

Acórdão: 23.378/19/1ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.001008780-65
Impugnação: 40.010147269-63
Impugnante: RN Comércio Varejista S.A
IE: 001813198.29-71
Proc. S. Passivo: Rafael Fabiano dos Santos Silva/Outro(s)
Origem: DF/Contagem

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOR. Constatada a retenção e o recolhimento a menor do ICMS devido por substituição tributária em razão da utilização, em forma de créditos, de valores indevidos e irregularmente lançados na escrita fiscal. Infração caracterizada tendo em vista a inobservância dos procedimentos previstos nos arts. 28 a 36 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA ou art. 22 e seguintes da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02, reforçada pela constatação da interpretação equivocada, por parte da Autuada, acerca da formação da base de cálculo do ICMS, bem como em razão da falta de comprovação das perdas. Corretas as exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso I e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXVI, ambos da Lei nº 6.763/75.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre aproveitamento indevido de créditos de ICMS, ocasionando o recolhimento a menor de ICMS/ST devido pela Autuada, em razão de regime especial a ela concedido que lhe atribui a responsabilidade pela retenção/recolhimento do ICMS na saída da mercadoria do seu estabelecimento, no período de abril, junho, agosto e novembro de 2016.

Relata a Fiscalização que a autuação decorreu da análise dos dados informados pela Autuada à SEF/MG, conforme escrituração fiscal detalhada nos arquivos digitais SPED, nos quais constatou diversos lançamentos de ajustes a crédito em desacordo com a legislação tributária. Referidos créditos foram lançados nos ajustes “E 220” e foram aproveitados sem base legal e à revelia dos procedimentos legais instituídos para tal *mister*.

Exige-se o ICMS/ST recolhido a menor em razão do creditamento indevido, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, c/c §2º, inciso I, e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVI, ambos da Lei nº 6.763/75, conforme Demonstrativo do Crédito Tributário constante do Anexo 3 dos autos (fls. 51).

Da Impugnação

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 104/133. Requer, ao final, a procedência da impugnação.

Da Manifestação Fiscal

A Fiscalização, em Manifestação de fls. 152/170, refuta as alegações da Defesa e requer, preliminarmente, o indeferimento do pedido de realização de prova pericial e a rejeição da arguição de nulidade do lançamento. No mérito, a procedência do lançamento.

Do Parecer da Assessoria

A Assessoria do CCMG, em Parecer de fls. 175/202, opina, em preliminar, pela rejeição das prefaciais arguidas e pelo indeferimento da prova pericial requerida, no mérito pela procedência do lançamento.

DECISÃO

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

Das Preliminares

Da Arguição de Nulidade

Como bem destacado pela Fiscalização, não procede a arguição de nulidade do lançamento apresentada pela Defesa sob a alegação de que “ao glosar o crédito apropriado em desacordo com a legislação, o Fisco deixou de observar o princípio da verdade material, atuando de maneira simplista mesmo mediante análise de todos os documentos necessários a elucidar a questão”.

É ainda sustentado pela Impugnante que “os lançamentos devem refletir a realidade dos fatos e não se pode admitir o enriquecimento da Administração Pública, de acordo com o princípio da moralidade do art. 37 da Constituição da República de 1988 - CR/88 e do art. 2º da Lei nº 9.784/99”.

Contudo, a Impugnante não observou os procedimentos previstos na legislação tributária relativos ao suposto indébito tributário, bem como ao ressarcimento do ICMS/ST recolhido, conforme se verá na fase meritória.

Ademais, como deixou consignado a Fiscalização, a Impugnante entende que faria *jus* à restituição de indébito por suposto pagamento a maior de ICMS/ST amparando-se em interpretação equivocada da legislação tributária e, também, sequer comprovou as alegadas perdas de mercadorias ditas ocorridas.

Esclareça-se, contrariamente ao alegado pela Defesa, que a exigência de observância ao disposto nos arts. 28 a 36 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA e ao art. 22 e seguintes da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02, para fins do creditamento do indébito tributário ou de

imposto pago cuja operação subsequente não se realizou, não se trata de mera obrigação formal, uma vez que é no cumprimento destes procedimentos que o contribuinte apresenta ao Fisco a documentação adequada e revestida dos requisitos legais a respaldar o crédito de ICMS.

Desse modo, não restam dúvidas que a Fiscalização agiu nos termos da lei, não havendo que se falar em excesso de formalismo como tangenciado pela Impugnante.

Nesse sentido, em situações similares a dos presentes autos, já decidiu o E. Tribunal de Justiça de Minas Gerais - TJMG:

EMENTA: REEXAME NECESSÁRIO CONHECIDO DE OFÍCIO/ APELAÇÕES CÍVEIS - TRIBUTÁRIO- EMBARGOS À EXECUÇÃO- ICMS - ICMS - LANÇAMENTO DE OFÍCIO - DECADÊNCIA - PAGAMENTO PARCIAL - ART. 150, §4º, DO CTN- AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA SITUAÇÃO AUTORIZATIVA DE ESTORNO- IMPOSTO DEVIDO AQUISIÇÃO/DEVOLUÇÃO/TROCA DE MERCADORIAS - ART. 76 DO RICMS/02 - OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - INOBSERVÂNCIA - CREDITAMENTO INDEVIDO - RECOLHIMENTO A MENOR- BENEFÍCIOS FISCAIS CONCEDIDOS UNILATERALMENTE PELO ESTADO DE ORIGEM- NÃO APROVAÇÃO PELO CONFAZ- APROVEITAMENTO DE CRÉDITO DE ICMS - IMPOSSIBILIDADE - OFENSA AO PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE- INEXISTÊNCIA- MULTAS DE REVALIDAÇÃO E ISOLADA- CUMULAÇÃO- POSSIBILIDADE- PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO- INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO- SENTENÇA REFORMADA. (...)

2. O FATO GERADOR DO ICMS OCORRERÁ COM A SAÍDA DA MERCADORIA DO ESTABELECIMENTO DO CONTRIBUINTE, NOS TERMOS DO ART.12 DA LC 87/96, SENDO DEVIDO O IMPOSTO QUANDO NÃO FICAREM DEMONSTRADOS OS MOTIVOS PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA QUE AUTORIZAM O ESTORNO.

3. POR NÃO TEREM SIDO CUMPRIDAS AS OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS, DEVE SER RECONHECIDA A LEGALIDADE DO LANÇAMENTO FISCAL, NOS TERMOS DOS ARTIGOS 76 E 78 DO RICMS. (GRIFOU-SE).

(...)

6. É POSSÍVEL A CUMULAÇÃO DAS MULTAS DE REVALIDAÇÃO E ISOLADA, POR TEREM SIDO APLICADAS EM RAZÃO DE INFRAÇÕES DISTINTAS.

7. NÃO EXISTE OFENSA AO PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO QUANDO AS PENALIDADES SÃO APLICADAS COM BASE NA LEGISLAÇÃO, TENDO POR FINALIDADE COIBIR A PRÁTICA DE ILÍCITOS TRIBUTÁRIOS, O QUE JUSTIFICA A FIXAÇÃO EM PERCENTUAIS RIGOROSOS.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(TJMG - APELAÇÃO CÍVEL 1.0105.12.024270-3/001, RELATOR(A): DES.(A) AFRÂNIO VILELA, 2ª CÂMARA CÍVEL, JULGAMENTO EM 07/05/2015, PUBLICAÇÃO DA SÚMULA EM 11/05/2015)

EMENTA: TRIBUTÁRIO - ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITOS - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO QUANTO AO RETORNO DAS MERCADORIAS - INFRINGÊNCIA AO ART. 78 DO RICMS/96 - SENTENÇA MANTIDA.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0290.04.011189-7/001 - COMARCA DE VESPASIANO - APELANTE(S): CIA CIMENTO PORTLAND ITAU - APELADO(A)(S): FAZENDA PÚBLICA ESTADO MINAS GERAIS - RELATOR: EXMO. SR. DES. AUDEBERT DELAGE

ACÓRDÃO
(...)

VOTO

TRATA-SE DE APELAÇÃO INTERPOSTA POR CIA. CIMENTO PORTLAND ITAÚ EM FACE DA R. SENTENÇA DE FLS. 349/353, COMPLEMENTADA PELA DE FL. 356, QUE JULGOU IMPROCEDENTES OS EMBARGOS E CONDENOU O EMBARGANTE NAS DESPESAS DO PROCESSO E NOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS ARBITRADOS EM 5% SOBRE O VALOR DO DÉBITO.

BUSCA A EMBARGANTE A REFORMA DA SENTENÇA RECORRIDA (FLS. 359/365), ALEGANDO QUE O CRÉDITO É INEXIGÍVEL, QUE COMPROVOU QUE CUMPRIU PARTE DOS REQUISITOS EXIGIDOS EM LEI PARA QUE TIVESSE DIREITO AO CRÉDITO EM QUESTÃO E QUE A PRETENSÃO FISCAL SE PAUTA EM EXCESSIVO RIGOR. CONTRARRAZÕES ÀS FLS. 369/372. (GRIFOU-SE).

