

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.843/15/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000248678-43
Impugnação: 40.010137315-99
Impugnante: Caipa Comercial e Agrícola Ipatinga Ltda.
IE: 313056666.00-32
Proc. S. Passivo: Renata Martins Gomes/Outro(s)
Origem: DF/Ipatinga

EMENTA

ICMS – ESCRITURAÇÃO/APURAÇÃO INCORRETA. Recolhimento a menor do ICMS, pela sistemática de crédito presumido, em razão da exclusão indevida, na apuração do imposto, das operações de transferência de mercadorias para outro estabelecimento do mesmo Contribuinte, em desacordo com o art. 75, inciso XVIII e § 10 do RICMS/02. Infração caracterizada. Corretas as exigências de ICMS e da Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – EMISSÃO IRREGULAR DE DOCUMENTO FISCAL – BASE DE CÁLCULO – DESTAQUE A MENOR. Constatado que a Autuada consignou em documentos fiscais de transferências de mercadorias para suas filiais, base de cálculo diversa da prevista na legislação. Infração caracterizada. Correta a exigência da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso VII, alínea “c” da Lei nº 6.763/75, c/c art. 106, inciso II, alínea “c” do CTN.

Lançamento precedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação da prática das seguintes irregularidades por parte da Autuada, no período de julho de 2010 a outubro de 2014:

- apuração incorreta do ICMS devido pela sistemática do crédito presumido previsto no art. 75, inciso XVIII do RICMS/02, em função da exclusão indevida de operações de transferência de mercadorias (notas fiscais de saídas emitidas pela Autuada e não incluídas na apuração mensal).

Exigências de ICMS e da Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75;

- emissão de notas fiscais, em operações de saída de mercadoria em transferência entre estabelecimentos do mesmo titular, utilizando base de cálculo menor do que a prevista na legislação.

Exigência da multa isolada capitulada no art. 55, inciso VII, alínea “c” da Lei nº 6.763/75, c/c art. 106, inciso II, alínea “c” do Código Tributário Nacional – CTN.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 267/277, contra a qual a Fiscalização manifesta-se às fls. 292/302.

DECISÃO

Preliminarmente, cumpre esclarecer que, para efeitos de incidência de ICMS, considera-se autônomo cada estabelecimento do mesmo titular, conforme determinação contida no art. 11, § 3º, inciso II da Lei Complementar nº 87/96, nos seguintes termos:

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

(...)

§ 3º Para efeito desta Lei Complementar, estabelecimento é o local, privado ou público, edificado ou não, próprio ou de terceiro, onde pessoas físicas ou jurídicas exerçam suas atividades em caráter temporário ou permanente, bem como onde se encontrem armazenadas mercadorias, observado, ainda, o seguinte:

(...)

II - é autônomo cada estabelecimento do mesmo titular;

(...)

Dessa forma, a transferência de produtos entre estabelecimentos de mesma titularidade, também está incluída no campo de tributação do ICMS, com incidência estabelecida no art. 2º, inciso I e art. 12, inciso I, ambos da Lei Complementar nº 87/96, cujo preceito encontra-se reproduzido no art. 5º, § 1º, item 1 e art. 6º, inciso VI, ambos da Lei nº 6.763/75. Confira-se:

Lei Complementar nº 87/96:

Art. 2º. O imposto incide sobre:

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

(...)

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

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;

Lei 6.763/75:

Art. 5º O Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Intermunicipal e de Comunicação - ICMS - tem como fato gerador as operações relativas à circulação de mercadorias e às prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

§ 1º O imposto incide sobre:

1. a operação relativa à circulação de mercadoria, inclusive o fornecimento de alimentação e bebida em bar, restaurante ou estabelecimento similar;

(...)

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;

(...)

Vale lembrar que a Súmula nº 166 do Superior Tribunal de Justiça – STJ, citada pela Impugnante, foi publicada em 23/08/96 e que a Lei Complementar nº 87/96, instrumento constitucionalmente eleito para definir os fatos geradores, base de cálculo e contribuintes do ICMS, em 16/09/96.

Assim, nas transferências de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, há incidência do imposto por expressa previsão da Lei Complementar nº 87/96, portanto, sem razão a Autuada quando afirma que não incide ICMS em operações entre matriz e filial, pois a legislação tributária é clara nesse sentido.

