEDENTE STF. NECESSIDADE DE CONVÊNIO INTERESTADUAL COM APROVAÇÃO DO CONFAZ. ENERGIA ELÉTRICA. APROVEITAMENTO DE ICMS EM PROCESSO DE INDUSTRIALIZAÇÃO. CENTRO DE ARMAZENAMENTO E DISTRIBUIÇÃO. RECEBIMENTO DE PRODUTOS ACABADOS. AUSÊNCIA DE AÇÕES QUE CONFIGUREM INDUSTRIALIZAÇÃO. APROVEITAMENTO INDEVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

- Em relação aos tributos sujeitos a lançamento por homologação, ocorrendo o pagamento antecipado por parte do contribuinte - ainda que inferior ao efetivamente devido, mas ausente dolo, fraude ou simulação -, o prazo decadencial para o lançamento de eventuais diferenças é de cinco anos a contar do fato gerador, conforme estabelece o § 4º do art. 150 do CTN. Precedentes do STJ.

- Descumpridas as formalidades legais pertinentes (art. 78 RICMS) e ausente prova do efetivo retorno de mercadorias não entregues aos destinatários, é correta a glosa de créditos de ICMS utilizados pela embargante.

- É legítima a negativa de creditamento da integralidade de ICMS quando de operação interestadual em que o remetente é beneficiado com incentivos fiscais. Necessidade de convênio interestadual aprovado pelo CONFAZ. Resolução SEF nº 3.166/01 declarada constitucional. Precedentes.

- O fato de a embargante ser equiparada a indústria não significa que exerça processo de industrialização ao receber de outros estados produtos prontos e acabados para armazenamento e comercialização. Impossibilidade de creditamento de energia elétrica paga em estabelecimento que não exerce atividades de industrialização.¹²



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Destarte, ante a inexistência de convênio interestadual, é irregular a operação realizada com a concessão de incentivos fiscais e, conseqüentemente, o aproveitamento do referido crédito, o que, no caso, portanto, importa em reconhecer a higidez da CDA que embasa a ação executiva, seja com relação à exigência do imposto, bem como com relação às multas aplicadas conforme a legislação mineira.

V - DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA

Tanto o Estado de Minas Gerais quanto a Indústria Suavetex LTDA. pugnam pela majoração do valor arbitrado a título de honorários advocatícios de sucumbência ao argumento de que foram fixados de forma desproporcional.

O magistrado a quo fixou honorários em R\$6.000,00 (seis mil reais), nos termos do art. 20, §4º do CPC/73 e, considerando a sucumbência recíproca, estabeleceu serem devidos à embargante R\$4.000,00 (quatro mil reais) e à embargada R\$2.000,00 (dois mil reais).

Conforme é cediço, os honorários advocatícios de sucumbência deverão ser fixados de forma equitativa pelo juiz, que não está adstrito aos percentuais previstos no §3º, do art. 20, do CPC/1973, vigente à data da publicação da sentença, podendo fixar percentual aquém ou além do expresso no dispositivo legal, utilizando-se, inclusive, de valor determinado em moeda corrente.

A discricionariedade judicial, contudo, não se confunde com arbitrariedade, já que o legislador estabeleceu parâmetros a serem observados, quais sejam: a) o grau de zelo profissional; b) o lugar da prestação do serviço; e c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Desse modo, a irresignação do valor permite ao Juízo ad quem, examinar sua razoabilidade, podendo, inclusive, majorar o quantum



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

caso a verba seja fixada em patamar irrisório.

A jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça considera irrisórios os honorários fixados em patamar inferior a 1% sobre o valor da causa, senão vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO. DISCUSSÃO ACERCA DA BASE DE CÁLCULO DA GRATIFICAÇÃO ESPECIAL DE LOCALIDADE. VERBA HONORÁRIA FIXADA EM MENOS DE 1% DO VALOR DA CAUSA. VALOR CONSIDERADO IRRISÓRIO PELO STJ. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 7/STJ. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO PARA FIXAR OS HONORÁRIOS DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO EM 1% SOBRE O VALOR CONTROVERTIDO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. É absolutamente tranquilo o entendimento, proferido inclusive sob o rito do art. 543-C do CPC, de que a verba honorária arbitrada por equidade, com fundamento no art. 20, § 4o., do CPC, não está adstrita ao patamar entre 10 e 20% referido no § 3º desse dispositivo, podendo ser fixada em percentual do valor da causa ou da condenação ou, ainda, em valor fixo.

2. Esta Corte tem se balizado na razoabilidade, de modo a coibir o aviltamento do labor do causídico, bem como a desproporcionalidade entre o valor fixado e os critérios adotados, quando estes acabam culminando na irrisoriedade ou na exorbitância. Em vista disso, a jurisprudência do STJ, quando verifica a ocorrência de excesso ou insignificância do valor arbitrado, tem mantido, em diversos casos, a verba honorária em valor que orbita o percentual de 1% do valor da causa, considerando irrisórios os valores que não atingem tal cifra. Esta tem sido a diretriz adotada por ambas as Turmas componentes da Primeira Seção. Precedentes: AgRg no AgRg no AREsp 290.468/AL, Rel. Min. OG FERNANDES, 2T, DJe 28.4.2014 e AgRg nos EDcl no AREsp 304.364/RN, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, 1T, DJe 5.11.2013.

3. Diante das características da demanda, deve ser fixada a verba



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

honorária dos Embargos à Execução em 1% sobre o valor controvertido, que atinge a cifra de R\$ 1.022.441,12 (um milhão, vinte e dois mil, quatrocentos e quarenta e um reais e doze centavos).

4. Agravo Regimental ao qual se nega provimento.13 (g.n.)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO MONITÓRIA. EMBARGOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VALORES IRRISÓRIOS. MAJORAÇÃO. SENTENÇA RESTABELECIDADA.

1. Cinge-se a controvérsia a definir se o valor arbitrado a título de honorários advocatícios pelo Tribunal local é de tal modo irrisório, tendo em vista os parâmetros orientadores das alíneas "a", "b" e "c" do § 3º do artigo 20 do Código de Processo Civil, que justifique a intervenção excepcional desta Corte.

2. O Superior Tribunal de Justiça, afastando a incidência da Súmula nº 7/STJ, tem reexaminado o montante fixado pelas instâncias ordinárias a título de honorários advocatícios quando irrisório ou abusivo.

3. No caso, em embargos à ação monitória, os honorários advocatícios, que foram reduzidos para R\$ 10.000,00 (dez mil reais) pelo Tribunal de origem, revelam-se irrisórios, porquanto correspondem a bem menos de 1% (um por cento) do valor da causa, que é de R\$ 6.775.205,01 (seis milhões setecentos e setenta e cinco mil duzentos e cinco reais e um centavo).

4. O percentual de 1,5% (um e meio por cento) sobre o valor atualizado da causa, para cada embargante, fixado na sentença, além de se apresentar em consonância com a orientação jurisprudencial desta Corte Superior, bem remunera o trabalho dos advogados, haja vista a baixa complexidade da causa. Sentença restabelecida.

5. Agravo regimental não provido.14



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

No caso em apreço, o valor da execução fiscal consubstanciada nas CDA's nº 01.000156313/87 e nº 01.000156123/15, ajuizada em 2010, era de R\$2.518.191,83 (dois milhões, quinhentos e dezoito mil, cento e noventa e um reais e oitenta e três centavos) e R\$6.119.005,07 (seis milhões, cento e dezenove mil, cinco reais e sete centavos), respectivamente, tendo o magistrado fixado os honorários em favor da embargante em R\$4.000,00 (quatro mil reais) e da Fazenda Pública em R\$2.000,00 (dois mil reais).

Conforme é cediço, o valor dos honorários deve ser fixado considerando o proveito obtido por cada uma das partes.

