



# Tribunal de Justiça de Minas Gerais

**Número do** 1.0000.00.119581-7/000      **Númeraço** 1195817-  
**Relator:** Des.(a) Pinheiro Lago  
**Relator do Acórdão:** Des.(a) Abreu Leite  
**Data do Julgamento:** 05/10/1999  
**Data da Publicação:** 19/11/1999

**EMENTA:** Tributário - Subfaturamento de mercadorias por preço abaixo do custo - Valor tributável - Aplicabilidade do Art. 76 do RICMS - Amparo no art. 4º, inc. III, do convênio ICM 66/88 e no Decreto Lei nº 406/68.

V.V.

Tributário. ICMS. Não-cumulatividade. Venda abaixo do preço de aquisição. Direito ao crédito.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.00.119581-7/000 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - APELANTE(S): COMMERCE DESENVOLIMENTO MERCANTIL LTDA., NOVA DENOMINAÇÃO DE COMMERCE DESENVOLVIMENTO MERCANTIL S/A - APELADO(S): FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS - RELATOR: EXMO. SR. DES. PINHEIRO LAGO - RELATOR PARA O ACÓRDÃO: EXMO SR. DES. ABREU LEITE

## ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a SEGUNDA 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, EM REJEITAR A PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO, VENCIDO O RELATOR.

Belo Horizonte, 05 de outubro de 1999.

DES. ABREU LEITE - Relator para o acórdão.

D ES. PINHEIRO LAGO - Relator vencido.>>>



# Tribunal de Justiça de Minas Gerais

14/09/1999

SEGUNDA CÂMARA CÍVEL

ADIADO

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

APELAÇÃO CÍVEL Nº 000.119.581-7/00 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - APELANTE(S): COMMERCE DESENVOLVIMENTO MERCANTIL LTDA., NOVA DENOMINAÇÃO DE COMMERCE DESENVOLVIMENTO MERCANTIL S/A - APELADO(S): FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS - RELATOR: EXMO. SR. DES. PINHEIRO LAGO

Proferiram sustentações orais, pela Apelante e pela Apelada, os Drs. Igor Mauler Santiago e Alberto Guimarães, respectivamente.

O SR. DES. PINHEIRO LAGO:

Sr. Presidente.

Gostaria de exaltar o belo trabalho desenvolvido da tribuna pelos ilustres Advogados procuradores das partes.

Realmente, são pronunciamentos desse estilo que elevam o nível dos julgamentos do Tribunal, pela contribuição sempre benfazeja dos advogados que militam aqui.

Impressionou-me, principalmente, o pronunciamento do Dr. Procurador da Apelante. Primeiro, porque não o conhecia, e segundo, por se tratar de um jovem advogado, que de maneira muito clara e com uma seqüência lógica de idéias invejáveis, trouxe para o julgamento subsídios inestimáveis.

Quanto ao pronunciamento do Dr. Eduardo, não me foi surpresa, porque já é advogado militante de longos anos aqui no Tribunal,



# Tribunal de Justiça de Minas Gerais

brilhante como sempre e não fugiu ao nível de pronunciamentos que ele tem sustentado nesta Casa.

Exatamente, Sr. Presidente, por causa do excelente nível dos debates que foram travados da tribuna é que gostaria, apesar de estar com o voto pronto, de dar mais algumas pinceladas para que meu voto também possa ficar à altura dos debates.

Peço vista dos autos.

SÚMULA: APÓS SUSTENTAÇÃO ORAL, PEDIU ADIAMENTO O RELATOR.

>>>

28/09/1999

SEGUNDA CÂMARA CÍVEL

ADIADO

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

APELAÇÃO CÍVEL Nº 000.119.581-7/00 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - APELANTE(S): COMMERCE DESENVOLVIMENTO MERCANTIL LTDA., NOVA DENOMINAÇÃO DE COMMERCE DESENVOLVIMENTO MERCANTIL S/A - APELADO(S): FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS - RELATOR: EXMO. SR. DES. PINHEIRO LAGO

O SR. DES. PINHEIRO LAGO:

VOTO

Conheço do recurso de apelação aviado, eis que presentes os pressupostos legais de admissibilidade.



# Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Versam os autos sobre recurso de apelação interposto pela Commerce Desenvolvimento Mercantil Ltda., em face da sentença que, nos embargos à execução fiscal formulados contra a Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais, julgou improcedente o pedido neles formulado, considerando legítima a pretensão executória.

