

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.511/12/3ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000168464-50
Impugnação: 40.010128961-10
Impugnante: Martins Comércio e Serviços de Distribuição S/A
IE: 702513460.00-75
Proc. S. Passivo: Sacha Calmon Navarro Coêlho/Outro(s)
Origem: DF/Uberlândia

EMENTA

BASE DE CÁLCULO – DOCUMENTO FISCAL – DESTAQUE A MENOR DO ICMS – BONIFICAÇÃO. Constatado, mediante conferência de livros e documentos fiscais, que a Autuada não incluiu na base de cálculo do ICMS o valor relativo a mercadorias dadas em bonificação, em operação interestadual, contrariando o disposto no art. 13, inciso IV da Lei nº 6.763/75. Exigências de ICMS, multa de revalidação e a Multa Isolada prevista no art. 54, inciso VI da Lei nº 6.763/75, c/c o art. 215, inciso VI, alínea “f” do RICMS/02. Infração caracterizada. Entretanto, exclui-se a Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso VI da Lei nº 6763/75 por inaplicável a espécie.

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO - RESOLUÇÃO Nº 3.166/01 - Constatado recolhimento a menor de ICMS, em face da apropriação de parcela do imposto não cobrado e não pago ao Estado de origem, destacado em notas fiscais de fornecedores de outras Unidades da Federação, beneficiados com incentivos fiscais em seus Estados de origem, sem amparo em convênios celebrados no âmbito do CONFAZ. Procedimento fiscal respaldado no art. 155, § 2º e inciso XII, alínea "g" da Constituição Federal, art. 1º, parágrafo único e art. 8º, inciso I, ambos da Lei Complementar nº 24/75. Crédito vedado nos termos do art. 62, § 1º do RICMS/02 e da Resolução nº 3.166/01. Exigências fiscais de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXVI da Lei nº 6.763/75. Infração caracterizada.

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO - ISENÇÃO - OPERAÇÃO SUBSEQUENTE. Constatado o aproveitamento indevido de crédito de ICMS, em decorrência de saída de mercadoria, em operação interna, com o benefício da isenção, nos termos do item 4 da Parte 1 do Anexo I do RICMS/02. Exige-se ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVI da Lei nº 6.763/75.

Crédito tributário reformulado pelo Fisco. Lançamento parcialmente procedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

Da Autuação

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A autuação versa sobre recolhimento a menor de ICMS, apurado por meio de recomposição da conta gráfica, em decorrência da prática das seguintes irregularidades promovidas pela Autuada:

- falta de inclusão na base de cálculo do ICMS, no período de 02/01/05 a 02/07/05, do valor relativo a mercadorias dadas em bonificação, em operação interestadual;

- aproveitamento indevido de crédito de ICMS, no período de 03/01/05 a 31/12/09, relativo à parcela de imposto não pago na origem, nas aquisições interestaduais de mercadorias para comercialização, em virtude de benefícios fiscais concedidos unilateralmente pelos Estados da localização dos fornecedores;

- apropriação indevida de crédito de ICMS, no período de 03/01/06 a 31/12/08, relativo às aquisições, também interestaduais, de produtos veterinários, cujas saídas internas ocorreram com isenção do tributo prevista no item 4, Anexo I do RICMS/02.

Exigiu-se ICMS, multa de revalidação e as Multas Isoladas previstas respectivamente no art. 54, inciso VI (item 1 acima) e art. 55, inciso XXVI (itens 2 e 3 acima).

A mídia eletrônica “CD”, fls. 129, traz planilhas com demonstrativo das parcelas do imposto, por período, exigidas em face das irregularidades supramencionadas.

Recomposta a conta gráfica da Autuada, nos períodos acima, com base nas irregularidades apuradas, esta apresentou saldo devedor do imposto somente nos meses de agosto, setembro e outubro de 2008 (fls. 102).

O valor do ICMS não pago, referente à primeira infração (mercadorias dadas em bonificação), está computado a débito na recomposição da conta gráfica, conforme se pode verificar ao examinar as planilhas “PLANILHA 1-ICMS DESCONTO INTEGRAL 2005” e “VALORES DO ICMS-VFACG 2005”, do CD às fls. 129 do PTA.

O processo encontra-se instruído com o Auto de Início da Ação Fiscal – AIAF e seu Anexo (fls. 02/04); Auto de Infração - AI (fls. 05/06); Demonstrativo de Correção Monetária e Multas – DCMM (fls. 07); Relatório Fiscal (fls. 08/11); Relação de Anexos (fls. 12/13); Anexos 1 ao 8: Planilha estorno realizado, cópia do livro Registro de Apuração do ICMS, planilha valores do ICMS, planilha VFACG, planilha demonstrativo do crédito tributário, DVD-R com os levantamentos das irregularidades apuradas e os livros Registro de Entrada, amostra de notas fiscais referentes ao desconto integral concedido, cópias de Acórdãos do CC/MG relacionados com a matéria objeto do presente PTA em que figura a Autuada como Sujeito Passivo (fls. 14/194).

Da Impugnação

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, impugnação às fls. 195/250, acompanhada de documentos às fls. 251/559, requerendo, ao final, a sua procedência.

A Taxa de Expediente foi recolhida, conforme cópia de DAE às fls. 263/264.

Da Manifestação Fiscal e reformulação do crédito tributário

Diante das alegações da Impugnante na peça de defesa, o Fisco reformula o crédito tributário às fls. 562/569.

Conforme informado pelo Fisco, às fls. 562, a reformulação diz respeito ao ICMS apurado no mês de outubro de 2008, após a recomposição da conta gráfica realizada pela Autuada.

Ou seja, relativamente a outubro de 2008, havia recolhimento de ICMS que, inicialmente, não tinha sido considerado pelo Fisco ao recompor a conta gráfica.

Saliente-se que tal recolhimento se deu em 16/08/10, portanto, em momento anterior ao AIAF (11/11/10) e à lavratura do Auto de Infração (22/12/10) e, como já relatado, refere-se a ICMS apurado pela Autuada, referente a outubro de 2008.

Intimada da reformulação (fls. 570/571), a Impugnante novamente se manifesta nos autos às fls. 572/628.

O Fisco, em manifestação de fls. 632/649, refuta pontualmente as alegações da defesa e requer a procedência do lançamento, nos termos da reformulação.

Da Instrução Processual

Em 10 de agosto de 2011, acorda a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, pelo retorno dos autos à Assessoria do CC/MG para elaboração de parecer fiscal nos termos dos arts. 146 e 147 do RPTA.

A Assessoria do CC/MG propõe a realização da Diligência, conforme fls. 663/667, que resulta na manifestação do Fisco às fls. 669/672 e juntada de documentos de fls. 673/760.

É concedido vista dos autos à Autuada, a qual novamente se manifesta às fls. 763/774, contra o que o Fisco se manifesta às fls. 780/781 do PTA.

Do Parecer da Assessoria do CC/MG

A Assessoria do CC/MG, às fls. 786/855, apresenta parecer, opinando, em preliminar, pela rejeição das prefaciais arguidas, e, no mérito, pela procedência parcial do lançamento nos termos da reformulação efetuada pelo Fisco.

DECISÃO

Os fundamentos expostos no parecer da Assessoria do CC/MG foram, parcialmente, utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e por esta razão passam a compor o presente Acórdão.

Da Preliminar de pedido de perícia

A Impugnante pleiteia a produção de prova pericial e formula quesitos às fls. 247/250 e 625/628 dos autos, por entender que tal prova seja necessária à elucidação dos fatos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Segundo a doutrina “em casos em que o julgamento do mérito da causa depende de conhecimentos técnicos de que o magistrado não dispõe, deverá ele recorrer ao auxílio de um especialista, o perito, que dispondo do conhecimento técnico necessário, transmitirá ao órgão jurisdicional seu parecer sobre o tema posto à sua apreciação” (Alexandre Freitas Câmara; Lições de D. Processual Civil), ou seja, somente deverá haver perícia quando o exame do fato probando depender de conhecimentos técnicos ou especiais e essa prova tiver utilidade diante dos elementos disponíveis para exame.

Entretanto, é verificado que as características da imputação fiscal e os argumentos carreados aos autos pelo Fisco, bem como pela própria Impugnante em sua defesa, revelam-se suficientes para a elucidação da questão. Cite-se, a propósito, decisão já proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais abordando a questão anteriormente:

"Se a matéria tratada nos autos versar sobre questão eminentemente de direito, quanto ao reconhecimento ou não da percepção de diferença salarial, decorrente da conversão de URV, desnecessária a realização de prova pericial contábil, a qual poderá ser realizada, acaso necessário, em sede de execução. A prova pericial somente se apresenta necessária quando a informação depender da opinião de especialista na matéria que escapa do universo de conhecimento do Julgador, hipótese essa não caracterizada no caso vertido. Assim, indefere-se o pedido” (Processo número 1.0024.05.661742-6/001(1), Relator: Célio César Paduani, TJMG).

Ademais, prescreve o art. 142, § 1º, inciso II do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, aprovado pelo Decreto n.º 44.747/08:

Art. 142. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação, e será realizada quando deferido o pedido do requerente pela Câmara ou quando esta a determinar, observado o seguinte:

(...)

§ 1º Relativamente ao pedido de perícia do requerente:

I - não será apreciado quando desacompanhado da indicação precisa de quesitos;

II - será indeferido quando o procedimento for:

a) desnecessário para a elucidação da questão ou suprido por outras provas produzidas;

b) de realização impraticável;

c) considerado meramente protelatório.

Deste modo, é desnecessária a produção de prova pericial, que por se tratar de prova especial, só pode ser admitida quando a apuração do fato em litígio não se puder fazer pelos meios ordinários de convencimento, o que não é o caso dos autos.

Do Mérito

Conforme já relatado, trata a autuação de recolhimento a menor do ICMS, em razão de a Autuada deixar de incluir na base de cálculo do ICMS, o valor relativo a mercadorias dadas em bonificação, em operação interestadual, e de se apropriar, indevidamente, de créditos de ICMS, relativos à parcela de imposto não pago na origem, nas aquisições interestaduais de mercadorias para comercialização, em virtude de benefícios fiscais concedidos unilateralmente pelos Estados da localização dos fornecedores, e referentes às aquisições, também interestaduais, de produtos veterinários cujas saídas internas ocorreram com isenção do tributo, para as quais, há previsão de estorno do crédito.

Foram exigidos o ICMS, a Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, e as Multas Isoladas capituladas nos arts. 54, inciso VI e 55, inciso XXVI, todos da Lei nº 6.763/75.

Da arguição de decadência

Numa primeira vertente, pleiteia a Impugnante que seja considerado decaído o direito de lançar relativamente aos fatos geradores ocorridos no período de 01/01/05 a 21/12/05, com base no § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional - CTN.

Expõe julgado do STJ no sentido de que somente quando não há pagamento antecipado, ou há prova de dolo, fraude ou simulação é que se aplica o disposto no art. 173, inciso I do CTN, e cita decisões dos tribunais administrativos dos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro.

Conforme estabelece o mencionado dispositivo, se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos contados da ocorrência do fato gerador, e expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública tenha se pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito tributário.

No entanto, constitui regra geral que ao lançamento de ofício aplica-se a contagem fixada no art. 173, inciso I do CTN.

Sobre o tema, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em decisão de 15/03/07, confirmou tal posição, em acórdão assim ementado (no que interessa ao caso em tela):

DIREITO TRIBUTÁRIO. PRAZO DECADENCIAL. CONVÊNIO 69/1998. ICMS/COMUNICAÇÃO. BASE DE CÁLCULO. ILEGALIDADE. CDA. PRESUNÇÃO RELATIVA DE CERTEZA E LIQUIDEZ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. EXECUÇÃO EMBARGADA. ART. 20, § 4.º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. NÃO HAVENDO PAGAMENTO DO TRIBUTO OU NÃO CARACTERIZANDO A HIPÓTESE DE HOMOLOGAÇÃO EXPRESSA OU TÁCITA PELA FAZENDA PÚBLICA DO LANÇAMENTO, NÃO SE APLICA O DISPOSTO NO ART. 150, § 4º, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL EM RELAÇÃO À

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DECADÊNCIA. INCIDE, NESTA SITUAÇÃO, A REGRA GERAL ESTABELECIDADA PELO ART. 173, INC. I, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, CONFORME A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (...). TJMG – PROC. N.º 1.0024.05.692077-0/001(1); RELATORA DESEMBARGADORA MARIA ELZA; PUB. 30/03/2007.