Assim sendo, verifico que os valores arbitrados pelo magistrado a quo não correspondem sequer a 1% do valor de cada uma das CDA's, razão pela qual se me apresentam irrisórios, merecendo majoração.

Nesse contexto, fixo os honorários advocatícios em 1% do o valor atualizado da causa, sendo 70% a serem suportados pelo Estado de Minas Gerais e 30% pela embargante, devida a compensação nos termos do art. 21 do CPC/73 e enunciado da Súmula nº. 306 do Superior Tribunal de Justiça.

V - CONCLUSÃO

Ante o exposto, dou parcial provimento a ambos os recursos de apelação e reformo parcialmente a sentença, em reexame necessário, para, em relação à CDA nº 01.000156313-87: (i) afastar o benefício da denúncia espontânea e, conseqüentemente, manter a exação no que se refere à multa isolada, aplicada pela falta de registro de notas fiscais de saída; (ii) afastar a exigibilidade do crédito referente ao ICMS e multa de revalidação pela falta de recolhimento do diferencial de alíquotas incidente sobre os insumos e bens de uso e consumo destinados à manutenção da frota de caminhões que efetua a entrega do produto industrializado e comercializado; (iii) majorar a verba honorária sucumbencial para o equivalente a 1% (um por cento) do valor atualizado da causa, sendo 70% (setenta por cento) a serem suportados pela FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS e



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

30% (trinta por cento) pela INDÚSTRIAS SUAVETEX LTDA.

Sobre a verba honorária incide o disposto no art. 21 do CPC/73 e enunciado da Súmula nº. 306 do Superior Tribunal de Justiça.

Custas a serem suportadas pelas partes na proporção de 30% (trinta por cento) para a embargante e 70% (setenta por cento) para a Fazenda Pública, observada a isenção legal desta.

É como voto.

DES. ALBERTO VILAS BOAS (PRESIDENTE)

O presente feito vem adiado da sessão do dia 20-06-17, em que pediu vista o 1º Vogal, após o Relator dar parcial provimento a ambos os recursos de apelação e reformar parcialmente a sentença, em reexame necessário.

DES. WASHINGTON FERREIRA

VOTO - VISTA

Sr. Presidente,

Na sessão de julgamento do dia 20 de junho de 2017 pedi vista dos autos e, após nova análise do feito, cheguei à mesma conclusão do i. Relator, Desembargador BITENCOURT MARCONDES, para reformar em parte a sentença, no reexame necessário e dar parcial provimento aos recursos de apelação.

Com efeito, é nulo o PTA/CDA n. 01.0000.156123-15 pelo qual se exigia o pagamento de ICMS, multa de revalidação e multa isolada, em razão da presunção de saída de mercadorias do estabelecimento atacadista, desacobertadas de notas fiscais.

A perícia técnica (f. 906-961) realizada nos autos concluiu que as empresas INDÚSTRIA SUAVETEX LTDA. e SUAVETEX COMERCIAL LTDA.



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

compõem o mesmo grupo empresarial, pois gerenciadas pelos mesmos sócios, tendo a segunda sociedade empresária avocado o pagamento das dívidas da primeira. Nessa perspectiva, houve, de fato, erro na escrituração contábil da Executada INDÚSTRIA SUAVETEX LTDA, na medida em que, quando da fiscalização, não foi possível apurar a origem dos recursos utilizados para pagamento das suas dívidas. Por isso, entendeu o Fisco estadual que possivelmente ocorrera a saída de mercadorias desacobertas de notas fiscais, fato infirmado pela perícia técnica contábil realizada sob o crivo do contraditório.

O erro ou a falta de registro de notas fiscais de saída, nos livros de registro de saída de mercadorias, entretanto, resulta na imposição de multa isolada, ainda que em percentual reduzido em razão da denúncia espontânea (art. 55, inciso I, alínea "b" da Lei 6.763/75). Nesse ponto, entendo que a sentença merece reforma.