Ademais, cumpre registrar que não cabe ao Conselho de Contribuintes negar aplicação a dispositivos de lei, por força das disposições constantes do art. 182, inciso I da Lei nº 6.763/75 e art. 110, inciso I do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, *in verbis*:

Lei 6.763/65:

Art. 182. Não se incluem na competência do órgão julgador:

I - a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive em relação à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda, nos termos do § 2º do art. 146;

(...)

RPTA:

Art. 110. Não se incluem na competência do órgão julgador:

I - a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

em relação à resposta à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda;

Com relação ao recolhimento a menor do ICMS, a Autuada, ao fazer opção pelo crédito presumido, obrigou-se perante o Estado de Minas Gerais, a apurar a obrigação principal e a recolher o imposto nos moldes do benefício requerido.

Conforme se observa às fls. 68 dos autos, consta do livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências, a seguinte observação lançada pela Impugnante:

“Assunto – crédito presumido de 4% conf. Decreto 44.284.

Caípa Coml. Agrícola Ipatinga Ltda., instalada na Av. Presidente Castelo Branco nº 391, Horto, Ipatinga/MG, inscrita neste estado sob o nº 313.056.666.00-32, e no CNPJ 19.875.350/0001-20, enquadrada no sistema de débito x crédito para recolhimento do ICMS, com utilização de nota fiscal para comprovação de suas operações, com fundamento no Decreto nº 44.289, de 02/05/2006, vem comunicar a opção de apurar o ICMS conforme o Decreto nº 44.289 de 02/05/2006. Protocolo de comunicação em 29/06/2006 nº 104950”.

Portanto, a Impugnante optou por abandonar o sistema débito e crédito, obrigando-se a apurar e recolher o ICMS nos moldes do art. 75, inciso XVIII do RICMS/02, que, à época da opção, vigorava com a seguinte redação:

Art. 75 - Fica assegurado crédito presumido:

(...)

Efeitos de 1º/06/2006 a 31/12/2006 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 6º, V, “a”, ambos do Dec. nº 44.289, de 02/05/2006:

“XVIII - ao estabelecimento varejista classificado nas posições 5521-2 (restaurante e outros estabelecimentos de serviços de alimentação), 5522-0 (lanchonetes e similares), 5523-9 (cantinas - serviços de alimentação privativos), 5524-7 (fornecimento de comida preparada), 5529-8 (outros serviços de alimentação) ou 9239-8/04 (discotecas, danceterias e similares) da Classificação Nacional de Atividades Econômicas/Fiscal (CNAE-F), de modo que a carga tributária resulte em 4% (quatro por cento), observado o disposto no § 10 deste artigo;”

(...)

Efeitos de 30/09/2003 a 31/07/2013 - Acrescido pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 5º, ambos do Dec. nº 43.618, de 30/09/2003:

“§ 10. Na hipótese do inciso XVIII do caput deste artigo:”

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Efeitos de 1º/06/2006 a 31/07/2013 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 6º, V, "a", ambos do Dec. nº 44.289, de 02/05/2006:

"I - o imposto será apurado mediante a aplicação do percentual de 4% (quatro por cento) sobre a soma dos valores de todas as operações praticadas no período, pelo estabelecimento, excluídas as operações com produtos sujeitos à substituição tributária e as operações alcançadas por isenção ou não-incidência;"

Efeitos de 1º/12/2005 a 31/07/2013 - Acrescido pelo art. 1º, I, e vigência estabelecida pelo art. 2º, ambos do Dec. nº 44.166, de 06/12/2005:

II - o contribuinte adotará opcionalmente a utilização do crédito presumido, devendo, em tal hipótese, registrar a opção no livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências (RUDFTO) e comunicá-la à Administração Fazendária (AF) a que estiver circunscrito, sendo-lhe vedado o aproveitamento de quaisquer outros créditos, inclusive aqueles já escriturados em seus livros fiscais;

III - exercida a opção, o contribuinte será mantido no sistema adotado pelo prazo mínimo de 12 (doze) meses, vedada a alteração antes do término do exercício financeiro;

Ocorre que a Fiscalização, ao analisar as Declarações de Apuração e Informações do ICMS – DAPIs apresentadas pela Impugnante, e ainda, livros e documentos fiscais, constatou que as transferências de mercadorias para suas filiais, operações não amparadas por isenção ou não incidência, nos termos da legislação do ICMS, não foram computadas pela Autuada para fins de apuração do imposto a pagar pelo regime de crédito presumido, em desacordo com o disposto no § 10 do art. 75 do RICMS/02, resultando em recolhimento do ICMS em montante inferior a 4% (quatro por cento) da totalidade das operações.

