

Acórdão: 16.334/04/3^a Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010101656-81
Impugnante: White Martins Gases Industriais Ltda.
Proc. S. Passivo: Carlucio Exposito Fontes/Outros
PTA/AI: 01.000135566-71
Inscrição Estadual: 062.616449.0005
Origem: DF/Belo Horizonte

EMENTA

BASE DE CÁLCULO – NOTA FISCAL – DESTAQUE A MENOR DO ICMS – TRANSFERÊNCIAS. Transferências de mercadorias, entre estabelecimentos do mesmo titular, em operações internas e interestaduais, com utilização de valores inferiores ao custo de produção da mercadoria transferida. Infração caracterizada. Exigências fiscais mantidas. Lançamento precedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Versa a presente autuação sobre a constatação, por meio de Verificação Fiscal Analítica, que o contribuinte promoveu transferências internas e para outros Estados, de mercadorias de fabricação própria, por valores inferiores ao custo de produção, deixando de recolher aos cofres públicos o valor total de R\$ 235.271,86, a título de ICMS, no período de 01.01.1996 a 31.01.1998.

Inconformada com as exigências fiscais, a Autuada apresenta, tempestivamente, através de procurador regularmente constituído, impugnação às fls.262/270, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 289/291.

A Auditoria Fiscal, através do parecer de fls. 295/300, opina pela procedência do Lançamento.

DECISÃO

PRELIMINARES

Pareceres da Advocacia Geral do Estado

Embora não tenha sido objeto de questionamento por parte da Impugnante, em sessão realizada no dia 31/05/01, a 1.^a Câmara de Julgamento deliberou pela remessa dos autos à Advocacia Geral do Estado (fl. 301), para que esta se manifestasse

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

sobre a exigibilidade do presente crédito tributário, tendo em vista a concessão da cautelar relativa à ADIN n.º 1951-1, que suspendia a eficácia do art. 51, do RICMS/96.

Em sessão posterior, realizada no dia 05/11/03, visando espancar qualquer dúvida sobre o assunto, a 2.ª Câmara de Julgamento decidiu por nova remessa dos autos à aludida Advocacia (fl. 329), com intuito que esta informasse se já havia decisão definitiva referente à ADIN supramencionada e, em caso positivo, que se manifestasse, novamente, sobre a legalidade das exigências fiscais.

Em sua primeira manifestação (fl. 302), a Advocacia Geral do Estado, representada pelo Dr. Marcelo de Pádua Cavalcanti, em síntese, assim se manifestou:

“ENTENDO COMO A D. AUDITORIA FISCAL NO PARECER DE FL. 299, NO SENTIDO DE QUE, POR POSSUIR EFEITOS “EX NUNC” REFERIDA DECISÃO NÃO PREJUDICA O PRESENTE FEITO, ATÉ PORQUE, NOS TERMOS DO ART. 144 DO CTN O LANÇAMENTO REPORTA-SE À DATA DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR E REGE-SE PELA LEI ENTÃO VIGENTE, AINDA QUE POSTERIORMENTE MODIFICADA OU REVOGADA. ADEMAIS, O ART. 51 DO RICMS/96 SEQUER É MENCIONADO NA AUTUAÇÃO.”

Esse posicionamento foi seguido pelo Dr. Célio Lopes Kalume que, ao atender à segunda solicitação da Câmara de Julgamento, informou e esclareceu o que se segue (fls. 330/333):

“A REFERIDA AÇÃO NÃO TEM, AINDA DECISÃO DE MÉRITO. É POSSÍVEL, ATÉ MESMO, QUE JAMAIS VENHA A TÊ-LA, JÁ QUE O DISPOSITIVO IMPUGNANDO FOI REVOGADO, SENDO QUE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PODE VIR A ENTENDER QUE A AÇÃO PÉRDEU O OBJETO: TAL OCORREU NA ADIN 567-7, QUE VERSAVA SOBRE A REGULAMENTAÇÃO DA TRIBUTAÇÃO DA ÁGUA EM MINAS GERAIS.

(...)