(...)

A MEU SENTIR, A DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU NÃO ESTÁ A MERECER REFORMA.

TRATA-SE EMBARGOS À EXECUÇÃO ONDE DISCUTE-SE CRÉDITO TRIBUTÁRIO DECORRENTE DO APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITOS DE ICMS, REFERENTES À RECUPERAÇÃO INDEVIDA DO IMPOSTO ANTERIORMENTE DEBITADO, RELATIVO AO RECEBIMENTO EM RETORNO INTEGRAL DE MERCADORIAS SUPOSTAMENTE NÃO ENTREGUES AO DESTINATÁRIO, EM DESCUMPRIMENTO AO ART. 78 DO RICMS/96 QUE ASSIM DISPÕE: (GRIFOU-SE)

(...)

NOS TERMOS DO DISPOSITIVO ACIMA TRANSCRITO, A EMPRESA DEVERÁ CUMPRIR CERTOS REQUISITOS PARA RECUPERAR O IMPOSTO ANTERIORMENTE DEBITADO. ENTRETANTO, CONFORME SE DEPREENDE DOS DOCUMENTOS PRESENTES NOS AUTOS E DA PERÍCIA REALIZADA, A EMBARGANTE NÃO COMPROVOU QUE AS

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

MERCADORIAS FORAM REALMENTE DEVOLVIDAS OU MESMO O CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS NO MENCIONADO ART. 78.

DESTA FORMA, AUSENTE QUALQUER COMPROVAÇÃO DE QUE OS CRÉDITOS FORAM APROPRIADOS DE FORMA DEVIDA, JÁ QUE NÃO DEMONSTRADO O RETORNO DAS MERCADORIAS E O CUMPRIMENTO DO DISPOSITIVO LEGAL APLICÁVEL, DEVE SER MANTIDA A EXIGÊNCIA. É DE SE SALIENTAR QUE O PRÓPRIO CONTRIBUINTE CONFESSA QUE NÃO CUMPRIU OS REQUISITOS EM QUESTÃO.

VALE RESSALTAR QUE, CONTRARIAMENTE AO ALEGADO PELO APELANTE, A OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 78 DO RICMS/96 NÃO SE TRATA DE MERA OBRIGAÇÃO FORMAL. APENAS DOCUMENTAÇÃO IDÔNEA, ADEQUADA E REVESTIDA DOS REQUISITOS LEGAIS PODE GERAR CRÉDITO DE ICMS. SENDO ASSIM, A FISCALIZAÇÃO AGIU NOS TERMOS DA LEI, NÃO HAVENDO SE FALAR EM EXCESSO DE FORMALISMO COMO QUIS O RECORRENTE. (GRIFOU-SE)

ALÉM DISSO, NOS TERMOS DO ART. 136 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, "A RESPONSABILIDADE POR INFRAÇÕES DA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA INDEPENDE DA INTENÇÃO DO AGENTE OU DO RESPONSÁVEL E DA EFETIVIDADE, NATUREZA E EXTENSÃO DOS EFEITOS DO ATO".

NESSE SENTIDO:

"EMENTA: 1) TRIBUTÁRIO. TRANSPORTE DE MERCADORIA ACOBERTADAS DE NOTAS FISCAIS INIDONEAS. TRIBUTO E MULTAS DEVIDAS. A ALEGAÇÃO DE TRANSPORTE EM RETORNO NÃO MERECE PROSPERAR, SE NÃO FOI OBSERVADO OS PROCEDIMENTOS ATINENTES À SITUAÇÃO DISPOSTOS NA LEI TRIBUTÁRIA. FIGURA COMO RESPONSÁVEL TRIBUTÁRIO, NOS CASOS PREVISTOS NA LEI, O TRANSPORTADOR QUE PRESTA SERVIÇO EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA." (PROCESSO Nº 1.0079.04.123694-8/001, DESEMBARGADOR RELATOR BRANDÃO TEIXEIRA, JULGADO EM 14/08/2007, PUBLICADO EM 31/08/2007)

(GRIFOU-SE).

"EMENTA: EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITOS DE ICMS PELA AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS ALHEIAS À ATIVIDADE COMERCIAL DA EMPRESA. RECUPERAÇÃO IRREGULAR DO IMPOSTO DEBITADO EM OPERAÇÕES PARA FORA DO ESTADO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO EFETIVO RETORNO. APLICABILIDADE DOS ARTS. 70 E 78 DO RICMS. EXCLUSÃO DA TAXA SELIC. MULTA. IMPOSIÇÃO LEGAL." (PROCESSO Nº 1.0016.03.033004-3/001, DESEMBARGADOR RELATOR MACIEL PEREIRA, JULGADO EM 28/10/2004, PUBLICADO EM 26/11/2004)

ANTE TAIS CONSIDERAÇÕES, NEGO PROVIMENTO AO APELO, PARA MANTER INALTERADA A SENTENÇA. (...)

Não há que se falar, portanto, em nulidade do lançamento, uma vez que ele foi efetuado com respaldo na legislação tributária vigente, e na sua lavratura foram observados todos os requisitos, materiais e formais, em especial as disposições do at. 89 do RPTA, necessários e suficientes para que se determine, com segurança, a natureza das infrações.

Assim, rejeita-se a preliminar arguida.

Do pedido de prova pericial

A prova pericial requerida pela Impugnante revela-se desnecessária para o desate da contenda, pois os quesitos propostos (fls. 130/131), os quais visam a interpretação da legislação tributária ou respostas a questionamentos que já se encontram nos autos, não demandam conhecimento que não tenham os Conselheiros deste Órgão Julgador, bem como se refere a informações claramente dispostas na legislação tributária e/ou constantes da documentação colacionada aos autos.

Nesse sentido, manifestou-se a Fiscalização:

Solicita perícia e aponta 8 quesitos que considera relevantes para serem dirimidos.

Não há que se falar em pedido de perícia uma vez que a única dúvida que paira sobre o lançamento é pertinente à interpretação do que seria a correta base de cálculo do imposto, no tocante à abrangência do custo das mercadorias em relação ao PIS/COFINS na base de cálculo do ICMS OP e seus reflexos.

De acordo com 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 dispondendo 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 provando depender de conhecimentos técnicos ou especiais e essa prova tiver utilidade diante dos elementos disponíveis para exame.

Assim, a perícia, 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. Neste sentido, segue o art. 142, § 1º, inciso II, alínea “a” do RPTA, aprovado pelo Decreto nº 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:
(...)

II - será indeferido quando o procedimento for:

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

Entretanto, verifica-se que os elementos carreados aos autos pela Fiscalização mostram-se suficientes para a elucidação das questões postas. Em relação aos quesitos apresentados, verifica-se que encontram respostas na análise das informações e documentos dos autos pela Fiscalização, dos quais a Contribuinte detém conhecimento pleno.

Desse modo, constata-se que os quesitos propostos não demandam especialista com conhecimentos técnicos específicos e as respostas dos questionamentos encontram-se no conjunto probatório constante dos autos.

Portanto, a produção de prova pericial é desnecessária para a elucidação das irregularidades apuradas.

Os quesitos apresentados querem aprofundar na exatidão dos cálculos de base de cálculo ST com expurgo do PIS/COFINS apresentados pelo impugnante, ou seja, solicitando conferência de seus valores por ele reclamados.

Ora, caberia ao impugnante, em caso de incorreção detectar valores e apontá-los.

Se pretende apropriar crédito extemporâneo, qualquer que seja o motivo, deve apresentar os cálculos para análise do fisco e não solicitar que o perito apure o montante.

Como tais valores já foram objeto de creditamento à revelia da fiscalização por ausência de requerimento, e carecem de fundamentação legal no seu próprio mérito, os valores foram autuados pelo fisco de forma integral.

Vale citar, a propósito, decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais abordando a questão:

(...)

Assim, indefere-se a prova pericial requerida, nos termos do disposto no art. 142, § 1º, inciso II, alínea “a”, do RPTA.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Do Mérito

Conforme relatado, a autuação versa sobre aproveitamento indevido de créditos de ICMS, ocasionando o recolhimento a menor de ICMS/ST devido pela Autuada, em razão de regime especial a ela concedido que lhe atribui a responsabilidade pela retenção/recolhimento do ICMS na saída da mercadoria do seu estabelecimento (Regime Especial de Tributação - RET nº 061/2012 de fls. 86/102), no período de abril, junho, agosto e novembro de 2016.