A relação das notas fiscais excluídas da apuração indevidamente pela Autuada consta das planilhas às fls. 19/50, e as diferenças encontradas em decorrência de tais exclusões, às fls. 51 (Planilha VI).

Em matéria semelhante, já se manifestou a Superintendência de Tributação (SUTRI), respondendo à Consulta de Contribuinte 200/10, sob o entendimento de que o citado § 10 do art. 75 do RICMS/02 deve ser interpretado literalmente, "vez que o mesmo arrola taxativamente as operações que não deverão compor o montante tributável", nos seguintes termos:

CONSULTA DE CONTRIBUINTE Nº 200/10

(MG DE 18/09/2010)

EMENTA:

ICMS – CRÉDITO PRESUMIDO – REFEIÇÃO COLETIVA - O CONTRIBUINTE OPTANTE PELO CRÉDITO PRESUMIDO

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PREVISTO NO INCISO XVIII DO ART. 75 DO RICMS/02 DEVERÁ APURAR O IMPOSTO MEDIANTE A APLICAÇÃO DO PERCENTUAL DE 4% (QUATRO POR CENTO) SOBRE A SOMA DOS VALORES DE TODAS AS OPERAÇÕES PRATICADAS NO PERÍODO, EXCLUÍDAS AQUELAS COM PRODUTOS SUJEITOS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA E AS ALCANÇADAS POR ISENÇÃO OU NÃO INCIDÊNCIA.”

EXPOSIÇÃO:

“A CONSULENTE, COM ATIVIDADE DE FORNECIMENTO DE REFEIÇÕES COLETIVAS, APURA O IMPOSTO PELA SISTEMÁTICA DE DÉBITO E CRÉDITO E COMPROVA SUAS SAÍDAS MEDIANTE EMISSÃO DE NOTA FISCAL MODELO 1.

INFORMA QUE, EM VIRTUDE DAS ATIVIDADES REALIZADAS, OPTOU, EM JANEIRO DO CORRENTE ANO, POR APURAR O ICMS DEVIDO COM A UTILIZAÇÃO DO CRÉDITO PRESUMIDO DE QUE TRATA O INCISO XVIII DO ART. 75 DO RICMS/02.

RELATA QUE, CONFORME TÓPICO DE AJUDA DA DECLARAÇÃO DE APURAÇÃO E INFORMAÇÃO DO ICMS (DAPI), A PARCELA REFERENTE À REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO É CONSIDERADA COMO NÃO TRIBUTADA, SENDO, POR ISSO, INFORMADA NA COLUNA “ISENTAS E NÃO TRIBUTADAS”.

REPRODUZ O CITADO TÓPICO, ALÉM DE TRECHO DO ART. 75 EM QUESTÃO.

RESSALTA QUE, DE ACORDO COM O INCISO I DO § 10 DO CITADO ART. 75, SERÃO EXCLUÍDOS DA SOMA DE TODAS AS OPERAÇÕES PRATICADAS NO PERÍODO OS VALORES RELATIVOS ÀS OPERAÇÕES COM PRODUTOS SUJEITOS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA E ÀS OPERAÇÕES ALCANÇADAS POR ISENÇÃO OU NÃO INCIDÊNCIA.

DIANTE DISSO, RELATA TER DÚVIDA SE NA APURAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO PARA A APLICAÇÃO DO PERCENTUAL DE 4%, CONSTANTE DO CITADO INCISO XVIII, DEVE OU NÃO SER EXCLUÍDA A PARCELA REFERENTE À REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DE QUE TRATA O ITEM 20 DA PARTE 1 DO ANEXO IV DO MESMO REGULAMENTO.

COM DÚVIDAS A RESPEITO DA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA, FORMULA A PRESENTE CONSULTA.

