

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 18.905/10/2ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000163068-97
Impugnação: 40.010126517-37
Impugnante: Brasif SA Exportação Importação
IE: 062270714.00-49
Proc. S. Passivo: Sacha Calmon Navarro Coêlho
Origem: DF/Belo Horizonte - DF/BH-4

EMENTA

ICMS – FALTA DE RECOLHIMENTO – LOCAL DA OPERAÇÃO/VENDA DIRETA A CONSUMIDOR FINAL. Constatou-se, mediante conferência de livros e documentos fiscais, que a Impugnante, no período de fevereiro de 2004 a novembro de 2005, realizou operações de circulação de mercadorias (vendas) desacobertadas de documentos fiscais e sem o recolhimento do ICMS devido ao Estado de Minas Gerais, visto que promoveu vendas diretas a consumidores finais mineiros, sendo as mercadorias remetidas diretamente aos compradores por estabelecimento de mesma titularidade, localizado no Estado do Espírito Santo. Exigências de ICMS, Multas de Revalidação e Isolada, capituladas na Lei n.º 6.763/75, respectivamente, nos arts. 56, inciso II e 55, inciso II e § 2º. Contudo, devem ser concedidos os créditos de ICMS relativos às entradas mais recentes, no estabelecimento remetente das mercadorias objeto da autuação. Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Da Autuação

Versa o presente lançamento acerca da imputação fiscal de saídas de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais e sem o recolhimento do ICMS devido ao Estado de Minas Gerais, no período de fevereiro de 2004 a novembro de 2005.

Segundo a Fiscalização, a Autuada teria promovido vendas diretas a consumidores finais mineiros, sendo as mercadorias remetidas diretamente aos compradores por estabelecimento da mesma empresa, situado no Estado do Espírito Santo.

A Fiscalização chegou a tal imputação fiscal mediante conferência de livros e documentos fiscais, bem como através da conferência de arquivos eletrônicos e documentos fiscais da filial da empresa situada no Estado do Espírito Santo e propostas técnicas e comerciais emitidas pela Autuada e, ainda, outros documentos arrolados no Anexo 2 (fls. 45/244).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Exigências de ICMS, Multa de Revalidação (50%) prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II e § 2º, ambos da Lei n.º 6.763/75.

Da Impugnação

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente, por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 249/272, em síntese, aos seguintes argumentos:

- a própria descrição da autuação demonstra uma inconsistência ao dizer que houve saída desacobertada no Estado de Minas Gerais, mas que os bens foram remetidos diretamente de seu estabelecimento no Espírito Santo;

- elegeu – de forma legítima, constitucional, legal e por questões de logística – seu estabelecimento do Estado do Espírito Santo como distribuidor dos equipamentos da CNH Latin América Ltda, sendo que estes são enviados da CNH Latin América Ltda para o Espírito Santo e de lá vendidos para diversos Estados da Federação;

- e nem se argumente que a centralização das atividades de vendas de tal produto no Estado do Espírito Santo foi um planejamento que visou à economia de tributos ou o prejuízo ao Estado de Minas Gerais, pois somente o gasto com frete para tais movimentos físicos das mercadorias não compensaria qualquer economia tributária;

- as exigências fiscais remontam os fatos ocorridos a partir de fevereiro de 2004, mas, como a notificação do lançamento se deu em 15 de dezembro de 2009, a exigência poderia versar apenas sobre os cinco anos anteriores, ou seja, a partir de dezembro de 2004, nos termos do art. 150 do Código Tributário Nacional;

- não tendo o Fisco negado expressamente homologação à sua atividade, eventual crédito tributário não apurado nos períodos de fevereiro a novembro de 2004 já se encontrava extinto pela decadência quando da notificação do lançamento;

- o art. 155, II da Constituição e os arts. 10 e 20 da Lei Complementar n.º 87/96 definem o aspecto material da hipótese de incidência como a realização de operações de circulação de mercadoria;

- a materialidade do imposto resume-se à realização de um negócio jurídico mercantil com eficácia para transferir a titularidade de uma mercadoria;

- o contato comercial (atividade destinada ao relacionamento com seus clientes), é realizado em Minas Gerais para os clientes mineiros, pois a proximidade e o conhecimento do mercado são mais propícios aos agentes locais;

- mas, contato comercial não é hipótese de incidência do ICMS que não se torna devido com o contato ou mesmo com o fechamento de um negócio; é preciso, além de todos aqueles elementos, a circulação jurídica da mercadoria, materializada com a saída física da mercadoria do estabelecimento, por expressa opção do legislador;

- a concretização do fato gerador requer não só a celebração daquele negócio jurídico mercantil, como também sua execução, exteriorizada pela saída da mercadoria;

- no presente caso, é fato incontroverso que as mercadorias deram saída pelo estabelecimento do Espírito Santo, o que foi admitido pelo próprio Auto de Infração, e pode ser confirmado pelas notas fiscais de venda da CNH para a BRASIF/ES e

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

respectivos conhecimento de transporte das máquinas objeto da autuação, bem como livro de Registro de Entradas;

- cita a jurisprudência acerca do tema;
- o Texto Constitucional estabelece o princípio da unidade do mercado interno, outorgando aos agentes empresariais o direito fundamental da liberdade de iniciativa e estabelecimento;
- a organização empresarial racional e consciente, com vistas a maximizar a eficiência nos negócios é então direito fundamental, cujo exercício não pode implicar discriminação, sanção ou qualquer agravamento na situação jurídica da empresa, e foi justamente isso o que fez;
- seu estabelecimento no Espírito Santo concentra em grande parte a aquisição de máquinas, especializando-se na função de estoque e depósito de seu ativo e seu estabelecimento em Belo Horizonte especializou-se nas funções de contato comercial com clientes, desenvolvendo então o setor administrativo e comercial;
- não há nada de errado ou ilícito nesse procedimento;
- data vênia, somente num profundo exercício de imaginação poderia se cogitar que a Brasif aceita que os equipamentos sejam vendidos pela Latin América Ltda para a Brasif/ES e remetidos fisicamente para o Espírito Santo (com o custo de frete) e depois vendidos pelo estabelecimento do Espírito Santo, com novo custo de frete para realizar um prejuízo aos cofres mineiros;
- logo, não há como cogitar a existência de fraude ou simulação, ambas qualificadas pela finalidade de se eximir do pagamento de tributo devido;
- no presente caso, a vontade real e a vontade declarada é uma só: especializar seus estabelecimentos, não havendo finalidade ilícita;
- não foram realizadas com o fim de afastar o pagamento do ICMS a Minas Gerais, mas sim com a finalidade de efetivar a organização empresarial;
- caso a intenção fosse de não pagar o ICMS, não seria necessário que todas as máquinas fossem fisicamente remetidas ao Estado do Espírito Santo;
- anexa notas fiscais para provar que o estabelecimento no Espírito Santo funciona como legítimo centro de estoque e distribuição;
- para considerar - como de fato considerou - que as mercadorias foram vendidas pela Brasif/MG para os clientes mineiros, o que é absurdo, é preciso considerar de alguma forma que as mercadorias vieram de alguma origem, mas este esclarecimento não veio por parte da fiscalização tornando a autuação inepta;
- mas ainda que se cogitasse a desconsideração, o procedimento fiscal não obedeceu ao previsto no art. 83 do RPTA que é imperativo, o que implica inclusive em cerceamento de defesa, na medida em que foi suprimida a oportunidade dada pela legislação para defesa, ferindo assim o princípio do devido processo legal e seus corolários do contraditório e ampla defesa, acarretando a inexorável nulidade do lançamento;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- ainda no dever de cautela, caso se entenda por ultrapassar as alegações supra, mantendo a absurda premissa da ocorrência do fato gerador do ICMS no Estado de Minas Gerais, se a Fiscalização presume saídas do estabelecimento mineiro, deveria prever também as entradas e estas são geradores de crédito de ICMS;

- trabalhando no exercício hipotético, pela inépcia da peça fiscal, a Fiscalização não desconsiderou a venda da Latin América Ltda para a Brasif/ES, portanto, resta imaginar que ela desconsiderou as vendas da Brasif/ES para os clientes mineiros e, neste caso, conforme jurisprudência pacífica do Conselho de Contribuintes, deveria ser abatido do montante apurado os créditos de ICMS destacados nas notas fiscais de remessa da Brasif/ES para Minas Gerais;

- ainda que se considere aqui realizado o fato gerador, a hipótese da multa é a situação física da saída desacoberta e, como esta se dá pelo Espírito Santo, tem-se a atipicidade do fato em relação ao estabelecimento mineiro, uma vez que a infração foi definida não pela ausência de documentação por fato gerador aqui ocorrido, mas por ausência de documentação acobertando a saída ocorrida em estabelecimento mineiro;

- não houve saída de mercadoria do estabelecimento mineiro, motivo pelo qual não há fato típico por este realizado a ensejar a aplicação da multa isolada prevista no art. 55, II da Lei n.º 6.763/75, que por isso deve ser excluída;

- em direito penal, seja ele criminal ou administrativo, inadmite-se a interpretação extensiva ou analógica, em nome dos princípios da presunção de inocência, da liberdade e da legalidade.