Relata a Fiscalização que a autuação decorreu da análise dos dados informados pela Autuada à Secretaria de Estado da Fazenda de Minas Gerais - SEF/MG, conforme escrituração fiscal detalhada nos arquivos digitais SPED, nos quais constatou diversos lançamentos de ajustes a crédito em desacordo com a legislação tributária. Referidos créditos foram lançados nos ajustes "E 220" e foram aproveitados sem base legal e à revelia dos procedimentos legais instituídos para tal *mister*.

Exige-se o ICMS/ST recolhido a menor em razão do creditamento indevido, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, c/c §2º, inciso I, e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXVI, ambos da Lei nº 6.763/75, conforme Demonstrativo do Crédito Tributário constante do Anexo 3 dos autos (fls. 51).

Consta às fls. 09 dos autos, relação dos créditos de ICMS indevidamente apropriados pela Autuada:

período	valor (R\$)	ajuste	descrição E 220	esclarecimentos adicionais
abr/16	3.773.914,53	MG120008	OUTROS CRÉDITOS ref. lançamento recolhimento indevido/maior	1.1 - R\$ 3.616.146,75 notas diferença PIS/COFINS - atualizadas pela Selic (notas de 04/2012 a 02/2016); 1.2 - R\$ 157.767,79 - perdas (notas de 04/2012 a 03/2016).
jun/16	153.346,09	MG120008	OUTROS CRÉDITOS ICMS/ST recolhido a maior	Convênio 52/91 - aproveitamento indevido redução da base de cálculo - lava louças.
ago/16	301.485,37	MG120008	OUTROS CRÉDITOS ref. lançamento de imposto a recuperar	Diferenças PIS/COFINS ST 03 a 07/2016 (notas de 02/2011 a 07/2016)
nov/16	715.981,70	MG120008	OUTROS CRÉDITOS ref. lançamento de imposto a recuperar	Perdas conforme planilha 11/2016 (notas de 04/2012 a 03/2016)
nov/16	192.757,63	MG120008	recuperação ICMS/ST saídas em transferência	Diferença PIS/COFINS ST 08 a 11/2016

Às fls. 56/84 constam cópias SPED relatório de ajustes e DAPIs do período autuado.

Inicialmente vale destacar que, no caso de imposto recolhido a maior (conforme alegado pela Impugnante em relação ao PIS/COFINS indevido na base de cálculo do imposto), bem como em razão da suposta falta de aplicação de redução da base de cálculo do imposto nas saídas de lava-louças (matéria não discutida pela Impugnante), a situação indica rumo ao requerimento de restituição do pagamento

indevido, segundo as normas do RPTA, especialmente em seus arts. 28 a 36, procedimento este não observado pela Autuada no caso em apreço, o que já é suficiente para fundamentar o estorno dos créditos em exame.

Portanto, há procedimento claramente definido pela norma processual para proteger o direito da empresa da eventual locupletação indevida do estado.

Nesse contexto, é imperioso lembrar que não compete ao CC/MG negar aplicação de dispositivo legal, nos termos do art. 110, inciso I do RPTA (art. 182, inciso I, da Lei nº 6.763/75).

Acresça-se que não prospera o entendimento da Impugnante no sentido de que, nas transferências de mercadorias entre estabelecimentos de mesma titularidade, em operações internas, haveria a exclusão do PIS e da COFINS da base de cálculo do ICMS, por serem estes tributos recuperáveis.

Por esse motivo, entende a Autuada, erroneamente, que nas saídas de mercadorias promovidas em transferência para estabelecimento de mesmo titular, em operações internas, o ICMS e, conseqüentemente, o ICMS/ST inicialmente apurados estariam inflados indevidamente com esses impostos.

Dessa forma, procedeu ao recálculo do custo da mercadoria (expurgando dele o PIS/COFINS) para compor a “nova” base de cálculo das transferências de mercadorias em operações internas, adotando-se, portanto, o “custo da mercadoria”.

E, recomposta a base de cálculo do ICMS operação própria, esta seria o ponto de partida para a formação da base de cálculo do ICMS/ST (com agregação da MVA).

Com esse entendimento, a Autuada, repita-se, sem sequer observar os procedimentos previstos no RPTA para a restituição do indébito, lançou na sua escrita fiscal a diferença entre o ICMS/ST anteriormente apurado, no seu entendimento a maior, e o ICMS/ST então apurado após o referido recálculo, conforme rubrica constante do quadro acima “notas diferença PIS/COFINS - atualizadas pela Selic”.

Alega a Autuada que tal prática está de acordo com as normas contábeis e fundamenta-se no Regulamento do Imposto de Renda, Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999, que em seu art. 289, §3º, expressamente determina que “não se incluem no custo os impostos recuperáveis através de créditos na escrita fiscal”.

Contudo, razão não assiste à Autuada, pois a base de cálculo do ICMS nas transferências de mercadorias nas operações internas, promovidas pelo remetente comerciante, caso dos presentes autos, ponto de partida para apuração do ICMS/ST devido, é o valor de custo correspondente à entrada mais recente da mercadoria, acrescido do valor do serviço de transporte e dos tributos incidentes na operação (art. 43, inciso IV, subalínea “a.3.1” do RICMS/02):

Art. 43. Ressalvado o disposto no artigo seguinte e em outras hipóteses previstas neste Regulamento e no Anexo IV, a base de cálculo do imposto é:

(...)

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

ressalvada a hipótese prevista na alínea seguinte, o valor da operação ou, na sua falta:

(...)

a.3) caso o remetente seja comerciante:

a.3.1) na transferência de mercadoria, em operação interna, o valor de custo correspondente à entrada mais recente da mercadoria, acrescido do valor do serviço de transporte e dos tributos incidentes na operação. (Grifou-se).

(...)

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

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

b.2) o custo da mercadoria produzida, assim entendido a soma do custo da matéria-prima, material secundário, mão-de-obra e acondicionamento, observado o disposto nos §§ 2º e 3º deste artigo;

(...) (grifou-se)

Verifica-se que a base de cálculo determinada pela legislação para as transferências internas em análise é o valor do custo correspondente à entrada mais recente da mercadoria, acrescido do valor do serviço de transporte e dos tributos incidentes na operação.

Constata-se que, do ponto de vista contábil, não há nada a se questionar em relação aos procedimentos adotados pela Autuada, uma vez que os tributos, quando recuperáveis por meio de créditos na escrita fiscal, realmente não se incluem no custo contábil da mercadoria adquirida, ou seja, é correta a afirmação de que a contabilização do estoque da mercadoria deve ser feita pelo valor líquido (custo), com a dedução dos tributos recuperáveis do valor bruto de sua aquisição.

Entretanto, sob a ótica tributária, a metodologia utilizada pela Contribuinte de expurgar o valor do PIS/COFINS incidentes na operação de aquisição e de adotar, como base de cálculo do ICMS (ponto de partida para formação da base de cálculo do ICMS/ST), o custo contábil da mercadoria adquirida não encontra respaldo na legislação que rege a matéria.

Logo, o legislador faz alusão ao valor de “custo correspondente à entrada mais recente”, o legislador não definiu a base de cálculo (nas transferências internas), como sendo o “custo contábil” e, sim, o valor deste, acrescido do valor do serviço de transporte e dos tributos incidentes na operação.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Nesse sentido, destaca-se a seguinte decisão deste Conselho de Contribuintes:

ACÓRDÃO: 22.221/16/3ª RITO: ORDINÁRIO

PTA/AI: 01.000231917-57

EMENTA

(...)

BASE DE CÁLCULO - TRANSFERÊNCIA INTERNA E INTERESTADUAL - VALOR INFERIOR A ENTRADA MAIS RECENTE. CONSTATADO QUE A AUTUADA TRANSFERIU MERCADORIAS PARA OUTRO ESTABELECIMENTO DE SUA TITULARIDADE, LOCALIZADO NESTE ESTADO E EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO, UTILIZANDO-SE DE BASE DE CÁLCULO DO ICMS INFERIOR À PREVISTA NO ART. 43, INCISO IV, SUBALÍNEA "A.3.1" (INTERNAS) E "B.1" (INTERESTADUAIS) DO RICMS/02. EXIGÊNCIAS DE ICMS, MULTA DE REVALIDAÇÃO CAPITULADA NO ART. 56, INCISO II E MULTA ISOLADA CAPITULADA NO ART. 55, INCISO VII, ALÍNEA "C", MAJORADA EM 100% (CEM POR CENTO), EM RAZÃO DE DUPLA REINCIDÊNCIA, NOS TERMOS DOS §§ 6º E 7º DO ART. 53, TODOS DA LEI Nº 6.763/75.

(...)

LANÇAMENTO PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

(...)