CONSULTA:

1 - CONSIDERANDO O EXPOSTO, PODE-SE EXCLUIR DO SOMATÓRIO DE TODAS AS OPERAÇÕES REALIZADAS NO PERÍODO, CONFORME LETRA DO § 10 DO ART. 75 DO RICMS/02, A PARCELA REFERENTE À REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO PREVISTA NO ITEM 20 DA PARTE 1 DO ANEXO IV DO MESMO REGULAMENTO, VEZ QUE INDUBITAVELMENTE CONSIDERADA COMO NÃO TRIBUTADA?

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

2 - CASO SEJA POSITIVA A RESPOSTA AO QUESTIONAMENTO ANTERIOR, A CONSULENTE PODE APROVEITAR-SE DO ICMS RECOLHIDO INDEVIDAMENTE EM MESES ANTERIORES, VIA COMPENSAÇÃO, PARA O ABATIMENTO DO IMPOSTO DEVIDO NOS MESES SUPERVENIENTES?

RESPOSTA:

1 - NÃO. O ITEM 20 DA PARTE 1 DO ANEXO IV DO RICMS/02 DETERMINA REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO DE 53,33% NO FORNECIMENTO DE ALIMENTAÇÃO, EXCLUÍDAS AS BEBIDAS, QUANDO PROMOVIDA POR, DENTRE OUTROS, EMPRESAS FORNECEDORAS DE REFEIÇÕES COLETIVAS (ALIMENTAÇÃO INDUSTRIAL). CONFORME DISPOSIÇÃO DO INCISO I DO § 10 DO ART. 75 DO CITADO REGULAMENTO, O CONTRIBUINTE OPTANTE PELO CRÉDITO PRESUMIDO PREVISTO NO INCISO XVIII DO MESMO ARTIGO DEVERÁ APURAR O IMPOSTO MEDIANTE A APLICAÇÃO DO PERCENTUAL DE 4% (QUATRO POR CENTO) SOBRE A SOMA DOS VALORES DE TODAS AS OPERAÇÕES PRATICADAS NO PERÍODO PELO ESTABELECIMENTO, EXCLUÍDAS AS OPERAÇÕES COM PRODUTOS SUJEITOS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA E AQUELAS ALCANÇADAS POR ISENÇÃO OU NÃO INCIDÊNCIA.

ASSIM, DEVE-SE LANÇAR MÃO DA INTERPRETAÇÃO LITERAL DO DISPOSITIVO, VEZ QUE O MESMO ARROLA TAXATIVAMENTE AS OPERAÇÕES QUE NÃO DEVERÃO COMPOR O MONTANTE TRIBUTÁVEL. CONSEQUENTEMENTE, AS OPERAÇÕES PRATICADAS COM A REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO CITADO ITEM 20 NÃO DEVERÃO SER EXCLUÍDAS PARA CÁLCULO DO CRÉDITO PRESUMIDO EM QUESTÃO.

DESTARTE, PARA QUE A CARGA TRIBUTÁRIA RESULTE EM 4%, CONFORME DISPÕE O INCISO XVIII DO ART. 75 DO RICMS/02, ESSE PERCENTUAL DEVE SER APLICADO SOBRE O VALOR DAS OPERAÇÕES PRATICADAS NO PERÍODO, DELE NÃO SE DEDUZINDO VALORES DECORRENTES DA REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO DESCRITA NO ANEXO IV DO REFERIDO REGULAMENTO.

2 - PREJUDICADA.

Esta Casa, ao analisar questão afeta à apuração do crédito presumido de empresa de alimentação coletiva, prolatou o Acórdão nº 20.298/13/2ª, merecendo ser salientado o seguinte trecho:

IMPORTANTE DESTACAR QUE A ADOÇÃO DO CRÉDITO PRESUMIDO É UMA OPÇÃO DO CONTRIBUINTE, QUE DEIXA DE APURAR O IMPOSTO PELO SISTEMA NORMAL DE DÉBITO E CRÉDITO E PASSA A APURAR O TRIBUTO DEVIDO PELA REGRA ESPECÍFICA E SIMPLIFICADORA ESTABELECIDADA, QUE, NO PRESENTE CASO, SE RESUME À APLICAÇÃO DO PERCENTUAL DE 4% (QUATRO POR CENTO) SOBRE O VALOR GLOBAL DE SUAS OPERAÇÕES.