Naquela decisão, ao analisar exigência sobre serviço preparatório (de comunicação) não levado à tributação pelo ICMS (tributado pelo ISS), em que o contribuinte recolheu o saldo devedor mensal apurado, tal qual a situação ora em análise, entenderam os ilustres julgadores que não havendo o pagamento sobre aquela parcela, não há que se falar em homologação, mas sim, em lançamento de ofício, ensejando a aplicação da norma do art. 173, inciso I do CTN.

No mesmo sentido decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça ao apreciar o Recurso Especial nº 448.416-SP, sob a relatoria do Ministro Otávio Noronha, cuja ementa assim expressa:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ICMS. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA. ARTS. 150, § 4º, E 173, I, DO CTN.

1. NA HIPÓTESE EM QUE O RECOLHIMENTO DOS TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO OCORRE EM DESCONFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL E, POR CONSEQUENTE, PROCEDE-SE AO LANÇAMENTO DE OFÍCIO (CTN, ART. 149), O PRAZO DECADENCIAL DE 5 (CINCO) ANOS, NOS TERMOS DO ART. 173, I, DO CTN, TEM INÍCIO NO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE ESSE LANÇAMENTO (DE OFÍCIO) PODERIA HAVER SIDO REALIZADO.

Aspecto interessante a anotar refere-se à fundamentação do *decisum*. Após abordar as hipóteses vinculadas ao § 4º do art. 150, o relator assim se posicionou:

OUTRA HIPÓTESE, ENTRETANTO, É AQUELA EM QUE O SUJEITO PASSIVO NÃO CUMPRE, OU CUMPRE DE MODO DIVERSO, COM SUAS OBRIGAÇÕES. ASSIM OCORRENDO, A ATIVIDADE A SER PRATICADA PELO FISCO NÃO PODERÁ SER CARACTERIZADA COMO MERA HOMOLOGAÇÃO, JÁ QUE ESTA PRESSUPÕE A EXISTÊNCIA DAS PROVIDÊNCIAS ADOTADAS PELO CONTRIBUINTE PASSÍVEIS DE CONFIRMAÇÃO PELA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. NESSE CASO, CABE AO FISCO, NA FORMA ESTABELECIDADA PELO ART. 149 DO CTN, PROCEDER AO LANÇAMENTO DE OFÍCIO, QUE É EXECUTADO TAMBÉM NOS CASOS DE OMISSÃO OU INEXATIDÃO DO SUJEITO PASSIVO NO CUMPRIMENTO DOS DEVERES QUE LHE FORAM LEGALMENTE ATRIBUÍDOS. COM EFEITO, EM TAIS CASOS, NÃO HÁ O QUE SE HOMOLOGAR.

Em decisão recente (12/04/12), o STJ voltou a se manifestar pela aplicabilidade no art. 173, inciso I do CTN na hipótese da apuração do ICMS, como decidido no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 76977/RS, com a seguinte ementa:

AgRg NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 76.977 – RS (2011/0191109-3)

RELATOR : MINISTRO HUMBERTO MARTINS

EMENTA - TRIBUTÁRIO. CREDITAMENTO INDEVIDO DE ICMS. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. APLICAÇÃO DA REGRA PREVISTA NO ART. 173, I, DO CTN. PRECEDENTES.

1. A JURISPRUDÊNCIA DO STJ FIRMOU O ENTENDIMENTO NO SENTIDO DE QUE, HAVENDO CREDITAMENTO INDEVIDO DE ICMS, O PRAZO DECADENCIAL PARA QUE O FISCO EFETUE O LANÇAMENTO DE OFÍCIO É REGIDO PELO ART. 173, I, DO CTN, CONTANDO-SE O PRAZO DE CINCO ANOS, A PARTIR DO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE À OCORRÊNCIA DO FATO IMPONÍVEL, DONDE SE DESSUME A NÃO OCORRÊNCIA, *IN CASU*, DA DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO LANÇAR OS REFERIDOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS.

2. "NOS TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO, QUANDO OCORRE O RECOLHIMENTO EM DESCONFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL, DEVE A AUTORIDADE FISCAL PROCÉDER AO LANÇAMENTO DE OFÍCIO (CTN, ART. 149), INICIANDO-SE O PRAZO DECADENCIAL DE CINCO ANOS NO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE O LANÇAMENTO PODERIA TER SIDO FEITO (ART. 173, I, DO CTN)." (REsp 973189/MG, REL. MIN. CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 04/09/2007, DJ 19/09/2007, P. 262).

AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME.

Dessa forma, o prazo para a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário relativo ao exercício de 2005 somente expirou em 31/12/10, conforme disposto no inciso I do mencionado art. 173, não ocorrendo a decadência relativamente ao crédito tributário exigido, uma vez que a Autuada foi regularmente intimada da lavratura do Auto de Infração em 22/12/10.

1ª irregularidade: Falta de inclusão na base de cálculo do ICMS do valor relativo a mercadorias dadas em bonificação:

A Autuada alega às fls. 202/207 e 579/584 dos autos, em síntese, que as notas fiscais autuadas tratam apenas da hipótese de desconto via redução direta do preço, não sujeita a qualquer condição futura, que tal informação pode ser constatada sem maiores esforços ao se analisar as notas acostadas às fls. 270/274 do PTA, e que, por ser desconto incondicionado, não deve ser acrescido à base de cálculo do ICMS, nos termos do art. 13, inciso I, e §1º, inciso II, alínea "a" da Lei Complementar nº 87/96.

Expõem julgados e súmula do STJ para sustentar que os descontos incondicionais nas operações mercantis não fazem parte da base de cálculo do ICMS.

Defende também que, ainda que se estivesse diante de venda bonificada, não haveria que se falar em incidência de ICMS, ao argumento de que a entrega de mercadoria em bonificação traduz literalmente a mesma espécie de premiação que a redução direta do preço original, sendo espécie de desconto incondicional, e expõe a doutrina de Roque Antônio Carrazza, no mesmo sentido.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ao se manifestar nos autos novamente (fls. 579/584), a Autuada, fielmente, repete esses argumentos.

O Fisco por sua vez, afirma às fls. 635/637, em síntese:

- o valor das mercadorias entregues em bonificação fora tratado pela Autuada como se desconto incondicional fosse, equivalente ao valor total de 1 (um) ou mais itens de cada documento fiscal, ou seja, o desconto de 100% (cem por cento) do valor de determinados produtos;

- a planilha 1 (fls. 129), obtida nos arquivos eletrônicos repassados pela Autuada consigna todos os produtos que não foram tributados em operações interestaduais durante o ano de 2005, e que, conforme pode-se constatar na coluna “N”, o valor do desconto é exatamente igual ao valor do produto;

- para melhor entendimento, pode-se considerar o documento fiscal número 690.100 (fls. 131), em que o valor total dos produtos (soma dos vinte itens relacionados no documento fiscal) é R\$ 410,49 (quatrocentos e dez reais e quarenta e nove centavos), mas que, no entanto, a importância integral referente ao primeiro item, no valor de R\$ 8,94 (oito reais e noventa e quatro centavos), foi totalmente excluída, haja vista que o valor total dos produtos consignado no campo próprio do documento fiscal é R\$ 401,55 (quatrocentos e um reais e cinquenta e cinco centavos) e, a este, é adicionado o valor de R\$ 2,94 (dois reais e noventa e quatro centavos), a título de despesas, para se chegar à base de cálculo do imposto de R\$ 404,49 (quatrocentos e quatro reais e quarenta e nove centavos).

- o mesmo raciocínio vale para o documento fiscal nº 938.049 (fls. 136), em que o valor total dos produtos (soma dos seis itens relacionados no documento fiscal) é R\$ 314,76 (trezentos e catorze reais e setenta e seis centavos), mas que o campo próprio do documento fiscal “VALOR TOTAL DOS PRODUTOS” consigna o valor de R\$ 292,51 (duzentos e noventa e dois reais e cinquenta e um centavos), que equivale ao valor dos itens 2 a 6, ou seja, não inclui o valor do primeiro item;

- trata-se de simulação de desconto incondicional;

- o desconto, em regra, incide sobre o valor da operação não se confundindo com um abatimento total (cem por cento) do preço de um ou mais produtos, ou seja, que se aplica sobre o valor da operação um percentual cujo resultado represente abatimento, diminuição no preço, diminuição no valor;

- portanto, o procedimento acima descrito não caracteriza abatimento, diminuição no preço ou diminuição no valor dos produtos, mas sim bonificação, que está revestida de desconto incondicional integral concedido;

- a bonificação constitui fato gerador do imposto, conforme preceitua o art. 6º, inciso VI da Lei nº 6.763/75, integrando o valor da operação nos termos do art. 13, inciso IV da mesma Lei;

- verifica-se, portanto, que embora não admita a prática da bonificação, a Autuada quer demonstrar o inconformismo com a legislação vigente;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- a Autuada admite às fls. 206 do PTA, que as mercadorias não oferecidas à tributação relacionadas, são vendas bonificadas.

Inicialmente, ressalte-se que a relação de todas as notas fiscais e apuração estão demonstradas nas planilhas constantes do CD às fls. 129 dos autos.

Com relação a não inclusão dos valores das saídas bonificadas na base de cálculo do ICMS, cabe ressaltar que a legislação tributária mineira prevê a ocorrência do fato gerador do imposto, inclusive na saída de mercadoria decorrente de bonificação, conforme art. 6º, inciso VI da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

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; (grifou-se).

Por restar caracterizada que a parcela não incluída na base de cálculo do imposto refere-se às mercadorias fornecidas em bonificação, correta as exigências de ICMS e multa de revalidação.

No tocante à Multa Isolada, capitulada no art. 54, inciso VI da Lei nº 6.763/75, c/c art. 215, inciso VI, alínea “f” do RICMS/02, pelo descumprimento de obrigação acessória configurada pelo fato de a Impugnante ter deixado de incluir na base de cálculo o valor das mercadorias dadas em bonificação, comporta uma melhor análise.

Confira-se o teor das normas que tipificam a conduta, tida como descumprida:

Lei nº 6.763/75

Art. 54 - As multas para as quais se adotará o critério a que se refere o inciso I do caput do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

VI - por emitir documento com falta de qualquer requisito ou indicação exigida em regulamento ou emití-lo com indicações insuficientes ou incorretas, bem como imprimir ou mandar imprimir documento fiscal em desacordo com a autorização da repartição competente - de 1 (uma) a 100 (cem) UFEMGs por documento;

RICMS/02

Art. 215 - As multas calculadas com base na UFEMG, ou no valor do imposto não declarado, são:

(...)

VI - por emitir documento com falta de requisito ou indicação exigida neste Regulamento ou emití-lo com indicações insuficientes ou incorretas, bem como imprimir ou mandar imprimir documento fiscal

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

em desacordo com a autorização da repartição competente - por documento:

(...)

f) natureza da operação ou da prestação e condições do pagamento; alíquota do ICMS e destaque do imposto devido; nome da empresa de transporte e seu endereço, ou o número da placa do veículo, Município e Estado de emplacamento, quando se tratar de transportador autônomo: 42 (quarenta e duas) UFEMG; (grifou-se).

(...)

Como se observa, a tipificação prevista na norma contempla as situações de “emitir documento com falta de indicação ou requisito”, ou “emitir documento com indicação incorreta ou insuficiente”, que, no caso em análise, quanto à indicação da alíquota do ICMS e do destaque do imposto devido.

Não há dúvidas que o recolhimento a menor de imposto pressupõe a inobservância de normas relacionadas com o fato gerador do imposto, no qual estão compreendidas a alíquota e a base de cálculo. Reafirma-se que, no caso, a infração restou configurada pelo fato de a Impugnante ter deixado de incluir na base de cálculo os valores das mercadorias dadas em bonificação, segundo o seu entendimento, não estariam sujeitas à tributação.

Nesse contexto, caberia então indagar se a conduta da Impugnante se amolda ao disposto no art. 54, inciso VI da Lei nº 6.763/75, c/c o art. 215, inciso VI, alínea “f” do RICMS/02, reproduzida acima, ou ao que dispõe o art. 55, inciso VII, da mesma lei.

Na primeira hipótese, não é possível afirmar que ocorreu a emissão de documento fiscal sem indicação da alíquota e do destaque do imposto, pois em todas as notas fiscais constam a indicação da alíquota e do imposto devido, isso em relação às mercadorias que a Impugnante entende como sujeitas à tributação.