3 – TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIAS PARA OUTROS ESTABELECIMENTOS DE MESMA TITULARIDADE, ADOTANDO-SE BASE DE CÁLCULO INFERIOR À PREVISTA NA LEGISLAÇÃO:

FOI CONSTATADA, TAMBÉM, A TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIAS PARA OUTROS ESTABELECIMENTOS DE MESMA TITULARIDADE ADOTANDO BASE DE CÁLCULO INFERIOR À PREVISTA NA LEGISLAÇÃO, EM DESACORDO COM O DISPOSTO NO ART. 43, INCISO IV, SUBALÍNEA "A.3.1" NAS TRANSFERÊNCIAS ENTRE ESTABELECIMENTOS NO ESTADO E ALÍNEA "B.1" NAS TRANSFERÊNCIAS INTERESTADUAIS. (GRIFOU-SE).

A IMPUGNANTE ALEGA QUE A DIVERGÊNCIA SE DEVE AO FATO DE QUE ADOTOU COMO BASE DE CÁLCULO DO ICMS NA SAÍDA O VALOR DA ENTRADA MAIS RECENTE, EXCLUINDO OS TRIBUTOS RECUPERÁVEIS INCIDENTES NA ENTRADA (ICMS, PIS E COFINS), QUE POR SUA NATUREZA NÃO CUMULATIVA, NÃO COMPÕEM O CUSTO, A PARTIR DO QUAL SE CALCULA O VALOR DE REVENDA DA MERCADORIA. É QUE, POR OUTRO LADO, INCLUI O VALOR DO ICMS INCIDENTE NA TRANSFERÊNCIA, UTILIZANDO-SE A ALÍQUOTA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. (GRIFOU-SE).

ASSEVERA QUE O PROCEDIMENTO ADOTADO CONSIDERA A REGRA DA NÃO CUMULATIVIDADE QUE SE APLICA TANTO AO ICMS QUANTO AO PIS E À COFINS, O QUE VISARIA A NEUTRALIDADE FISCAL DA CADEIA PRODUTIVA, EVITANDO A

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

INCIDÊNCIA DE TRIBUTOS EM CASCATA NA CADEIA DE CIRCULAÇÃO ATÉ O CONSUMIDOR FINAL.

A FISCALIZAÇÃO ADUZ QUE PRETENDE A IMPUGNANTE CONTINUAR A USAR O CUSTO DAS MERCADORIAS COMO BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO NAS OPERAÇÕES DE TRANSFERÊNCIAS DE MERCADORIAS, VALENDO-SE DE UM SOFISMA. (GRIFOU-SE).

(...)

ASSIM, ENTENDE QUE DE ACORDO COM AS DISPOSIÇÕES LEGAIS CONTIDAS NA LEI COMPLEMENTAR Nº 87/96, ART. 13, § 1º, INCISO I E NO RICMS/02, ART. 49, O MONTANTE DO ICMS INTEGRA SUA BASE DE CÁLCULO E EM SE TRATANDO DE IMPOSTO RECUPERÁVEL ASSEGURADO NO PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE, NÃO LHE É IMPUTADO EXPURGÁ-LO DOS VALORES TRIBUTÁVEIS NAS TRANSFERÊNCIAS INTERESTADUAIS E, MUITO MENOS, CONFUNDIR A NORMA TRIBUTÁRIA AO SE REFERIR AO “VALOR CORRESPONDENTE À ENTRADA MAIS RECENTE” COM “VALOR DE CUSTO CORRESPONDENTE À ENTRADA MAIS RECENTE”.

COM EFEITO, A METODOLOGIA UTILIZADA PELA IMPUGNANTE, NO SENTIDO DE EXPURGAR O VALOR DOS IMPOSTOS INCIDENTES NA OPERAÇÃO DE AQUISIÇÃO, OU SEJA, DE ADOTAR COMO BASE DE CÁLCULO O CUSTO DE AQUISIÇÃO DA MERCADORIA, NÃO ENCONTRA RESPALDO NA LEGISLAÇÃO QUE REGE A MATÉRIA. (GRIFOU-SE).

(...)

O FISCO CONSIDEROU NA APURAÇÃO DO VALOR UNITÁRIO DA ENTRADA MAIS RECENTE O VALOR TOTAL DA MERCADORIA, INCLUÍDO O ICMS DIVIDIDO PELA QUANTIDADE DE MERCADORIAS, NAS TRANSFERÊNCIAS, TANTO INTERNAS COMO NAS INTERESTADUAIS, CONFORME DEMONSTRADO NO ANEXO 05 E NO ANEXO 06 DE FLS. 45/46 E 47/54, RESPECTIVAMENTE.

(...)

VEJA-SE QUE O LEGISLADOR MINEIRO DIFERENCIOU, EXPLICITAMENTE AS DUAS EXPRESSÕES NAS SUBALÍNEAS “A.3.1” E “B.1” DO INCISO IV DO ART. 43 DO RICMS/02, QUE DISCIPLINAM AS BASES DE CÁLCULO RELATIVAS ÀS TRANSFERÊNCIAS INTERNAS E INTERESTADUAIS, RESPECTIVAMENTE, *IN VERBIS*:

ART. 43. RESSALVADO O DISPOSTO NO ARTIGO SEGUINTE E EM OUTRAS HIPÓTESES PREVISTAS NESTE REGULAMENTO E NO ANEXO IV, A BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO É:

(...)

IV - NA SAÍDA DE MERCADORIA, A QUALQUER TÍTULO, DE ESTABELECIMENTO DE CONTRIBUINTE, AINDA QUE EM TRANSFERÊNCIA PARA OUTRO ESTABELECIMENTO DO MESMO TITULAR:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RESSALVADA A HIPÓTESE PREVISTA NA ALÍNEA SEGUINTE, O VALOR DA OPERAÇÃO OU, NA SUA FALTA:

(...)

A.3) CASO O REMETENTE SEJA COMERCIANTE:

A.3.1) NA TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIA, EM OPERAÇÃO INTERNA, O VALOR DE CUSTO CORRESPONDENTE À ENTRADA MAIS RECENTE DA MERCADORIA, ACRESCIDO DO VALOR DO SERVIÇO DE TRANSPORTE E DOS TRIBUTOS INCIDENTES NA OPERAÇÃO; (GRIFOU-SE).

(...)

B) NA TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIA PARA ESTABELECIMENTO DO MESMO TITULAR LOCALIZADO EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO:

B.1) O VALOR CORRESPONDENTE À ENTRADA MAIS RECENTE DA MERCADORIA; (GRIFOU-SE).

B.2) O CUSTO DA MERCADORIA PRODUZIDA, ASSIM ENTENDIDO A SOMA DO CUSTO DA MATÉRIA-PRIMA, MATERIAL SECUNDÁRIO, MÃO-DE-OBRA E ACONDICIONAMENTO, OBSERVADO O DISPOSTO NOS §§ 2º E 3º DESTE ARTIGO;

B.3) O PREÇO CORRENTE NO MERCADO ATACADISTA DO LOCAL DO ESTABELECIMENTO REMETENTE, QUANDO SE TRATAR DE PRODUTO PRIMÁRIO;

(...)GRIFOU-SE.

COMO SE VÊ, O ART. 43, INCISO IV, ALÍNEAS “A.3.1” E “B.1”, DO RICMS/02, ESTABELECE QUE A BASE DE CÁLCULO DO ICMS NA SAÍDA EM TRANSFERÊNCIA PARA OUTRO ESTABELECIMENTO DO MESMO TITULAR, É O VALOR CORRESPONDENTE AO VALOR DA ENTRADA MAIS RECENTE DA MERCADORIA, SENDO QUE EM RELAÇÃO ÀS TRANSFERÊNCIAS INTERNAS, AO VALOR DO CUSTO DA ENTRADA MAIS RECENTE DEVE SER ACRESCIDO O VALOR DOS IMPOSTOS INCIDENTES E O CUSTO DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE. (GRIFOU-SE).

(...)

Assim, corretamente, a Fiscalização efetuou os estornos dos créditos de ICMS indevidamente apropriados pela Autuada sob a rubrica “notas diferença PIS/COFINS - atualizadas pela Selic”, repita-se, créditos estes apropriados ao arripio do que dispõe o RPTA (arts. 28 e seguintes).

Traz-se à colação outros esclarecimentos e apontamentos contidos na manifestação fiscal os quais deixam claro o equívoco da Autuada na situação e exame:

(...)

Não há, portanto, previsão legal para o procedimento adotado pelo contribuinte que se utilizou desses valores apurados sem anuência do fisco já que não fez protocolo de pedido de restituição conforme determina

a legislação. Ao contrário do que afirma o contribuinte a apresentação de requerimento de pedido de restituição é REQUISITO para concessão de tais créditos uma vez que é através dessas informações prestadas é que é possível ao fisco conferir a viabilidade do direito do contribuinte.

Decorre da análise do impugnante que a base de cálculo ST também seria reajustada com o expurgo do Pis/COFINS, e conforme depende-se de suas planilhas utilizou -se a BC OP (custo contábil) x MVA.

A base de cálculo ST busca presumir o valor final da mercadoria, uma vez que seu regime especial apenas antecipa tal cálculo para o momento da transferência entre o estabelecimento atacadista (ora autuado) para o CD.

