

Acórdão: 16.421/03/1<sup>a</sup> Rito: Ordinário  
Agravo/Impug.: 40.030111221-71; 40.010110445-51  
Agravante/Impug: Distribuidora DZJT Ltda.  
Proc. S. Passivo: Marcelo Jabour Rios  
PTA/AI: 01.000141876-29  
Inscr. Estadual: 153.144539.00-92  
Origem: DF/Ubá

**EMENTA**

**RECURSO DE AGRAVO – PERÍCIA – Dispensável a perícia requerida, vez que os elementos constantes dos autos são suficientes para elucidação dos fatos questionados. Recurso não provido. Decisão unânime.**

**ISENÇÃO - DESCARACTERIZAÇÃO - DESCUMPRIMENTO DE CONDIÇÃO - A inobservância das regras para fruição do benefício isencional previsto no item 111, do Anexo I, do RICMS/96 e item 96, do Anexo I, do RICMS/02 enseja a descaracterização do benefício. Lançamento procedente. Decisão unânime.**

**RELATÓRIO**

A autuação versa sobre a constatação por parte do fisco de que o autuado promoveu saída de mercadorias ao abrigo indevido da isenção, no período fiscalizado de 01/10/2001 a 28/02/2003, já que teria infringido o item 111, do Anexo I, do Dec. 38.104/96, combinado com o item 96 do Anexo I, do Decreto 43.080/02.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 117/128, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 1004/1007.

O pedido de prova pericial formulado pela Impugnante é indeferido pela Auditoria Fiscal, conforme despacho de fls. 1009.

Inconformada, a Autuada interpõe, tempestivamente, Recurso de Agravo (fls. 1014/1019).

Sustenta que as justificativas apresentadas pela Auditoria Fiscal carecem de fundamentação, requisito essencial para o indeferimento de perícia contábil.

Reitera que o Conselho de Contribuintes já se manifestou em outra oportunidade (Acórdão 733/99/4<sup>a</sup>) anulando inteiramente um Auto de Infração que exigia o ICMS de um contribuinte que comercializava para a Zona Franca de Manaus, sem contudo demonstrar o desconto na nota fiscal.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Destaca que apenas através da perícia contábil pode-se comprovar que a legislação foi cumprida, ou seja, que o valor do ICMS dispensado foi repassado para o adquirente.

Ressalta que no caso, tanto a importação quanto as operações internas com preservativos são isentas do imposto e, assim, não há inclusão do ICMS para repasse ao próximo da cadeia de circulação de forma que é matematicamente impossível destacar outra vez o imposto dispensado na operação pois não se desconta aquilo que não foi mensurado para composição do preço.

A taxa de expediente é recolhida conforme DAE de fls. 1013.

A Auditoria Fiscal mantém a decisão anterior, ficando, por conseguinte, retido nos autos o Recurso de Agravo.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 1022/1029, opina pela procedência do lançamento.

---

### **DECISÃO**

#### **DAS PRELIMINARES**

##### **1. Quanto ao Recurso de Agravo retido nos autos**

O pedido de prova pericial suscitado pela Impugnante, a bem da verdade, não envolve questões que requeiram propriamente a produção de prova pericial, vez que os quesitos propostos não têm o condão de alterar a questão fática presente nos autos, qual seja, a não demonstração, no campo “Informações Complementares” das notas fiscais, do valor equivalente ao imposto dispensado na operação.

Assim, o requerimento de perícia foi corretamente indeferido, com fundamento no artigo 116, incisos I e IV, da CLTA/MG.

#### **DO MÉRITO**

A autuação versa sobre a constatação por parte do Fisco de que o Autuado promoveu saída de mercadorias ao abrigo indevido da isenção, no período fiscalizado de 01/10/2001 a 28/02/2003, já que teria infringido o item 111, do Anexo I, do Dec. 38.104/96, combinado com o item 96 do Anexo I, do Decreto 43.080/02.

A questão referente à utilização do benefício da isenção do ICMS é merecedora de alguns comentários preliminares acerca de sua aplicação, antes de nos manifestarmos sobre a controvérsia então estabelecida.