Ao final, requer a Impugnante:

a) seja declarada a nulidade do lançamento por inépcia da autuação, uma vez que não motivou a origem das mercadorias no Estado de Minas Gerais;

b) seja anulado o lançamento pela inexistência de fato gerador ocorrido no território mineiro, uma vez que aqui não se realizou nenhuma saída de mercadoria e o mero contato comercial não tem o condão de acionar o fato gerador do ICMS;

c) ainda que assim não fosse, se entendeu a Fiscalização pela absurda hipótese de simulação, não especifica ela a operação que está desconsiderando, sendo inepta a peça fiscal. Além disso, nulo o lançamento, pois o procedimento não obedeceu ao disposto no art. 83 do RPTA;

d) sucessivamente, a redução do crédito tributário pelo reconhecimento dos créditos de ICMS pago nas operações anteriores, bem como pelo ICMS suportado pela Impugnante na qualidade de tomadora do transporte das máquinas;

e) a exclusão da multa isolada prevista no art. 55, II da Lei n.º 6.763/75.

Da Manifestação Fiscal

O Fisco se manifesta às fls. 496/507, contrariamente ao alegado pela defesa, explicando como se deu o procedimento para verificação dos fatos que resultaram no lançamento e pedindo sua manutenção, resumidamente, aos argumentos que se seguem:

- em sua defesa, a Impugnante confirma que as mercadorias foram efetivamente vendidas pela CASE a seu estabelecimento no Espírito Santo, remetidas

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

fisicamente para seu estabelecimento no Espírito Santo, especializado “na função de estoque e depósito de seu ativo”, negociadas pelo estabelecimento da Autuada em Belo Horizonte, especializado “nas funções de contato comercial com clientes”, e de lá remetidas para os clientes mineiros;

- constata-se pela documentação anexada aos autos e pela confirmação da própria Autuada em sua defesa que as mercadorias foram negociadas pelo estabelecimento em Belo Horizonte, circunstância esta que enseja o ICMS que está sendo exigido com respaldo no art. 61, I, alínea "m" do RICMS/02;

- nas situações fáticas que ensejaram a lavratura do Auto de Infração existe um mecanismo legal, no que tange à ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, de proteção às unidades federadas contra a indevida distribuição da receita do ICMS;

- cita e transcreve o art. 6º da Lei n.º 6.763/75 para concluir que a lei ordinária estadual está em perfeita consonância com as previsões da legislação hierarquicamente superior;

- cita e transcreve os arts. 11 e 12 da Lei Complementar n.º 87/96;

- relativamente à alegação da Autuada de que elegera seu estabelecimento do Estado do Espírito Santo como distribuidor dos equipamentos da CASE por questões de logística, e que a centralização das atividades de vendas de tal produto no Estado do Espírito Santo foi um planejamento que não visou o prejuízo do ICMS ao Estado de Minas Gerais, pois somente o gasto com frete para tais movimentos físicos não compensaria qualquer economia tributária, não procede, na verdade, o que pretendia a Autuada nesta “triangulação” de vendas era simplesmente a economia do ICMS com base na redução da base de cálculo prevista na legislação do Estado do Espírito Santo;

- cita exemplo para ilustrar empiricamente esta “triangulação” de vendas;

- a análise de toda a documentação apresentada pelos contribuintes intimados, juntamente com a documentação apresentada pela Autuada, confirma o *modus operandi* adotado, assim, a alegação de desobediência ao art. 83 do RPTA, tem apenas a finalidade de tumultuar o processo e impedir o seu prosseguimento;

- o princípio da não cumulatividade garante ao contribuinte que promova operações (ou prestações) tributadas pelo ICMS, que transfira ao adquirente o ônus do imposto que adiantará ao Estado e, ao mesmo tempo, permite o abatimento sob a forma de crédito do imposto que tenha suportado nas operações anteriores;

- se a presunção estabelecida de que a saída das mercadorias deu-se através do estabelecimento mineiro, certamente há de se considerar que ocorreram entradas das mercadorias no estabelecimento da Autuada, originárias do Espírito Santo, devendo ser observada a regra contida no § 4º do art. 13 da Lei Complementar n.º 87/96;

- conceder, no presente caso, créditos de ICMS destacados nas notas fiscais de remessa do estabelecimento da Autuada no Espírito Santo para os clientes mineiros seria agir com insegurança e em afronta ao princípio da não-cumulatividade;

- no que tange à multa isolada, percebe-se total correspondência entre a ocorrência fática e a tipificação tributária prevista pelo dispositivo que respalda a sua cobrança, considerando-se, para tanto, o inciso III do art. 12 do Anexo V do RICMS;

- a tipificação tributária do inciso II do art. 55 da Lei n.º 6.763/75, para a ocorrência fática em questão, estabelece saída de mercadoria desacobertada de documento fiscal;

- considerando-se que o estabelecimento mineiro, Autuado, foi o que promoveu a negociação mercantil de venda da mercadoria, percebe-se claramente o descumprimento de obrigação acessória, ao não emitir o documento fiscal;

- com base no art. 173, inciso I do Código Tributário Nacional, o crédito tributário originalmente formalizado, para os fatos ocorridos antes de novembro de 2004, não há qualquer questionamento a ser feito, no que tange ao aspecto decadencial.

Ao final, pede seja julgado procedente o lançamento.

Da Instrução Processual

A Assessoria do CC/MG exara Despacho Interlocutório (fl. 514), para que a Impugnante, no prazo de 30 (trinta) dias, contados do recebimento da intimação demonstre o valor das entradas mais recentes, no estabelecimento remetente das mercadorias objeto da autuação, à época das saídas das mercadorias, conforme art. 13, § 8º, alínea “a” da Lei n.º 6.763/75, anexando os documentos comprobatórios.

Às fls. 517/581, a Impugnante comparece aos autos apresentando quadro para cumprimento de despacho interlocutório e anexando documentos.

O Fisco se manifesta às fls. 583/585 apresentando os seguintes apontamentos:

- nos documentos de fls. 517/521, a Autuada detalha em quadros as informações solicitadas por meio do despacho decisório;

- no documento de fls. 517/519, a Autuada relacionou num quadro as notas fiscais de saída da filial do Espírito Santo com destino a Minas Gerais, ou seja, as notas fiscais autuadas relacionadas às fls. 41/43, com as correspondentes notas fiscais de entrada eleitas como as mais recentes no estabelecimento do Espírito Santo, bem como as datas de entrada das notas fiscais eleitas como as mais recentes no estabelecimento do Espírito Santo e as descrições e séries das respectivas mercadorias;

- nos documentos de fls. 523/550, a Autuada juntou as cópias das primeiras vias das notas fiscais de entrada eleitas como as mais recentes;

- nos documentos de fls. 552/581, a Autuada juntou as cópias do livro Registro de Entrada onde foram escrituradas as notas fiscais de entrada eleitas como as mais recentes no estabelecimento do Espírito Santo;

- analisando o quadro de fls. 517/519, juntamente com as notas fiscais autuadas e com as correspondentes notas fiscais de entrada eleitas como as mais recentes no estabelecimento do Espírito Santo, constata-se que a Autuada no tocante à descrição das mercadorias elegeu corretamente a correspondência da maioria das notas fiscais, com exceção da Nota Fiscal de entrada n.º 167143 (fl. 528), na qual consta a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

mercadoria "Trator Industrial, Pá Carregadeira Modelo 521D" e na nota fiscal de saída autuada de nº 25646 (fl. 175), consta a mercadoria "Trator Ind. Pá Carregadeira Mod W20E" e os valores das mercadorias constantes das notas fiscais de entrada mais recentes são compatíveis com os valores das mercadorias autuadas;

- comparando as datas das notas fiscais de entrada juntadas (fls. 523/550), com as datas das notas fiscais autuadas, constata-se que as mesmas são recentes;

- as notas fiscais de entrada eleitas como as mais recentes, foram emitidas pela CNH Latin América Ltda, CNPJ nº 60.850.617/0001-28, estabelecida na Ave General David Sarnoff, 2237 no bairro Cidade Industrial no município de Contagem/Minas Gerais e Nacco Materials Handling Group Brasil Ltda., CNPJ nº 57.014.896/0001-85, estabelecida na Av. Nações Unidas, 22.777 em São Paulo;

- no quadro de fls. 517/519, está incorreto o número da última nota fiscal de saída interestadual relacionada. O número correto é 15112 e não 15110;

- as notas fiscais de entrada eleitas como as mais recentes no estabelecimento do Espírito Santo foram devidamente escrituradas, entretanto, não constam as páginas do livro Registro de Entrada, referentes às Notas Fiscais 155336 e 176211 (fls. 524 e 530);

- a Autuada não juntou as cópias das primeiras vias das notas fiscais de entrada eleitas como as mais recentes no estabelecimento do Espírito Santo de números 172705 e 174054, relacionadas no quadro de fl. 518.

A Assessoria do CC/MG em parecer fundamentado e conclusivo de fls. 587/605, opina em preliminar, pelo afastamento da nulidade e, no mérito, pela procedência parcial do lançamento, para que sejam concedidos os créditos de ICMS relativos às entradas mais recentes, no estabelecimento remetente das mercadorias objeto da autuação, à época de suas saídas, nos termos do quadro de fls. 519/520, exceto para a Nota Fiscal nº 25646, para a qual deverá ser adotado como crédito de ICMS o valor indicado na Nota Fiscal nº 165648.

DECISÃO

Compete à Câmara a análise do lançamento consubstanciado no Auto de Infração em epígrafe lavrado para formalizar as exigências de ICMS, Multas de Revalidação e Isolada previstas na Lei n.º 6.763/75, respectivamente, nos arts. 56, inciso II e 55, inciso II e § 2º, em face da imputação fiscal de saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais e sem o recolhimento do ICMS devido ao Estado de Minas Gerais, no período de fevereiro de 2004 a novembro de 2005.