Ademais, o PTA/CDA n. 01.000156313-87 padece de nulidade, mas apenas no tocante à cobrança de ICMS e multa de revalidação pela falta de recolhimento de diferencial de alíquotas relativas as aquisições de materiais de uso e consumo.

À época dos fatos geradores, o objeto social da INDÚSTRIA SUAVETEX LTDA. envolvia, além da fabricação de produtos de higiene pessoal, de limpeza e materiais plásticos, a exploração do comércio atacadista.

Consequência lógica, a comercialização direta, por atacado, abrange a atividade de transporte até o estabelecimento do varejista comprador. Portanto, a empresa atacadista tem direito de abater, sob a forma de crédito, o ICMS pago na aquisição de insumos essenciais à atividade de transporte.

E, quanto ao crédito de ICMS e multa isolada e de revalidação decorrente do aproveitamento indevido de crédito, realço, por oportuno, que, de fato, os benefícios fiscais relativos ao ICMS somente podem ser concedidos por meio de convênios celebrados entre os



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

entes da Federação no âmbito do CONFAZ. Inexistindo convênios interestaduais, conclui-se que a empresa executada aproveitou-se indevidamente de crédito de ICMS decorrente de operações interestaduais.

Por fim, quanto aos honorários, entendo pela majoração a 1% (um por cento) sobre o valor atualizado da causa, observada a distribuição dos ônus, nos termos do voto condutor.

É como voto.

DES. ALBERTO VILAS BOAS (PRESIDENTE)

O presente feito vem adiado da sessão do dia 04-07-17, em razão do pedido de vista do 2º Vogal, após o Relator e 1ª Vogal darem parcial provimento a ambos os recursos de apelação e reformarem parcialmente a sentença, em reexame necessário.

DES. EDGARD PENNA AMORIM

VOTO - VISTA

Como dito, este feito vem adiado da sessão de 4 de julho p.p., a meu pedido, após o em. Relator e o em. Primeiro Vogal darem parcial provimento a ambos os recursos de apelação e reformarem parcialmente a sentença em reexame necessário.

Antes de adentrar pelo mérito da questão, agradeço ao i. Advogado da primeira apelante (INDÚSTRIAS SUAVETEX LTDA.) pelo memorial gentilmente ofertado, o qual mereceu minha atenciosa leitura.

O caso em espeque se descortina de forma complexa e abstrusa, eis que, apesar de o laudo pericial atestar a inexistência de venda de mercadoria desacobertada de nota fiscal, foi constatada a realização de "engenhosa manobra contábil para regularizar a escrita da embargante, em decorrência da entrada de dinheiro advindo da outra



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

empresa dos mesmos sócios proprietários." (f. 1292) Consabido que tais manobras não raro servem para camuflar o verdadeiro fim colimado e, por serem levadas a cabo com auxílio de profissionais das mais diversas áreas, excepcionalmente são descobertas.

A título exemplificativo, numa dessas raras oportunidades, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS conseguiu apurar

(...) o aporte de vultuosos empréstimos simulados, nos quais a empresa Suavetex Comercial Ltda. supostamente teria emprestado dinheiro a empresa autuada Indústrias Suavetex Ltda., tudo com o fim de justificar o ingresso de capital decorrente da venda de mercadorias sem emissão de documentos fiscais. (F. 1.418.)

Tal manobra parece ter gerado um não recolhimento de ICMS da ordem de R\$6.979.107,12 (seis milhões, novecentos e setenta e nove mil, cento e sete reais e doze centavos) (F. 1.420.)

Feitas estas considerações iniciais, peço vênias aos ems. Pares para apresentar respeitosa divergência no tocante ao aproveitamento do crédito de ICMS decorrente da aquisição de insumos e produtos.

