

Acórdão: 16.534/05/2<sup>a</sup> Rito: Ordinário  
Impugnação: 40.010113859-44  
Impugnante: Holcim (Brasil) S.A  
Proc. S. Passivo: Antônio Fortuna/Outro(s)  
PTA/AI: 01.000146605.02  
Inscr. Estadual: 059.073229.1063  
Origem: DF/Barbacena

**EMENTA**

**NÃO INCIDÊNCIA – DESCARACTERIZAÇÃO - Evidenciadas saídas em transferência do estabelecimento autuado para outro estabelecimento mineiro de mesma titularidade, ocorridas ao abrigo indevido da não incidência do imposto, conforme informação constante no corpo dos documentos fiscais. Exigido o imposto devido com base no preço FOB estabelecimento industrial à vista que foi informado pelo próprio contribuinte em resposta à intimação da fiscalização. Infração caracterizada. Exigências fiscais mantidas. Lançamento procedente. Decisão unânime.**

**RELATÓRIO**

A autuação versa sobre a falta de destaque e recolhimento de ICMS nas operações de transferências de mercadorias promovida pela autuada para seu estabelecimento filial situado em Juiz de Fora, no exercício de 2001. Também foi constatado que, em tais operações, foram atribuídos valores inferiores ao preço FOB industrial em descumprimento ao disposto no art. 13, §4º, alínea “b” da Lei Estadual 6763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, impugnação às fls. 367 a 393.

Em preliminar, alega que a presente ação já foi tratada em juízo. Cita o processo nº 16.355/94 com acórdão do TJMG na Apelação Cível nº 102.888/5, a Ação Cautelar Inominada nº 05695000121-6 e Declaratória nº 05699001825-3.

Posteriormente, retoma o mesmo argumento e informa que foi autuada pela Fazenda Estadual em 1991 por promover transferência de cimento a preço inferior ao custo tendo ingressado em juízo (processo nº 16.355/94) onde obteve junto ao TJMG decisão favorável a empresa.

Acrescenta que em 1999 ingressou na esfera judicial com Ação Cautelar Inominada e Ação Declaratória. A decisão de 1ª instância determinou a inexistência de

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

obrigação tributária nas transferências de mercadorias efetuadas de sua fábrica na cidade de Barroso para Barbacena, decisão essa mantida pelo TJMG.

Inferre que a Fazenda Estadual, ciente da decisão judicial e do acórdão a favor da impugnante, não a teria cumprido ao emitir o presente auto de infração.

Afirma que a lavratura do auto de infração em questão contraria as decisões acima mencionadas, inclusive a transitada em julgado a favor da impugnante.

Alega que os dispositivos contidos tanto na Lei 6763/75 quanto no Decreto Estadual 38.104/96, que determinam a incidência do ICMS nas transferências de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa, contrariam o art. 155, inciso II, § 2º, inciso I da Constituição Federal.

Sustenta que a transferência de mercadoria entre estabelecimentos da mesma empresa não configura fato gerador do ICMS. Tal assertiva se baseia no entendimento de que não há circulação econômica nessas operações, não podendo, os Estados ou o Distrito Federal, exigir o ICMS, por extrapolar a competência concedida pela Constituição Federal. Para robustecer seu posicionamento apresenta trechos de doutrina e de jurisprudência nesse diapasão.

Cita os arts. 109 e 110 do CTN trazendo comentário doutrinário sobre os rígidos limites fixados pela Constituição.

Apresenta decisão do STJ que determinou a inconstitucionalidade de lei do Estado de Alagoas que definia como fato gerador do ICM o simples deslocamento de insumos destinados à composição do produto, na mesma empresa.

Afirma que quando transfere cimento do estabelecimento “de Barroso para seus depósitos fechados em Juiz de Fora, Três Corações, bem como para Barbacena”, ocorre apenas uma movimentação física e a tributação ocorreria por ocasião da venda do produto a seus clientes.

Transcreve algumas decisões judiciais favoráveis a não ocorrência do fato gerador do ICMS nas operações de transferência entre estabelecimentos da mesma empresa, além da súmula 166 do STJ sobre o mesmo tema.

Alega ter direito de transferir para outro estabelecimento seu em Minas Gerais e discorre sobre o instituto da compensação e sobre a sistemática para apuração do crédito financeiro do ICMS.

Requer a improcedência do auto de infração e seu arquivamento.