Segundo a Fiscalização, a Impugnante teria promovido vendas diretas a consumidores finais mineiros, sendo as mercadorias remetidas diretamente aos compradores por estabelecimento de mesma titularidade, situado no Estado do Espírito Santo.

A Fiscalização chegou a tal imputação fiscal mediante conferência de livros e documentos fiscais, bem como através da conferência de arquivos eletrônicos e documentos fiscais da filial da empresa situada no Estado do Espírito Santo e propostas

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

técnicas e comerciais emitidas pela Impugnante e, ainda, outros documentos arrolados no Anexo 2 (fls. 45/244).

Cabe ressaltar a concordância da Câmara com muitos dos fundamentos expostos no parecer da Assessoria do CC/MG para sustentar sua conclusão e, por esta razão, passarão a compor a presente decisão, salvo alterações pertinentes.

Da Preliminar

Preliminarmente sustenta a Impugnante a nulidade do lançamento por inépcia da autuação, uma vez que o Fisco não teria motivado a origem das mercadorias no Estado de Minas Gerais e pela inexistência de fato gerador ocorrido no território mineiro, uma vez que aqui não se realizou nenhuma saída de mercadoria e o mero contato comercial não tem o condão de acionar o fato gerador do ICMS.

Sustentam ainda os patronos da Impugnante a inexistência, na sua conduta, de simulação. Todavia, pretende que, caso o entendimento seja diverso, seja considerado nulo o Auto de Infração, por ofensa ao art. 83 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos do Estado de Minas Gerais - RPTA, aprovado pelo Decreto n.º 44.747/08.

Quanto à nulidade arguida, tem-se que a mesma não deve prevalecer, já que o Fisco não imputa a existência de simulação. Resta claro que a exigência dos autos é relativa a saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal.

Ademais, o lançamento encontra-se fartamente fundamentado não havendo qualquer ponto que conduza a conclusão de cerceamento ao amplo direito de defesa da ora Impugnante.

Neste ponto deve ser ressaltado que a forma a ser cumprida pelo lançamento, que é um ato administrativo adstrito à lei, encontra-se determinada no Estado de Minas Gerais pela Lei n.º 6.763/75 e regulamentada pelo Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos do Estado de Minas Gerais, aprovado pelo Decreto n.º 44.747/08, que assim determina:

“SEÇÃO III

DA FORMALIZAÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Art. 85. A exigência de crédito tributário será formalizada mediante:

.....
II - Auto de Infração (AI), nas hipóteses de lançamentos relativos ao ICMS, ao ITCD, às taxas, e respectivos acréscimos legais, inclusive de penalidades por descumprimento de obrigação acessória;
.....

Art. 89. O Auto de Infração e a Notificação de Lançamento conterão, no mínimo, os seguintes elementos:

I - número de identificação;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

II - data e local do processamento;

III - nome, domicílio fiscal ou endereço do sujeito passivo e os números de sua inscrição estadual e no CNPJ ou CPF;

IV - descrição clara e precisa do fato que motivou a emissão e das circunstâncias em que foi praticado;

V - citação expressa do dispositivo legal infringido e do que comine a respectiva penalidade;

VI - valor total devido, discriminado por tributo ou multa, com indicação do período a que se refira;

VII - os prazos em que o crédito tributário poderá ser pago com multa reduzida, se for o caso;

VIII - intimação para apresentação de impugnação administrativa, se cabível, com indicação do respectivo prazo, ou anotação de se tratar de crédito tributário não-contencioso;

IX - a indicação da repartição fazendária competente para receber a impugnação, em se tratando de crédito tributário contencioso.

.....”

Por estes fatos e fundamentos, não restou configurada a alegada nulidade da presente autuação, uma vez restar demonstrado que esta condiz com a realidade dos fatos, descreve correta e claramente a conduta da Impugnante tida como infracional e promove o adequado embasamento legal na peça lavrada, sendo indiscutível, por consequência, não ter havido qualquer cerceamento ao amplo direito de defesa, assegurado o cumprimento do princípio da ampla defesa e do contraditório.

Da análise do Auto de Infração em apreciação em face das normas acima transcritas, verifica-se cabalmente que o mesmo atende a todos os requisitos impostos pela legislação tributária mineira.

Cumprе destacar que a ocorrência do fato gerador é matéria que será mais abordada junto ao mérito da presente decisão.

Pelo exposto, rejeita-se a arguição de nulidade do lançamento.

Do Mérito

Antes mesmo de se verificar a imputação fiscal propriamente dita, cumpre ressaltar que a Impugnante alega ter se operado a decadência relativamente aos fatos geradores ocorridos nos meses de fevereiro, abril, julho, agosto, setembro, outubro e novembro de 2004, nos termos do §4º do art. 150 do Código Tributário Nacional que assim determina:

“Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

.....
§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação."

Entretanto, verifica-se nos autos que não se operou a decadência em relação ao crédito tributário exigido pelo Fisco, oriundo dos fatos geradores ocorridos no citado período. Do exame do § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional, conclui-se que ocorre, nos termos ali ditados, a homologação ficta ou tácita do imposto que foi efetivamente declarado e pago pelo contribuinte.

Entretanto, em relação ao ICMS que não foi declarado e/ou pago, tem a Fazenda o direito de constituir o crédito correspondente no prazo decadencial previsto no art. 173 do Código Tributário Nacional, *in verbis*:

"Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento."

Portanto, à luz do retro transcrito art. 173, o prazo para a autoridade fazer a confirmação do lançamento termina em 05 (cinco) anos contados do fato gerador, se não o fizer considera-se homologado o lançamento tacitamente; no entanto, isto não quer dizer que a Fazenda não tem direito de examinar o procedimento do contribuinte.

O prazo para a Fazenda rever o lançamento é o prazo decadencial previsto no art. 173, inciso I do Código Tributário Nacional podendo, dentro deste interregno que a lei lhe concede, postular créditos que porventura entenda existentes.

Frise-se pela importância, o prazo extintivo do direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário, ou seja, efetuar o lançamento de ofício, é regulado pelo art. 173, inciso I do Código Tributário Nacional, que estabelece o decurso de cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O citado dispositivo prevalece à previsão de homologação tácita do lançamento efetuado pelo contribuinte a que alude o art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional, quanto ao montante não contemplado na apuração, posteriormente verificado pelo Fisco, e devidamente lançado de ofício, nos termos do art. 149, inciso V do mesmo diploma legal.

Acerca desta matéria, a Dra. Misabel de Abreu Machado Derzi, em nota, leciona com propriedade:

"A inexistência de pagamento de tributo que deveria ter sido lançado por homologação, ou a prática de dolo, fraude ou simulação por parte do sujeito passivo ensejam a prática do lançamento de ofício ou revisão de ofício, previsto no art. 149. Inaplicável se torna então a forma de contagem disciplinada no art. 150, § 4º, própria para a homologação tácita do pagamento (se existente). Ao lançamento de ofício aplica-se a regra geral do prazo decadencial de cinco anos e a forma de contagem fixada no art. 173 do mesmo Código." (Direito Tributário Brasileiro – Editora Forense, 11ª Edição, pág. 912 e 913.)

Desta forma, os fatos geradores evidenciados no feito, relativos ao período questionado, ver-se-iam atingidos pela decadência somente a partir de 1º de janeiro de 2010.

Tendo sido a Impugnante sido regularmente intimada da lavratura do Auto de Infração em 15 de dezembro de 2009 (fl. 04), claro está que a constituição do crédito tributário, relativamente aos meses de fevereiro, abril, julho, agosto, setembro, outubro e novembro de 2004, deu-se dentro do prazo decadencial, não se tendo fulminado, ainda, o direito da Fazenda Pública de constituí-lo.

Diante do acima exposto, a arguição de decadência levantada pela Impugnante, não deve prevalecer pelo que se passa a analisar as demais questões que permeiam os presentes autos.

O art. 146, inciso III da Constituição Federal de 1988 concede à lei complementar a competência para a definição dos fatos geradores relativos aos impostos nela discriminados.

Portanto, não se pode concordar com o argumento posto pela Fiscalização, quando afirma que a lei ordinária estadual "*definiu um novo fato gerador do imposto*", pois isto ela jamais poderia fazer e, se o fizesse, não estaria correto.

O que pertine à legislação estadual é instituir o imposto no âmbito de sua esfera de competência tributária, mas, ainda assim, limitada às balizas da norma contida na lei complementar, conforme determinado pela Carta Maior.

Portanto, quando a Lei Estadual nº 6.763/75 considera "*saída do estabelecimento situado em território mineiro a mercadoria vendida a consumidor final e remetida diretamente para o comprador por estabelecimento do mesmo contribuinte localizado fora do Estado*", ela somente pode estar interpretando tal fato como sendo

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

uma verdadeira saída efetuada pelo estabelecimento mineiro, hipótese já inscrita no rol da Lei Complementar n.º 87/96.

De fato, a mera estocagem e subsequente saída física da mercadoria de um estabelecimento não significa que aquele estabelecimento esteja efetuando a venda e, assim, realizando o fato jurígeno. Novamente citando a renomada Professora Misabel Derzi lembra-se que ela já alertou para o pensamento de Baleeiro: "*São clássicas as ponderações de Aliomar Baleeiro ao refutar a opinião de que a mera saída física de mercadorias pudesse configurar hipótese de incidência do ICM.*"

E continua: "*A operação que dá ensejo à circulação é, no dizer de Aliomar Baleeiro, todo negócio jurídico que transfere a mercadoria desde o produtor até o consumidor final, ou, segundo Alcides Jorge Costa, 'qualquer negócio jurídico ou ato jurídico material, que seja relativo à circulação de mercadorias.'*" (in Direito Tributário Brasileiro, 11ª edição).

