

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 23.581/20/1ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.001399721-78
Impugnação: 40.010149123-33
Impugnante: Quality In Tabacos Indústria e Comércio de Cigarros Importação
CNPJ: 11.816308/0001-26
Proc. S. Passivo: Everton da Silva Moebus/Outro(s)
Origem: DFT/Juiz de Fora - 2

EMENTA

NOTA FISCAL – FALTA DE DESTAQUE DO ICMS - OPERAÇÃO DE TRANSFERÊNCIA. Constatada a saída de mercadorias em operações interestaduais realizadas entre estabelecimentos de mesma titularidade, acobertada por notas fiscais sem o destaque do imposto incidente na operação. Infração caracterizada nos termos art. 12, inciso I, da Lei Complementar nº 87/96 e art. 6º, inciso VI, da Lei nº 6.763/75. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXXVII, ambos da Lei nº 6.763/75.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a acusação fiscal de recolhimento a menor do ICMS, no período de fevereiro de 2015 a janeiro de 2019, em razão da emissão de documentos fiscais sem destaque do imposto, em operações interestaduais realizadas entre estabelecimentos de mesma titularidade do Sujeito Passivo.

As notas fiscais de transferência interestadual foram emitidas pela filial da Quality in Tabacos Ind. e Com de Cigarros Imp. e Exp. Ltda, inscrita neste Estado sob o nº 002.365965.00-13, a qual foi extinta mediante liquidação voluntária ocorrida em 08/05/19, com remessas de mercadorias (cigarros) para estabelecimentos de mesma titularidade (matriz no Estado do Rio de Janeiro e filial no Estado de Alagoas), sem destaque do imposto, contrariando o disposto no art. 12, inciso I da Lei Complementar Federal nº 87/96 e art. 6º, inciso VI da Lei nº 6.763/75.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXXVII, ambos da Lei nº 6.763/75.

Da Impugnação

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 25/48.

Requer a procedência da impugnação.

Da Manifestação Fiscal

A Fiscalização, em manifestação de fls. 71/81, refuta as alegações da Defesa.

Requer a procedência do lançamento.

Do Parecer da Assessoria do CCMG

A Assessoria do CCMG, em Parecer de fls. 86/94, opina, em preliminar, pela rejeição das prefaciais arguidas e, no mérito, pela procedência do lançamento.

DECISÃO

Os fundamentos expostos no parecer da Assessoria do CCMG foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e, por essa razão, passam a compor o presente Acórdão, salvo pequenas alterações.

Da Preliminar

Da Nulidade do Auto de Infração

A Impugnante requer que seja declarado nulo o Auto de Infração, argumentando que o mesmo foi lavrado de forma insuficiente e com a tipificação incorreta, o que o impediu de exercer o seu direito à ampla defesa.

Alega que inexistiu ação ou omissão perpetrada por ela capaz de configurar a hipotética infração legal apontada.

Sustenta que o tributo que é devido ao Estado de Minas Gerais está devidamente pago nas saídas com vendas das mercadorias, estando equivocado o entendimento de que o imposto deverá ser pago nas transferências de mercadorias entre estabelecimentos da Impugnante, uma vez que, à época se encontrava devidamente instalada no Estado mineiro.

Alega que o Auto de Infração não traz elementos suficientes para caracterizar com segurança, a infração à legislação tributária, que ensejou a aplicação da penalidade.

Entretanto não cabe razão à Impugnante.

O Auto de Infração contém os elementos necessários e suficientes para que se determine, com segurança, a natureza das infrações. As infringências cometidas e as penalidades aplicadas encontram-se legalmente embasadas. Todos os requisitos foram observados, formais e materiais, imprescindíveis para a atividade do lançamento, previstos nos arts. 85 a 94 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), aprovado pelo Decreto nº 44.747/08.

Ressalte-se que tanto no relatório do Auto de Infração, quanto no Relatório Fiscal Contábil de fls. 12/19, consta a identificação da ocorrência do fato gerador e a fundamentação legal das exigências fiscais. A quantificação do imposto e das multas aplicáveis está demonstrada nos anexos 1 e 2 da mídia de fls. 20.