Há a destacar-se que a base de cálculo da substituição tributária é o valor que, presumidamente, o produto irá alcançar ao chegar ao mercado, realizando o objetivo de que o ICMS incida em toda a cadeia de consumo. Nesse sentido, vale citar os ensinamentos de Marco Aurélio Greco, também citada pelo STJ nas decisões supracitadas:

"o interesse arrecadatório do Fisco é o de receber o ICMS sobre o ciclo econômico inteiro – portanto, sobre o preço de ponta, na última operação realizada com aquela mercadoria, o consumidor final. É este o preço que vai definir o interesse arrecadatório do Estado" (in Substituição Tributária (Antecipação do Fato Gerador, 2ª edição, Malheiros, p. 111).

Tal fundamento respalda-se no art. 8º da LC nº 87/96, abaixo transcrito:

Art. 8º A base de cálculo, para fins de substituição tributária, será: (...)

II – em relação às operações ou prestações subsequentes, obtida pelo somatório das parcelas seguintes:

- a) o valor da operação ou prestação própria realizada pelo substituto tributário ou pelo substituído intermediário;
- b) b) o montante dos valores de seguro, de frete e de outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço;
- c) c) a margem de valor agregado, inclusive lucro, relativa às operações ou prestações subsequentes;

O cálculo do referido imposto de substituição tributária deve ser feito conforme regra geral, já que o

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

art. 5º do Ret. 61/2012, PTA 45.000001179-86 determina a adoção da base de cálculo do Art. 19, parte 1, anexo XV, do RICMS/2002:

CAPÍTULO II DAS OPERAÇÕES RELACIONADAS COM O ESTABELECIMENTO ATACADISTA – LOJA FÍSICA

SEÇÃO I DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA

Art. 2º Fica atribuída ao estabelecimento ATACADISTA – LOJA FÍSICA a responsabilidade, na condição de substitutos, pela retenção e recolhimento do ICMS devido pelas saídas subsequentes de mercadorias relacionadas na Parte 2 do Anexo XV do RICMS, recebidas ou adquiridas de estabelecimentos industriais, distribuidores ou atacadistas localizados nesta ou em outras unidades da Federação.

§ 1º A responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devido a título de substituição tributária de que trata o *caput*, relativamente ao estabelecimento ATACADISTA – LOJA FÍSICA, aplica-se, exclusivamente, às mercadorias remetidas, em transferência, para o estabelecimento CENTRAL DE DISTRIBUIÇÃO ou para estabelecimentos varejistas (lojas) de mesma titularidade.

§ 2º A responsabilidade de que trata o parágrafo anterior aplica-se também em relação às mercadorias não relacionadas na Parte 2 do Anexo XV do RICMS, hipótese em que, para formação da base de cálculo da substituição tributária será utilizada a margem de valor agregado equivalente a 31,42% (trinta e um inteiros e quarenta e dois centésimos por cento).

§ 3º O disposto no *caput* aplica-se, inclusive, em relação às mercadorias importadas diretamente pelo estabelecimento ATACADISTA – LOJA FÍSICA ou adquirida de estabelecimento importador.

Art. 3º O remetente da mercadoria situado nesta ou em outra unidade da Federação fica dispensado de efetuar a retenção do imposto nas remessas de mercadorias destinadas aos estabelecimentos ATACADISTA – LOJA FÍSICA, inclusive em relação às mercadorias cujo regime de substituição tributária tenha sido instituído mediante Protocolo ou Convênio ICMS.

Art. 4º O imposto devido por substituição tributária será apurado no momento da saída da mercadoria do estabelecimento ATACADISTA – LOJA FÍSICA e recolhido em documento de arrecadação distinto, no prazo previsto no art. 46, § 1º, da Parte 1 do Anexo XV do RICMS, em agência bancária autorizada.

Art. 5º O valor a recolher, a título de substituição tributária, será a diferença entre o imposto calculado mediante aplicação da alíquota vigente nas operações internas sobre a base de cálculo prevista no art. 19 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS e o devido pelas operações próprias.

SUBSEÇÃO III

Do Cálculo do Imposto

Art. 19. A base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária é:

I - em relação às operações subsequentes:

a) tratando-se de mercadoria submetida ao regime de substituição tributária cujo preço final a consumidor, único ou máximo, seja fixado por órgão público competente, o preço estabelecido;

b) tratando-se de mercadoria submetida ao regime de substituição tributária que não tenha seu preço fixado por órgão público competente, observada a ordem:

1. o preço médio ponderado a consumidor final (PMPF) divulgado em portaria da Superintendência de Tributação;

2. o preço final a consumidor sugerido ou divulgado pelo industrial ou pelo importador; ou

3. o preço praticado pelo remetente acrescido dos valores correspondentes a descontos concedidos, inclusive o incondicional, frete, seguro, impostos, contribuições, royalties relativos a franquia e de outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, adicionado da parcela resultante da aplicação sobre o referido montante do percentual de margem de valor agregado - MVA - estabelecido para a mercadoria submetida ao regime de substituição tributária relacionada na Parte 2 deste anexo e observado o disposto nos §§ 5º a 8º;

Assim, conforme o prescrito na legislação e no RET supracitado, não há possibilidade de se aplicar a base de cálculo pretendida, ou seja, o valor do custo contábil x MVA, expurgando da base os valores do PIS/COFINS.

Logo, se já não há previsão legal para excluir da base de cálculo o Pis/COFINS do ICMS Operação própria nas transferências internas, muito menos haverá para o cálculo do ICMS ST, que visa estimar o valor final de venda, conforme abrangência do art. 19, parte 1, anexo XV do RICMS/2002, incluindo textualmente valores de frete, seguro, impostos, contribuições, royalties relativos a franquia e de outros encargos transferíveis adicionado da parcela resultante da aplicação sobre o referido montante do percentual de margem de valor agregado - MVA - estabelecido para a mercadoria submetida.

Ao admitir o raciocínio do contribuinte, ao reduzir o ICMS OP, considerando que tais valores entram no cálculo diminuindo o ST a pagar, seria natural que ICMS ST aumentasse. Mas isso não ocorreu pois na planilha de cálculo o impugnante se valeu dessa base de cálculo ST inferior ao que determina a legislação. Se tivesse aplicado a BC ST correta e diminuído o valor da OP em razão da exclusão do PIS/COFINS, o ICMS ST a pagar seria maior, em virtude da diminuição do crédito de ICMS OP.

Logo, percebe-se que o contribuinte busca ludibriar o fisco tanto na adoção da base de cálculo de ICMS OP e ainda mais na BC ST, resultando no suposto crédito reclamado.

Em relação à inexistência de pedido de repetição de indébito (diferenças de Pis e COFINS) e de ressarcimento (ST - perdas e perecimento), ainda que na hipótese de ter Contribuinte efetuado,

indevidamente, o recolhimento do imposto na saída dos bens a maior, não lhe dá o direito de creditar do ICMS nos moldes pretendidos. Com efeito, a legislação tributária do estado de Minas Gerais ao dispor sobre a matéria e disciplinar as condições de sua aplicação, o fez conforme o disposto no art. 30 da Lei nº 6.763/75, in verbis:

Art. 30 - O direito ao crédito, para efeito de compensação com débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido a mercadoria ou o bem ou para o qual tenha sido prestado o serviço, está condicionado à idoneidade formal, material e ideológica da documentação e, se for o caso, à escrituração nos prazos e nas condições estabelecidos na legislação.

Fica evidente, no presente caso, que a Autuada adotou regras próprias para compensar o imposto que considerou indevidamente “pago”, sem nenhuma obediência à legislação tributária. Com efeito, sendo incorreto o destaque e correspondente recolhimento do imposto, quando da saída das mercadorias, assiste ao Contribuinte o direito de pleitear a restituição dos valores indevidamente recolhidos a título de ICMS, desde que observadas as disposições legais aplicáveis à matéria. Veja-se:

(...)