SEM PREJUÍZO DA INFORMAÇÃO JÁ PRESTADA, OUSAMOS AFIRMAR QUE A DECISÃO DE MÉRITO, SEJA QUAL FOR ELA, JAMAIS PREJUDICARÁ O JULGAMENTO DO PTA 01.000135566-71 PELO SIMPLES FATO DE QUE A MATÉRIA NELE VERSADA É COMPLETAMENTE DIVERSA (MATERIAL E FORMALMENTE) DA DISCUTIDA NA REFERIDA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.

(...)

O CASO TRATADO NO PTA EM DEBATE É DE TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIA ENTRE ESTABELECIMENTOS DO MESMO TITULAR. AQUI, DIFERENTEMENTE DA HIPÓTESE GENÉRICA PREVISTA NO ART. 51, DO RICMS/96, NÃO HÁ VALOR DE OPERAÇÃO. OU SEJA, SE DESPREZA O VALOR DA OPERAÇÃO, SUBSTITUINDO-O PELO CUSTO, SIMPLEMENTE PORQUE VALOR DA OPERAÇÃO NÃO HÁ ...

(...)

IMPORTANTE RESSALTAR, AINDA, QUE A LIMINAR DEFERIDA NA ADIN N.º 1951-1 NÃO ENFRENTOU O MÉRITO DA NORMA, OU SEJA, NÃO ANALISOU A CONSTITUCIONALIDADE DO COMANDO. A RESTRIÇÃO FEITA PELA SUPREMA CORTE RESTRINGIU-SE AO ASPECTO FORMAL: A NORMA CONTIDA NO REGULAMENTO NÃO ENCONTRAVA SUPORTE NA LEI COMPLEMENTAR, TAL E QUAL EXIGIDO PELO ART. 146 DA MAGNA CARTA ...

(...)

CONCLUI-SE, DO EXPOSTO QUE A DISCUSSÃO TRAVADA NA ADIN N.º 1951-1 NÃO PREJUDICA E NEM PREJUDICARÁ O JULGAMENTO CONTIDO NO PTA N.º 01.000135566-71.”

Esses pareceres, na visão desta Câmara de Julgamento, respaldam a exigência do presente crédito tributário, ainda que, em momento posterior, possa ser travada discussão sobre a matéria junto ao Poder Judiciário.

Diligência:

Em função das indagações contidas na peça defensiva da empresa autuada (fl. 264), a 2.ª Câmara de Julgamento, em sessão realizada no dia 23/04/03, converteu o julgamento em diligência para que o Fisco esclarecesse qual era o valor correto das exigências referentes ao exercício de 1996 (R\$ 89.295,79 – fl. 04, R\$ 84.583,10 – fl. 04 ou R\$ 85.217,90 – fl. 290).

Atendendo à solicitação da Câmara, o Fisco, às fls. 306/307, dissipou as dúvidas existentes sobre a questão, indicando como valor correto das exigências, no que tange ao exercício de 1996, o montante de R\$ 84.583,10, que corresponde ao valor original do ICMS lançado no DCMM.

Após os esclarecimentos prestados pelo Fisco, a Autuada teve vista dos autos, oportunidade em que não mais suscitou qualquer dúvida sobre o valor apresentado como correto.

MÉRITO

O presente litígio versa sobre transferências internas e interestaduais de mercadorias de fabricação própria, por valores inferiores ao custo de produção, resultando em falta de recolhimento de ICMS, no período de 01/01/96 a 31/01/98.

A Impugnante alega que a simples transferência física entre filiais da mesma pessoa jurídica, sem a mudança da titularidade da mercadoria, não gera tributação de ICMS, argumentando que a Constituição fala em mercadoria, isto é, bem ou produto objeto de mercancia, com finalidade de lucro, objeto de um negócio jurídico.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diz ainda que, para que ocorra o fato gerador do ICMS, a circulação só pode ser jurídica e não meramente física.

No entanto, face à legislação vigente, especialmente o art. 6.º, VI, da Lei 6763/75, e tendo em vista o disposto no art. 88, I, da CLTA/MG, os argumentos apresentados pela Impugnante não podem ser acatados.