Induidoso que a Autuada compreendeu e se defendeu claramente da acusação fiscal, completa e irrestritamente, conforme se verifica pela impugnação apresentada, que aborda todos os aspectos relacionados com a situação, objeto da autuação, não se vislumbrando, assim, nenhum prejuízo ao exercício da ampla defesa.

Não é o fato de a Impugnante discordar da infringência que lhe é imputada que acarreta a nulidade do lançamento. Cabe a ela comprovar as suas alegações.

Rejeita-se, pois, a arguição de nulidade do lançamento.

Quanto às demais razões apresentadas, confundem-se com o próprio mérito e, assim serão analisadas.

Do Mérito

Conforme relatado, a autuação versa sobre a acusação fiscal de recolhimento a menor do ICMS, no período de fevereiro de 2015 a janeiro de 2019, em razão da emissão de documentos fiscais sem destaque do imposto, em operações de transferências interestaduais de mercadorias, realizadas entre estabelecimentos de mesma titularidade do Sujeito Passivo.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXXVII, ambos da Lei nº 6.763/75.

As notas fiscais de transferência interestadual foram emitidas pela filial da Quality in Tabacos Ind. e Com de Cigarros Imp. e Exp. Ltda, inscrita neste Estado sob o nº 002365965.00-13, com remessas de mercadorias (cigarros) para estabelecimentos da mesma titularidade (matriz no Estado do Rio de Janeiro e filial no Estado de Alagoas), sem destaque do imposto, contrariando o disposto no art. 12, inciso I da Lei Complementar Federal nº 87/96 e art. 6º, inciso VI da Lei nº 6.763/75.

A Filial mineira, localizada em Juiz de Fora, foi extinta mediante liquidação voluntária ocorrida em 08/05/19, sendo a atividade continuada pelos sócios remanescentes da Matriz da Quality In Tabacos Indústria e Comércio de Cigarros Importação, CNPJ 11.816308/0001-26, portanto, responsável pelos tributos devidos pela filial até a data da baixa, conforme estabelece o disposto no art. 132 do Código Tributário Nacional – CTN, *in verbis*:

Art. 132. A pessoa jurídica de direito privado que resultar de fusão, transformação ou incorporação de outra ou em outra é responsável pelos tributos devidos até à data do ato pelas pessoas jurídicas de direito privado fusionadas, transformadas ou incorporadas.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se aos casos de extinção de pessoas jurídicas de direito privado, quando a exploração da respectiva atividade seja continuada por qualquer sócio remanescente, ou seu espólio, sob a mesma ou outra razão social, ou sob firma individual.

(...)

Em face do disposto no § 6º do art. 108 do RICMS/02, o presente Auto de Infração tem como Sujeito Passivo o estabelecimento matriz. Confira-se:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 108. A inscrição será cancelada:

(...)

§ 6º O cancelamento da inscrição, ainda que de ofício, não exonera o contribuinte do pagamento de débito para com a Fazenda Pública Estadual.

Em sua defesa, a Impugnante sustenta que as mercadorias transferidas (cigarros) estão sujeitas ao regime de substituição tributária, nas operações interestaduais, conforme Convênio ICMS nº 37/94.

Destaca que, ao caso em tela, deve se aplicar a norma geral de que trata o Convênio ICMS nº 81/93, que prevê em sua Cláusula Quinta, inciso II, que não há incidência de ICMS, inclusive ST, na saída de mercadorias quando provenientes de outro estabelecimento de mesmo titular.

Destaca que *“a natureza da operação é a transferência de produtos entre estabelecimentos de sua propriedade, ou seja, não há circulação de mercadorias, muito menos a transferência de titularidade do bem, requisito este necessário à caracterização do imposto”*, conforme determina a Súmula 166 do STJ.

Sustenta que *“não havendo circulação com troca de propriedade (titularidade), como no caso dos autos de infração ora combatidos, posto que se trata de transferências de mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma empresa, ou seja, circulação meramente física, não haverá incidência do tributo”*.

Entretanto, não cabe razão à Defesa.

Com efeito, a Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996 que dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, e dá outras providências (Lei Kandir), assim dispõe sob a matéria:

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;

(...)

§ 2º A caracterização do fato gerador independe da natureza jurídica da operação que o constitua.

(...)