Cumprе mencionar, decisões do CC/MG em que, a título de exemplo, assim se manifestou sobre a matéria:

ACÓRDÃO: 22.228/16/1ª CUMPRE DESTACAR, POR FIM, QUE EVENTUAIS RECOLHIMENTOS DO IMPOSTO INDEVIDAMENTE EFETUADOS, EM FAVOR DESTE OU DE QUALQUER OUTRO ESTADO DA FEDERAÇÃO, NÃO TEM O CONDÃO DE MACULAR O PRESENTE LANÇAMENTO, CABENDO, SE FOR O CASO, PEDIDO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO, NOS TERMOS DA LEGISLAÇÃO APLICÁVEL. ACÓRDÃO: 21.751/15/3ª DESTA FORMA, RELATIVAMENTE ÀS NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS, CUJO ICMS, DE FATO FOI ERRONEAMENTE DESTACADO, UMA VEZ TRATAR-SE DE OPERAÇÕES COM PREVISÃO LEGAL DE NÃO INCIDÊNCIA OU SUSPENSÃO DO ICMS, NÃO SÓ PELOS FATOS JÁ RELATADOS, COMO TAMBÉM PELA PRÓPRIA CONTINUIDADE DO PROCEDIMENTO, FICA CLARO O EQUÍVOCO NA INTERPRETAÇÃO DA LEGISLAÇÃO, CARACTERIZANDO-SE COMO “ERRO DE DIREITO”, PODENDO O CONTRIBUINTE REAVER A QUANTIA INDEVIDAMENTE RECOLHIDA A TÍTULO DO IMPOSTO POR MEIO DO PROCESSO DE RESTITUIÇÃO PREVISTO

NO CAPÍTULO III DO RPTA/08. A RESTITUIÇÃO DE QUE TRATA O CAPÍTULO III DO RPTA/08 É UM DIREITO DO CONTRIBUINTE E SÓ ELE, NA FORMA DO ART. 28 DO RPTA/08 PODE EXERCÊ-LO, NÃO TENDO A FISCALIZAÇÃO COMO CONSIDERÁ-LA NA RECOMPOSIÇÃO DE CONTA GRÁFICA DE QUE TRATA O §2º DO ART. 195 DO RICMS/02, AINDA QUE RECONHECESSE O DIREITO A ESTA RESTITUIÇÃO. RESUMINDO, O DIREITO A RESTITUIÇÃO SÓ SE EFETIVA SE REQUERIDO, NOS TERMOS DO CITADO ART. 28 DO RPTA/02. PORTANTO, PELO EXPOSTO, S.M.J., ENTENDEMOS ESTAREM CORRETOS OS PROCEDIMENTOS ADOTADOS PELA FISCALIZAÇÃO E QUE A ARGUMENTAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO NÃO SERIA SUFICIENTE PARA ALTERAR O PRESENTE LANÇAMENTO. (...)

Destaca-se que a decisão da 1ª Turma do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, invocada pela Defesa às fls. 120, refere-se a creditamento extemporâneo de créditos de tributo não lançados na escrita fiscal na época própria, procedimento que não se confunde com o da repetição de indébito.

Além do crédito apropriado ser indevido nos termos do disposto na legislação retro, a Autuada atualizou os valores de acordo com taxa Selic, o que não tem respaldo legal.

Ressalta-se que foi revogado, a partir de 30/03/08, o disposto no § 1º do art. 36 da Lei nº 6.763/75, o qual previa a correção de importância indevidamente recolhida aos cofres públicos. Confira-se:

Efeitos de 29/12/1983 a 29/02/2008 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 17, ambos da Lei nº 8.511/1983:

"Art. 36 - A importância indevidamente recolhida a título de imposto será restituída, no todo ou em parte, na forma estabelecida em Regulamento. § 1º - A importância indevidamente recolhida, a contar de 1º de janeiro de 1.976, terá seu valor corrigido segundo os índices fixados para correção dos débitos fiscais estaduais."

Sobre as supostas perdas ocorridas, o que ocasionou o creditamento sob a rubrica "perdas", acima mencionado, também se constata que a Autuada não observou o procedimento previsto no art. 22 e seguintes do Anexo XV, RICMS/02 (conforme redação vigente no período autuado) para tal *mister*, o que também já é suficiente para o estorno dos créditos em exame.

Efeitos de 1º/12/2005 a 31/12/2017 - Acrescido pelo art. 3º e vigência estabelecida pelo art. 4º, ambos do Dec. nº 44.147, de 14/11/2005:

"Art. 22. Para a restituição do valor do imposto pago a título de substituição tributária correspondente a fato gerador presumido que não

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

se realizou, o contribuinte observará o disposto neste Capítulo.

I - saída para estabelecimento de contribuinte situado em outra unidade da Federação;

II - saída amparada por isenção ou não-incidência;

III - perecimento, furto, roubo ou qualquer outro tipo de perda”.

(...)

Sobre a matéria, acrescenta-se, por oportuno, as seguintes repostas de Consultas de Contribuintes, exaradas pela Superintendência de Tributação – SUTRI/SEF/MG, acerca da perda de mercadorias sujeitas à substituição tributária:

CONSULTA DE CONTRIBUINTES Nº 209/2007

ICMS - SUCATA - EMBALAGENS DANIFICADAS - CARACTERIZAÇÃO - A mercadoria, ou parcela desta, que não se presta para a mesma finalidade para a qual foi produzida caracteriza-se como sucata, aplicando-se à operação a ela relacionada o tratamento tributário previsto nos arts. 218 a 224, Parte 1, Anexo IX do RICMS/02.

CRÉDITO DE ICMS - PERDA - MERCADORIAS DETERIORADAS - A deterioração do produto após a entrega aos adquirentes caracteriza-se como perda no estabelecimento destes clientes, não se aplicando ao caso os procedimentos relativos à devolução de mercadorias estabelecidos na legislação tributária. (Grifou-se)

Exposição:

O contribuinte exerce a atividade de industrialização, comercialização, distribuição, importação e exportação de produtos de limpeza doméstica, industrial, automotiva, higiene pessoal e animal, recolhendo o ICMS pelo sistema de débito e crédito. Afirma que com certa frequência, a pedido de seus clientes, troca mercadorias que foram deterioradas no transporte ou na estocagem. (Grifou-se).

(...)

Solução:

1 e 2 - Ressalte-se, preliminarmente, que a deterioração do produto após a entrega aos adquirentes caracteriza-se como perda no estabelecimento destes clientes, não se aplicando ao caso os procedimentos relativos à devolução de mercadorias estabelecidos na legislação tributária.

Como se tratam de mercadorias sujeitas a ST, os clientes do contribuinte, nesta hipótese, poderão solicitar o ressarcimento de que trata o inciso III, art. 23, Parte 1, Anexo XV do RICMS/02. (Grifou-se).

(...)

Hipótese diversa é a perda dos produtos antes de sua entrega aos clientes. Neste caso, o contribuinte estornará o crédito das matérias-primas e produtos intermediários utilizados na fabricação dos produtos perdidos, nos termos do inciso V, art. 71, Parte Geral do RICMS/02, e manterá os créditos das embalagens que serão vendidas como sucata.

Para anular os débitos relativos ao ICMS da operação própria e ao ICMS/ST, emitirá, por analogia, nota fiscal de entrada, adotando os procedimentos disciplinados nos arts. 34 e 35, Parte 1, Anexo XV, e art. 78, Parte Geral, ambos do RICMS/02, mencionando em seu corpo o número do Boletim de Ocorrência policial, o motivo de sua emissão, além dos dados relativos à nota fiscal que acobertou a saída dos produtos. (Grifou-se)

CONSULTA DE CONTRIBUINTE Nº 303/2010

PTA Nº : 16.000398220-67

ICMS – VENDA PARA ENTREGA FUTURA –
PRODUTOS ÓPTICOS – EMISSÃO DE
DOCUMENTOS FISCAIS – (...)

CONSULTA:

(...)

2 – Qual é o processo de baixa adequado quando lentes e outros produtos se deterioram ou se tornam obsoletos? Após a baixa, qual é o procedimento a ser adotado para se obter o ressarcimento do ICMS/ST que foi recolhido na entrada das mercadorias que estão sendo baixadas sem terem sido vendidas?

(...)

5 – Qual é o procedimento a ser adotado quanto às trocas de produtos em garantia?

RESPOSTA:

(...)

2 – Verificada a existência de mercadoria deteriorada, imprópria para a comercialização, para regularizar o estoque e efetuar o estorno de crédito, caso tenha sido apropriado por ocasião da respectiva aquisição, nos

termos do inciso V do art. 71 e art. 73, ambos do RICMS/02, o contribuinte deverá emitir nota fiscal em seu próprio nome, consignando o CFOP 5.927 - Lançamento efetuado a título de baixa de estoque, decorrente de perda, roubo ou deterioração.

Tratando-se de mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, os arts. 22 a 31 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02 descrevem os procedimentos que o contribuinte substituído deve observar em relação à restituição do ICMS/ST, verificada a ocorrência de hipótese mencionada no art. 23 da mesma Parte 1.

De acordo com o inciso III desse art. 23, o estabelecimento que receber mercadoria sujeita a substituição tributária poderá ser restituído do valor do imposto pago, quando com a mercadoria ocorrer perecimento ou qualquer outro tipo de perda, devendo o contribuinte comprovar o fato, nos termos do § 5º do referido artigo.

Saliente-se que esse tratamento não se aplica às mercadorias que se tornaram obsoletas, mas apenas àquelas com as quais ocorreram perecimento ou qualquer outro tipo de perda. (Grifou-se)

Como se vê, uma vez comprovada a veracidade dos fatos, em qualquer tipo de perda da mercadoria, cujo imposto foi pago a título de substituição tributária, deverá ser restituído o imposto da operação subsequente que não se concretizará, observada a legitimidade para tal pleito.