Portanto, a discussão dos autos é fática e se exaure na confirmação de qual estabelecimento efetivou as vendas sob exame.

Conforme informado pelo Fisco, a Impugnante é representante da CNH Latin América Ltda, sendo distribuidora exclusiva para o Estado de Minas Gerais, dos equipamentos fabricados por ela da marca CASE, tais como, Retroescavadeira e Pá Carregadeira. As marcas representadas pela Impugnante constam na sua página na Internet, no sítio www.brasifmaquinas.com.br. conteúdo reproduzido às fls. 246/248, onde se constata que o endereço da Brasif Máquinas é o da Impugnante, de Belo Horizonte e não do seu estabelecimento no Espírito Santo.

Com o objetivo de buscar constituir a prova de que as vendas dos equipamentos saídos do estabelecimento da Impugnante localizado no Espírito Santo foram realizadas de fato pelo seu estabelecimento de Minas Gerais, foram intimados os destinatários mineiros a apresentar as 1ªs vias das notas fiscais, os comprovantes de pagamentos, os contratos de compra, as ordens de compra e os orçamentos referentes às operações mencionadas. No Anexo 2 (fls. 45/244), são apresentados os documentos que os agentes consideram relevantes para a prova de sua acusação.

O relatório anexo ao Auto de Infração, às fls. 08/37, relaciona as provas colacionadas para cada operação, ou seja, atinentes a cada nota fiscal emitida pelo estabelecimento da empresa localizado no Município de Serra, no Espírito Santo.

As propostas técnicas e comerciais emitidas pela fabricante CASE, apresentadas pelos contribuintes intimados, são endereçadas à Brasif S/A Exportação Importação de Belo Horizonte e identificam a mesma como distribuidor dos equipamentos. Além disso, as características dos equipamentos constantes nas referidas propostas técnicas e comerciais emitidas pela fabricante CASE são as mesmas relacionadas nas notas fiscais emitidas pela empresa Brasif S/A Exportação Importação do Espírito Santo.

As propostas comerciais apresentadas pelos contribuintes intimados identificam a Brasif S/A Exportação Importação, de Belo Horizonte, no rodapé de cada página, contendo os seus dados como nome, endereço e telefones como exemplifica o documento de fl. 213.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Não suficiente, há identificação da localidade de Belo Horizonte e dos funcionários emitentes das propostas comerciais, Fernando Vasconcelos - Gerente da Filial Minas Gerais (exemplo à fl. 214), constante na Procuração, apresentada no Anexo 3 (fls. 299/300). Mais uma vez, as características dos equipamentos constantes nas referidas propostas comerciais emitidas pela Brasif S/A Exportação Importação de Belo Horizonte são as mesmas relacionadas nas notas fiscais emitidas pela empresa Brasif S/A Exportação Importação do Espírito Santo.

Da análise de toda a documentação apresentada pelos contribuintes intimados, foram identificados diversos documentos, tais como, cartas de correção, pedidos de compra, contratos, correspondências e recibos de pagamento que tornam indubitosa a conclusão de que a Brasif S/A Exportação Importação de Belo Horizonte foi o estabelecimento que promoveu de fato, as operações de venda dos equipamentos.

Em sua defesa, a Impugnante confirma que as mercadorias foram efetivamente vendidas pela CASE a seu estabelecimento no Espírito Santo, remetidas fisicamente para seu estabelecimento no Espírito Santo, especializado "*na função de estoque e depósito de seu ativo*" (fl. 263), negociadas pelo estabelecimento da Impugnante em Belo Horizonte, especializado "*nas funções de contato comercial com clientes*" (fl. 263), e de lá remetidas para os clientes mineiros.

A Impugnante sustenta, ainda, que não ocorre fato gerador do imposto com o contato comercial e sim com a saída da mercadoria, e como a mesma saiu do seu estabelecimento no Espírito Santo, entende que lá é que ocorreu o fato gerador da obrigação tributária.

Não obstante, destaca-se que nessas situações fáticas, que ensejaram a lavratura do Auto de Infração em comento, existe um mecanismo legal, no que tange à ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, de proteção às unidades federadas contra a indevida distribuição da receita do ICMS.

Para entender melhor tal afirmação, necessária se faz uma análise mais detida da legislação pertinente.

Primeiramente, verifica-se que o art. 6º, inciso VI da Lei n.º 6.763/75 define a ocorrência do fato gerador, como se segue:

"Art. 6º - Ocorre o fato gerador do imposto:

.....
VI - na saída de mercadoria, a qualquer título, inclusive em decorrência de bonificação, de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;
.....

§ 1º Equipara-se à saída a transmissão da propriedade da mercadoria ou bem, ou de título que os represente, quando estes não transitam pelo estabelecimento do transmitente.

§ 2º - Para efeito desta lei, considera-se:

f - saída do estabelecimento situado em território mineiro a mercadoria vendida a consumidor final e

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

remetida diretamente para o comprador por estabelecimento do mesmo contribuinte localizado fora do Estado.”

A conclusão da caracterização mencionada está alicerçada a partir da interpretação teleológica e lógico-sistemática do art. 6º citado. Entende-se que o parágrafo deva ter pertinência com a previsão do artigo, o qual trata objetivamente das situações onde ocorre o fato gerador da obrigação tributária do imposto.

Percebe-se que esta lei ordinária estadual está em perfeita consonância com as previsões da legislação hierarquicamente superior.

A Lei Complementar n.º 87/96 prevê a responsabilidade do estabelecimento transmitente pelo pagamento do imposto, ainda que a mercadoria vendida não transite por ele.

“Art. 11 - O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável é:

I - tratando-se de mercadoria ou bem:

.....
c) o do estabelecimento que transfira a propriedade, ou o título que a represente, de mercadoria por ele adquirida no País e que por ele não tenha transitado;

.....”

Prevê, ainda, a Lei Complementar n.º 87/96 a ocorrência do fato gerador do imposto na situação supra, a saber:

“Art. 12 - Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

.....
IV - da transmissão de propriedade de mercadoria, ou de título que a represente, quando a mercadoria não tiver transitado pelo estabelecimento transmitente;

.....”

Verifica-se, pois, a coerência lógica da legislação do imposto. É justamente o caso em tela.

Relativamente à alegação da Defendente de que elegeu seu estabelecimento do Estado do Espírito Santo como distribuidor dos equipamentos da CASE por questões de logística, apenas incumbe frisar que o Estado (ente) em nada obsta a livre iniciativa, sendo mesmo lícito ao empresário definir suas condutas. Esta realidade em nada interfere no caso em tela. Contudo, as convenções particulares, apesar de plenamente admitidas, não interferem na caracterização do fato gerador do imposto que, no caso em tela, ocorreu dentro dos limites de Minas Gerais e, assim, a este deve ser oferecida a tributação.

Deve ser trazido à lume, contudo, que o entendimento aqui esposado não encontrou guarida em algumas decisões já proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

de Minas Gerais (além das decisões do STJ trazidas pela Impugnante - fls. 259 e segs), apesar de serem encontradas também aquelas que refletem o pensamento do Fisco.

Apesar dos casos serem análogos, não idênticos, merecem ser destacados os fundamentos dos votos dos relatores (pelo grifo e sublinhado), seguidos à unanimidade, nos seguintes excertos:

NÚMERO DO PROCESSO: 1.0024.03.887702-3/001 (1)

RELATOR: AUDEBERT DELAGE

DATA DO JULGAMENTO: 29/04/2004

DATA DA PUBLICAÇÃO: 08/06/2004

EMENTA: EXECUÇÃO FISCAL - ICMS - VENDA DE

MERCADORIAS A CONSUMIDOR FINAL INTERMEDIADA POR FILIAL NUM ESTADO DA FEDERAÇÃO, COM FATURA E SAÍDA DAS MERCADORIAS EM OUTRO ONDE SE ENCONTRA A MATRIZ - IMPOSTO DEVIDO À UNIDADE DA FEDERAÇÃO NA QUAL SE DEU O FATURAMENTO.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.03.887702-3/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE APELANTE(S): COBRA COMPUTADORES SISTEMAS BRAS. S/A - APELADO(S): ESTADO MINAS GERAIS - RELATOR: EXMO. SR. DES. AUDEBERT DELAGE

ACÓRDÃO

VISTOS ETC., ACORDA, EM TURMA, A QUARTA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS, INCORPORANDO NESTE O RELATÓRIO DE FLS., NA CONFORMIDADE DA ATA DOS JULGAMENTOS E DAS NOTAS TAQUIGRÁFICAS, À UNANIMIDADE DE VOTOS, EM DAR PROVIMENTO.

BELO HORIZONTE, 29 DE ABRIL DE 2004.

DES. AUDEBERT DELAGE - RELATOR

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O SR. DES. AUDEBERT DELAGE:

VOTO.

MERECE GUARIDA A PRETENSÃO DA APELANTE.