O Fisco, em manifestação de fls. 411 a 418, refuta as alegações da defesa bem como descreve os fundamentos da ação fiscal e aponta os dispositivos legais em que se assenta o feito, requerendo, por fim, a procedência do lançamento.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Auditoria Fiscal determina a realização da Diligência de fls. 419, que resulta na manifestação da Advocacia Geral do Estado às fls. 420 a 422 e juntada de documentos de fls. 423/439.

Deixa-se de relatar o conteúdo da manifestação fiscal de fls. 411 a 418 por se constituir na fundamentação do Parecer da Auditoria Fiscal.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 440/445, opina pela procedência do lançamento.

---

### **DECISÃO**

Ressalta-se, inicialmente, que os fundamentos expostos no Parecer da Auditoria Fiscal, que por sua vez fundamentou-se na Manifestação Fiscal, foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e, por esta razão, passarão a compor o presente Acórdão, salvo pequenas alterações.

#### **DAS PRELIMINARES**

##### **Preliminar 1:**

A impugnante alega que a matéria objeto do presente Auto de Infração já foi tratada duas vezes em juízo, razão pela qual a Auditoria Fiscal preocupou-se em obter da Advocacia Regional do Estado um posicionamento definitivo acerca do alcance de tais ações judiciais e se as mesmas prejudicariam a tramitação e o julgamento do contencioso na esfera administrativa, nos moldes do art. 11 da CLTA/MG.

Consoante manifestação do Advogado do Estado Dr. Célio Lopes Kalume, aprovada pelo Subadvogado Geral do Contencioso, Dr. Roberto Portes Ribeiro de Oliveira (fls. 420/422), as citadas ações judiciais não guardam qualquer relação com o presente processo o que obsta a incidência do art. 11 da CLTA/MG.

##### **Preliminar 2:**

O argumento referente à inconstitucionalidade dos dispositivos contidos na Lei Estadual 6763/75 e no RICMS/MG que determinam a tributação nas saídas em transferência deve ser desconsiderado por força do disposto no art. 88, inciso I da CLTA, uma vez que não cabe ao órgão julgador mineiro a análise de inconstitucionalidade de Lei ou Decreto. Ademais, os mencionados dispositivos não confrontam com a nossa Constituição Federal e encontram-se claramente expressos na Lei Complementar 87/96.

DO MÉRITO

A autuação versa sobre a falta de destaque e recolhimento de ICMS nas operações de transferências de mercadorias promovida pela autuada para seu estabelecimento filial situado em Juiz de Fora, no exercício de 2001.

Também foi constatado que, em tais operações, foram atribuídos valores inferiores ao preço FOB industrial em descumprimento ao disposto no art. 13, §4º, alínea “b” da Lei Estadual 6763/75.

Não se discute, portanto, o direito do contribuinte em promover transferências de mercadorias, apenas se exige o ICMS devido nas operações, cujos valores de base de cálculo do imposto estão em desacordo com o estabelecido na legislação tributária.

O art. 44 do RICMS/96 preceitua:

Art. 44 - Ressalvado o disposto no artigo seguinte e em outras hipóteses previstas neste Regulamento e no Anexo IV, a base de cálculo do imposto é:

...

IV - na saída de mercadoria, a qualquer título, de estabelecimento de contribuinte, ainda que em transferência para outro estabelecimento do mesmo titular:

...

a.2 - caso o remetente seja industrial, o preço FOB estabelecimento industrial à vista, cobrado pelo estabelecimento remetente na operação mais recente, ou a regra contida na subalínea “a.3.2.3” deste inciso, caso o estabelecimento remetente não tenha efetuado, anteriormente, venda de mercadoria objeto da operação; (nossos grifos)

Examinando-se o dispositivo legal acima depara-se com as duas obrigações descumpridas pelo autuado. A primeira é a inegável incidência do ICMS nas operações de transferência entre estabelecimentos, inclusive do mesmo titular. A segunda refere-se ao valor da operação. Para essa última, o contribuinte utilizou indevidamente o preço de custo ao invés do preço FOB estabelecimento industrial, conforme consta da alínea “a.2” do art. 43 do RICMS/96.