O princípio da legalidade é tido como o mais importante mandamento nuclear do sistema tributário. Visa a limitar os poderes do Estado, na medida em que estabelece a obrigação de a atividade impositiva da Administração Pública ser desenvolvida por meio de normas jurídicas. Para que exista a segurança jurídica, tão cara ao Estado Democrático de Direito, o respeito à legalidade estrita deve ser irrenunciável.

Em observância ao princípio da não-cumulatividade do imposto sobre valor agregado, previu a Lei Kandir a forma de compensação a ser feita em cada operação da seguinte forma:

Art. 20. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação

§ 1º Não dão direito a crédito as entradas de mercadorias ou utilização de serviços resultantes de operações ou prestações isentas ou não tributadas, ou que se refiram a mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento.

§ 2º Salvo prova em contrário, presumem-se alheios à atividade do estabelecimento os veículos de transporte pessoal. (Sublinhas deste voto.)

Em mais simples termos, não ensejam o direito ao creditamento: a) a entrada de mercadorias alheias à atividade do estabelecimento; e b) os veículos de transporte pessoal presumidamente alheios à atividade fim da empresa.

No caso em espeque, por terem sido considerados bens de uso e consumo, foi realizada a glosa dos créditos do ICMS originários das seguintes mercadorias:

Combustíveis: gasolina, óleo diesel (diesel comum, diesel fórmula e diesel aditivado), querosene e álcool; - lubrificantes: óleo lubrificante, Gl. lubr. HD 4º, Lubr. Ultramo Turbo 40, Castrol Ultramax Viscoso, óleo Lubr. ultramo/brutus, óleo lubr. ultramo turbo/brutus, brutus T5 ipiranga; - produtos diversos: óleo dois tempos super, disco tacográfico, cera grand prix, estopa, óleo de freio vargas, filtro tecfil, engraxadeira, grava, tampa tanque combustível diesel, AT fluid type Ipiranga e torneira p/ karote (f. 573).

Portanto, para que a glosa seja considerada indevida, há de se



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

perquirir estarem as mercadorias acima indicadas ligadas à atividade-fim da empresa. Ou seja, se combustíveis e lubrificantes podem ser considerados insumos essenciais à atividade-fim da empresa.

A atividade principal lançada no cartão de CNPJ da empresa apelante é a "fabricação de cosméticos, produtos de perfumaria e higiene pessoal" (f. 1298) e em seu objeto social consta o exercício das seguintes atividades (f. 82):

1. Exploração da indústria e do comércio atacadista
2. Importação e exportação de produtos de higiene pessoal, de limpeza e materiais plásticos em geral

Porém, a empresa apelante alega que sob a rubrica "comércio atacadista" estaria incluído o exercício de "(...) entregas promovidas de acordo com o seu complexo e robusto processo logístico" (f. 1311) e, via de consequência, garantido seu direito ao creditamento.

Renovadas as vênias aos que entendem o contrário, não vejo como acolher a tese da empresa-apelante.

Em primeiro lugar, o exercício de "exploração da indústria e do comércio atacadista" é de tamanha amplitude que, virtualmente, qualquer atividade pode ser a ela subsumida. Pleiteia-se agora o creditamento de combustíveis e lubrificantes porque a empresa presta supostamente o serviço de transporte; mas, não se pode deixar de questionar: quais outras atividades enquadram no vago objeto social? Causa espécie o fato de, sob o manto da complexidade do exercício de suas atividades (f. 1313), não conseguir a empresa-apelante especificar de forma clara qual é o seu verdadeiro objeto social.

Em segundo lugar, com a devida vênias, configura um "non sequitur" afirmar que da "exploração do comércio atacadista" decorre, necessariamente, a atividade de transporte até o estabelecimento comprador. Ao meu aviso, é perfeitamente possível que uma empresa se engaje na aludida atividade sem nunca ter realizado serviços de



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

entrega - pode a entrega ser terceirizada, pode o comprador adquirir a mercadoria na sede da empresa, dentre uma gama de outras possibilidades. Frise-se, ainda, que, compulsados os robustos autos, sequer há prova do alegado exercício da atividade de transporte.