A segunda situação, “indicação incorreta da alíquota e destaque do ICMS devido”, a única que se amolda, seria a do destaque insuficiente do imposto. Mas, neste ponto, com respeito aos entendimentos diversos, a *mens legis* da norma penalizadora diz respeito ao destaque incorreto do imposto em que a aplicação da alíquota sobre a base de cálculo resultar em valor divergente do informado no documento fiscal. O que não ocorreu neste PTA, vez que em todos os documentos fiscais, constata-se que o imposto destacado é exatamente o resultado da operação da alíquota *versus* a base de cálculo informada.

Assim, resta claro que a irregularidade apontada pelo Fisco “recolhimento a menor do imposto” se deve a interpretação “errônea” da Impugnante, quanto ao tratamento tributário dispensado de não incluir na base de cálculo do imposto os valores das mercadorias dadas em bonificação, que, segundo o seu entendimento, não estariam sujeitas à tributação, e não, propriamente ao preenchimento “incorreto” dos documentos fiscais.

Cabível seria, portanto, a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso VII, alínea "c" da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

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

(...)

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;

Pelo exposto, exclui-se a penalidade isolada aplicada.

2ª irregularidade: Aproveitamento indevido de crédito / Resolução 3.166/01:

A Impugnante alega, em síntese, que no caso da Resolução nº 3.166/01 há majoração do tributo por via reflexa, sem previsão legal, violando assim o princípio da legalidade (fls. 214/218), e que há afronta aos princípios da não cumulatividade, da segurança jurídica, da proteção da confiança (fls. 219/226).

O Fisco informa que as operações analisadas estão inseridas na Resolução nº 3.166/01, vez que os benefícios fiscais foram concedidos à revelia de convênio, motivo pelo qual o crédito é admitido apenas na proporção em que o imposto foi recolhido, que a não cumulatividade do ICMS, prevista no art. 155 da CF/88, é operacionalizada mediante compensação do imposto devido em cada operação com aquele cobrado na operação antecedente, que neste sentido, foi editada a Resolução SEF/MG nº 3.166/01, de onde se extrai que se parcela do ICMS deixou de ser cobrada pelo Estado de origem da mercadoria, em função de incentivo/benefício fiscal, não pode esta parcela ser compensada em operações posteriores.

Informa também que o aproveitamento de crédito de imposto, não cobrado ou não devido na origem, não se tornou indevido exclusivamente por determinação da Resolução nº 3.166/01, mas por disposições inseridas na legislação, a partir da CF/88. Os benefícios fiscais sem respaldo do CONFAZ ferem normas estabelecidas pela Constituição Federal, que determina que a concessão de benefícios fiscais deve ser deliberada entre os Estados membros, conforme art. 155, inciso II e § 2º, inciso XII, alínea "g".

Afirma ainda que lei complementar constitui meio apropriado para a regulamentação dos ditames constitucionais, que a Lei Complementar Federal nº 24, de 24/01/75, dispõe sobre a necessidade de convênios para concessão de quaisquer incentivos ou favores fiscais ou financeiro-fiscais, e que a legislação tributária mineira também é sólida no mesmo sentido.

Como pode-se perceber, o presente trabalho fiscal foi desenvolvido com base na legislação tributária, amparado por inúmeros dispositivos que não se coadunam com a concessão de benefícios fiscais no âmbito do ICMS sem o respaldo do CONFAZ e com a apropriação de créditos do imposto em desacordo com a legislação.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Portanto, o crédito do imposto tem por base legal o disposto no art. 155, § 2º, inciso I e inciso XII, alínea “a” da Constituição Federal de 1988, na Lei Complementar nº 24/75, no RICMS/02 c/c a Resolução nº 3.166/01.

Dispõe a Constituição Federal de 1988, art. 155, § 2º, incisos I e XII, alínea “g”, *in verbis*:

Art. 155

(...)

§ 2º o imposto previsto no inciso II, atenderá ao seguinte:

I - será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal;

(...)

XII - cabe à lei complementar:

(...)

g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados. (grifou-se).

A Lei Complementar nº 24/75, estabelece a necessidade de convênio para a concessão de benefícios ou incentivos fiscais, nos seguintes termos:

Art. 1º - As isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias serão concedidas ou revogadas nos termos de convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal, segundo esta Lei.

Parágrafo único - O disposto neste artigo também se aplica:

I - à redução da base de cálculo;

II - à devolução total ou parcial, direta ou indireta, condicionada ou não, do tributo, ao contribuinte, a responsável ou a terceiros;

III - à concessão de créditos presumidos;

IV - à quaisquer outros incentivos ou favores fiscais ou financeiro-fiscais, concedidos com base no Imposto de Circulação de Mercadorias, dos quais resulte redução ou eliminação, direta ou indireta, do respectivo ônus;

V - às prorrogações e às extensões das isenções vigentes nesta data. (grifou-se).

E também estabelece que a sua inobservância implique em nulidade do ato, em ineficácia do crédito, e em exigibilidade do imposto, conforme art. 8º, *in verbis*:

Art. 8º - A inobservância dos dispositivos desta Lei acarretará, cumulativamente:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

I - a nulidade do ato e a ineficácia do crédito fiscal atribuído ao estabelecimento receptor da mercadoria;

II - a exigibilidade do imposto não pago ou devolvido e a ineficácia da lei ou ato que conceda remissão do débito correspondente.

Veja-se a Legislação Tributária do Estado de Minas Gerais, acerca da não cumulatividade e da concessão de incentivo ou benefício fiscal sem a realização de convênio:

Lei nº 6.763/75, art. 28, caput e §5º:

Art. 28 - O imposto é não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o montante cobrado nas anteriores por este Estado ou outra unidade da Federação.

(...)

§ 5º Na hipótese do caput, não se considera cobrado, ainda que destacado em documento fiscal, o montante do imposto que corresponder a vantagem econômica decorrente de concessão de incentivo ou benefício fiscal em desacordo com o disposto na alínea "g" do inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição da República.

RICMS/02, art. 62, §§ 1º e 2º e art. 71, inciso II:

Art. 62 - O imposto é não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte, interestadual ou intermunicipal, ou de comunicação com o montante cobrado nas anteriores, por este ou por outro Estado.

§ 1º - Não se considera cobrado, ainda que destacado em documento fiscal, o montante do imposto que corresponder a vantagem econômica decorrente da concessão de incentivo ou benefício fiscal em desacordo com o disposto na alínea "g" do inciso XII do § 2º do artigo 155 da Constituição Federal.

§ 2º - A Secretaria de Estado da Fazenda, mediante resolução, disciplinará a apropriação do crédito do imposto relativamente às operações e prestações objeto do incentivo ou do benefício fiscal de que trata o parágrafo anterior.

(...)

Art. 71 - O contribuinte deverá efetuar o estorno do imposto creditado sempre que o serviço tomado ou a mercadoria ou o bem entrado no estabelecimento:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

VI - tiverem o imposto destacado na documentação fiscal não cobrado na origem, conforme disposto no § 1º do artigo 62 deste Regulamento.

A Resolução nº 3.166/01, norma operacional que orienta o Fisco e os contribuintes, para dar cumprimento ao art. 62, § 2º do RICMS/02, disciplina em seu art. 1º a forma em que será admitido o crédito, *in verbis*:

Art. 1º - O crédito do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) correspondente à entrada de mercadoria remetida a estabelecimento localizado em território mineiro, a qualquer título, por estabelecimento que se beneficie de incentivos indicados no Anexo Único, será admitido na mesma proporção em que o imposto venha sendo efetivamente recolhido à unidade da Federação de origem, na conformidade do referido Anexo.

Portanto, para aproveitar-se dos créditos de ICMS, é necessário que o contribuinte atenda aos comandos da legislação tributária, sob pena de esse creditamento ser considerado indevido.

A Impugnante alega, às fls. 228/246 e 606/624 dos autos, em síntese, que há equívocos cometidos pelo Fisco ao classificar as aquisições no Anexo Único da Resolução nº 3.166/01, o que, de forma pontual é refutado pelo Fisco, conforme descrito a seguir:

Fls. 229 do PTA - Item “a” (ano 2005):

A Impugnante reclama que o Fisco enquadrando as operações no item 4.11 da Resolução nº 3.166/01, mas que o fornecedor goiano L F DE CASTRO & CIA LTDA não é estabelecimento industrial, indicando inclusive o CNAE (82.11.3.00 – Serviços combinados de escritório e apoio administrativo, conforme fls. 280 do PTA).

O Fisco informa às fls. 640/641 que, no entanto, conforme cópias de notas fiscais emitidas por esse fornecedor, anexadas ao PTA pela Autuada (fls. 279, 281 e 283), as operações realizadas são tipicamente industriais, de acordo com o Código Fiscal de Operações Próprias (CFOP 6.101), consignado nos documentos citados e que, aliás, foi a natureza industrial das operações que o levou a enquadrá-las no item 4.11 do Anexo Único da Resolução nº 3.166/01.

Assim, entende-se que cabe razão ao Fisco, visto que, conforme fls. 279, 281 e 283 do PTA, o Código Fiscal de Operações Próprias (CFOP) consignado nas notas fiscais pelo próprio fornecedor é 6.101, cuja descrição é “venda de produção do estabelecimento”, o que indica que o fornecedor realiza atividade industrial, informação essa, trazida aos autos, pela própria Impugnante.

Ademais, cabe frisar que a atividade do fornecedor, conforme CNAE 82.11-3-00 (Serviços combinados de escritório e apoio administrativo), constante do cadastro CNPJ (fls. 280, 282 e 284), não guarda pertinência com a circulação de mercadorias, inclusive em quantidade considerável, conforme constante das notas fiscais referidas.

Fls. 229 do PTA - Item “b” (ano 2005):

A Impugnante alega que as operações foram enquadradas no item 4.11 da Resolução nº 3.166/01, cujo fornecedor é HYPERMARCAS S/A, situado no Estado de Goiás, mas que, contudo, segundo a Nota 1 da Resolução nº 3.166/06, os produtos de limpeza (Apêndices I e II do Anexo VIII do Decreto nº 4.852/97/RICMS/GO), estão expressamente excluídos do benefício fiscal.

O Fisco afirma, às fls. 641, que os produtos adquiridos do remetente industrial goiano Hypermarcas S/A (esponja, lã de aço, palha de aço, sabão em pó, saponáceo, etc.) não estão incluídos entre aqueles relacionados nos Apêndices I e II do Anexo VIII do Decreto nº 4.852/97 – RICMS/GO, estando, assim, fora da ressalva contida na Nota 1 do Anexo Único da Resolução nº 3.166/01 e que, portanto, as operações realizadas com a indústria acima estão perfeitamente enquadradas no item 4.11 do citado anexo único, pois este trata das operações realizadas com estabelecimento industrial que destine mercadoria para comercialização, produção ou industrialização.

Entretanto, conforme informado pelo Fisco, os produtos (esponja, lã de aço, palha de aço, sabão em pó, saponáceo, etc.) não estão inclusos entre aqueles relacionados nos Apêndices I e II citados, e, portanto, são alcançados pelo crédito presumido, portanto, deve ser mantida a glosa dos créditos realizada.

Fls. 229 do PTA - Item “c” (ano de 2005):

A Impugnante alega que adquiriu patê de galinha do fornecedor JBS S/A em 2005, mas que conforme Resolução nº 3.166/01, a glosa se aplica a nota fiscal emitida pela indústria no período de 13/02/99 a 26/06/99.

Às fls. 765, a Impugnante afirma que a norma do RICMS/SP que estabelecia o benefício fiscal era o art. 15 das “Disposições Transitórias”, e que tal artigo já estava revogado no ano de 2005.

O Fisco afirma às fls. 641, que o produto em comento, adquirido do industrial paulista JBS S/A em 2005, foi enquadrado pelo Fisco no item 8.2 do Anexo Único da Resolução nº 3.166/01, por tratar-se de produtos resultantes do abate de aves por estabelecimento industrial, e que uma leitura mais acurada do item 8.2 citado indica que o crédito admitido para as operações realizadas a partir de 01 de dezembro de 1996 é de 7% (sete por cento) e que, apenas no período de 13/02/99 a 29/06/99 é de 5% (cinco por cento).