FRISE-SE QUE O ACIMA EXPOSTO NÃO SIGNIFICA QUE A IMPUGNANTE NÃO DEVA EMITIR SUAS NOTAS FISCAIS COM A REDUÇÃO DA BASE DE

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

CÁLCULO PREVISTA NO ITEM “20” DO ANEXO IV DO RICMS/02. O QUE SE QUER DIZER É QUE, PARA FINS DE APURAÇÃO DO IMPOSTO DEVIDO E SOMENTE PARA ESTE FIM, O PERCENTUAL DE 4% (QUATRO POR CENTO) DEVE SER APLICADO SOBRE O VALOR REAL DA OPERAÇÃO.

E no Acórdão nº 20.298/13/2ª, ao analisar Auto de Infração referente a saídas com redução de base de cálculo, tendo em vista o procedimento de contribuinte optante pelo crédito presumido, o CC/MG assim se pronunciou:

OBSERVE-SE QUE O CRÉDITO PRESUMIDO EM QUESTÃO TEM COMO OBJETIVO FIXAR A CARGA TRIBUTÁRIA, EM TERMOS DE ICMS, EM PERCENTUAL EQUIVALENTE A 4% (QUATRO POR CENTO) DO VALOR DAS OPERAÇÕES PRATICADAS PELOS CONTRIBUINTES OPTANTES PELO CRÉDITO PRESUMIDO.

COM ESSE INTUITO, O CÁLCULO MENSAL DO IMPOSTO DEVIDO É FEITO ATRAVÉS DA APLICAÇÃO DO PERCENTUAL DE 4% (QUATRO POR CENTO) SOBRE A SOMA DE TODAS AS OPERAÇÕES REALIZADAS NO MÊS, EXCLUÍDAS AS OPERAÇÕES COM PRODUTOS SUJEITOS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, AS BENEFICIADAS COM A ISENÇÃO OU NÃO SUJEITAS À INCIDÊNCIA DO IMPOSTO, VEDADA A APROPRIAÇÃO DE QUAISQUER OUTROS CRÉDITOS.

ATENTE-SE PARA O FATO DE QUE, HAVENDO EVENTUAIS OPERAÇÕES BENEFICIADAS COM REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO (EQUIPARADAS A UMA ISENÇÃO PARCIAL), O PERCENTUAL DE 4% (QUATRO POR CENTO) DEVE SER APLICADO SOBRE O VALOR TOTAL DAS OPERAÇÕES (SEM REDUÇÃO), E NÃO SOBRE A BASE DE CÁLCULO REDUZIDA, POIS, CASO CONTRÁRIO, A CARGA TRIBUTÁRIA A QUE O CONTRIBUINTE OPTANTE FICARIA SUBMETIDO SERIA INFERIOR A 4% (QUATRO POR CENTO), UMA VEZ QUE SOFRERIA UMA REDUÇÃO PROPORCIONAL À BASE DE CÁLCULO REDUZIDA.

ESSA É A QUESTÃO PRINCIPAL QUE ENVOLVE A PRESENTE AUTUAÇÃO, POIS A IMPUGNANTE, NA QUALIDADE DE FORNECEDORA DE ALIMENTOS (FORNECIMENTO DE ALIMENTOS PREPARADOS PREPONDERANTEMENTE PARA EMPRESAS), AO EMITIR SUAS NOTAS FISCAIS, UTILIZAVA A REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DE 53,33% (CINQUENTA E TRÊS VÍRGULA TRINTA E TRÊS POR CENTO) PREVISTA NO ITEM “20” DO ANEXO IV DO RICMS/02 E APURAVA O IMPOSTO MENSAL POR ELA DEVIDO, MEDIANTE A APLICAÇÃO DO PERCENTUAL DE 4% (QUATRO POR CENTO) SOBRE A BASE DE CÁLCULO REDUZIDA E NÃO SOBRE O VALOR DAS OPERAÇÕES.

Assim, agiu corretamente a Fiscalização, tendo em vista a opção de apuração do ICMS adotada pela Impugnante, de acordo com a regra estabelecida no art. 75, inciso XVIII e §10, ambos do RICMS/02.