TEM FUNDAMENTO A PRESENTE EXECUÇÃO NO QUE DISPÕE, EM CONSONÂNCIA COM O ART. 33, § 1º DA LEI 6.763/75, MODIFICADO PELA LEI 7.164177, O ART. 3º, VI DO RICM DE MINAS GERAIS:

"ART. 3º - PARA EFEITOS DESSE REGULAMENTO CONSIDERA-SE:

VI - SAÍDA DO ESTABELECIMENTO SITUADO EM TERRITÓRIO MINEIRO, A MERCADORIA POR ELE VENDIDA A CONSUMIDOR FINAL E REMETIDA DIRETAMENTE PARA O COMPRADOR POR

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ESTABELECIMENTO DO MESMO CONTRIBUINTE LOCALIZADO FORA DO ESTADO;"

.....
DEVE-SE TER EM VISTA O POSICIONAMENTO SEDIMENTADO DO STJ DE QUE, **MESMO EM CASOS DE VENDA ATRAVÉS DE FILIAL COM A ENTREGA DA MERCADORIA PELA MATRIZ DOMICILIADA EM OUTRO ESTADO. O IMPOSTO É DEVIDO AO ESTADO NO QUAL OCORRE A SALDA DA MERCADORIA. ONDE FORAM LAVRADAS AS RESPECTIVAS NOTAS FISCAIS.**

TRANSCREVO A SEGUINTE EMENTA CONSTANTE DO RESP. 34.137-5, QUE ELUCIDA A POSICIONAMENTO DAQUELA EGRÉGIA CORTE:

"TRIBUTÁRIO ICM MERCADORIAS VENDIDAS A CONSUMIDORES SITUADOS NUM ESTADO, MAS ORIUNDAS DE OUTRO, ONDE FATURADAS. BIS IN IDEM."

"SE EM MINAS GERAIS OCORRE SOMENTE A DEMONSTRAÇÃO DAS QUALIDADES DO PRODUTO, I, AVRANDO-SE O RESPECTIVO PEDIDO, MAS O FATURAMENTO OCORRE EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO, DE ONDE SAI A MERCADORIA PARA A ENTREGA A CONSUMIDOR FINAL, A INCIDÊNCIA DO ICM OCORRE NO ESTADO ONDE SE DEU A SAÍDA, MESMO PORQUE, É CEDIÇO, O FATO GERADOR DO TRIBUTO É A SAÍDA DA MERCADORIA DO ESTABELECIMENTO, PENA DE REDUNDAR-SE EM DUPLICIDADE DE PAGAMENTO.

RECURSO NÃO CONHECIDO."

.....
INCONTROVERSO NOS PRESENTES AUTOS QUE AS NOTAS FISCAIS FORAM LAVRADAS PELA MATRIZ NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, ASSIM, **CONCLUI-SE QUE O NEGÓCIO JURÍDICO DA VENDA DA MERCADORIA, NASCEDOURO DO FATO GERADOR, SE EXPRESSA NA NOTA FISCAL, NA QUAL SÃO IDENTIFICADOS O VENDEDOR, O COMPRADOR, A MERCADORIA, O VALOR, AS ALÍQUOTAS, ETC. SALVAGUARDANDO O CONTRIBUINTE, SOB PENA DE CONFIGURAÇÃO DO BIS IN IDEM, DE SER NOVAMENTE TRIBUTADO NO ESTADO-MEMBRO, ONDE SE ENCONTRA O ADQUIRENTE, COM O QUAL FOI DIRETAMENTE REALIZADA A COMPRA-E-VENDA POR INTERMÉDIO DA FILIAL.**

SALIENTO QUE TAL ENTENDIMENTO, DE QUE O ICM TEM COMO LOCAL DE INCIDÊNCIA O ESTADO-MEMBRO ONDE FOI EMITIDA A NOTA FISCAL, COMO EXPRESSÃO DE TRANSMISSÃO DA PROPRIEDADE E DE ONDE SAIU A MERCADORIA DIRETAMENTE PARA O CONSUMIDOR, ENCONTRA-SE SEDIMENTADO PERANTE O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, VEJAMOS:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

TRIBUTÁRIO - ICMS - VENDA DE MERCADORIA A CONSUMIDOR FINAL REALIZADA POR FILIAL - SAÍDA DO PRODUTO DO ESTABELECIMENTO MATRIZ, EM OUTRO ESTADO - INCIDÊNCIA - FATO GERADOR ÚNICO - PRECEDENTES - A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE ASSENTOU O ENTENDIMENTO DE QUE INCIDE O ICMS PELA ALÍQUOTA INTERNA, NO ESTADO EM QUE OCORRE A SAÍDA DA MERCADORIA PARA O CONSUMIDOR FINAL, MESMO QUE O NEGÓCIO TENHA SE REALIZADO POR MEIO DE FILIAL INSTALADA EM OUTRO ESTADO-MEMBRO.

- RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

ANTE TAIS ARGUMENTOS, DOU PROVIMENTO AO APELO PARA REFORMAR A SENTENÇA E JULGAR PROCEDENTES OS PRESENTES EMBARGOS, EXTINGUINDO A RESPECTIVA EXECUÇÃO.

NÚMERO DO PROCESSO: 1.0000.00.200278-0/000(1)

RELATOR: CÉLIO CÉSAR PADUANI

DATA DO JULGAMENTO: 20/12/2001

DATA DA PUBLICAÇÃO: 19/02/2002

EMENTA: EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PROVA PERICIAL NO SENTIDO DE COMPROVAÇÃO DE, RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DEVIDO E DE AUSÊNCIA DE COMERCIALIZAÇÃO DAS MERCADORIAS NO ESTADO DE MINAS GERAIS. ACOLHIMENTO DOS EMBARGOS. RECURSO QUE BUSCA A IMPROCEDÊNCIA DESTES. REEXAME NECESSÁRIO. 1. COMPROVADA, ATRAVÉS DO LAUDO PERICIAL, A INEXISTÊNCIA DE SUPOSTO CRÉDITO TRIBUTÁRIO, DEVEM OS EMBARGOS SEREM ACOLHIDOS, MORMENTE QUANDO SE VERIFICA A INEXISTÊNCIA DE OCORRÊNCIA DE OPERAÇÕES NO ESTADO DE MINAS GERAIS. 3. EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMAR A DECISÃO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO INTERPOSTO.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.00.200278-0/000 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - APELANTE(S): FAZENDA PÚBLICA ESTADO MINAS GERAIS - APELADO(S):

PRODUTOS ROCHE QUÍMICOS E FARMACÊUTICOS S/A - RELATOR: EXMO. SR. DES. CÉLIO CÉSAR PADUANI

ACÓRDÃO

VISTOS ETC., ACORDA, EM TURMA, A QUARTA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS, INCORPORANDO NESTE O RELATÓRIO DE FLS., NA CONFORMIDADE DA ATA DOS JULGAMENTOS E DAS NOTAS TAQUIGRÁFICAS, À UNANIMIDADE DE VOTOS, EM CONFIRMAR A SENTENÇA NO REEXAME

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

O SR. DES. CÉLIO CÉSAR PADUANI:

VOTO

.....
DECIDO.

APÓS LAUDO PERICIAL APRESENTADO HOUVE POR BEM O MM. JUIZ EM JULGAR EXTINTO O PROCESSO, AO ENTENDIMENTO DE INEXISTÊNCIA DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO, AO ENTENDIMENTO DE QUE RESTOU" EVIDENCIADO QUE A REPRESENTAÇÃO DA EMBARGANTE NO ESTADO DE MINAS GERAIS NÃO PROCEDIA A QUALQUER OPERAÇÃO RELATIVA À OPERAÇÃO DAS MERCADORIAS, LIMITANDO-SE A RECEBER PEDIDOS DE CLIENTES E ENCAMINHÁ-LOS À CIDADE DO RIO DE JANEIRO, QUE PROCEDIA A SEU ATENDIMENTO E REMESSA DE MERCADORIA.

A EMBARGADA/APELANTE INSURGE-SE, JUSTAMENTE, CONTRA ESTE ENTENDIMENTO, VEZ QUE, A TEOR DO QUE DISPÕEM OS ARTIGOS 33, § 1.º, ITEM 2, DA LEI Nº 6.763175; NO ARTIGO 63, § 1.º, ITEM 7 DO DECRETO N.º 18.895177; NOS ARTIGOS 2.º, INCISO VI, E 83, § 1.º, ITEM 7 DO DECRETO Nº 22.636/82 E DO DECRETO N.º 24.224/84, CONSIDERA COMO TENDO SAÍDO DO ESTABELECIMENTO SITUADO EM TERRITÓRIO MINEIRO A MERCADORIA VENDIDA A CONSUMIDOR FINAL E REMETIDA DIRETAMENTE PARA O COMPRADOR POR ESTABELECIMENTO DO MESMO TITULAR, SITUADO FORA DO ESTADO.

TENHO QUE A DECISÃO NO TOCANTE À INEXISTÊNCIA DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO NÃO ESTÁ A MERECER REFORMA.