Assim, considerando que o item 8.2 do Anexo Único da Resolução nº 3.166/01 estabelece que a nota fiscal seja emitida pela indústria, que estabelece intervalos de tempo distintos, e considerando que parte da legislação paulista encontrava-se revogada, a Assessoria do CC/MG solicita informações ao Fisco, conforme item I à fls. 663 do PTA.

Em atendimento à diligência, o Fisco junta cópias da legislação paulista às fls. 675/686, e, conforme documentos carreados aos autos às fls. 711/712, ainda demonstra que o fornecedor tem atividade de indústria.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Após isso, a Impugnante manifesta-se às fls. 764/765 e alega, em síntese, que o art. 15 das Disposições Transitórias do Regulamento do ICMS paulista estava revogado quando da operação que gerou o crédito aproveitado por ela, e que, dessa forma, a glosa realizada pelo Fisco seria indevida.

Já o Fisco, posteriormente se manifesta às fls. 780 e reitera suas razões.

Inicialmente, cabe ressaltar que embora item 8.2 do Anexo Único da Resolução nº 3.166/01 aponte a legislação paulista outrora, em 2005 não mais em vigor, o benefício fiscal jamais deixou de ser admitido, apenas alterando-se a norma que o previa:

Em 2000, o art. 363, § 2º do novo RICMS/SP (aprovado pelo Decreto nº 45.490, de 30/11/00) mantém o crédito presumido, o qual já era previsto no regulamento anterior:

§ 2º - Poderá o estabelecimento abatedor de aves, em substituição ao aproveitamento de quaisquer créditos, optar pelo crédito de importância equivalente à aplicação de 7% (sete por cento) sobre o valor de sua operação de saída dos produtos resultantes do abate, ainda que submetidos a outros processos industriais, opção esta que será declarada em termo no livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências, devendo a renúncia a ela ser objeto de novo termo. (grifou-se).

Contudo, o percentual foi limitado a 5% (cinco por cento) pelo art. 15 das Disposições Transitórias:

Artigo 15 (DDTT) - Enquanto não for proferida decisão definitiva na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1999-6, cujo requerente é o Governo do Estado do Rio Grande do Sul, com deferimento de liminar em favor do requerente, será de 5% (cinco por cento) o percentual de que trata o § 2º do artigo 363 deste regulamento.

(grifou-se).

Entretanto, em 27/09/03, tal art. 15 fora revogado:

TÍTULO II - DAS DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS

Artigo 15 (DDTT) - Revogado pelo Decreto 48.111, de 26-09-2003; DOE 27-09-2003; efeitos a partir de 27-09-2003

Assim, entende-se que a partir de 27/09/03, o percentual de crédito presumido passa a ser 7% (sete por cento).

Em 31/12/05, o Decreto paulista nº 50.456, ao mesmo tempo em que revoga o § 2º do art. 363 do RICMS/SP, prevê o benefício, agora no art. 18 do Anexo III do mesmo regulamento.

Artigo 18 (CARNE/PRODUTOS DO ABATE EM FRIGORÍFICO PAULISTA) - Nas saídas de carne e produto comestível resultante do abate de ave, leporídeo e

gado bovino, bufalino, caprino, ovino ou suíno, fresco, esfriado, congelado, salgado, seco, temperado ou defumado para conservação, desde que não enlatado ou cozido, promovidas por estabelecimento abatedor que efetue o abate neste Estado, este estabelecimento poderá creditar-se da importância equivalente a 7% (sete por cento) sobre o valor de sua saída em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos (Lei 6.374/89, artigos 38, § 6º e 112). (Acrescentado pelo inciso II do artigo 2º do Decreto 50.456, de 29 de dezembro de 2005, DOE de 30/12/2005, produzindo efeitos para os fatos geradores que ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 2006).

Da mesma forma, em 30/01/07, o Decreto paulista nº 51.520 revoga o art. 18 do Anexo III do RICMS/SP a partir de 01/02/07, mas em 01/03/07, o benefício fiscal é restabelecido pelo Decreto nº 51.625, com produção de efeitos desde 01/02/07.

Portanto, diferentemente do alegado pela Impugnante às fls. 229 e 765 do PTA, item “c”, o ano de 2005 é período de concessão de crédito presumido, portanto, correta a glosa dos créditos.

Fls. 229 do PTA - Item “d” (ano de 2005) e Fls. 234 – item “b” (ano de 2007):

A Impugnante alega que relativamente aos itens 7.2 e 7.3 da Resolução nº 3.166/01, a glosa dos créditos é indevida, ao argumento de que a base legal para tanto foi a Resolução nº 3.794/06 a qual só entrou em vigor em 02/08/06 e as operações autuadas são do ano de 2005.

Às fls. 766, a Impugnante afirma que a própria Resolução nº 3.166/01 cuida de explicitar na nota de rodapé nº 20 que restrição de crédito prevista no item 7.2 só produz efeitos a partir de 2006.

O Fisco informa, às fls. 641 do PTA, que quanto ao item 7.2 do Anexo Único da Resolução nº 3.166/01, esse se refere ao crédito outorgado pelo art. 3º, inciso I, e art. 4º, da Lei fluminense nº 4.173/03, que outorgam crédito presumido de 1,5% (um vírgula cinco por cento), nas operações realizadas por atacadista e centrais de distribuição **a partir de 30 de setembro de 2003** e, quanto ao item 7.3 do mesmo anexo, que este se refere ao crédito outorgado pelo art. 1º do Decreto nº 35.418/04 e pelo Decreto nº 35.419/04, que outorgam crédito presumido de 4% (quatro por cento) nas operações realizadas pelo industrial, distribuidor ou atacadista **a partir de 01 de maio de 2004**.

Após a diligência solicitada pela Assessoria do CC/MG, especificamente com relação aos itens 7.2 e 7.3 do Anexo Único da Resolução nº 3.166/01, o Fisco junta aos autos a comprovação do enquadramento dos fornecedores aos requisitos da Resolução nº 3.166/01 (fls. 723, 731 e 734/735).

A própria Impugnante reconhece o enquadramento dos fornecedores na Resolução nº 3.166/01, conforme 2º e 3º parágrafos das fls. 766 do PTA.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Às fls. 766 do PTA, a Impugnante reafirma que a restrição ao crédito prevista no item 7.2 do anexo Único da Resolução nº 3.166/01 só produz efeitos a partir de 2006.

Após isso, o Fisco apenas reitera suas alegações, conforme fls. 780 do PTA.

Assim, com relação aos itens 7.2 e 7.3 do Anexo Único da Resolução nº 3.166/01, demonstrada pelo Fisco o período de aplicação da norma, assim como o enquadramento dos fornecedores, entende-se correta a glosa dos créditos.

Cabe frisar que, quanto à alegação da Impugnante de que a própria Resolução nº 3.166/01 cuida de explicitar na nota de rodapé nº 20 que a restrição de crédito prevista no item 7.2 só produza efeitos a partir de 2006, tal restrição já existia, sendo apenas alterado o percentual, com produção de efeitos dessa alteração a partir de 02/08/06.

Saliente-se ainda que, às fls. 299 do PTA, consta nota fiscal da empresa CMAP, de 25/11/05 com o CFOP 6.102 (venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros).

Quanto aos itens 3.57 e 3.62 do Anexo Único da Resolução nº 3166/01, a Impugnante informa às fls. 234 e 767 que a restrição ao crédito do ICMS só poderá ser aplicada a partir de 07/09/07, consoante consta da nota de rodapé nº 25 da Resolução nº 3.166/01.

O Fisco informa que o item 3.57, refere-se ao crédito outorgado pelo art. 2º, do Decreto baiano nº 7.799/00 que outorga crédito presumido de 16,667% (dezesseis vírgula seiscentos e sessenta e sete por cento) para as notas fiscais emitidas **a partir de 01 de agosto de 2006**, e, quanto ao item 3.62, este se refere ao crédito outorgado pelo art. 2º, do Decreto baiano nº 7.799/00 que outorga crédito presumido de 16,667% (dezesseis vírgula seiscentos e sessenta e sete por cento) para as notas fiscais emitidas **a partir de 01 de fevereiro de 2004**.

Informa ainda que pode-se confirmar, verificando-se a Planilha 3 – ESTORNO DO ICMS CONFORME RESOLUÇÃO 3166 – 2006, fls. 129 do PTA, que não há estorno de crédito, com base no item 3.57, antes de 01 de agosto de 2006 e, as operações realizadas com o estado da Bahia, no período de 2005 a 2009, cujo estorno de crédito ocorreu pelo disposto no item 3.62, estão perfeitamente enquadradas, já que foram contempladas notas fiscais emitidas a partir de 01 de fevereiro de 2004, não havendo que se falar em violação do princípio da irretroatividade tributária.

Assim, entende-se que cabem razões ao Fisco, visto que, embora a nota de rodapé nº 25 estabeleça efeitos a partir de 07/09/07, a quinta coluna do Anexo Único da Resolução nº 3.166/01 estabelece o percentual de crédito admitido e o período.

Ademais o estorno do crédito tem por fundamento não só a Resolução nº 3.166/01, mas também o disposto na Constituição Federal de 1988, nas Leis Complementares Nacionais nº 24/75 e 87/96, na Lei nº 6.763/75 e no RICMS/02.

Fls. 230 do PTA - item “e” (ano de 2005); Fls. 232 – item “e” (ano de 2006); Fls. 23 - item “c” (ano de 2007); Fls. 237 – item “c” (ano de 2008) e Fls. 240 – item “c” (ano 2009):

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Impugnante alega que produtos como escova de dente, Leite de Magnésia, Sal de Frutas, Sonridor, Sonrisal, etc, adquiridos do fornecedor do Rio de Janeiro GLAXOSMITHKLINE BRASIL LTDA, considerado por ela, Impugnante, estabelecimento industrial, não se enquadram no disposto no item 7.2 do Anexo Único da Resolução nº 3166/01, já que o mesmo considera apenas as notas fiscais emitidas por atacadistas e centrais de distribuição.

Da mesma forma, alega às fls. 235 do PTA, que as fraldas adquiridas do fornecedor BRASFRAL, considerado por ela, Impugnante, estabelecimento industrial, não se enquadram no disposto no item 7.2 do Anexo Único da Resolução nº 3166/01, já que o mesmo considera apenas as notas fiscais emitidas por atacadistas e centrais de distribuição.

Alega também que os produtos creme dental, Corega TABS, Corega Ultra, foram erradamente enquadrados pelo Fisco no item 7.3 da Resolução nº 3.166/01, que diz respeito a perfume e água de colônia de qualquer tipo, desodorante, talco, cosmético e produto de toucador, dos códigos NCM 3303.00, 33.04, 33.05, 33.06, 33.07 e 34.01.

O Fisco informa às fls. 641/642 dos autos que, no entanto, a consulta ao Sistema Integrado de Informações sobre Operações Interestaduais com Mercadorias e Serviços (Sintegra) mostra que a atividade econômica do fornecedor citado é comércio atacadista de medicamentos e drogas de uso humano, com as notas fiscais emitidas e anexadas ao PTA pela Impugnante às fls. 304/306, 365/367, 394/396, 442/445 e 498/510, o Código Fiscal das Operações Próprias (CFOP) consignado foi 6.102, ou seja, típico de operações comerciais.

Afirma ainda o Fisco que, conforme as cópias das notas fiscais acima citadas, a classificação fiscal do produto creme dental é 3306.10.00, o fornecedor carioca tem como atividade o comércio atacadista, conforme consulta ao Sintegra, portanto, o produto está perfeitamente contemplado pelo item 7.3 do Anexo Único da Resolução nº 3166/01, pois o referido item admite 8% (oito por cento) sobre a base de cálculo do imposto na operação realizada com atacadista dos produtos cuja classificação fiscal é 3306.

Por último, afirma que a Impugnante juntou aos autos cópias de declarações emitidas por seus fornecedores dos estados da Bahia, Rio de Janeiro, Santa Catarina e São Paulo, a exemplo das fls. 308/315 e 316/318 do PTA, nas quais eles informam que não usufruem qualquer benefício fiscal, mas que, no entanto, as declarações não são suficientes para comprovar o recolhimento integral do imposto das operações realizadas que foram objeto de estorno de crédito.