Em diversas ocasiões, este Egrégio Conselho de Contribuintes de Minas Gerais vem decidindo pela tributação nas transferências internas entre estabelecimentos da mesma empresa adotando-se como base de cálculo o preço FOB, conforme se pode comprovar nos acórdãos:

ACÓRDÃO 14.327/00 /1ª

EMENTA

BASE DE CÁLCULO - DESTAQUE A MENOR DO ICMS - CIMENTO - TRANSFERÊNCIAS ENTRE ESTABELECIMENTOS, COM PRÁTICA DE PREÇO INFERIOR AO PREÇO FOB, PERÍODOS DE AGO. A OUT./99. INFRAÇÃO CARACTERIZADA. IMPUGNAÇÃO IMPROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

ACÓRDÃO: 14.401/00/1.ª

EMENTA

BASE DE CÁLCULO – SAÍDAS POR VALOR INFERIOR AO PREÇO FOB – TRANSFERÊNCIAS INTERNAS – CIMENTO. BASE DE CÁLCULO ADOTADA, EM DESACORDO COM O PREVISTO NA ALÍNEA "B", DO § 4.º, DO ART. 13, DA LEI 6763/75. AS ARGÜIÇÕES QUANTO À INTRIBUTABILIDADE DE TAIS OPERAÇÕES, COM BASE NA SÚMULA 166, DO STJ, NÃO PROCEDEM, FACE AO DISPOSTO NO ART. 6º, INCISO VI, DA LEI 6763/75 E NO ART. 88, DA CLTA/MG. CORRETAS AS EXIGÊNCIAS FISCAIS. ENTRETANTO, EXCLUIU-SE, EM PARTE, AS EXIGÊNCIAS A TÍTULO DE PENALIDADES, JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA, COM BASE EM DOCUMENTOS ANEXADOS AOS AUTOS PELA AUTUADA E COM FULCRO NO PARÁGRAFO ÚNICO, DO ART. 100, DO CTN. EXIGÊNCIAS PARCIALMENTE MANTIDAS.

Também a DOET/SLT já se pronunciou sobre esse mesmo tema como se pode verificar nas consultas abaixo:

CONSULTA DE CONTRIBUINTE Nº 026/2003

BASE DE CÁLCULO - TRANSFERÊNCIA ENTRE ESTABELECIMENTOS - A base de cálculo na saída de mercadoria a título de transferência, do estabelecimento industrial para estabelecimentos do mesmo titular, localizados neste Estado, é o preço FOB estabelecimento industrial à vista, cobrado pelo estabelecimento remetente na operação mais recente. Caso não tenha efetuado, anteriormente, venda de mercadoria objeto da operação, a base de cálculo será o preço corrente da mercadoria, ou de sua similar, no mercado atacadista do local da operação ou, na falta deste, no mercado atacadista regional (artigo 43, inciso

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

IV, alínea "a", subalínea "a.2", Parte Geral do RICMS/02).

CONSULTA DE CONTRIBUINTE N.º 134/97

BASE DE CÁLCULO DO ICMS - TRANSFERÊNCIAS - Nas saídas de mercadorias, a qualquer título, de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro do mesmo titular, a base de cálculo de imposto é o valor da operação ou, na sua falta poderão ser adotados os critérios estabelecidos nas alíneas do art. 44, inciso IV do RICMS/96 aprovado pelo Decreto nº 38.104 de 28/06/96.

Assevera-se que o procedimento adotado pela autuada além de ser danoso ao erário público, gera dificuldade à fiscalização, além de acarretar reflexos nas operações subsequentes do atacadista. Isso se deve ao fato do atacadista tomar como base de cálculo para suas transferências em operações interestaduais o último preço de entrada.

No caso em questão, o preço de entrada considerado é inferior ao determinado pela legislação tendo como consequência um recolhimento a menor de ICMS nas mencionadas transferências.

Ressalta-se que o Fisco utilizou o preço FOB médio praticado pelo Sujeito Passivo no ano de 2001 conforme sua própria informação, em atendimento à intimação fiscal de fls. 19.

Tais preços, convertidos de toneladas para sacos de 50 kg. (fls. 37), serviram de base para a elaboração das planilhas de fls. 39 a 173.

É importante ainda observar o equívoco da impugnante que, apesar de entender que as suas saídas em transferência ocorreriam ao abrigo da não incidência do imposto, não promove o estorno dos créditos relativos às entradas, tanto dos insumos, como do ativo permanente, de forma proporcional às saídas não tributadas, por força do disposto no art. 32, inciso I da Lei 6763/75, uma vez que mantém tais créditos de forma integral.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais argüidas. No mérito, também à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Célio Lopes Kalume. Participaram do julgamento, além dos

**CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

signatários, os Conselheiros Windson Luiz da Silva (Revisor) e Cláudia Campos Lopes Lara.

**Sala das Sessões, 26/09/05.**

**Antônio César Ribeiro**  
**Presidente**

**Mauro Rogério Martins**  
**Relator**

CC/MIG