Adicionalmente, a Autuada consignou nas notas fiscais relativas às operações de saída de mercadoria em transferência para suas filiais (fls. 142/259), base de cálculo do ICMS menor que a prevista na legislação, o que ensejou a aplicação da Multa Isolada de 20% (vinte por cento) sobre a diferença apurada, capitulada no art. 55, inciso VII, alínea “c” da Lei nº 6.763/75.

Cabe destacar que a referida multa isolada foi aplicada em conformidade com o art. 106, inciso II, alínea “c” do Código Tributário Nacional – CTN, por ser mais benéfica à Contribuinte, relativamente aos exercícios de 2010 e 2011.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Seguem os dispositivos legais citados:

Lei nº 6.763/75:

Art. 55 - As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II a IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

Efeitos de 1º/11/2003 a 31/12/2011 - Redação dada pelo art. 28 e vigência estabelecida pelo art. 42, I, ambos da Lei 14.699/2003:

"VII - por consignar em documento fiscal que acobertar a operação ou a prestação base de cálculo diversa da prevista pela legislação ou quantidade de mercadoria inferior à efetivamente saída - 40% (quarenta por cento) do valor da diferença apurada;"

Efeitos a partir de 01/01/2012:

VII - por consignar em documento fiscal que acobertar a operação ou a prestação:

a) importância diversa do efetivo valor da operação ou da prestação - 40% (quarenta por cento) do valor da diferença apurada;

b) valor da base de cálculo da substituição tributária menor do que a prevista na legislação, em decorrência de aposição, no documento fiscal, de importância diversa do efetivo valor da prestação ou da operação própria - 40% (quarenta por cento) do valor da diferença apurada;

c) valor da base de cálculo menor do que a prevista na legislação, relativamente à prestação ou operação própria ou à substituição tributária, nas hipóteses não abrangidas pelas alíneas "a" e "b" deste inciso - 20% (vinte por cento) do valor da diferença apurada;

Código Tributário Nacional:

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

(...)

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

(...)

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Portanto, corretas as exigências de ICMS, multa de revalidação sobre os valores excluídos indevidamente da apuração da base de cálculo do imposto devido pela sistemática de crédito presumido, bem como da multa isolada capitulada no o art. 55, inciso VII, alínea "c" da Lei 6.763/75.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, em julgar procedente o lançamento. Vencido o Conselheiro Marcelo
21.843/15/1ª

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Nogueira de Moraes (Relator), que o julgava improcedente. Designada relatora a Conselheira Cindy Andrade Moraes (Revisora). Participou do julgamento, além das signatárias e do Conselheiro vencido, o Conselheiro Antônio César Ribeiro.

Sala das Sessões, 26 de março de 2015.

**Maria de Lourdes Medeiros
Presidente**

**Cindy Andrade Moraes
Relatora designada**

CC/MG

P

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão:	21.843/15/1 ^a	Rito: Sumário
PTA/AI:	01.000248678-43	
Impugnação:	40.010137315-99	
Impugnante:	Caipa Comercial e Agrícola Ipatinga Ltda IE: 313056666.00-32	
Proc. S. Passivo:	Renata Martins Gomes/Outro(s)	
Origem:	DF/Ipatinga	

Voto proferido pelo Conselheiro Marcelo Nogueira de Moraes, nos termos do art. 53 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

Trata-se da cobrança de ICMS em face da transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte.

A não incidência do ICMS nessa hipótese encontra-se pacificada no Superior Tribunal de justiça (STJ) desde a década de 90, quando foi publicada a Súmula 166 (DJU de 27/08/96):

NÃO CONSTITUI FATO GERADOR DO ICMS O SIMPLES DESLOCAMENTO DE MERCADORIA DE UM PARA OUTRO ESTABELECIMENTO DO MESMO CONTRIBUINTE.

Esse entendimento vem sendo amplamente adotado pelos demais Tribunais pátrios sob o entendimento de que a operação de circulação de mercadorias, eleita pelo art. 155, § 2º, inciso II da Constituição Federal como hipótese de incidência do ICMS, refere-se à circulação jurídica que pressupõe ato de mercancia, para o qual concorrem a finalidade de transferência de titularidade da mercadoria e a obtenção de lucro.