Portanto, quanto ao item 7.2 do Anexo Único da Resolução nº 3.166/01, considerando que às fls. 510 (cadastro de CNPJ da empresa fornecedora Glaxosmithkline Brasil LTDA) consta CNAE de industrial, e, quanto ao item 7.3 do mesmo Anexo Único, conforme fls. 642, o Fisco informa que no Sintegra consta que tal empresa é atacadista e, quanto aos produtos, faz menção apenas a creme dental, a Assessoria do CC/MG, conforme fls. 664, item III, solicita diligência ao Fisco, para que junte aos autos, a cópia da consulta Sintegra, e fundamente por que esses dados (Sintegra) devem se sobrepor, quando do confronto com outros dados, a exemplo do

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

cadastro do CNPJ, do qual consta o CNAE de industrial e, quanto ao item 7.3, esclareça se cabem razões à Impugnante no caso dos produtos Corega TABS e Corega Ultra.

Dessa forma, em atendimento à diligência solicitada, o Fisco esclarece:

1) Em relação à empresa fornecedora Glaxosmithkline Brasil Ltda :

- quanto ao item 7.2, junta aos autos cadastro do CNPJ do qual consta CNAE de comércio atacadista (fls. 724), e, conforme já havia apontado às fls. 642, informa às fls. 670, em atendimento à diligência, que se pode verificar nas notas fiscais emitidas pela empresa fornecedora, anexadas ao PTA pela Impugnante, conforme fls. 304/306, 365/367, 394/396, 442/445 e 498/510, que o código fiscal de operações próprias (CFOP) consignado nas respectivas operações é 6.102, ou seja, típico de operações comerciais de venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros.

Observa-se que em algumas das referidas notas fiscais, também consta o CFOP 5.102, o qual também significa “venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros.

- quanto ao item 7.3, afirma às fls. 670 do PTA que, conforme arquivos eletrônicos enviados pela própria Impugnante, os produtos Corega Ultra e Corega TABS possuem NCM 33.06.90.00, estando enquadrados no item 7.3 do Anexo Único da Resolução nº 3166/01.

2) Em relação à empresa fornecedora Brasfral Comércio e Indústria LTDA, CNPJ 06.042560/0001-95:

- conforme indicado pelo Fisco, o CFOP da nota fiscal às fls. 396 é 5.102, indicada pelo Fisco, ou seja, típico de operações comerciais.

Frise-se que o próprio nome dessa empresa fornecedora sugere a não exclusividade de atividade industrial.

Veja-se que também o CFOP das notas fiscais às fls. 345 e 347 (CFOP: 6.403) indica, tipicamente, operações comerciais: “venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros em operação com mercadoria sujeita a ST”.

Cabe ainda ressaltar que, conforme consulta Sintegra acostada pelo Fisco às fls. 720 e 742, consta a atividade econômica de comércio atacadista.

Pelo exposto, deve ser mantida a glosa dos créditos do ICMS.

Fls. 230 do PTA - item “h” (ano de 2005); Fls. 233 – item “g” (ano de 2006); Fls. 236 - item “i” (ano de 2007); Fls. 237 – item “a” (ano de 2008) e Fls. 240 – item “a” (ano 2009):

A Impugnante insurge-se contra o preceito contido no item 3.65 do Anexo Único da Resolução nº 3.166/01 sob a alegação de que as operações realizadas durante o ano de 2005 não estariam contempladas pelo referido item, já que o mesmo foi incluso naquela pela Resolução nº 3.918/07, que passou a produzir efeitos a partir de 07/07/07.

Alega ainda, que a glosa de créditos do imposto referentes às aquisições de cadeados do estado da Bahia, no período de 2005 a 2007, é indevida, visto que tais

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

produtos não se enquadram como ferragens ou ferramentas, e, têm natureza diversa de ambas. Ferragens e ferramentas se enquadram na NCM nº 83.02, cadeados, de outra forma, se enquadram na NCM 83.01, portanto, possuem natureza diversa.

O Fisco afirma às fls. 642/643 do PTA, que o art. 2º, do Decreto Estadual da Bahia nº 7.799/00, concedeu crédito presumido de 16,667% (dezesseis vírgula seiscentos e sessenta e sete por cento) sobre a base de cálculo do imposto para notas fiscais emitidas a partir de 01 de agosto de 2004, o Capítulo 83 da Seção XV da Tabela TIPI, trata de obras diversas de metais comuns contemplando inclusive cadeados (8301.10.00).

As aquisições destes produtos foram realizadas junto ao fornecedor baiano PAPAIZ NORDESTE INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA, CNPJ 02.214.604/0001-66 e que a Resolução nº 165, de 06 de setembro de 2005, publicada no Diário Oficial de 24 e 25 de setembro de 2005, **retificou e ratificou a Resolução nº 71/05, a qual habilitou a PAPAIZ NORDESTE INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA., aos benefícios do DESENVOLVE**, nos seguintes termos:

RESOLUÇÃO Nº 165/2005.

(...)

RESOLVE:

Art. 1º Ratificar a Resolução nº 71, de 23 de março de 2005, que habilitou, "ad referendum" do Plenário, a empresa PAPAIZ NORDESTE INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA., CNPJ nº 02.214.604/0001-66, aos benefícios do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE, retificando o caput do art. 1º e o inciso I do mesmo artigo que passam a vigorar com a seguinte redação:

Art. 1º Considerar habilitado, aos benefícios do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE, o projeto de ampliação da PAPAIZ NORDESTE INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA., CNPJ nº 02.214.604/0001-66, localizado em Salvador - neste Estado, para a produção de cadeados, cilindros e fechaduras para móveis, fechaduras residenciais, artigos tetra chave, dobradiças, acessórios e esquadrias e peças usinadas, injetadas e estampadas, sendo-lhe concedido os seguintes benefícios:

II - dilação de prazo de 72 (setenta e dois) meses para pagamento do saldo devedor do ICMS, relativo às operações próprias, gerado em razão dos investimentos previstos no projeto incentivado, conforme estabelecido na Classe I, da Tabela I, anexa ao Regulamento do DESENVOLVE.

Assim, conforme item IV às fls. 664 do PTA, a Assessoria do CC/MG solicita informações ao Fisco, que informa às fls. 670, item IV, que relativamente ao estorno de crédito do ICMS referente às aquisições de cadeados, a matéria já fora objeto

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

de apreciação pelo Conselho de Contribuintes conforme Acórdão nº 19.975/10/1ª (fls. 165/191 do presente PTA).

Em seguida a Impugnante afirma às fls. 767/768 que tal decisão (Acórdão 19.975/10/1ª) não pode ser aplicada às escuras e que não está provado que o caso desse Acórdão é de compra e venda de cadeados, e que também, a glosa do crédito não pode alcançar operação de 2005, visto que a Resolução nº 3.918/07, somente passou a produzir efeitos em 07/09/07.

O Fisco apenas reitera suas alegações, conforme fls. 780 do PTA.

Inicialmente, cabe frisar que o Acórdão nº 19.975/10/1ª (fls. 165/191) não expõe expressamente o enquadramento de cadeados no item 3.65 do Anexo Único da Resolução nº 3.166/01.

Contudo, considerando que, conforme informado pelo Fisco às fls. 642, o Capítulo 83 da Seção XV da Tabela TIPI trata de obras diversas de metais comuns contemplando inclusive cadeados (8301.10.00), vale destacar que o Capítulo 83 citado abrange tanto cadeados como ferragens. Considerando que o item 3.65 do Anexo Único da Resolução nº 3.166/01 consta como descrição da mercadoria apenas as expressões “ferragens e ferramenta”, o que pressupõe uma abrangência maior, diferentemente, por exemplo, de outros itens da Resolução nº 3.166/01, como por exemplo os itens 1.1 a 1.4, em que o enquadramento é mais restrito, visto que da descrição da mercadoria consta também a NBM/SH, e, considerando também que a quinta coluna do item 3.65 do Anexo Único da referida Resolução estabelece o percentual de crédito admitido e o período (10% s/ BC / NF emitida a partir de 01/08/04), mantida a glosa dos créditos.

Fls. 231 do PTA - item “i” (ano de 2005); Fls. 233 – item “f” (ano de 2006); Fls. 235 - item “d” (ano de 2007); Fls. 236 – item “h” (ano de 2007); Fls. 239 – item “i” (ano 2008) e Fls. 242 – item “j” (ano 2009):

A Impugnante alega que o item 10.1 do Anexo Único da Resolução nº 3166/01 traz uma relação de empresas que gozam de benefícios no Estado de Pernambuco, mas que nenhum de seus fornecedores enquadrados pelo Fisco no item 10.1 consta de tal listagem, e assim, não há que se falar em estorno de crédito.

O Fisco, para ratificar o estorno de crédito realizado, lista os fornecedores do estado de Pernambuco constantes das planilhas de número 3 (Planilha 3 – ESTORNO DO ICMS CONFORME RESOLUÇÃO Nº 3.166 – fls. 129 do PTA) e os respectivos decretos pernambucanos que lhes outorgaram créditos presumidos:

- MAJÉ NE INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MATERIAIS ELÉTRICOS LTDA – Decreto 24.561, de 31 de julho de 2002;

- BUNGE ALIMENTOS S/A – Decreto 23.540, de 30 de agosto de 2001;

- DIAGEO BRASIL LTDA – Decretos 22.924 de 29 de novembro de 2000, 25.744 de 08 de dezembro de 2003, 27.452 de 15 de dezembro de 2004, 28.098 de 07 de agosto de 2005, 29.320 de 17 de junho de 2006;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- UNILEVER BRASIL INDUSTRIAL LTDA – Decretos 21.215 de 29 de dezembro de 1998, 24.054 de 26 de fevereiro de 2002, 28.426, de 10 de janeiro de 2005;

- PERNOD RICARD BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA – Decretos 22.456 de 21 de julho de 2000, 29.408 de 07 de maio de 2006;

- GERDAU AÇOS LONGOS S/A – Decretos 20.848 de 18 de setembro de 1998, 24.050 de 26 de fevereiro de 2002;

- CAMPARI BRASIL LTDA – Decretos 23.074 de 03 de junho de 2001, 23.922 de 27 de dezembro de 2001, 23.923 de 26 de fevereiro de 2002;

- TRAMONTINA DELTA S/A – Decretos 21.166 de 18 de dezembro de 1998, 24.448 de 25 de junho de 2002.

Conforme item V às fls. 664/665 do PTA, a Assessoria do CC/MG solicita ao Fisco que aponte/fundamente a espécie de benefício, o enquadramento dos fornecedores/mercadorias e o percentual de crédito admitido ao destinatário mineiro.

Em atendimento à solicitação de diligência, o Fisco informa às fls. 670, item V: espécie de benefício: crédito presumido; enquadramento dos fornecedores: conforme decretos relacionados às fls. 643 do PTA; mercadorias e percentual de crédito admitido: vejam-se as colunas “S” e “T” das planilhas “PLANILHA 3 – ESTORNO DO ICMS CONFORME RESOLUÇÃO N º 3.166” gravadas em CD-R, conforme fls. 129 do PTA.

Em seguida a Impugnante se manifesta nos autos às fls. 768/769 e alega, em síntese, que com relação ao decreto pernambucano nº 24.561/02, o Fisco deveria ter colacionado seu inteiro teor aos presentes autos como forma de possibilitar sua ampla defesa, e reitera sua argumentação, contudo, somente em relação à empresa Majé.

Já o Fisco, posteriormente, apenas reitera suas alegações, conforme fls. 780 do PTA.

Diante da reclamação da Impugnante de que o Fisco deveria ter colacionado seu inteiro teor aos presentes autos como forma de possibilitar sua ampla defesa, a Assessoria do CC/MG, às fls. 808/842 dos autos, reproduz no parecer de mérito, o inteiro teor dos textos dos Decretos do Estado Pernambucano, por fornecedor, para que a Impugnante tivesse ciência dos decretos pernambucanos relacionados às fls. 643, os quais serviram de base para o Fisco.

Embora a Impugnante afirme que a glosa de créditos é indevida tendo em vista que as empresas não constam da listagem referente ao item 10.1 do Anexo Único da Resolução nº 3.166/01, frise-se que os decretos pernambucanos relacionados pelo Fisco dizem respeito a estímulo da Lei nº 11.675/99 e Decreto nº 21.959/99, ambos do Estado de Pernambuco, sendo que esta lei e este decreto constam do item 10.1 do Anexo Único da Resolução nº 3.166/01.

Cabe ressaltar ainda que na última vez em que se manifesta nos autos a Impugnante questiona somente a glosa dos créditos referentes à empresa fornecedora Majé.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Portanto, correta a glosa dos créditos.