Por fim, vislumbram-se discrepâncias fáticas relevantes entre o caso em espécie e aquele apreciado pelo col. Superior Tribunal de Justiça no precedente trazido à baila pelo em. Relator em seu judicioso voto. É que do relatório, da lavra do Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, extrai-se que

(...) o Estado não discute a circunstância de que o transporte das mercadorias é atividade inerente à atividade da distribuidora atacadista de mercadorias. Tampouco se discute o fato de que os bens referidos pela recorrente funcionam como insumos, incorporando-se, ao preço final das mercadorias. (STJ, RMS nº 10.701/MG, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Primeira Turma, julgado em 10/04/2001, DJ 13/08/2001, p. 52; sublinhas deste voto.)

Em suma, naquela oportunidade foi deferido o creditamento na aquisição de insumos necessários à operação da frota transportadora de empresa distribuidora atacadista de mercadorias. A empresa ora apelante, ao seu turno, tem como atividade principal a "fabricação de cosméticos, produtos de perfumaria e higiene pessoal".

Destarte, não merece censura a sentença no tocante à legalidade da cobrança do ICMS e da multa de revalidação em decorrência da falta de recolhimento do diferencial de alíquotas incidente sobre combustíveis e lubrificantes, pois alheios à atividade fim da empresa-apelante.

Ante o exposto, renovadas as vênias, dou parcial provimento a ambos os recursos de apelação e reformo parcialmente a sentença, em reexame necessário, para afastar o benefício da denúncia espontânea e para, nos termos do voto do em. Relator, majorar a verba honorária sucumbencial para o equivalente a 1% (um por cento) do valor atualizado da causa.



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

DES. ALBERTO VILAS BOAS (PRESIDENTE)

O julgamento do presente feito vem adiado da sessão do dia 01-08-17, na forma do art. 942 do NCPC, oportunidade em que a Turma, por unanimidade, dava parcial provimento aos recursos de apelação, e reformava parcialmente a sentença, em reexame necessário, divergindo o 2º Vogal, parcialmente e em menor extensão, quanto ao recurso de apelação interposto pela executada.

DES. ARMANDO FREIRE

V O T O

Sr. Presidente,

Peço vênia ao em. Relator para aderir à divergência apresentada pelo em. Des. EDGARD PENNA AMORIM.

Esclareço que a divergência se limita ao reconhecimento pelo em. Relator de que a atividade comercial da empresa não se limita à atuação administrativa de venda, uma vez que também efetua a entrega dos produtos diretamente nos estabelecimentos compradores, e, para tanto, utiliza-se de frota própria de caminhões para os quais os insumos e produtos foram adquiridos com o objetivo de realizar "manutenção". Diante de tal fundamento a conclusão do em. Relator foi pela legalidade do creditamento uma vez que a entrada "de mercadoria ou serviço" tem relação com a atividade do estabelecimento.

O em. Des. EDGARD PENNA AMORIM apreciando a questão acerca da suposta ilegalidade da glosa dos créditos do ICMS originários de mercadorias como combustíveis, óleos e lubrificantes, concluiu que tais mercadorias não estavam ligadas à atividade-fim da empresa e, portanto, não poderiam ser considerados insumos essenciais à referida atividade. Ressaltou que "o exercício de 'exploração da indústria e do comércio atacadista' é de tamanha amplitude que,



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

virtualmente, qualquer atividade pode ser a ela subsumida".

Com respeitosa vênia, também concluo que a r. sentença deve ser confirmada quanto à legalidade da cobrança do ICMS e da multa de revalidação em decorrência da falta de recolhimento do diferencial de alíquotas incidente sobre combustíveis e lubrificantes.

Conforme me manifestei em situação precedente,

[...] O ICMS é, por expressa determinação constitucional, um imposto não cumulativo, "compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal" (artigo 155, 2º, inciso I, da CF/88).