Em outras palavras, os Tribunais acordaram que a hipótese de incidência do ICMS corresponde à circulação jurídica da mercadoria que caracteriza a venda de um bem com a finalidade de lucro. Não havendo subsunção dos fatos à norma de incidência, não ocorre o fato gerador do ICMS.

Portanto, para a incidência do imposto, é imprescindível a presença cumulativa dos pressupostos do fato gerador (tipicidade fechada) – circulação jurídica das mercadorias com a respectiva transferência da propriedade.

Assim, no caso de transferência de bens entre estabelecimentos da mesma empresa, teríamos uma simples modificação do local em que a mercadoria está, e conseqüentemente não ocorreria a circulação jurídica da mercadoria com a respectiva transferência da propriedade, com o que não há a incidência do ICMS, uma vez que é fato imprescindível a ocorrência da venda dos bens a terceiros para apurar a mercancia.

No âmbito do STJ, além da Súmula 166, o entendimento desse Tribunal também foi confirmado na sistemática do art. 543-C do CPC:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ICMS. NÃO INCIDÊNCIA. TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIAS ENTRE ESTABELECIMENTOS DO MESMO TITULAR, MESMO QUE ENTRE UNIDADES DA FEDERAÇÃO DISTINTAS. TESE JULGADA NA FORMA DO ART. 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – CPC (RESP 1.125.133-SP). CORTE ESPECIAL. QO NO AG 1.154.599/SP. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

1. A TESE CENTRAL POSTA NO PRESENTE RECURSO É A DE QUE A QO NO AG. 1.154.599-SP NÃO SE APLICA AO CASO DOS AUTOS, SOB OS ARGUMENTOS DE QUE O ENTENDIMENTO FIRMADO NO REFERIDO PROCESSO É POSTERIOR À INTERPOSIÇÃO DO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EM OUTRAS DIZERES, NÃO PODERIA HAVER APLICAÇÃO RETROATIVA DO REFERIDO ENTENDIMENTO.

2. A CORTE ESPECIAL DO STJ, AO JULGAR A QUESTÃO DE ORDEM NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.154.599/SP, DE RELATORIA DO ILUSTRE MINISTRO CÉSAR ROCHA, INTERPRETANDO O INCISO I, DO § 7º DO CPC, ENTENDEU QUE "NÃO CABE AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO QUE NEGA SEGUIMENTO A RECURSO ESPECIAL COM BASE NO ART. 543, § 7º, INCISO I, DO CPC", OBJETIVANDO DAR PLENA EFETIVIDADE À LEI 11.672/2008 (LEI DOS RECURSOS REPETITIVOS).

3. NÃO HÁ FALAR EM VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL NOVA, POIS "O POSTULADO DA IRRETROEFICÁCIA DAS NORMAS NÃO PODE SER EVOCADO PARA OBSTAR A APLICAÇÃO DE NOVA SÚMULA DESTA CORTE" (EDCL NOS EDCL NOS EAG 1056751/RJ, REL. MIN. HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, DJE 19/08/2011). 4. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. (AGRG NO ARESP 24353 / RS, DATA DO JULGAMENTO 01/12/2011)

PROCESSUAL CIVIL. HONORÁRIOS. INEXISTÊNCIA DE IRRISORIEDADE. REVISÃO. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. HIPÓTESE EM QUE O TRIBUNAL DE ORIGEM MANTEVE OS HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS EM FAVOR DOS PATRONOS DA CONTRIBUINTE EM R\$ 20 MIL, PARA UMA CAUSA DE APROXIMADAMENTE R\$ 74 MILHÕES, POR INEXISTIR COMPLEXIDADE EM MATÉRIA SUMULADA PELO STJ.

2. DE FATO, O TEMA DE FUNDO É A NÃO INCIDÊNCIA DE ICMS NA TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIAS ENTRE ESTABELECIMENTOS DO MESMO CONTRIBUINTE, QUESTÃO HÁ MUITO FIXADA EM DESFAVOR DO FISCO NOS TERMOS DA SÚMULA 166/STJ E, MAIS RECENTEMENTE, EM REPETITIVO.