Fls. 231 do PTA - item “j” (ano de 2005); Fls. 234 – item “h” (ano de 2006); Fls. 236 - item “j” (ano de 2007); Fls. 239 – item “j” (ano de 2008) e Fls. 242 – item “k” (ano 2009):

A Impugnante junta ao PTA cópias de notas fiscais (fls. 337/340, 381/383, 430/432, 489/491 e 553/556) e argumenta que são aquisições de produtos veterinários albergados pelos benefícios fiscais concedidos pelo Convênio nº 100/97 (redução condicionada da base de cálculo do ICMS em operações interestaduais), e que, assim, não incidem sobre os mesmos os benefícios consignados pelos itens 4.10 e 7.2 do Anexo Único da Resolução nº 3166/01.

O Fisco afirma que não consta do Convênio nº 100/97 a restrição indicada pela Impugnante, que relativamente às operações realizadas com os fornecedores aludidos, os mesmos têm como atividade econômica o **comércio atacadista** conforme consulta ao Sintegra, que a natureza da operação é venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros, e, o crédito admitido, nos termos dos itens 4.10 e 7.2 é, respectivamente, de 9% (nove por cento) e 10,5% (dez vírgula cinco por cento), e o estorno de crédito realizado está perfeitamente caracterizado.

Conforme item VI às fls. 665 do PTA, a Assessoria do CC/MG solicita ao Fisco que junte aos autos a consulta Sintegra em que o fornecedor seja atacadista.

Em atendimento à solicitação de diligência, o Fisco junta as consultas Sintegra às fls. 723 e 740 do PTA.

A Impugnante reitera suas alegações às fls. 770, contra a qual o Fisco também reitera às fls. 780.

Inicialmente, ressalte-se que às fls. 299 do PTA consta nota fiscal da empresa CMAP, de 25/11/05, com o CFOP 6.102 (venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros).

Frise-se ainda que, conforme fls. 337/341 do PTA, consta das notas fiscais da empresa Vetbrands do Brasil LTDA, acostadas aos autos pela própria Impugnante, também o CFOP 6.102 (venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros).

Assim, pelo exposto, a glosa dos créditos deve ser mantida.

Fls. 232 do PTA - item “a” (ano de 2006) e Fls. 235 – item “c” (ano de 2007):

A Impugnante junta ao PTA cópias de notas fiscais emitidas por fornecedor carioca (fls. 343, 345, 347 e 396) e argumenta, às fls. 232, 235 e 770, que este é estabelecimento industrial, e nesta condição, não poderia ser enquadrado no item 7.2 do Anexo Único da Resolução nº 3.166/01, visto que considera tão somente as operações realizadas por atacadistas e centrais de distribuição.

O Fisco informa que a consulta ao Sintegra indica que o fornecedor fluminense BRASFRAL COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA tem como atividade econômica o comércio atacadista de produtos de higiene pessoal e, nas cópias de notas citadas acima, o código fiscal de operações e prestações consignado é o 6.403 (venda de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

mercadoria adquirida ou recebida de terceiros) em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, na condição de contribuinte substituto, típico de operação comercial.

Conforme item VII às fls. 665 do PTA, a Assessoria do CC/MG solicita ao Fisco que junte aos autos a consulta Sintegra em que o fornecedor seja atacadista, e fundamente o motivo pelo qual esses dados (Sintegra e CFOP) devem se sobrepor, quando do confronto com outros dados, a exemplo do cadastro do CNPJ, do qual consta o CNAE de industrial.

Em atendimento à solicitação de diligência, o Fisco junta as consultas Sintegra, às fls. 742 do PTA, e informa, às fls. 670/671, que não se trata de sobreposição de dados, pois o fornecedor fluminense é atacadista de produtos de higiene pessoal.

Em seguida, a Impugnante volta a afirmar às fls. 770 que o fornecedor é estabelecimento industrial e que o contrário não restou comprovado.

Já o Fisco, posteriormente, apenas reitera suas alegações, conforme fls. 780 do PTA.

Pelo exposto, considerando que a consulta Sintegra fora juntada às fls. 742, e a informação do CFOP indicado nas notas fiscais foi colocada pelo próprio emitente, no momento do seu preenchimento relativamente a cada operação a ser realizada, e, considerando os demais dados das notas fiscais, como a quantidade de produtos, o nome do fornecedor, etc., cabe razão ao Fisco, portanto, a glosa dos créditos deve ser mantida.

Fls. 232 do PTA - item “b” (ano de 2006); Fls. 234 – item “a” (ano de 2007) e Fls. 237 - item “b” (ano de 2008):

A Impugnante alega que o estorno de crédito, nos termos do item 3.1 do Anexo Único da Resolução nº 3.166/01, referente às operações realizadas com o remetente baiano HANDYTECH INFORMÁTICA E ELETRÔNICA LTDA é indevido, visto que este é estabelecimento atacadista e que o item 3.1 citado, trata das operações realizadas com estabelecimento industrial.

O Fisco por sua vez afirma que Decreto nº 4.316, de 19 de junho de 1995, que concedeu benefícios fiscais ao industrial também o concedera ao atacadista, nos termos do inciso II, do art. 1º deste decreto, exposto abaixo, e também expõe o parágrafo único do art. 8º: Veja-se:

II - produtos de informática, por parte de estabelecimento comercial filial de indústria, ou empresa por ela controlada, instaladas no Distrito Industrial de Ilhéus, mesmo que tenham similaridade com produtos fabricados pelos referidos estabelecimentos, observada a disposição do § 1º deste artigo.

Por outro lado, o parágrafo único do art. 8º do mesmo diploma legal consigna que:

Art. 8º (...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Parágrafo único - Nas saídas dos produtos recebidos do exterior o remetente deverá consignar no corpo do documento fiscal a expressão: PRODUTO IMPORTADO SOB REGIME DE DIFERIMENTO, DEC. N° 4.316/95.

O Fisco informa que, observando-se as cópias de notas fiscais emitidas pelo fornecedor baiano (fls. 350/352, 386/388 e 439/440), pode-se constatar, inserida no campo destinado à descrição dos produtos, a expressão acima requerida comprovando indubitavelmente a existência do benefício fiscal.

Assim, conforme item VIII às fls. 665 do PTA, a Assessoria do CC/MG solicita ao Fisco que aponte/fundamente a espécie de benefício, o enquadramento dos fornecedores/mercadorias, o período e o percentual de crédito admitido ao destinatário mineiro.

Em atendimento à solicitação de diligência, o Fisco apenas informa às fls. 671, item VIII, que o estorno foi realizado conforme legislação anexa (Decreto n° 4.316/95 do Estado da Bahia).

Dessa forma, a Impugnante novamente se manifesta nos autos, agora às fls. 770/771, quando afirma que não merece prosperar a glosa relativa às operações existentes entre ela, Impugnante, a empresa Handyteckh, visto que essa seria atacadista, enquanto o item 3.1 da Resolução n° 3.166/01 se refere ao industrial, e também, tendo em vista que, ainda que essa empresa fornecedora fosse industrial, o próprio CC/MG quando da solicitação da diligência, notou que o Decreto n° 4.316 do Estado da Bahia não teria conferido à empresa qualquer benefício fiscal. Já o Fisco, posteriormente, apenas reitera suas alegações, conforme fls. 780 do PTA.

Inicialmente, impende ressaltar que, diferentemente da hipótese aventada pela Impugnante, quando da solicitação de diligência pela Assessoria do CC/MG (fls. 665, VIII), entende-se que esta não está, de forma alguma, reconhecendo que o Decreto n° 4.316 do Estado da Bahia não teria conferido à empresa qualquer benefício fiscal, mas apenas, solicitando ao Fisco informações, no intuito de possibilitar uma decisão fundamentada.

Veja-se o que fora solicitado:

VIII – questionamentos da Impugnante, às fls. 232 do PTA - item b (ano de 2006), fls. 234 – item a (ano de 2007) e fls. 237 - item b (ano de 2008), refutados pelo Fisco às fls. 644/645:

Considerando que o item 3.1 do Anexo Único da Resolução n° 3.166/01 diz respeito ao benefício de estorno de débitos, em operações realizadas por estabelecimento industrial, concedido pelo Decreto 4.316/95 do Estado da Bahia, e, considerando que na manifestação fiscal (fls. 644/645), o Fisco afirma que tal decreto também concedeu benefícios fiscais ao atacadista, nos termos do inciso II, do artigo 1º, e parágrafo único do art. 8º, e considerando que as operações são interestaduais e o parágrafo único do art. 8º faz menção a diferimento, apontar/fundamentar a espécie de benefício, o enquadramento dos fornecedores/mercadorias, o período e o percentual de crédito admitido ao destinatário mineiro.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Quanto à glosa dos créditos, frise-se que, nas Planilhas 3 – ESTORNO DO ICMS CONFORME RESOLUÇÃO nº 3166 – do CD-R às fls. 129 do PTA, o Fisco expõe o CNPJ e a UF do fornecedor, o número da nota fiscal, o item do Anexo Único da Resolução nº 3.166/01, o percentual do crédito admitido, o montante a ser estornado, dentre outros.

O item 3.1 do Anexo Único da Resolução nº 3.166/01 traz a informação de que o benefício fiscal, concedido na origem, o qual dá ensejo ao estorno dos créditos de ICMS é “estorno de débito nas operações realizadas por estabelecimento industrial (Dec. 4.316/95)”, e foi com esse item da Resolução nº 3.166/01 que o Fisco se valeu para efetuar o estorno, conforme dados das planilhas, já referidos.

Frise-se que conforme consulta ao cadastro do CNPJ, a empresa Handytech, CNPJ 00.904.969/0001-97, possui CNAE de atacadista e de industrial:

Com a alegação da Impugnante, em sua técnica de defesa, de que a empresa fornecedora seria estabelecimento atacadista e que isso demonstraria que a glosa é indevida, o Fisco informa, às fls. 644, que o Decreto nº 4.316/95 do Estado da Bahia concedeu benefícios fiscais ao industrial e também ao atacadista, vale dizer, considera que o benefício fiscal é concedido a contribuintes dos dois ramos de atividade.

Assim, considerando os dados trazidos pelo Fisco, considerando os CNAE da empresa fornecedora constante do cadastro do CNPJ, a glosa dos créditos deverá ser mantida.

Quanto ao diferimento suscitado, entende-se que diz respeito a técnica de tributação implementada pela norma baiana referente ao ICMS na importação pelos contribuintes daquele Estado.

Quando da saída do estabelecimento industrial, de produto resultante, em que tenham sido utilizados, componentes importados com o referido diferimento, aí sim ocorre o benefício de estorno de débito, sendo este o caso do item 3.1 da Resolução nº 3.166/01.

Fls. 232 do PTA - item “d” (ano de 2006); Fls. 236 – item “g” (ano de 2007), Fls. 239 - item “h” (ano de 2008) e Fls. 241 – item “h” (ano de 2009):

A Impugnante alega que o estorno de crédito com base nos itens 8.7 e 8.8 do Anexo Único da Resolução nº 3.166/01, os quais trazem uma relação de NCM beneficiados no Estado de São Paulo, é indevido, visto que os produtos adquiridos nas operações realizadas com fornecedores industriais paulistas não se enquadram nos referidos NCM.

O Fisco afirma que, conforme cópias de notas fiscais às fls. 360/362, 419/421, 479/482 e 541/543 do PTA, a classificação fiscal consignada para “monitor de vídeo para computador” é 8528.51.20, que, de fato, essa classificação não está relacionada nos itens 8.7 e 8.8, mas que estes mantêm a classificação fiscal da Nomenclatura Brasileira de Mercadoria (NBM) de 2002, a qual para o produto em comento é 8471.60.74, e, se a Impugnante verificasse a correlação entre a NBM de 2002 e a NCM de 2007, concluiria que a classificação fiscal 8471.60.74 corresponde à 8528.51.20.

Afirma também que, quanto ao produto impressora, o qual também não está relacionado naqueles itens (8.7 e 8.8), o Decreto nº 54.904, de 13 de outubro de 2009, do Estado de São Paulo, que instituiu o programa de incentivo ao investimento pelo fabricante de produtos da indústria de processamento eletrônico de dados, Pró-Informática, no seu art. 15, o acrescentou ao art. 1º do Decreto nº 51.624, de 28 de fevereiro de 2007, que instituiu o regime especial de tributação pelo Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS para contribuintes da indústria de informática (7% de crédito presumido).