“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;**” (G.N.)

Ademais, a própria Autuada destaca o ICMS em todas as notas fiscais de transferências que emite, utilizando, entretanto, base de cálculo inferior ao custo de produção.

O Quadro de fls. 15/73, demonstra a diferença de ICMS apurada pelo Fisco, discriminando os produtos transferidos (oxigênio, nitrogênio e argônio), o número das notas fiscais com as respectivas datas de emissão, a base de cálculo adotada pela Impugnante, o valor destacado em cada documento a título de ICMS, e o valor real de cada produto, assim entendido o seu custo de produção, o ICMS que deveria ser destacado em cada documento e a diferença apurada.

Para apurar a diferença do imposto a recolher, o Fisco utilizou o Custo Unitário de produção do mês anterior (de acordo com dados apresentados pela White Martins Gases Industriais S/A - fls. 76/105) e incluiu o valor do ICMS, conforme exemplo a seguir:

Custo Unitário de produção = R\$ 0,10

Valor Final com inclusão do ICMS = R\$ 0,10/0,82 = R\$ 0,12.

Os resultados foram lançados no **Anexo IV** – fl. 75.

O custo da produção foi apresentado pela própria Autuada (fls. 76/105). O Fisco apenas acrescentou o valor do ICMS, resultando na tabela constante no **Anexo IV** ao Auto de Infração.

Comparando o valor do custo dos produtos (Anexo IV) com o valor consignado nas notas fiscais de transferências, o Fisco apurou a diferença de ICMS não recolhida aos cofres públicos, conforme abaixo exemplificado:

Nota Fiscal n.º 022741 – emitida em 05/11/1996 - produto oxigênio – valor unitário – **R\$ 0,13** (fl. 142).

Valor do custo do oxigênio – mês novembro/1996 (Anexo IV) – **R\$ 0,16**.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Respalda o presente feito fiscal, o art. 44, do RICMS/96, *in verbis*:

RICMS/96:

Da Base de Cálculo

Art. 44 - Ressalvadas outras hipóteses previstas neste Regulamento e nos Anexos IV e XI, 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 - ressalvada a hipótese prevista na alínea seguinte, o valor da operação ou, na sua falta:

(...)

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;

(...)

a.3.2.3 - caso o remetente não tenha efetuado venda de mercadoria, 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.

(...)

b - na transferência de mercadoria para estabelecimento do mesmo titular **localizado em outra unidade da Federação:**

b.1 - o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria;

b.2 - o custo da mercadoria produzida, assim entendido a soma do custo da matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento;" (G.N.)

Perceba-se que, no tocante às transferências internas, a base de cálculo adotada pelo Fisco é amplamente benéfica à Impugnante, pois o custo de produção de qualquer produto é, por regra de mercado, inferior ao preço FOB industrial à vista ou ao valor corrente da mercadoria, ou de sua similar, no mercado atacadista.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Quanto às transferências interestaduais, a base de cálculo definida pelo legislador é, exatamente, o custo da mercadoria produzida.

Acrescente-se que, embora a Autuada conteste a presente autuação, em momento pretérito ela se utilizou do benefício da denúncia espontânea, conforme demonstra o Termo de fl. 113, através do qual confessou ter praticado preços por valores inferiores ao custo de produção, no período compreendido entre janeiro/1995 e julho/1996.

Assim, nos termos da legislação tributária vigente, conforme demonstrado pelo Fisco, a Autuada efetuou transferências internas e interestaduais de mercadorias, por valores inferiores ao custo de produção, nos exercícios de 1996, 1997 e 1998. Caracterizada a infração, legítimas se mostram as exigências fiscais.

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante são insuficientes para descaracterizar a infração.

Diante do exposto, ACORDA a 3.^a Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, as Conselheiras Glemer Cássia Diniz Lobato e Juliana Diniz Quirino.

Sala das Sessões, 09/03/04.

Cláudia Campos Lopes Lara
Presidente

José Eymard Costa
Relator