Sustenta a recorrente, em preliminar, a nulidade do título. No mérito, argumenta que a vedação explicitada pelo regulamento, proibindo a compensação de parte dos créditos de ICMS relativos às entradas, em ocorrendo a alienação de mercadorias abaixo do preço de custo, afronta o princípio constitucional da não cumulatividade e a legislação complementar.

Devidamente contra-arrazoado o recurso de apelação, a esta douta instância revisora ascenderam os autos.

Breve relato. Decido.

Não prospera a preliminar de nulidade do título executivo.

Ainda que tenha ocorrido infração diversa daquela elencada na certidão de dívida ativa que fundamenta a execução fiscal, não se pode negar que a embargante, mesmo no procedimento administrativo inaugurado com a lavratura do auto de infração, dispôs dos meios necessários para refutar a exigência fiscal.

É preciso ponderar, de outro modo, que a ocorrência de outro ilícito tributário não é razão suficiente para afastar a exigência fiscal.

Rejeito, portanto, dita prefacial.

No mérito, entendo que a sentença merece ser reformada.

Tributo inserido na competência dos Estados- Membros e do Distrito Federal, o imposto sobre circulação de mercadorias e serviços recebeu, da Constituição Federal, tratamento minucioso e exaustivo, que se traduz em inúmeros preceitos de conteúdos expressos ou



# Tribunal de Justiça de Minas Gerais

implícitos, tolhendo, regulando, limitando, restringindo a atividade legislativa ordinária.

Os saudosos Geraldo Ataliba e Cléber Giardino (ICM - linhas mestras Constitucionais - Diferimento. RDT, 23-25/119) chegam a afirmar que, se em outras matérias, o alheamento à Lei Maior pode até ser tolerado, não implicando sensível comprometimento de sua compreensão, na hipótese do imposto, referido comportamento inviabiliza qualquer análise jurídica.

Um dos aspectos relativos ao tributo, contemplado pelo Texto Constitucional, refere-se ao princípio da não cumulatividade.

O princípio da não cumulatividade, presente no art. 155, § 2º, I, da Constituição Federal, ordena que o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e prestações de serviços de transporte de natureza interestadual e intermunicipal e de comunicação, devido em cada operação, seja compensado com o mesmo imposto incidente nas operações anteriores.

O abatimento do imposto incidente nas operações anteriores traduz-se na forma que o Poder Constituinte encontrou para dar ao ICMS, de natureza plurifásica, a feição de tributo não cumulativo, evitando que a cada nova operação, pelo fato do imposto incidir sobre o valor da mercadoria ou do serviço, a carga tributária acumulada fosse crescendo o preço dos bens.

Com a consagração do princípio da não cumulatividade pelo Texto Constitucional, não pode o legislador infra-constitucional ignorar os seus contornos, com o propósito de promover restrições, competindo-lhe somente a tarefa de explicitar as regras já implícitas na própria Constituição, como a que proíbe o aproveitamento de créditos relativos a materiais de consumo.

Diga-se, de passagem, que as únicas limitações legítimas são aquelas ditas pelo próprio Sistema Constitucional. Dizem respeito, nos termos do art. 155, § 2º, aos casos de isenção ou não incidência, que não



# Tribunal de Justiça de Minas Gerais

implicarão crédito para compensação com o montante devido nas operações seguintes e que acarretarão a anulação do crédito relativo às operações anteriores.

Todas as demais operações, portanto, que, por sua natureza, estiverem relacionadas à circulação de mercadorias acionam o princípio.

Afronta, portanto, os contornos do princípio constitucional da não cumulatividade a proibição veiculada em norma inserta em regulamento, que nem mesmo lei é, que proíbe, em parte, a compensação dos créditos, relativos às entradas, quando nas saídas for observada a venda de mercadorias em valor inferior ao custo das mesmas.

Contraria, de outro modo, a legislação complementar que rege a matéria, considerando que esta estipula como base de cálculo do imposto o valor da operação.

Importa ponderar que sobre as operações de venda efetuadas pela recorrente inexistente qualquer alegação de subfaturamento.

Legítima, assim, a praxe adotada pelo contribuinte no passado, no período de inflação alta, de vender as mercadorias abaixo do preço de aquisição, porque as adquiria a prazo e as alienava à vista, aplicando os recursos provenientes destas últimas operações no mercado financeiro até o pagamento das compras à prazo, e de se creditar de todo o valor referente às aquisições.