Assim, conforme item IX às fls. 665/666 do PTA, a Assessoria do CC/MG solicita ao Fisco que aponte/fundamente o enquadramento dos fornecedores/mercadorias, o período e o percentual de crédito admitido ao destinatário mineiro.

Em atendimento à solicitação de diligência, o Fisco informa às fls. 671, item IX, que o estorno foi realizado conforme legislação anexa (Decreto nº 51.624/07 do Estado de São Paulo).

Dessa forma, a Impugnante, novamente, se manifesta nos autos, agora às fls. 771, quando reitera suas alegações e também afirma, em síntese que, o Fisco, para glosar os créditos de ICMS, não pode se valer de legislação que não a relacionada na Resolução nº 3.166/01.

Já o Fisco, posteriormente, apenas reitera suas alegações, conforme fls. 780 do PTA.

Inicialmente, frise-se que no site da SEF/MG, realmente observa-se a correlação NCM 2007 (8528.51.20) / NBM 2002 (8471.60.74), de forma que cabe razão ao Fisco.

Quanto à mercadoria impressora, considerando que o Decreto nº 51.624/07 do Estado de São Paulo (fls. 695/696) é alterado pelo Decreto nº 54.904, de 13 de outubro de 2009, com efeitos desde 01/09/09, para incluir impressora na lista de produto com crédito presumido, é correta a glosa dos créditos a partir de 01/09/09 para a mercadoria impressora, conforme feita pelo Fisco.

Ressalte-se ainda que conforme já relatado, a Resolução nº 3.166/01 é norma indicativa e orientativa, tanto para o Fisco quanto para os Contribuintes, cujo fim é dar efetividade à regra da não cumulatividade constitucional e à observância do art. 155, § 2º, inciso XII, alínea “g” da Carta Magna.

Como se pode observar nos CD-R acostados aos autos pelo Fisco e pela Impugnante, a glosa de créditos referente à aquisição de impressoras é realizada somente no período a partir de setembro de 2009.

Fls. 238 do PTA - item “f” (ano de 2008) e Fls. 241 – item “e” (ano de 2009):

A Impugnante alega que o estorno de crédito sobre as operações realizadas com os fornecedores capixabas com base nos itens 1.22 e 1.23 do Anexo Único da Resolução nº 3.166/01 é indevido, visto que o benefício fiscal concedido foi revogado pelo Estado do Espírito Santo.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O Fisco afirma que pelo item 1.22 citado, o Estado de Minas Gerais admite o crédito de 1% (um por cento) sobre a base de cálculo do imposto nas operações realizadas a partir de 01 de agosto de 2003 com estabelecimento comercial atacadista daquele estado, em face do crédito presumido de 11% (onze por cento) outorgado pelo art. 107, inciso XXI do RICMS/ES que, de fato, foi revogado pelo art. 5º, do Decreto 2.082-R, de 27 de junho de 2008, conforme abaixo:

Art. 5º - Ficam revogados o inciso XXI e os §§ 2º e 3º, do artigo 107 e o inciso LII do artigo 70 do RICMS/ES, aprovados pelo Decreto nº. 1.090-R, de 25 de outubro de 2002.

Afirma o Fisco que, contudo, o art. 2º do mesmo diploma legal adicionou ao Capítulo XXXIX-A do Título II do RICMS/ES a seção XI-B, mantendo o mesmo benefício fiscal. Veja-se a seguir:

Seção XI-B

Das Operações Realizadas por Estabelecimento Comercial Atacadista.

Art. 530-L-R-B. O estabelecimento comercial atacadista estabelecido neste Estado poderá, a cada período de apuração, estornar, do montante do débito registrado em decorrência de suas saídas interestaduais, destinadas a comercialização ou industrialização, o percentual equivalente a trinta e três por cento, de forma que, após a utilização dos créditos correspondentes apurados no período, a carga tributária efetiva resulte no percentual de um por cento.

De acordo com o item X às fls. 666 do PTA, a Assessoria do CC/MG solicita ao Fisco:

- com relação ao período até o momento da revogação do benefício: juntar aos autos a comprovação/fundamentos de que o fornecedor seja atacadista e de que as operações não se enquadram na nota 34 da Resolução nº 3.166/01;

- com relação ao período posterior à revogação: considerando que o art. 107 do RICMS/ES dispõe sobre crédito presumido e que o art. 530-L-R-B, exposto pelo Fisco às fls. 645/646, faz menção a estorno de débito, esclarecer se realmente trata-se de crédito presumido, e apontar/fundamentar a concessão unilateral do benefício, o enquadramento dos fornecedores e/ou mercadorias, o período e o percentual de crédito admitido ao destinatário mineiro.

- com relação ao item 1.23 do Anexo Único da Resolução nº 3.166/01, juntar aos autos a comprovação/fundamentos de que os fornecedores sejam industriais e de que foi observada a nota 36 da resolução.

Assim, em atendimento à solicitação de diligência, com relação ao item 1.22, o Fisco informa às fls. 671, item X, que o estorno foi realizado conforme legislação que anexa às fls. 705/708, (Decreto 2.082-R, de 27/06/08 do Estado do Espírito Santo) e dados cadastrais dos fornecedores (consulta Sintegra) das quais consta a atividade econômica de atacadista (fls. 744/756).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Com relação ao item 1.23 do Anexo Único da Resolução nº 3.166/01, o Fisco junta às fls. 758, a consulta Sintegra do fornecedor da qual consta a atividade econômica de industrial.

Dessa forma, a Impugnante, novamente, se manifesta nos autos, agora às fls. 771/772, quando alega que o Fisco não atendeu à diligência solicitada pelo CC/MG, que isso a leva à conclusão de nulidade do Auto de Infração por carência de fundamentação e que, assim, não restou refutada a sua alegação de que a glosa é indevida.

Já o Fisco, posteriormente, apenas reitera suas alegações, conforme fls. 780.

Inicialmente, com relação ao item 1.22, frise-se que o Fisco junta aos autos a consulta Sintegra das quais constam a atividade econômica de atacadista.

Com relação à nota 34 do item 1.22 da Resolução nº 3.166/01, observa-se pelos dados constantes do CD-R acostado aos autos, tanto pelo Fisco quanto pela Impugnante, fls. 129 e 276 respectivamente, que as operações relacionadas com essa parte da autuação não se tratam de operações com café, energia elétrica, combustíveis, etc., que a Impugnante não é consumidor final, que é contribuinte do imposto, e que não se tratam de operações sujeitas à substituição tributária.

Veja-se que pelas informações das notas fiscais constantes das planilhas do CD-R, não se trata das referidas mercadorias, não há valores relativos à substituição tributária e o CFOP é 2.102 (compra para comercialização) ou 2910 (entrada de bonificação, doação ou brinde).

Ainda a respeito da nota 34 do item 1.22, quanto às mercadorias terem sido ou não importadas ao abrigo da Lei nº 2.508 de 1970 e quanto à hipótese de os fornecedores serem ou não usuários de sistema eletrônico de processamento de dados e litigantes em processo judicial, frise-se que se trata de hipótese extremamente específica, a Impugnante apesar de por três vezes, ter se manifestado nos autos, não demonstra que as operações se enquadram nessa parte da nota 34.

Ainda acerca da legislação apontada pelo Fisco, no que se refere ao item 1.22 da Resolução nº 3.166/01, cabe ressaltar que após a solicitação de diligência pela Assessoria do CC/MG, este junta aos autos, às fls. 705/708, o Decreto nº 2.082-R/08 do estado do Espírito Santo do qual consta o período, a carga tributária resultante do benefício, o ramo de atividade, etc.

Quanto ao item 1.23 da Resolução nº 3.166/01, o Fisco junta às fls. 758 a consulta Sintegra, da qual consta a atividade econômica de fabricação de metal para a empresa fornecedora Metalosa Indústria Metalúrgica S/A, CNPJ: 27.485.374/0001-09.

Assim, pelo exposto, corretas as exigências fiscais.

Fls. 240 do PTA - item “b” (ano de 2009):

A Impugnante considera igualmente indevida a glosa de crédito do imposto sobre as operações realizadas com o fornecedor cearense CESDE INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ELETRODOMÉSTICOS LTDA, por ser este estabelecimento

industrial, não se enquadra no item 12.1 do Anexo Único da Resolução nº 3166/01, o qual trata de operações com atacadistas.

O Fisco afirma que, conforme consulta ao Sintegra, o fornecedor também tem como atividade econômica o comércio atacadista de equipamentos elétricos de uso pessoal e que, além disso, a Impugnante não trouxe aos autos, elementos que demonstrassem o efetivo recolhimento integral do imposto pelo mesmo.

Conforme item XI às fls. 666 do PTA, a Assessoria do CC/MG solicita ao Fisco que junte aos autos a consulta Sintegra, o que é atendido às fls. 760.

A Impugnante, na última vez em que se manifesta nos autos, já não contesta este item.

Assim, pelo exposto, entende-se que cabe razão ao Fisco, visto que da consulta Sintegra, consta a atividade econômica de atacadista.

Fls. 242 do PTA - item “i” (ano de 2009):

A Impugnante alega que o Fisco glosou créditos do imposto referentes às operações realizadas com o fornecedor SANSUNG ELETRÔNICA DA AMAZÔNIA LTDA, CNPJ 00.280.273/0001-37, situado no Estado do Amazonas, para o qual não há qualquer previsão de estorno.

Contudo, conforme esclarecido pelo Fisco, o fornecedor citado não consta dos levantamentos consignados nas planilhas de número 3 (PLANILHA 3 – ESTORNO DO ICMS CONFORME RESOLUÇÃO 3166), conforme fls. 129 do PTA.

Fls. 235 do PTA - itens “e” e “f” (ano de 2007); Fls. 238/239 – itens “d”, “e” e “g” (ano de 2008) e Fls. 241 - itens “d”, “f” e “g” (ano de 2009):

Para melhor compreensão, separa-se por tópicos os assuntos a que esses itens se referem:

- Fls. 235 do PTA – itens “e” e “f” (ano de 2007), Fls. 239 – item “g” (ano de 2008) e Fls. 241 - itens “f” e “g” (ano de 2009). Questionamentos da Impugnante com fundamento nas declarações de que os fornecedores não possuem benefícios fiscais:

A Impugnante afirma que os fornecedores não gozam de benefício fiscal, conforme declarações carreadas aos autos às fls. 308/315 e 316/318, repetidas às fls. 412, 473/477, 528, 532, 535, 537 e 539, e ainda às fls. 528.

O Fisco afirma às fls. 642 do PTA ser a alegação improcedente visto que as declarações não são suficientes para comprovar o recolhimento integral do imposto das operações realizadas que foram objeto de estorno de crédito.

Conforme item XII às fls. 666 do PTA, a Assessoria do CC/MG solicita ao Fisco que *“Considerando que as alegações suscitadas pela Impugnante, aparentemente não foram refutadas pelo Fisco na manifestação fiscal às fls. 640/646, informar/fundamentar se cabem ou não razões à Impugnante, e proceder às alterações pertinentes se for o caso”*.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Em atendimento à solicitação de diligência, o Fisco informa às fls. 671, item XII, que as alegações da Impugnante foram combatidas às fls.642.

Dessa forma, a Impugnante, novamente, se manifesta nos autos, agora às fls. 772/773, quando alega que comprova por meio das declarações que as fornecedoras não gozam de benefícios fiscais, mas que, segundo o Fisco, essas declarações não são suficientes para autorizar o crédito.

Afirma que cabe ao Fisco provar que as fornecedoras não usufruem de benefícios fiscais, e, isso revela a nulidade da glosa dos créditos, e que o Fisco procedeu a um verdadeiro arbitramento, inadmissível na espécie.

Já o Fisco, posteriormente, apenas reitera suas alegações, conforme fls. 780 do PTA.

Inicialmente, cabe frisar que, o Fisco sustenta que as declarações não são suficientes para comprovar o recolhimento integral do imposto das operações que foram objeto do estorno do crédito.

Entende-se que cabem razão ao Fisco, visto que, as cópias das declarações apresentadas de forma isolada, conforme o foram, não invalidam a imputação fiscal.

Ressalte-se que a Resolução nº 3.166/01 estabelece o percentual de crédito admitido em cada situação específica, cabendo ao Contribuinte autuado, se for o caso, demonstrar que o seu fornecedor não usufrui do benefício.