3. A MATÉRIA DE FUNDO É, SEM DÚVIDA, DAS MAIS TRANQUILAS NA JURISPRUDÊNCIA TRIBUTÁRIA. A SÚMULA 166/STJ, CONHECIDÍSSIMA POR TODOS, FOI PUBLICADA EM 1996, QUASE 10 ANOS ANTES DA PROPOSITURA DA PRESENTE AÇÃO (EM 2005). SOMENTE ERRO GROSSEIRO JUSTIFICARIA SUCESSO DO FISCO NA PRESENTE DEMANDA, RAZÃO PELA QUAL A CONTRIBUINTE FOI VITORIOSA EM TODAS AS INSTÂNCIAS.

4. CONFORME O ACÓRDÃO RECORRIDO, "APESAR DO BOM TRABALHO DESENVOLVIDO PELOS NOBRES CAUSÍDICOS, OBSERVA-SE QUE A MATÉRIA, EM QUE PESE ENVOLVER VALOR DE GRANDE MONTA, É DE SINGELA RESOLUÇÃO, POR TRATAR-SE DE QUESTÃO JÁ SUMULADA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (SÚMULA Nº 166). PORTANTO, O VALOR FIXADO PELO MAGISTRADO ATENDEU ÀS DIRETRIZES LEGAIS E COM OBSERVÂNCIA DOS CRITÉRIOS DE RAZOABILIDADE, POR ISSO QUE A VERBA MERECE SER MANTIDA."

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

5. NESSE CONTEXTO, NÃO HÁ IRRISORIEDADE QUE AFASTE O DISPOSTO NA SÚMULA 7/STJ, O QUE PREJUDICA O PLEITO RECURSAL.

6. NÃO SE TRATA DE DESCONHECER OU DESCONSIDERAR A RESPONSABILIDADE DO PATRONO, INERENTE ÀS QUANTIAS ENVOLVIDAS, NEM O SEU CUIDADO NO ACOMPANHAMENTO DA LIDE AO LONGO DE ANOS, QUE CERTAMENTE MERECEM RESPEITO. APENAS SE AFIRMA QUE A FIXAÇÃO DO MONTANTE SUCUMBENCIAL, À LUZ DAS PECULIARIDADES DO PROCESSO, COMPETE ÀS INSTÂNCIAS DE ORIGEM, SENDO INVIÁVEL SUA REVISÃO NO BOJO DE RECURSO ESPECIAL, EXCETO EM CASOS EXCEPCIONAIS, O QUE NÃO SE VERIFICA.

7. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. (AGRG NO ARESP 200886 / RJ, DATA DO JULGAMENTO 02/10/2012, DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE DJE 30/10/2014.)

No mesmo sentido o Egrégio Supremo Tribunal Federal:

DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ICMS. TRANSFERÊNCIA DE BENS ENTRE ESTABELECIMENTOS DE MESMO CONTRIBUINTE EM DIFERENTES ESTADOS DA FEDERAÇÃO. SIMPLES DESLOCAMENTO FÍSICO. INEXISTÊNCIA DE FATO GERADOR. PRECEDENTES. 1. A NÃO-INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DERIVA DA INEXISTÊNCIA DE OPERAÇÃO OU NEGÓCIO MERCANTIL HAVENDO, TÃO-SOMENTE, DESLOCAMENTO DE MERCADORIA DE UM ESTABELECIMENTO PARA OUTRO, AMBOS DO MESMO DONO, NÃO TRADUZINDO, DESTA FORMA, FATO GERADOR CAPAZ DE DESENCADEAR A COBRANÇA DO IMPOSTO. PRECEDENTES. 2. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS SOMENTE PARA SUPRIR A OMISSÃO SEM MODIFICAÇÃO DO JULGADO. (RE 267599 AGR-ED / MG - MINAS GERAIS, JULGAMENTO: 06/04/2010)

Denota-se que para realizar a análise acerca do fato gerador do ICMS deve-se apurar a efetiva circulação jurídica da mercadoria com a transferência da propriedade dos bens, ou seja, é imprescindível que ocorra a mercancia para que a operação seja um fato gerador do ICMS.

No caso em tela, restou comprovado que ocorreu simplesmente a transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, com o que resta comprovado a inexistência da ocorrência do fato gerador.

Por todo o exposto, com fulcro na Súmula 166 do STJ, corroborada pela jurisprudência atual do próprio STJ e do STF, julgo improcedente o lançamento.

Sala das Sessões, 26 de março de 2015.

Marcelo Nogueira de Moraes
Conselheiro