Não se pode descuidar, entretanto, que o legislador constituinte originário, ao dispor sobre o ICMS, remeteu o disciplinamento do seu regime de compensação para a Lei Complementar (Artigo 155, §2º, inciso XII, alínea c, da CF/88).

A compensação do ICMS, como pretendida in casu, consoante a legislação vigente, somente é permitida quanto aos produtos classificados como bens de insumo, que são as matérias-primas ou os produtos intermediários, não se estendendo aos bens de uso ou consumo do estabelecimento ou alheios à atividade do contribuinte.

(...)

O crédito oriundo do princípio da não-cumulatividade é o crédito físico, assim considerado aquele relativo à entrada de bens que são vendidos pelo estabelecimento, ou que integrem fisicamente o produto industrializado, não englobando todas as operações de circulação de bens e prestação de serviços que constituam custo do estabelecimento (crédito financeiro).

(...)



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Salienta-se que a Constituição Federal ao dispor acerca do princípio da não-cumulatividade, não vedou o legislador ordinário regulamentar o regime de compensação do ICMS de forma mais benéfica ao contribuinte. Porém cumpre atentar para o fato de que se tratando de hipótese em que a legislação ordinária, de certa forma, amplia o conceito de crédito para os fins de aplicação do princípio da não-cumulatividade, sua interpretação não deve ser restritiva, nem extensiva. Assim, com vênia, descabe à recorrente traçar contornos diversos à conceituação de "insumos" com o fim único de justificar o aproveitamento do crédito. [...]. (TJMG - Ap Cível/Reex Necessário 1.0024.11.004031-8/001, Relator(a): Des.(a) Armando Freire , 1ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 04/02/2014, publicação da súmula em 12/02/2014).

Por tais considerações, renovando vênia, ousou divergir da conclusão adotada pelo Ilustre Relator, neste momento, unindo-me à divergência parcial apresentada pelo em. Des. EDGARD PENNA AMORIM.

É o meu voto.

DES. ALBERTO VILAS BOAS

V O T O

Na espécie em exame e como afirmado pelo Des. ARMANDO FREIRE, o julgamento ampliado guarda correlação com a possível validade do creditamento de ICMS feito pela embargante de combustíveis, lubrificantes e produtos assemelhados utilizados em sua frota de veículos.

A argumentação da recorrente, como se percebe da inicial (f. 46/47), é no sentido de que por exercer atividade de indústria e também de comércio atacadista, o transporte de seus produtos e daqueles que importa e exporta somente pode ser feito por veículos



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

de sua propriedade, e, portanto, o creditamento está relacionado com uma de suas atividades-fim.

Todavia, considero que a argumentação desenvolvida no voto do Des. EDGARD PENNA AMORIM, que inaugurou a divergência parcial, merece acolhimento na medida em que não é lícito interpretar a expressão comércio atacadista - mencionado no objeto social (f. 82) - de uma forma extremamente abrangente e que possa abranger o transporte de mercadorias como uma atividade fim da embargante.

Consoante enfatizado no voto divergente, a embargante não é uma empresa distribuidora de mercadorias, mas segundo alega transporta a terceiros aquilo que produz no âmbito industrial.

No entanto, o comércio atacadista nem sempre envolve a atividade de transporte até outro comerciante, haja vista que este serviço pode ser delegado a um particular ou o próprio destinatário da mercadoria poderá contratar alguém para fazê-lo junto à embargante.

Sendo assim, era ônus da executada produzir prova idônea de que uma de suas atividades habituais era o de fazer o transporte e distribuição de mercadorias que produzia de forma industrial na época dos fatos geradores ou da autuação. Por isso, escudar-se em uma expressão exageradamente ampla para dela extrair que o transporte das mercadorias era atividade também integrante do contrato social parece-me inadequado para fins de exclusão da obrigação tributária.

Fundado nessas razões, acompanho a divergência parcial instaurada pelo Des. EDGARD PENNA AMORIM, data venia.