PELO LAUDO PERICIAL ACOSTADO ÀS FLS. 57/258-TJ E TAMBÉM PELA ANÁLISE DOS DOCUMENTOS JUNTADOS AOS AUTOS, VERIFICA-SE, SEM SOMBRA DE DÚVIDA, QUE A APELADA PROCEDEU AO RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DEVIDO NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO E **O QUE É MAIS IMPORTANTE É QUE SUA FILIAL NA CIDADE DE BELO HORIZONTE LIMITAVA-SE SIMPLEMENTE A RECEBER PEDIDOS E ENCAMINHÁ-LOS ÀQUELE ESTADO.**

DEPREENDE-SE DA LEITURA DA RESPOSTA AO QUESITO DE N.º 03 QUE "OS REGISTROS, A ESCRITURAÇÃO, A CONTABILIZAÇÃO E DOCUMENTAÇÃO EM GERAL DO **ESCRITÓRIO ADMINISTRATIVO EM BELO HORIZONTE DA**

EMBARGANTE, TEM POR FINALIDADE MANTER UM CORPO COLABORADORES, INCLUSIVE VENDEDORES, PARA RECOLETAR OS PEDIDOS FEITOS PELOS CLIENTES E ENVIÁ-LOS À MATRIZ DO RIO DE JANEIRO DE ONDE SÃO DESPACHADOS COM AS RESPECTIVAS MERCADORIAS. As VENDAS COM SAÍDAS DAS RESPECTIVAS MERCADORIAS SÃO EFETUADAS DIRETAMENTE AO CONSUMIDOR FINAL OU AO CLIENTE QUE VÁ COMERCIALIZAR OS MESMOS PRODUTOS".

E ACRESCENTA EM RESPOSTA AO QUESITO N.º 06:

"DE ACORDO COM A ESCRITURAÇÃO, A CONTABILIZAÇÃO E A DOCUMENTAÇÃO EM GERAL, AS MERCADORIAS OBJETO DAS VENDAS DOS ANOS DE 1980 A 1985, TODAS ELAS SAÍRAM DA MATRIZ DA EMBARGANTE LOCALIZADA EM JACAREPAGUÁ, CIDADE DO RIO DE JANEIRO, ESTADO DO RIO DE JANEIRO."

DESTA FORMA, AO CONTRÁRIO DO AFIRMADO PELA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL, TODAS AS OPERAÇÕES FORAM REALIZADAS EM OUTRO ESTADO, NÃO HAVENDO QUE SE FALAR EM INFRINGÊNCIA AO DISPOSTO NA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA.

NÚMERO DO PROCESSO: 1.0024.01.588865-4/001 (1)

RELATOR: LUCAS SÁVIO DE VASCONCELLOS GOMES

DATA DO JULGAMENTO: 05/02/2004

EMENTA: TRIBUTÁRIO - ICMS - OPERAÇÃO ENTRE VENDEDOR E COMPRADOR COM SEDES EM ESTADOS DIVERSOS - FATO GERADOR - COMPETÊNCIA FISCAL - RESULTANDO QUE A OPERAÇÃO JURÍDICA ATINENTE À CIRCULAÇÃO DE MERCADORIA, FATO GERADOR DO TRIBUTO DENOMINADO ICMS, SE DEU, EFETIVAMENTE, ENTRE A EMPRESA SEDIADA EM SANTO ANDRÉ/SP E O CONSUMIDOR FINAL, SEDIADO EM MINAS GERAIS, ILEGAL SE REVELA A EXIGÊNCIA DO TRIBUTO PELO FISCO MINEIRO, EIS QUE COMPETENTE, A TANTO, AQUELOUTRO. No REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMA-SE A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.01.588865-4/001 EM CONEXÃO COM AS APELAÇÕES CÍVEIS DE Nº 1.0024.96.022416-0/001, 1.0024.91.787833-2/001, 1.0024.90.715634-3/001 COMARCA DE BELO HORIZONTE - APELANTE(S): REMETENTE - JD DA 4ª VARA DE FEITOS TRIBUTÁRIOS DO ESTADO DA COMARCA DE BELO HORIZONTE, FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS - APELADO(S): BRASILIT S/A - RELATOR: EXMO. SR. DES. LUCAS SÁVIO V. GOMES

ACÓRDÃO

VISTOS ETC., ACORDA, EM TURMA, A TERCEIRA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS, INCORPORANDO NESTE O RELATÓRIO DE FLS., NA CONFORMIDADE DA ATA DOS JULGAMENTOS E DAS NOTAS TAQUIGRÁFICAS, À UNANIMIDADE DE VOTOS, EM CONFIRMAR A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

.....
O SR. DES. LUCAS SÁVIO V. GOMES:

VOTO

.....
DO EXAME DA QUESTÃO POSTA NO PROCESSADO, EXSURGE SER IRREPROCHÁVEL A DECISÃO OBJURGADA.

INSTA OBSERVAR, DE PRONTO, QUE A PROVA DOCUMENTAL É TRANQUILA EM APONTAR QUE A OPERAÇÃO JURÍDICA DE COMPRA E VENDA DE MERCADORIA, DA QUAL DECORREU O AUTO DE INFRAÇÃO DE FLS, SE DEU EFETIVAMENTE ENTRE A EMPRESA MATRIZ DA APELADA BRASILIT S/A, SEDIADA EM SANTO ANDRÉ/SP, E A COPASA E A FUNDAÇÃO SERVIÇO DE SAÚDE PÚBLICA, EM CONTAGEM/MG.

ISTO É O QUE SE VÊ DOS DOCUMENTOS FISCAIS CONSTANTES DOS AUTOS APENSOS DA AÇÃO ORDINÁRIA DE Nº 1.0024.91.787833:21001, JUNTADOS ALI, ÀS FLS. 88/89-TJ, QUE REFLETE A COMPRA E VENDA DA FORMA SUPRA-SALIENTADA, RESULTANDO ACRESCENTAR QUE TODA A MERCADORIA FOI DIRETAMENTE REMETIDA DO ESTADO VIZINHO PARA O CONSUMIDOR FINAL LOCALIZADO NESTE ESTADO.

DE TANTO SE INFERE, POIS, QUE UMA ÚNICA OPERAÇÃO OCORREU, PORQUANTO O FATO GERADOR DO TRIBUTO SE CARACTERIZOU PELA SAÍDA JURÍDICA DA MERCADORIA DO LA ESTABELECIMENTO COMERCIAL DA AUTORA, SITUADO NA CIDADE -, DE SANTO ANDRÉ/SP (LOCAL ONDE OBRIGATORIAMENTE O TRIBUTO HAVIA MESMO DE SER RECOLHIDO), PARA A COPASA E A FUNDAÇÃO SERVIÇO DE SAÚDE PÚBLICA, EM CONTAGEM, DECORRENDO, ASSIM, O PREVISTO NO ARTIGO 1º, INCISO I, DO DECRETO-LEI 406/68 E NÃO O CONTIDO NO ARTIGO 2, VI, DO DECRETO 24.224/84.

Noutro giro, há que verificar também que o Tribunal já se posicionou no mesmo sentido do posicionamento externado pelo Fisco na formalização do presente lançamento. Veja-se:

NÚMERO DO PROCESSO: 1.0000.00.163266-0/000(1)

RELATOR: BADY CURTI

RELATOR DO ACÓRDÃO: BADY CURTI DATA DO JULGAMENTO: 23/03/2000

EMENTA: PARA EFEITO DE INCIDÊNCIA DO ICM CONSIDERA-SE OPERAÇÃO INTERESTADUAL AQUELA EM QUE PELO MENOS UM DOS ASPECTOS DA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA SE REALIZA EM UNIDADE DA FEDERAÇÃO DIVERSA DAQUELA EM QUE SE REALIZARAM AS DEMAIS. UMA VEZ CARACTERIZADA ESTA, TEM O FISCO MINEIRO O PODER-DEVER DE EXIGIR O RECOLHIMENTO DO PERCENTUAL INCIDENTE NA OPERAÇÃO DEVIDO A MINAS GERAIS (5%), NÃO SE VISLUMBRANDO ILEGALIDADE NA AUTUAÇÃO LEVADA A EFEITO.

APELAÇÃO CÍVEL NII 000.163.266-0/00 - COMARCA DE CONTAGEM - APELANTE(S): TUBOS CONEXÕES TIGRE LTDA - APELADO(S): FAZENDA PÚBLICA ESTADO MINAS GERAIS - RELATOR: EXMO. SR. DES. BADY CURTI

ACÓRDÃO

VISTOS ETC., ACORDA, EM TURMA, A QUARTA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS, INCORPORANDO NESTE O RELATÓRIO DE FLS., NA CONFORMIDADE DA ATA DOS JULGAMENTOS E DAS NOTAS TAQUIGRÁFICAS, À UNANIMIDADE DE VOTOS, EM NEGAR PROVIMENTO.

...

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O SR. DES. BADY CURTI:

VOTO

CONHEÇO DO RECURSO, EIS QUE PRESENTES SEUS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE.

.....
DA ANÁLISE DA DOCUMENTAÇÃO CONTIDA NOS AUTOS, NOTADAMENTE A DECLARAÇÃO FIRMADA PELA PRÓPRIA COPASA/MG (FLS. 135) E A ORDEM DE FORNECIMENTO DE MERCADORIA N. 87044702 (FLS. 142), QUE DEU ORIGEM ÀS NOTAS FISCAIS N. 345107 E 345108 (FLS. 139), NÃO HÁ COMO PROSPERAR A PRETENSÃO DA RECORRENTE, CONSIDERANDO QUE O CONTEÚDO DE TAIS DOCUMENTOS ENSEJA O CONVENCIMENTO DE QUE HOVE PARTICIPAÇÃO EFETIVA DA FILIAL MINEIRA NAS VENDAS REALIZADAS PELO ESTABELECIMENTO DE JOINVILLE/SC A CONSUMIDOR FINAL NESTE ESTADO, A COPASA/MG.