Nestes mesmos termos, já decidiu este egrégio Tribunal que, por sua Terceira Câmara Cível, pontificou, na Apelação Cível nº 96.877-6, entre as mesmas partes, em que figurou como relator, o recentemente aposentado Des. Monteiro de Barros:

"O fato de a operação de venda ter sido de valor inferior ao da aquisição da mercadoria, não autoriza o fisco a impedir seja feita a compensação integral dos créditos do contribuinte, exigindo o



# Tribunal de Justiça de Minas Gerais

estorno do valor relativo ao crédito decorrente da operação de compra. Tal hipótese só seria admitida se houvesse sido comprovada a existência de subfaturamento, o que não ocorreu nos autos."

Com tais razões de decidir, dou provimento ao recurso de apelação, invertendo os ônus de sucumbência.

Custas, pela Apelada.

O SR. DES. ABREU LEITE:

Peço vista dos autos.

SÚMULA: REJEITARAM PRELIMINAR, DIGO, DEPOIS DE VOTAR O RELATOR, REJEITANDO A PRELIMINAR E DANDO PROVIMENTO, PEDIU VISTA O REVISOR.

>>>

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O SR. DES. PRESIDENTE:

O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 28.09.99, a pedido do Revisor, após votar o Relator, rejeitando a preliminar e dando provimento.

Com a palavra o Des. Abreu Leite.

O SR. DES. ABREU LEITE:

VOTO

Quanto a preliminar de nulidade do título executivo, também a rejeito pelos mesmos fundamentos constantes do voto proferido pelo douto Relator.



# Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Quanto ao mérito, o que se pretende é desconstituir a infração cometida, ou seja, o subfaturamento de mercadorias por preço abaixo do custo, sustentando os embargos ser inaplicável o art. 76 do RICMS.

O referido art. 76 assim dispõe:

"Em qualquer hipótese, o valor tributável não pode ser inferior ao custo da mercadoria ou da prestação de serviço."

Tal dispositivo tem amparo no art. 4º, inc. III, do Convênio ICM 66/88 e no Decreto Lei nº. 406/68 que, reconhecidamente, tem força de Lei Complementar, desde que não sofreu em seu conteúdo principal qualquer restrição pelas normas constitucionais vigentes.

Não é de se conceber como prática lícita de comércio a venda de mercadoria abaixo do preço de custo, posto que nenhuma legislação poderia incentivar ou proteger práticas que indiscutivelmente levariam o comerciante ao estado de insolvência.

O argumento de mérito dos embargos, relativamente aos valores vigentes em 1991, fazendo, inclusive, exemplo prático da aquisição de eletrodoméstico por R\$100,00 e a sua venda por R\$90,00, não levou em conta a perda do valor monetário decorrente da inflação relativa ao mesmo período.

O que se tem de real nos autos é a confissão de subfaturamento, pois não se concebe que um comerciante do porte da empresa embargante faça vendas de mercadorias abaixo do preço de custo, posto que se isto fosse realidade no exercício financeiro dos anos de 1991 e 1992 com galopante crise inflacionária e altíssima desvalorização da moeda, evidentemente que a embargante já estaria falida.

E é por isto mesmo que o art. 13 do Convênio 66/88 estabelece:

"Quando o preço declarado pelo contribuinte for inferior ao de mercado, a base de cálculo do imposto poderá ser determinada em ato normativo da autoridade administrativa, conforme critérios fixados



# Tribunal de Justiça de Minas Gerais

em lei."

Outro não tem sido o entendimento jurisprudencial deste Tribunal, conforme citações constantes de fls. 147/150-TJ dos autos feitas pela Apelada.

Com tais considerações e prestando obsequiosa venia ao douto Relator, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso.

Custas pela Apelante.

**SR. DES. FERNANDES FILHO:**

Quanto a preliminar, ponho-me de inteiro acordo com o eminente Relator e quanto ao mérito com o eminente Revisor.

Tenho entendimento antigo nesta Câmara, de que, quando a mercadoria é vendida por preço abaixo do preço de custo, pode o Fisco considerar este último para fins de taxaçaõ, para fins de tributaçaõ e por este motivo, também pedindo vênia ao eminente Relator, **NEGO** provimento.

**SÚMULA : REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO, VENCIDO O RELATOR.**