SÚMULA: "EM JULGAMENTO ESTENDIDO, DERAM PARCIAL PROVIMENTO A AMBOS OS RECURSOS DE APELAÇÃO E REFORMARAM PARCIALMENTE A SENTENÇA EM REEXAME NECESSÁRIO, VENCIDOS, EM PARTE, O RELATOR E O 1ª VOGAL."



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

1 STJ. REsp 1268324/PA, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, Corte Especial, DJ1 7/10/2012.

2 Art. 194. Para apuração das operações ou das prestações realizadas pelo sujeito passivo, o Fisco poderá utilizar quaisquer procedimentos tecnicamente idôneos, tais como:

§ 3º O fato de a escrituração indicar a existência de saldo credor ou de recursos não comprovados na conta "Caixa" ou equivalente, ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, autoriza a presunção de saída de mercadoria ou prestação de serviço tributáveis e desacobertadas de documento fiscal.

3 STJ. AgRg no AREsp 11.340/SC. Rel. Min. CASTRO MEIRA, Segunda Turma, Dj 13/09/2011, DJe 27/09/2011.

4 STJ. AgRg no REsp 916.168/SP. Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJ 24/03/2009, DJe 19/05/2009.

5 § 1º Não dão direito a crédito as entradas de mercadorias ou utilização de serviços resultantes de operações ou prestações isentas ou não tributadas, ou que se refiram a mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento.

§ 2º Salvo prova em contrário, presumem-se alheios à atividade do estabelecimento os veículos de transporte pessoal.

6 STJ. REsp nº 1175166/MG. Rel. Min. HERMAN BENJAMIN. Segunda Turma. DJ 16/03/2010. DJe 26/03/2010.

7 STJ. RMS nº 10.701/MG. Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS. Primeira Turma. DJ 10/04/2001. DJe 13/08/2001, p. 52.

8 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LIMINAR - BENEFICIO FISCAL. Exurgindo, ao primeiro exame, a relevância do pedido formulado e o risco de manter-se com plenos efeitos o diploma



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

atacado impõe-se a concessão de liminar. Isto ocorre relativamente a Lei do Estado do Rio de Janeiro de n. 2.273, de 27 de junho de 1994, no que disciplinou benefício fiscal, prevendo prazo especial de pagamento do ICMS - Imposto sobre Operações Relativas a Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação e redução da percentagem de correção monetária, a margem, em princípio, do disposto na alínea "g", inciso XII, par. 2., do artigo 155, da Carta Política da República, recepcionada a Lei Complementar Federal n. 24/75. Precedente: ação direta de inconstitucionalidade n. 1.247-9/PA, relatada pelo Ministro Celso de Mello, cujo acórdão foi publicado no Diário da Justiça de 8 de setembro de 1995, ementário n. 1.799-01. (ADI 1179 MC, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, DJ 29/02/1996, DJe 12-04-1996.)

9 . STF. ADI 4635 MC-AgR-Ref, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, DJ 11/12/2014, DJe-029 12/02/2015.

10 STJ. AgInt no REsp 1527684/MG, Rel. Min^a. DIVA MALERBI (Desembargadora Convocada TRF 3^a Região), Segunda Turma, DJ 09/06/2016, DJe 17/06/2016.

11 TJMG - Ap. Cível 1.0105.13.027314-4/001, Rel. Des. GERALDO AUGUSTO, 1^a CACIV, DJ 01/09/2015, DJe 11/09/2015.

12 TJMG - Ap. Cível nº 1.0024.12.030856-4/001, Rel. Des. ALBERTO VILAS BOAS, 1^a CACIV, DJ 02/09/2014, DJe 10/09/2014.

13 STJ. AgRg no REsp 1220255/PR. Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Primeira Turma, DJ 06/10/2015, DJe 15/10/2015.

14 STJ. AgRg no REsp 1223205/DF. Rel. Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Terceira Turma, DJ 18/06/2015, DJe 05/08/2015.



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

-