NESSE PASSO, VERIFICA-SE QUE A SIMPLES SAÍDA DA MERCADORIA DA SEDE DA EMPRESA SITUADA NO ESTADO DE SANTA CATARINA NÃO PODE. POR SI SÓ. SER CONSIDERADA FATO GERADOR DO IMPOSTO EM TELA. COMO PRETENDE A RECORRENTE. PORQUE, CONFORME SE RETIRA DOS AUTOS. A CELEBRAÇÃO DA COMPRA E VENDA TEVE PARTICIPAÇÃO EFETIVA DA FILIAL MINEIRA. RAZÃO PELA QUAL TRATA-SE DE OPERAÇÃO INTERESTADUAL.

ESCREVEU O EMINENTE DESEMBARGADOR LÚCIO URBANO, NO JULGAMENTO DE QUESTÃO SIMILAR, QUE:

"CARACTERIZADA, SEM DÚVIDA, OPERAÇÃO INTERESTADUAL, POSTO QUE ASPECTOS DA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA SE REALIZAM EM UNIDADE DA FEDERAÇÃO DIVERSA DAQUELA EM QUE SE REALIZAM OS DEMAIS. OS ELEMENTOS PRÉ-JURÍDICOS, COMPLEXOS E MÚLTIPLOS OCORREM EM MINAS E TAMBÉM EM SÃO PAULO" (APELAÇÃO CÍVEL N. 81.354-1).

POR SUA VEZ, AO DECIDIR HIPÓTESE ASSEMELHADA À DOS AUTOS, ASSIM ME POSICIONEI:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

"NA JURISPRUDÊNCIA MINEIRA PUBLICADA NO DJ/MG DE 20.11.89, LÊ-SE A SEGUINTE EMENTA, VERBIS:

"PARA EFEITO DE INCIDÊNCIA DO ICM CONSIDERA-SE OPERAÇÃO INTERESTADUAL AQUELA EM QUE PELO MENOS UM DOS ASPECTOS DA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA SE REALIZA NA UNIDADE DE FEDERAÇÃO DIVERSA DAQUELA EM QUE SE REALIZARAM AS DEMAIS."

ORA, SENDO, COMO DE FATO O É. OPERAÇÃO INTERESTADUAL A DE QUE CUIDAM ESTES AUTOS. TEM O FISCO MINEIRO O DIREITO-DEVER DE EXIGIR O RECOLHIMENTO DO PERCENTUAL INCIDENTE NA OPERAÇÃO DEVIDO A MINAS GERAIS (5%). NÃO SE VISLUMBRANDO ONDE POSSA ESTAR A ILEGALIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. SUFICIENTE E NECESSÁRIO À SUA VÁLIDA ANULAÇÃO. " (APELAÇÃO CÍVEL N. 90.414-5)

A EXIGÊNCIA FISCAL DA FAZENDA PÚBLICA ENCONTRA RESPALDO NAS NORMAS CONTIDAS NO DECRETO 24.224/84, ESPECIFICAMENTE NOS ARTIGOS 2º, VI, E 83, § 1º, ITEM 7, QUE, AO CONTRÁRIO DO QUE ENTENDE A RECORRENTE, ENCONTRAM-SE EM PLENA SINTONIA COM O ORDENAMENTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL VIGENTE ÀQUELA ÉPOCA:

"ART. 2º - PARA OS EFEITOS DESTE REGULAMENTO, CONSIDERA-SE COMO TENDO:

VI- SAÍDO DO ESTABELECIMENTO SITUADO EM TERRITÓRIO MINEIRO A MERCADORIA VENDIDA A CONSUMIDOR FINAL E REMETIDA DIRETAMENTE PARA O COMPRADOR POR ESTABELECIMENTO DO MESMO ,TITULAR, SITUADO FORA DO ESTADO".

"ART. 83 - O IMPOSTO SERÁ PAGO NO LOCAL DA OPERAÇÃO ... :

§ 1º - CONSIDERA-SE LOCAL DA OPERAÇÃO O DA SITUAÇÃO:

7- DO ESTABELECIMENTO, NESTE ESTADO, QUE EFETUAR VENDA A CONSUMIDOR FINAL, AINDA QUE A MERCADORIA TENHA SAÍDO DO ESTABELECIMENTO DO MESMO CONTRIBUINTE LOCALIZADO FORA DO ESTADO, DIRETAMENTE

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PARA O ADQUIRENTE, OBSERVADO O DISPOSTO NO § 5º DO ART. 21".

AS NORMAS SUPRATRASCITAS EM NADA CONTRARIAM O DISPOSTO NO DEC-LEI N. 406/68, NEM O CONTEÚDO DA LEI ESTADUAL N. 6.763175, QUE DISPÕE, EM SEU ARTIGO 33, § 1º, EXPRESSAMENTE:

"ART. 33 - O IMPOSTO SERÁ RECOLHIDO NO LOCAL DA OPERAÇÃO, EM ESTABELECIMENTO BANCÁRIO AUTORIZADO OU REPARTIÇÃO ARRECADADORA, MEDIANTE GUIAS PREENCHIDAS PELO CONTRIBUINTE, DE ACORDO COM AS NORMAS ESTABELECIDAS PELA SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA.

§ 1º - CONSIDERA-SE LOCAL DA OPERAÇÃO:

2 - O LOCAL DA SITUAÇÃO DO ESTABELECIMENTO TRANSMITENTE DA PROPRIEDADE DA MERCADORIA QUE POR ELE NÃO TENHA TRANSITADO, INCLUSIVE NO CASO DE ESTABELECIMENTO SITUADO EM TERRITÓRIO MINEIRO, QUE EFETUAR A VENDA A CONSUMIDOR FINAL, AINDA QUE A MERCADORIA TENHA SAÍDO DE ESTABELECIMENTO DO MESMO CONTRIBUINTE, LOCALIZADO EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO, DIRETAMENTE PARA O ADQUIRENTE “.

DE RESTO, NÃO HÁ QUE SE FALAR EM OFENSA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL QUE VEDA O ESTABELECIMENTO DE LIMITAÇÕES AO TRÁFEGO DE PESSOAS OU MERCADORIAS POR MEIO DE TRIBUTOS INTERESTADUAIS.

É QUE PARTE DA COMPRA E VENDA SUCEDE EM TERRITÓRIO MINEIRO E BASTA ISSO PARA TER-SE CARACTERIZADA A INTERESTADUALIDADE. E O FISCO MINEIRO, POR SUA VEZ, NÃO ESTÁ TRIBUTANDO EM RAZÃO DA PROCEDÊNCIA E DO DESTINO DA MERCADORIA, MAS PORQUE SE CUIDA JUSTAMENTE DE OPERAÇÃO INTERESTADUAL DEVIDAMENTE CARACTERIZADA.

COM RELAÇÃO AO QUANTUM DEBEATUR. TAMBÉM SEM RAZÃO A APELANTE. EIS QUE O PRESENTE FEITO FISCAL VISA SOMENTE A RECUPERAR PARA O ESTADO DE MINAS A PARCELA DO IMPOSTO INDEVIDAMENTE RECOLHIDA AO ESTADO DE SANTA CATARINA. NUMA OPERAÇÃO DE VENDA EFETUADA PELA AUTUADA SEM OBSERVÂNCIA

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DAS DETERMINAÇÕES CONTIDAS NA LEI 6.763/75 E NO DECRETO 24.224/84. INEXISTINDO QUALQUER IRREGULARIDADE NO VALOR COBRADO. ESPECIALMENTE NO QUE TOCA À BASE DE CÁLCULO UTILIZADA.

PELO EXPOSTO, NEGÓCIO PROVIDO AO RECURSO. CUSTAS, EX LEGE.

Importante destacar que a última decisão parcialmente transcrita acima, ao corroborar o entendimento aqui defendido, traz à luz uma verdade intransponível: a de que o estabelecimento mineiro, ora Impugnante, tem o direito ao crédito dos valores corretamente devidos ao Estado do Espírito Santo.

Tal entendimento é hoje sereno neste Conselho de Contribuintes, como se vê nos Acórdãos nºs 17.789/06/1ª e 17.788/06/1ª, relator o eminente Conselheiro Roberto Nogueira Lima, dos quais se extrai o seguinte fragmento:

DEVE-SE TAMBÉM, O CRÉDITO DO IMPOSTO SER OFERTADO À AUTUADA, UMA VEZ QUE SE OCORREU UMA SAÍDA DE MERCADORIA FOI DEVIDO A UMA ANTERIOR ENTRADA, QUE, IN CASU, POR SI SÓ, DEVE ENSEJAR DIREITO AO CRÉDITO.

ASSIM, NÃO OBSTANTE A INEXISTÊNCIA DE DOCUMENTAÇÃO ADEQUADA E REGULAR ESCRITURAÇÃO PARA CREDITAR-SE, A CONCESSÃO DOS CRÉDITOS CORRESPONDENTES A 12% (DOZE POR CENTO) SOBRE O VALOR DAS NOTAS FISCAIS EMITIDAS PELOS ESTABELECIMENTOS DA EMPRESA SEDIADOS EM OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO É UM IMPERATIVO DE JUSTIÇA E SE AMOLDA AO PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE (ARTIGO 28 DA LEI Nº 6763/75), UMA VEZ QUE FOI EFETIVAMENTE PAGO NA OPERAÇÃO ANTERIOR.