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,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

bem como onde se encontrem armazenadas mercadorias, observado, ainda, o seguinte:

(...)

II - é autônomo cada estabelecimento do mesmo titular;

(...)

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;

(...)

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:

(...) (Grifou-se)

E assim, baseado no ordenamento jurídico de hierarquia superior, a legislação estadual mineira determina em sua Lei nº 6.763/75:

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;

(...)

§ 8º São irrelevantes para a caracterização do fato gerador:

a natureza jurídica da operação de que resulte:

1.a saída da mercadoria ou a prestação de serviço;

(...)

Art. 24. Considera-se autônomo cada estabelecimento produtor, extrator, gerador, inclusive de energia, industrial, comercial e importador ou prestador de serviços de transporte e de comunicação do mesmo contribuinte.

§ 1º Equipara-se ainda, a estabelecimento autônomo:

(...)

d) cada um dos estabelecimentos do mesmo titular.

(Grifou-se).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Dessa forma, para efeito de tributação do ICMS, a legislação tributária mineira considera irrelevante para a caracterização do fato gerador a natureza jurídica da operação de que resulte a saída da mercadoria e determina a ocorrência do fato gerador mesmo nas transferências de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular e, em decorrência da autonomia dos estabelecimentos, estabelece nesse caso a incidência do imposto.

Tem-se, portanto, que a legislação transcrita conduz, de maneira positiva, à incidência do tributo no caso presente.

Destaca-se que o fundamento tomado pelo STJ, mediante Súmula nº 166, foi firmado antes do advento da Lei Kandir (LC nº 87/96 – ICMS), publicada em setembro de 1996, que, em seu art. 12, inciso I, traz a previsão de incidência do ICMS nessas ocasiões.

Ressalta-se ainda que há juristas de renome, a exemplo de Vittorio Cassone, que defendem a tributação pelo ICMS das transferências de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, conforme apresentado a seguir:

"Por isso, reputo constitucional o art. 12, I, da LC nº 87/96, ao estabelecer: 'Considera-se ocorrido o fato gerador do ICMS no momento da saída de mercadoria de estabelecimento do contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular' (Cassone, Vittorio - Direito Tributário - 13ª Edição - Ed. Atlas - 2001 - pág. 298).

Acresça-se que, por força do disposto no art. 110 do RPTA (art. 182, inciso I, da Lei nº 6.763/75), não se incluem na competência deste Órgão julgador administrativo "a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo".

No tocante aos argumentos quanto à aplicação das regras do Convênio ICMS nº 81/93, especificamente na sua Cláusula Quinta, que impede a cobrança do ICMS/ST nas transferências para outro estabelecimento do sujeito passivo por substituição, cabe enfatizar que o que se exige no presente Auto de Infração é o ICMS Operação Própria, logo os argumentos baseados nos Convênios ICMS nº 37/94 e 81/93 não se aplicam ao caso.

Cabe destacar que bem observou o Fisco que a Contribuinte, nas transferências que partem da filial de Alagoas (CNPJ 11.816.308/0002-07) em direção à filial de Juiz de Fora (CNPJ 11.816.308/0013-60), destacou o ICMS operação própria, gerando crédito de imposto no DAPI da filial mineira, adotando, assim, procedimento diverso em cada um dos seus estabelecimentos, como restou demonstrado pelas cópias dos Documentos Auxiliares das Notas Fiscais Eletrônicas - Danfes relativos às notas fiscais de entradas no estabelecimento mineiro (Anexo 4 do CD de fl. 20).

Oportuno registrar que a base de cálculo nas transferências entre estabelecimentos de mesma titularidade é o valor correspondente à entrada mais recente da mesma mercadoria, conforme o art. 13, § 8º, alínea "a" da Lei 6.763/75 c/c

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

art. 43, inciso IV, alínea “b”, subalínea “b.1” do RICMS/02 (correspondentes ao art. 13, § 4º, inciso I da Lei Complementar nº 87/96). Confira-se:

Lei nº 6.763/75

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

(...)

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

- a) o valor correspondente à entrada mais recente da mercadoria;
- b) o custo da mercadoria produzida, assim entendido a soma do custo da matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento.

RICMS/02

Art. 43. 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:

(...)