A título de esclarecimento, seguem excertos de decisão deste Conselho de Contribuintes em situação análoga à dos presentes autos:

ACÓRDÃO: 21.417/13/1ª

(...)

TRATANDO-SE DE PRODUTO ALCANÇADO PELA ST, CABERÁ AO ADQUIRENTE SUBSTITUÍDO (CLIENTES DA AUTUADA) O DIREITO À RESTITUIÇÃO DO VALOR DO ICMS/ST, NOS TERMOS QUE DISPÕE O INCISO III, ART. 23, PARTE 1, ANEXO XV DO RICMS/02.

DESSE MODO, NO QUE SE REFERE AO ICMS/ST RETIDO HÁ DE SE OBSERVAR OS COMANDOS DOS ARTS. 22 A 31 DA PARTE 1 DO ANEXO XV DO RICMS/02. TAIS DISPOSITIVOS DESCREVEM OS PROCEDIMENTOS QUE O CONTRIBUINTE SUBSTITUÍDO DEVE OBSERVAR EM RELAÇÃO À RESTITUIÇÃO DO ICMS/ST, CONSTATADA A OCORRÊNCIA DE QUALQUER DAS HIPÓTESES MENCIONADAS NO ART. 23 E INCISOS DO CITADO DIPLOMA LEGAL, SENÃO VEJA-SE:

ART. 23. O ESTABELECIMENTO QUE RECEBER MERCADORIA SUJEITA A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PODERÁ SER RESTITUÍDO

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DO VALOR DO IMPOSTO PAGO, QUANDO COM A MERCADORIA OCORRER:

I - SAÍDA PARA ESTABELECIMENTO DE CONTRIBUINTE SITUADO EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO;

II - SAÍDA AMPARADA POR ISENÇÃO OU NÃO INCIDÊNCIA;

III - PERECIMENTO, FURTO, ROUBO OU QUALQUER OUTRO TIPO DE PERDA. (GRIFOU-SE).

FRISE-SE, PELA IMPORTÂNCIA, QUE AO OCORRER A “PERDA” DA MERCADORIA NO ESTABELECIMENTO DO ADQUIRENTE (CLIENTE DA EMPRESA AUTUADA), MESMO NA HIPÓTESE EM QUE HAJA SUBSTITUIÇÃO DE PRODUTO POR CONTA DA EMPRESA AUTUADA, PREVALECE A TRIBUTAÇÃO EM RELAÇÃO À CIRCULAÇÃO DA MERCADORIA, CABENDO TÃO SOMENTE A RESTITUIÇÃO DO ICMS/ST PELO FATO GERADOR PRESUMIDO NÃO REALIZADO.

A MERCADORIA DETERIORADA TORNA-SE IMPRÓPRIA AO CONSUMO, PORTANTO, INSUSCETÍVEL DE CIRCULAÇÃO ECONÔMICA. ASSIM, NÃO SE APLICA AO CASO, OS PROCEDIMENTOS RELATIVOS À DEVOLUÇÃO DE MERCADORIAS COM APROVEITAMENTO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO ESTABELECIDOS NA LEGISLAÇÃO.

POR FIM, MOSTRA-SE CONTRÁRIO À LEGISLAÇÃO O PROCEDIMENTO ADOTADO PELA AUTUADA DE CREDITAR-SE DO ICMS - OPERAÇÃO PRÓPRIA E ICMS/ST - DO PRODUTO QUE VEIO A DETERIORAR, CONFORME CONSTATAÇÃO OCORRIDA NO ESTABELECIMENTO DOS SEUS CLIENTES.

A AUTUADA ALEGA QUE O PROCEDIMENTO POR ELA ADOTADO ENCONTRA-SE EM CONFORMIDADE COM O ART. 76 DO RICMS/02, DESTACADO A SEGUIR:

ART. 76. O ESTABELECIMENTO QUE RECEBER MERCADORIA DEVOLVIDA POR PARTICULAR, PRODUTOR RURAL OU QUALQUER PESSOA NÃO CONSIDERADA CONTRIBUINTE, OU NÃO OBRIGADA À EMISSÃO DE DOCUMENTO FISCAL, PODERÁ APROPRIAR-SE DO VALOR DO IMPOSTO DEBITADO POR OCASIÃO DA SAÍDA DA MERCADORIA, NAS SEGUINTE HIPÓTESES: (GRIFOU-SE).

I - SE A DEVOLUÇÃO OCORRER EM VIRTUDE DE GARANTIA, CONSIDERANDO-SE COMO TAL A QUE DECORRER DE OBRIGAÇÃO ASSUMIDA PELO REMETENTE OU PELO FABRICANTE DE SUBSTITUIR A MERCADORIA REMETIDA, CASO ESTA APRESENTE DEFEITO DENTRO DO PRAZO DE GARANTIA, DESDE QUE ESTE NÃO SEJA SUPERIOR AO PREVISTO NO INCISO I DO § 1º DO ARTIGO 96 DESTE REGULAMENTO;

II - QUANDO SE TRATAR DE DEVOLUÇÃO, DENTRO DE 90 (NOVENTA) DIAS, DE MERCADORIA IDENTIFICÁVEL PELA MARCA, TIPO, MODELO, ESPÉCIE, QUALIDADE, NÚMERO DE SÉRIE DE FABRICAÇÃO OU OUTROS ELEMENTOS QUE A INDIVIDUALIZEM;

III - SE A DEVOLUÇÃO SE REFERIR A MERCADORIA RECEBIDA POR REPARTIÇÃO PÚBLICA;

IV - QUANDO SE TRATAR DE TROCA, ASSIM CONSIDERADA A SUBSTITUIÇÃO DE MERCADORIA POR UMA OU MAIS DA MESMA ESPÉCIE OU DE ESPÉCIE DIVERSA, DESDE QUE DE VALOR NÃO INFERIOR AO DA SUBSTITUÍDA, DENTRO DO PRAZO DE 30 (TRINTA) DIAS, CONTADO DA DATA DA SAÍDA. (...) (GRIFOU-SE)

ENTRETANTO, DA LEITURA DO CAPUT DO ARTIGO SUPRACITADO E DOS SEUS INCISOS, VERIFICA-SE QUE SUA APLICAÇÃO RESTRINGE-SE AOS CASOS DE DEVOLUÇÃO DE MERCADORIAS POR PARTICULAR, PRODUTOR RURAL OU QUALQUER PESSOA NÃO CONSIDERADA CONTRIBUINTE, OU NÃO OBRIGADA À EMISSÃO DE DOCUMENTO FISCAL, SITUAÇÃO QUE NÃO SE COADUNA COM A DOS PRESENTES AUTOS, SEQUER COM AS HIPÓTESES ACIMA ELENCADAS. (GRIFOU-SE).

Acrescente-se, por oportuno, os seguintes esclarecimentos trazidos pela Fiscalização:

(...)

O impugnante declara que se as mercadorias perdidas não foram objeto de saída, por deterioração ou perecimento não ensejam pagamento de ST e não apresenta comprovação alguma das referidas perdas.

Como não há documentação hábil para aferir quando e como teriam ocorrido as respectivas perdas, não há que se falar em restituição. Foram concedidas diversas oportunidades para que o contribuinte comprovasse os fatos alegados, mas o mesmo não o fez, através de boletins de ocorrência por exemplo. O que houve foi apenas uma declaração unilateral através de planilha que contém notas fiscais com CFOP genéricos 5949 – (outras saídas especificadas) que sequer individualizavam ocorrências como roubo/perecimento, e perdas de ajuste de estoque por constatação de inconformidade entre estoque de fato e estoque do sistema.

Foi inclusive solicitado que o contribuinte individualizasse essas situações e notas e apontasse conforme o caso cada nota de ajuste de estoque correspondente (casos de identificação de estoque diverso) ou Boletim de ocorrência (furto e roubo). Em razão do decurso de prazo tais vinculações não puderam ser feitas pela representante da empresa em tempo hábil, o que poderia ter sido apresentado junto da impugnação, mas ao que parece não há na empresa documentos da época, o que inviabilizou a conferência da memória de cálculo de forma inequívoca.

Ainda que assistisse razão ao contribuinte, o impugnante é o substituto tributário na cadeia, ou seja antecipa o imposto devido pelo CD, motivo pelo

qual não é parte legítima a pleitear tal ressarcimento haja vista a independência dos estabelecimentos.

CAPÍTULO II Do Crédito do Imposto

Art. 66. Observadas as demais disposições deste Título, será abatido, sob a forma de crédito, do imposto incidente nas operações ou nas prestações realizadas no período, desde que a elas vinculado, o valor do ICMS correspondente:

(...) § 10. Na hipótese de restituição do valor do imposto pago a título de substituição tributária correspondente ao fato gerador presumido que não se realizou, o creditamento de imposto relativo à operação própria do remetente será autorizado pelo Fisco, por meio de visto aposto em nota fiscal ou no DANFE emitidos pelo contribuinte, após análise das informações por este apresentadas.