NESTE CASO, NÃO DEVE O FISCO SE APEGAR AO DISPOSTO NO ART. 23 DA LC 87/96 E 30 DA LEI 6763/75, UMA VEZ QUE FORAM DESCLASSIFICADAS AS OPERAÇÕES DE REMESSA DAS MERCADORIAS DOS ESTABELECIMENTOS DA EMPRESA SITUADOS EM OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO PARA OS ADQUIRENTES MINEIROS. PORTANTO, NÃO PODERIA A EMPRESA APRESENTAR OS DOCUMENTOS FISCAIS REGULARMENTE ESCRITURADOS PARA OBTENÇÃO DOS CRÉDITOS, HAJA VISTA QUE, SOB SUA ÓTICA, NÃO OCORRERAM AS OPERAÇÕES ALINHADAS PELO FISCO. (SIC)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Igualmente já decidiu a mesma egrégia Primeira Câmara, sendo designado o mesmo relator nos autos de que resultou o Acórdão nº 18.685/08/1ª, de que se pode buscar a lição:

NO ENTANTO, PARA QUE NÃO HAJA UM LOCUPLETAMENTO ILÍCITO POR PARTE DO ESTADO, CONSIDERANDO-SE QUE NÃO HÁ OUTRA FORMA FISCAL DE APROPRIAÇÃO DO IMPOSTO REFERENTE À CITADA OPERAÇÃO INTERESTADUAL, FAZ-SE NECESSÁRIO RECALCULAR O ICMS EXIGIDO, ABATENDO-SE DO IMPOSTO EXIGIDO EM RELAÇÃO A CADA OPERAÇÃO AUTUADA, O VALOR CORRESPONDENTE AO ICMS DEVIDO NA OPERAÇÃO DE TRANSFERÊNCIA DOS PRODUTOS DO ESTABELECIMENTO CAPIXABA PARA O MINEIRO.

INSTA DESTACAR QUE O CRÉDITO DO ICMS A SER COMPENSADO EM CADA OPERAÇÃO (ELENCADA NA PLANILHA IV - FLS. 749 E 750) CORRÉSPONDE AO ICMS DEVIDO NA SAÍDA DOS PRODUTOS DA SOTREQ S/A (LOCALIZADA NO, ESTADO DO ESPÍRITO SANTO) COM DESTINO AO ESTABELECIMENTO DA ORA AUTUADA.

Assiste razão ao Fisco quando traz as ponderações doravante transcritas:

"O princípio da não-cumulatividade garante ao contribuinte que promova operações (ou prestações) tributadas pelo ICMS, que transfira ao adquirente o ônus do imposto que adiantará ao Estado e, ao mesmo tempo, permite o abatimento sob a forma de crédito do imposto que tenha suportado nas operações anteriores.

Neste sentido, estabeleceu a Lei Complementar 87/96 no art. 19 (que encontra-se recepcionado pela Lei 6.763/75, art. 28):

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." (g.n.)

Outrossim, a mencionada lei instituiu condições formais para efetivação do direito ao crédito, art. 23, in verbis:

"Art. 23 - o direito de crédito, para efeito de compensação com débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou para o qual tenham sido prestados os serviços, está condicionado à idoneidade da documentação e, se for o caso, à escrituração nos prazos e condições estabelecidos na legislação.

Parágrafo único - O direito de utilizar o crédito extingue-se depois de decorridos cinco anos contados da data de emissão do documento. "

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Não obstante, mesmo que se despreze as condições formais estabelecidas pelo art. 23 da LC 87/96 e art. 30 da Lei 6.763/75, há de se observar, no caso dos autos, a regra preconizada pelo art. 19 da LC 87/96 (art. 28 da Lei 6763/75), que restringe o montante do valor a ser abatido sob a forma de crédito àquele cobrado nas operações anteriores, haja vista que a situação ora em exame não se enquadra em qualquer das hipóteses de crédito presumido, previstas na legislação tributária mineira.

Se a presunção estabelecida de que a saída das mercadorias deu-se através do estabelecimento mineiro, certamente há de se considerar que ocorreram entradas (simbólicas) das mercadorias no estabelecimento da Autuada, originárias do estabelecimento do Espírito Santo.

Assim sendo, há que se observar a regra contida no § 4º do art. 13 da LC 87/96, que trata da base de cálculo do ICMS nas transferências interestaduais, para certificar-se do montante do valor do imposto abatido sob a forma de crédito nas operações de saída tributadas pelo Fisco.

"Art. 13 - A base de cálculo do imposto é:

(...)

§ 4º - Na saída de mercadoria para estabelecimento localizado em outro Estado, pertencente ao mesmo titular, a base de cálculo do imposto é:

I - o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria;

III - tratando-se de mercadorias não industrializadas, o seu preço corrente no mercado atacadista do estabelecimento remetente;" (g.n.)

Reconhecidamente, no presente caso, é de difícil concretude identificar o aspecto quantitativo requerido na norma supra. Na mesma toada da providência adotada pela Egrégia Primeira Câmara de Julgamento no caso do AI nº 01.00016058559, o critério a ser adotado deve ser aquele que toma por base de cálculo a mesma que gerou o creditamento no estabelecimento capixaba, em atendimento ao que prevê o art. 13, § 8º, alínea "a" da Lei n.º 6.763/75, *in verbis*:

"SEÇÃO II

Da Base de Cálculo

Art. 13 - A base de cálculo do imposto é:

.....

§ 8º - Na saída de mercadoria para estabelecimento localizado em outro Estado, pertencente ao mesmo titular, a base de cálculo do imposto é:

a) o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria;

....."

Tal medida visa a consolidar o entendimento deste Conselho.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, para a implementação da medida, devem ser concedidos os créditos descritos às fls. 519/520.

Contudo, cabe uma ressalva à Nota Fiscal nº 167143 (fl. 528), a qual define o crédito sobre a saída veiculada pela Nota Fiscal nº 025646 (fl. 175), tendo em vista que dizem respeito a modelos distintos. Para a saída objeto do feito fiscal, a melhor indicação de entrada mais recente recairia sobre a Nota Fiscal nº 165648 (fl. 527).

No que tange à multa isolada aplicada por dar saída a mercadoria desacoberta de documentação fiscal, algumas ponderações merecem ser feitas.

A legislação que sustenta tal exigência fiscal, principalmente as leis complementar e a ordinária estadual, possibilita ao Fisco Mineiro a exigência da parcela do imposto devida à Minas Gerais além de permitir a transferência de propriedade de mercadoria, ainda que a mesma não tenha transitado pelo estabelecimento alienante.

Os dispositivos da lei complementar, já acima transcritos, preveem a ocorrência do fato gerador e a responsabilidade do estabelecimento, no caso a Impugnante, referente à saída, ainda que simbólica, da mercadoria do estabelecimento e o dispositivo da lei ordinária estadual, também já acima transcrito, estabelece que considera-se a saída da mercadoria do estabelecimento mineiro, para efeito de ocorrência do fato gerador da obrigação tributária.

Nessa linha de raciocínio, percebe-se total correspondência entre a ocorrência fática e a tipificação tributária prevista pelo dispositivo que respalda a cobrança da Multa Isolada, qual seja, o art. 55, inciso II da Lei nº 6.763/75, considerando-se, para tanto, a inteligência do inciso III do art. 12 do Anexo V do RICMS, a saber:

"Art. 12 - A nota fiscal será emitida:

.....
III - antes da tradição real ou simbólica da mercadoria, no caso de transmissão de propriedade de mercadoria ou de título que a represente, quando esta não transitar pelo estabelecimento transmitente;

....."(grifos não constam do original)

A tipificação do inciso II do art. 55 da Lei nº 6.763/75, para a ocorrência fática em questão, estabelece saída de mercadoria desacoberta de documento fiscal:

"Art. 55 - As multas, para as quais se adotará o critério a que se refere o inciso II, do artigo 53, serão as seguintes:

.....
II - por dar saída a mercadoria, entregá-la, transportá-la, tê-la em estoque ou depósito, desacoberta de documento fiscal, salvo na hipótese do art. 40 desta lei - 40% (quarenta por cento) do valor da operação, reduzindo-se a 20% (vinte por cento) nos seguintes casos:

....."(grifos não constam do original)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No caso em tela, a mercadoria seguiu diretamente do estabelecimento da Impugnante situado no Estado do Espírito Santo, para os compradores, consumidores finais, estabelecidos em Minas Gerais.

Não obstante, considerando-se que o estabelecimento mineiro, ora Defendente, foi quem promoveu a negociação mercantil de venda da mercadoria, percebe-se claramente o descumprimento de obrigação acessória, por parte deste, ao não emitir o documento fiscal, ainda que simbólico, referente às operações em questão.

Portanto, percebe-se que os dispositivos que respaldam as exigências fiscais, legitimam a exigência da parcela do imposto devida ao Estado de Minas Gerais além do descumprimento de obrigação acessória. Nesse sentido, correta a penalidade exigida.

Note-se, por derradeiro, que a limitação à imposição da referida penalidade foi observada pelo Fisco (fl. 08)

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. No mérito, também à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para que sejam concedidos os créditos de ICMS relativos às entradas mais recentes, no estabelecimento remetente das mercadorias objeto da autuação, à época de suas saídas, nos termos do quadro de fls. 519/520, exceto para a Nota Fiscal nº 25646, para a qual deverá ser adotado como crédito de ICMS o valor indicado na Nota Fiscal nº 165648. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Frederico Menezes Breyner e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Soraia Brito de Queiroz Gonçalves. Participaram do julgamento, além da signatária, os Conselheiros Roberto Nogueira Lima (Revisor), René de Oliveira e Sousa Júnior e Carlos Alberto Moreira Alves.

Sala das Sessões, 16 de agosto de 2010.

**Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente / Relatora**