- 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;

A Fiscalização, para apuração do crédito tributário, relacionou no Anexo 1 todas as notas fiscais de transferência emitidas pela Autuada, sem destaque do ICMS, indicando a data, quantidade e valor unitário do produto, bem como quais as notas fiscais referentes à entrada mais recente desses produtos, cujos valores unitários foram utilizados para apuração da base de cálculo do ICMS exigido.

O demonstrativo do crédito tributário consta da planilha Anexo 2, informando as alíquotas aplicadas, conforme o Estado destinatário (RJ e AL), e as notas fiscais autuadas (saídas) e notas fiscais de entrada, que subsidiaram a apuração da base de cálculo, encontram-se acostadas nos anexos 3 e 4, todos da mídia eletrônica de fl. 20 dos autos.

Corretas as exigências de ICMS, multa de revalidação e da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXXVII, ambos da Lei nº 6.763/75. Confira-se:

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:

(...)

XXXVII - por deixar de consignar, em documento fiscal que acobertar a operação ou a prestação, ainda que em virtude de incorreta aplicação de diferimento, suspensão, isenção ou não incidência, a base de cálculo prevista na legislação, relativamente à prestação ou operação. (Grifou-se).

Por fim, saliente-se, também, que não há que se falar que as multas aplicadas possuem caráter confiscatório e desproporcional, pois estão previstas na legislação estadual, tendo sido efetivadas nos exatos termos da Lei nº 6.763/75, à qual se encontra o Conselho de Contribuintes adstrito em seu julgamento, a teor do art. 182 da mencionada lei (e art. 110, inciso I do RPTA), *in verbis*:

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;

Com relação ao princípio do não confisco, assim foi o voto da Ministra Carmen Lúcia em decisão do Supremo Tribunal Federal:

AO EXAMINAR O CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS, O TRIBUNAL DE ORIGEM DECIDIU, NO CASO ESPECÍFICO, QUE A MULTA DE REVALIDAÇÃO NÃO AFRONTA O PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO: “NO QUE SE REFERE À MULTA DE REVALIDAÇÃO, PREVISTA NO ART. 56, II, E § 2º, I, DA LEI ESTADUAL Nº 6763/75, RELATIVA AO RECOLHIMENTO INTEMPESTIVO DO TRIBUTO (NATUREZA MORATÓRIA), ENTENDO QUE O PERCENTUAL FINAL DE 100% (CEM POR CENTO) NÃO DEVE SER ALTERADO, POSTO QUE NÃO DEMONSTROU POTENCIAL CONFISCATÓRIO. (...) OBSERVE-SE QUE A REDUÇÃO MENCIONADA SOMENTE SERIA POSSÍVEL NAS HIPÓTESES DESCRITAS NOS INCISOS I A IV DO § 9º DO ARTIGO 53, O QUE NÃO RESTOU VERIFICADO NOS PRESENTES AUTOS” (FLS. 819-820). DE MAIS A MAIS, OBSERVANDO OS VALORES CONSTANTES DA EXECUÇÃO FISCAL EM APENSO, CONCLUIU QUE A COBRANÇA DA MULTA ISOLADA EM PERCENTUAL LEGALMENTE PREVISTO, CONQUANTO ELEVADA NÃO TEM O CONDÃO DE ULTRAPASSAR O LIMITE DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA, DESESTABILIZAR O PRÓPRIO NEGÓCIO COMERCIAL OU COMPROMETER O PATRIMÔNIO DA EMPRESA AUTORA, NÃO RESTANDO CONFIGURADO O CONFISCO A AUTORIZAR A EXCEPCIONAL REDUÇÃO DA PENALIDADE (...).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 823.886
MINAS GERAIS DE 07/04/2015.

Assim, caracterizada a infringência à legislação tributária, estando corretamente demonstradas as exigências de ICMS, multas de revalidação e isolada, legítimo é o lançamento.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento, nos termos do parecer da Assessoria do CCMG. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente a Dra. Edrise Campos. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Victor Tavares de Castro (Revisor) e Marcelo Nogueira de Moraes.

Sala das Sessões, 06 de outubro de 2020.

**Marco Túlio da Silva
Relator**

**Geraldo da Silva Datas
Presidente**