Repare-se que a Impugnante, tendo em vista as atividades que desenvolve e as peculiaridades da legislação do ICMS, quando transacionar com fornecedores de outros Estados, deve ser diligente e acautelar-se, por meio de documentação, de provas que a credenciem ao crédito do imposto.

Ademais, conforme fls. 02 dos autos, o AIAF fora entregue à Impugnante em 11/11/10, portanto, a Impugnante teve tempo suficiente para trazer os documentos aos autos.

Da mesma forma, saliente-se que a Impugnante se manifesta nos autos, por meio de técnica de defesa, por três oportunidades.

Portanto, as exigências devem ser mantidas.

Por último, impende destacar que, dada as alterações promovidas na legislação concernente ao tema, o estado de Minas Gerais concedeu aos contribuintes prazo para recolhimento das exigências com redução de 95% (noventa e cinco por cento) dos juros e das multas, conforme art. 2º do Decreto nº 45.931 de 20/03/12:

Art. 2º O crédito tributário, formalizado ou não, inscrito ou não em dívida ativa, ajuizada ou não a sua cobrança, relativo a estorno de crédito de ICMS decorrente do recebimento de mercadorias ou serviços em operações ou prestações interestaduais, realizadas até 29 de dezembro de 2011, abrigadas por incentivo ou benefício fiscal ou financeiro vinculado ao imposto, concedido ou autorizado por outra unidade da Federação sem a observância do disposto na alínea "g" do inciso

XII do § 2º do art. 155 da Constituição da República, divulgado ou não em resolução do Secretário de Estado de Fazenda, poderá ser quitado à vista em moeda corrente em agência bancária credenciada a receber tributos estaduais, vedada qualquer forma de compensação, até 31 de março 2012, com redução de 95% (noventa e cinco por cento) das multas e dos juros, observadas as disposições deste Decreto.

Pelo exposto, correta a glosa dos créditos de ICMS provenientes de aquisições interestaduais em que os fornecedores da Impugnante se utilizam de benefícios concedidos pelos estados de origem à revelia de convênio do Confaz, bem da como multa de revalidação e da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXVI da Lei nº 6.763/75.

3ª irregularidade: Aproveitamento indevido de crédito de ICMS, cuja operação subsequente se deu com isenção:

As exigências de apropriação indevida de crédito de ICMS, no período de 03/01/06 a 31/12/08, relativo às aquisições, também interestaduais, de produtos veterinários, cujas saídas internas ocorreram com isenção do tributo prevista no item 4, Anexo I do RICMS/02.

A Impugnante alega, às fls. 243/246 e 621/624 dos autos, que a glosa de créditos decorrentes da aquisição de produtos veterinários viola o princípio da não cumulatividade, ao argumento de que ao admitir-se o estorno dos créditos dos produtos veterinários, estar-se-á, claramente, aumentando o valor do ICMS recolhido ao longo da cadeia.

Alega ainda que tal glosa viola também o princípio da isonomia, visto que, de acordo com o item 4.1 do Anexo I do RICMS/02, os estabelecimentos industriais que vendam os respectivos produtos veterinários comercializados pela Impugnante, não estarão obrigados a estornar o respectivo crédito.

A Impugnante expõe ainda o art. 150, inciso II da CR/88 e doutrinas.

O Fisco afirma às fls. 646 que está correto o estorno exigido, eis que pelo prescrito na legislação estadual, referindo-se às entradas de mercadorias quando as saídas são amparadas com isenção, a Impugnante deveria ter efetuado o estorno.

Informa que o estorno do crédito em casos de saída com isenção do imposto encontra-se incluído dentre as hipóteses do inciso II do § 2º do art. 155 da Constituição Federal de 1988.

O Fisco destaca, ainda, que esta matéria já foi objeto de apreciação por este Conselho conforme Acórdãos nºs 19.222/09/1ª, 3.492/09/CE e 19.975/10/1ª (fls. 140/191 do PTA).

Cabe ressaltar que o estorno de crédito aqui analisado tem previsão expressa na CF/88. Conforme bem apontado pelo Fisco, na alínea “b” do inciso II do § 2º do artigo 155 da CR/88, *in verbis*:

§ 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

I - será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal;

II - a isenção ou não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação:

a) não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes;

b) acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores; (grifou-se).

O art. 32, inciso I da Lei nº 6.763/75, obriga que se proceda ao estorno do crédito, na situação em análise:

Art. 32. O contribuinte deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado sempre que o serviço tomado ou a mercadoria ou o bem entrado no estabelecimento:

I - for objeto de operação ou prestação subseqüente não tributada ou isenta, sendo esta circunstância imprevisível na data da entrada da mercadoria ou do bem ou da utilização do serviço; (grifou-se).

A discordância da Impugnante não é suficiente para afastar as exigências constantes neste item, portanto corretas as exigências, por restar caracterizada a irregularidade.

No que diz respeito as arguições de inconstitucionalidade apresentadas pela Impugnante, sabe-se que não cabe a este Órgão Julgador Administrativo apreciar estas questões, haja vista as limitações estatuídas no art. 182, inciso I da Lei nº 6.763/75 c/c o art. 110, inciso I do RPTA, *in verbis*:

Lei 6.763/75

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

Por fim, com relação ao pedido de cancelamento ou redução das penalidades, nos termos do art. 53, § 3º da Lei nº 6.763/75, o benefício não pode ser

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

aplicado ao caso presente, em razão de se tratar de infração que resultou em falta de pagamento de imposto.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. No mérito, pelo voto de qualidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco às fls. 562/569, e, ainda, para excluir as exigências referentes as notas fiscais dos fornecedores, para os quais o Fisco da Bahia declara a inexistência de benefícios (fls. 316/317), e a Multa Isolada do art. 54, inciso VI da Lei nº 6.763/75, por inaplicável à espécie. Vencidos, em parte, a Conselheira Ivana Maria de Almeida (Relatora), que mantinha a multa isolada excluída, adequando-a ao disposto no § 4º, art. 54 do mesmo diploma legal, e os Conselheiros Antônio César Ribeiro (Revisor) e Sauro Henrique de Almeida, que, ainda, excluía as notas fiscais cujos fornecedores declararam a inexistência de benefícios (fls. 308 a 314 e 318). Designado relator o Conselheiro José Luiz Drumond. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Frederico Menezes Breyner e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Marcelo Pádua Cavalcanti. Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros vencidos o Conselheiro Sauro Henrique de Almeida.

Sala das Sessões, 13 de junho de 2012.

José Luiz Drumond
Presidente / Relator Designado

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão:	20.511/12/3ª	Rito: Ordinário
PTA/AI:	01.000168464-50	
Impugnação:	40.010128961-10	
Impugnante:	Martins Comércio e Serviços de Distribuição S/A	
	IE: 702513460.00-75	
Proc. S. Passivo:	Sacha Calmon Navarro Coêlho/Outro(s)	
Origem:	DF/Uberlândia	

Voto proferido pela Conselheira Ivana Maria de Almeida, 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 e se restringe à exclusão da Multa Isolada, capitulada no art. 54, inciso VI da Lei nº 6.763/75, c/c art. 215, inciso VI, alínea “f” do RICMS/02,.

Os votos majoritários defenderam a tese de que a Multa Isolada aplicável *in casu* seria a prevista no art. 55, inciso VII da Lei nº 6.763/75.

Transcreve-se o dispositivo aplicado no lançamento:

Lei nº 6.763/75

Art. 54 - As multas para as quais se adotará o critério a que se refere o inciso I do caput do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

VI - por emitir documento com falta de qualquer requisito ou indicação exigida em regulamento ou emití-lo com indicações insuficientes ou incorretas, bem como imprimir ou mandar imprimir documento fiscal em desacordo com a autorização da repartição competente - de 1 (uma) a 100 (cem) UFEMGs por documento;

RICMS/02

Art. 215 - As multas calculadas com base na UFEMG, ou no valor do imposto não declarado, são:

(...)

VI - por emitir documento com falta de requisito ou indicação exigida neste Regulamento ou emití-lo com indicações insuficientes ou incorretas, bem como imprimir ou mandar imprimir documento fiscal em desacordo com a autorização da repartição competente - por documento:

(...)

f) natureza da operação ou da prestação e condições do pagamento; alíquota do ICMS e destaque do imposto devido; nome da empresa de transporte e seu endereço, ou o número da placa do veículo, Município e Estado de emplacamento, quando se tratar de transportador autônomo: 42 (quarenta e duas) UFEMG; (grifou-se).

(...)

Como se observa, há previsão da penalidade para a emissão de documento fiscal com indicações insuficientes ou incorretas.

Ora, é patente nos autos que a Autuada informou base de cálculo incorreta, tanto quanto é patente a incorreção no destaque do ICMS, posto insuficiente.

Certo é que a legislação prevê penalidade por consignar em documento fiscal que acobertar a operação ou a prestação base de cálculo diversa da prevista na legislação.

Entretanto, o fato do procedimento da Autuada também se amoldar a essa previsão não ilide a ocorrência de ela ter emitido documento fiscal com indicações incorretas.

Para fins de aplicação de penalidade, havendo subsunção do fato à norma tributária, correta se torna sua aplicação, sendo despidendo avaliar *in casu* a motivação que gerou a emissão do documento de forma incorreta, a teor do disposto no art. 136 do CTN

Outrossim, a atitude da Contribuinte se mostra contumaz. Conforme Acórdão nº 19.222/09/1ª, constata-se que ela já foi anteriormente autuada pela mesma inobservância da legislação. Acrescente que, naquele caso, a decisão, por unanimidade, manteve a aplicação da multa prevista no art. 54, inciso VI da Lei nº 6.763/75, c/c art. 215, inciso VI, alínea “f” do RICMS/02.

Assim, *data venia*, não se faz coerente também o entendimento dos votos majoritários de que o recolhimento a menor do imposto se deve a interpretação “errônea” da Impugnante, quanto ao tratamento tributário em relação às mercadorias dadas em bonificação.

Pelo exposto, correta é a aplicação da penalidade isolada exigida no lançamento.

Por fim, impende destacar que, conforme Lei nº 19.978, de 28/12/11, e vigência estabelecida em 1º/01/2012, a multa prevista no art. 54, inciso VI da Lei nº 6.763/75 passou a ter um limitador na sua aplicação.

Dessa forma, e considerando que para PTA não definitivamente julgado, a lei aplica-se a ato ou fato pretérito quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática, nos termos do art. 106, inciso II, alínea

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

“c” do CTN, necessário se faz observância ao disposto no § 4º do art. 54 da Lei nº 6.763/75. Confira-se a redação do dispositivo, *in verbis*:

§ 4º Na hipótese do inciso VI do caput deste artigo, a multa fica limitada a duas vezes e meia o valor do imposto incidente na operação, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento) do valor da operação, inclusive quando amparada por isenção ou não incidência.

Sala das Sessões, 13 de junho de 2012.

**Ivana Maria de Almeida
Conselheira**

CC/MG

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão:	20.511/12/3ª	Rito: Ordinário
PTA/AI:	01.000168464-50	
Impugnação:	40.010128961-10	
Impugnante:	Martins Comercio e Serviços de Distribuição S/A	
	IE: 702513460.00-75	
Proc. S. Passivo:	Sacha Calmon Navarro Coêlho/Outro(s)	
Origem:	DF/Uberlândia	

Voto proferido pelo Conselheiro Antônio César Ribeiro, nos termos do art. 53 do Regimento Interno do CC/MG.

Com a devida “vênia” dos votos majoritários, reputo que sendo o feito fiscal calcado em presunção, isto é, presunção legítima do Fisco que demonstrou, em um primeiro momento, a existência de um benefício fiscal outorgado pelo Estado remetente, tem-se, no caso vertente que esta presunção foi satisfatoriamente ilidida pela Autuada, pois, como se vê dos autos, a Contribuinte autuada trouxe declarações dos seus fornecedores atestando que não usaram de tais benefícios.

Ora, se a existência do benefício é uma presunção legítima em favor do Fisco, tem-se, de outro lado, que a declaração do fornecedor atestando que não usou do benefício, também é legítima para afastar a presunção fiscal mencionada, restando a partir daí e ao Fisco, o mister de ilidir a veracidade desta citada declaração.

Diante do exposto, julgo parcialmente procedente o lançamento para cancelar as exigências fiscais daquelas operações cujos remetentes declararam não ter usado dos benefícios fiscais sustentados pelo Fisco.

Sala das Sessões, 13 de junho de 2012.

**Antônio César Ribeiro
Conselheiro**