O direito ao ressarcimento do imposto anteriormente retido por substituição tributária, nesse caso, compete exclusivamente ao contribuinte substituído, uma vez que foi ele quem suportou o encargo financeiro da operação. Destarte, o estabelecimento ora autuado sequer teria direito a qualquer pedido de ressarcimento do ICMS/ST, haja vista que é o substituto tributário e o potencial direito à restituição somente existiria para os contribuintes substituídos que promoverem a operação interna a consumidor final, motivo pelo qual a apropriação foi indevida em todos os períodos que constaram da autuação referentes às perdas.

(...)

Assim, corretas as exigências de ICMS/ST e da Multa de Revalidação no percentual de 100% (cem por cento).

Referida exigência de multa de revalidação afigura-se correta, tendo em vista que a Autuada, ao efetuar o creditamento indevido do imposto, repita-se, sem observância dos procedimentos pertinentes, bem como sem respaldado pela legislação de regência do imposto, conforme anteriormente exposto, deixou de recolher o ICMS/ST retido no momento das saídas de produtos sujeitos à sistemática da substituição tributária.

Nesse sentido, convém citar o art. 56, inciso II e o § 2º, inciso I da Lei nº 6.763/75:

Art. 56 - (...)

II - havendo ação fiscal, a multa será de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, observadas as hipóteses de reduções previstas nos §§ 9º e 10 do art. 53.

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 2º - As multas serão cobradas em dobro, quando da ação fiscal, aplicando-se as reduções previstas no § 9º do art. 53, na hipótese de crédito tributário:

I - por não-retenção ou por falta de pagamento do imposto retido em decorrência de substituição tributária; (grifou-se).

Foi aplicada também, corretamente, a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXVI da Lei nº 6.763/75:

Art. 55 (...)

XXVI - por apropriar crédito em desacordo com a legislação tributária, inclusive no caso de apropriação de crédito relativo à aquisição de mercadoria alcançada por redução da base de cálculo na entrada ou na operação subsequente, ressalvadas as hipóteses previstas nos incisos anteriores - 50% (cinquenta por cento) do valor do crédito indevidamente apropriado;

Efeitos de 1º/11/2003 a 30/06/2017 - Redação dada pelo art. 28 e vigência estabelecida pelo art. 42, I, ambos da Lei 14.699/2003:

"XXVI - por apropriar crédito em desacordo com a legislação tributária, ressalvadas as hipóteses previstas nos incisos anteriores - 50% (cinquenta por cento) do valor do crédito indevidamente apropriado;" (grifou-se).

No tocante à incidência dos juros de mora sobre a multa de revalidação, objeto de questionamento da Defesa, vale destacar que embora seja exigida somente com o lançamento de ofício, ela nasce com a exigência do imposto e deve ter a mesma data de vencimento deste, de forma que sobre ela devem incidir também os juros de mora, conforme determina o art. 226 da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

Art. 226 - Sobre os débitos decorrentes do não-recolhimento de tributo e multa nos prazos fixados na legislação, incidirão juros de mora, calculados do dia em que o débito deveria ter sido pago até o dia anterior ao de seu efetivo pagamento, com base no critério adotado para cobrança dos débitos fiscais federais. (Grifou-se)

Por sua vez, a cobrança dos juros de mora encontra-se disciplinada pela Resolução da Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais nº 2.880 de 13/10/97, que determina que os créditos tributários, quando não pagos nos prazos previstos em legislação específica, serão acrescidos de multa e juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC), estabelecida pelo Banco Central do Brasil:

RESOLUÇÃO Nº 2.880, DE 13 DE OUTUBRO DE 1997

(MG de 14/10/97)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 1º Os créditos tributários, cujos vencimentos ocorrerão a partir de 1º de janeiro de 1998, serão expressos em reais e, quando não pagos nos prazos previstos em legislação específica, acrescidos de multa e de juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC), estabelecida pelo Banco Central do Brasil.

(...)

Art. 2º Os juros de mora incidirão tanto sobre a parcela do tributo, quanto sobre a de multa, inclusive a de mora, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento do débito até a data do efetivo pagamento, observando-se:

I - quando as multas forem pagas com redução, considera-se, para efeitos de cobrança dos juros moratórios, o valor efetivamente pago;

II - tratando-se de multa isolada, o termo inicial para a cobrança dos juros de mora será o primeiro dia do mês subsequente ao do recebimento do Auto de Infração (AI). (Grifou-se).

Observa-se que, somente em relação à multa isolada, há ressalva no tocante ao termo inicial para cobrança dos juros de mora, de acordo com o inciso II do art. 2º da citada Resolução.

Portanto, não carece de qualquer reparo a cobrança da multa de revalidação em questão e dos juros de mora sobre ela incidentes, inclusive assim já decidiu o E. TJMG:

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - ICMS/ST - RECOLHIMENTO A MENOR - RESPONSABILIDADE DO SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO - EXECUTADO. MULTA DE REVALIDAÇÃO. JUROS SOBRE A MULTA. HONORÁRIOS.
1- SENDO SOLIDÁRIA A OBRIGAÇÃO ENTRE O SUBSTITUTO E O SUBSTITUÍDO, NA HIPÓTESE DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, O SUBSTITUTO TEM LEGITIMIDADE PARA FIGURAR ISOLADAMENTE TANTO NO AUTO DE INFRAÇÃO, QUANTO NA EXECUÇÃO FISCAL.

2- A MULTA DE REVALIDAÇÃO TEM PREVISÃO LEGAL E NÃO SE SUJEITA À VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL DE INSTITUIÇÃO DE TRIBUTO COM NATUREZA DE CONFISCO, JÁ QUE TEM NATUREZA DE PENALIDADE, COM FUNÇÃO TANTO REPRESSIVA, PELO NÃO PAGAMENTO DO TRIBUTO NO MOMENTO DEVIDO, QUANTO PREVENTIVA, PARA DESESTIMULAR O COMPORTAMENTO DO CONTRIBUINTE DE NÃO EFETUAR O SEU PAGAMENTO ESPONTÂNEO.

3- UMA VEZ QUE A MULTA DE REVALIDAÇÃO CONSTITUI CRÉDITO TRIBUTÁRIO, TANTO QUANTO O TRIBUTO,

SOBRE ELA INCIDEM OS ENCARGOS DE ATUALIZAÇÃO DA DÍVIDA, INCLUINDO OS JUROS DE MORA.

4- VERIFICANDO-SE QUE OS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FORAM ADEQUADAMENTE FIXADOS NA SENTENÇA, DEVEM SER MANTIDOS.

(TJMG - APELAÇÃO CÍVEL 1.0024.08.084266-9/001, RELATOR(A): DES.(A) MAURÍCIO BARROS, 6ª CÂMARA CÍVEL, JULGAMENTO EM 01/09/2009, PUBLICAÇÃO DA SÚMULA EM 06/11/2009

(GRIFOU-SE).

Com relação ao pedido de cancelamento ou redução da penalidade isolada cominada, nos termos do art. 53, § 3º da Lei nº 6.763/75 (art. 213 do RICMS/02), o benefício não pode ser aplicado ao caso presente, em razão da vedação constante nos itens 3 e 5 do § 5º do citado artigo:

Art. 53 - As multas serão calculadas tomando-se como base:

(...)

§ 3º- A multa por descumprimento de obrigação acessória pode ser reduzida ou cancelada por decisão do órgão julgador administrativo, desde que esta não seja tomada pelo voto de qualidade e que seja observado o disposto nos §§ 5º e 6º deste artigo.

(...)

§ 5º - O disposto no § 3º não se aplica aos casos:

(...)

3) em que a infração tenha sido praticada com dolo ou dela tenha resultado falta de pagamento do tributo.

(...)

5) de aproveitamento indevido de crédito;

(...)

Quanto às assertivas de ilegalidade e inconstitucionalidade trazidas pela Defesa, especialmente no tocante às multas cominadas que foram corretamente exigidas conforme determina a Lei nº 6.763/75 e quanto à validade das normas que sustentam o lançamento, cumpre registrar que não cabe ao Conselho de Contribuintes negar aplicação a dispositivos de lei, por força da limitação de sua competência constante do art. 182, inciso I, da Lei nº 6.763/75 (e art. 110, inciso I do RPTA).

Diante do exposto, ACORDA 1ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. Ainda, em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento, nos termos do parecer da Assessoria do CC/MG. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Célio Lopes

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Kalume. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Marcelo Nogueira de Moraes e Marco Túlio da Silva.

Sala das Sessões, 13 de agosto de 2019.

Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri
Relatora

Manoel Nazareno Procópio de Moura Júnior
Presidente / Revisor

CS/D
CC/MG