Segundo o inciso VI do art. 6º da Lei 6763/75, ocorre o fato gerador do imposto na saída de mercadoria, a qualquer título e também no desembaraço aduaneiro de mercadoria ou bem importados do exterior, tal como prevê o inciso I, do citado artigo.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A incidência tributária pode ser definida como "a situação em que o tributo é devido por ter ocorrido o fato gerador" já a não-incidência seria o oposto da incidência, vale dizer, ausência do surgimento da relação jurídico-tributária em face da não ocorrência do respectivo fato gerador.

Isenção significa o favor fiscal, instituído em lei, consistente na dispensa do pagamento do tributo devido. Portanto, a dinâmica do fenômeno isentivo seria: ocorrência do fato gerador, incidência tributária, nascimento da obrigação e dispensa do pagamento do tributo devido. Está-se a ver que, numa linha de pensamento dessa natureza, a isenção é tida como instituto totalmente diverso da não-incidência tributária.

É importante fixar bem as diferenças entre não-incidência e isenção: tratando-se de não incidência, não é devido o tributo porque não chega a surgir a própria obrigação tributária; ao contrário, na isenção o tributo é devido, porque existe a obrigação, mas a lei dispensa o seu pagamento; por conseguinte, a isenção pressupõe a incidência.

Tanto é verdade que o legislador do CTN adotou como epígrafe do "capítulo V" a expressão "exclusão do crédito tributário" e proclamou no seu art. 175 que a isenção exclui, ao lado da anistia, o crédito tributário.

Segundo Bernardo Ribeiro de Moraes: "a isenção tributária consiste num favor concedido por lei no sentido de dispensar o contribuinte do pagamento do imposto. Há concretização do fato gerador do tributo sendo este devido, mas a lei dispensa seu pagamento."

A base de cálculo do ICMS é, consoante o disposto no inciso IV do art. 13 da Lei 6763/75, o valor da operação, sendo que o §15 do citado art. 13, dispõe que o montante do imposto integra sua base de cálculo, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle.

Em termos gerais, um importador que adquire os produtos no exterior deve, primeiramente, apurar a base de cálculo preliminar, agregando ao valor CIF as despesas aduaneiras e impostos, para em seguida incorporar o valor correspondente à alíquota incidente sobre o produto, quando então estaria definitivamente apurada a base de cálculo do ICMS.

Em seguida, ao efetuar a apuração do valor do imposto a recolher, é que este importador apuraria a existência de possíveis benefícios fiscais relativos ao recolhimento do imposto, quando, então, *in casu*, atenderia a legislação, e sobre o novo monte, aplicaria a alíquota devida. Esta é a técnica correta e, em assim procedendo, o produto, agora nacionalizado, já teria agregado a seu valor o montante do imposto que inegavelmente há de o integrar.

Deduz-se, portanto, que no valor da mercadoria há de estar embutido o valor do próprio imposto pois o ICMS é um imposto dito "por dentro" (integra a sua própria base de cálculo).

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Considerando, entretanto, o disposto no art. 6º c/c o item 96, do Anexo I, ambos do RICMS/02 são isentas do imposto as operações e as prestações relativas a entrada, decorrente de importação do exterior, ou saída, em operação interna ou interestadual, de preservativo, classificado no código 4014.10.00 da NBM/SH (com o sistema de classificação adotado a partir de 1º de janeiro de 1997), desde que o remetente deduza do preço da mercadoria o valor equivalente ao imposto dispensado na operação, com indicação expressa no campo “Informações Complementares” da respectiva nota fiscal.

Esta política fiscal proporciona um custo menor do produto para o consumidor.

Nas operações internas e interestaduais que realiza, a Impugnante tem o direito à isenção do ICMS, prevista no Item 111, do Anexo I, do RICMS/96 e no item 96, do Anexo I, do RICMS/02.

Contudo, para a fruição de tal benefício, tem-se como condição sine qua non a “dedução, no preço da mercadoria, do valor equivalente ao imposto dispensado na operação, com indicação expressa no campo “Informações Complementares” da respectiva nota fiscal”.

Em suas notas fiscais a Autuada não observou a citada condição, vez que não deduziu, do "valor das mercadorias", o imposto dispensado em cada operação, e, conseqüentemente, não repassou tal benefício ao destinatário (vide documentos de fls. 7 a 76 e 294 a 970).

Observando os valores lançados em cada uma das Notas Fiscais, percebe-se que o valor total da nota é idêntico ao valor total dos produtos, o que, a priori, já aponta para uma irregularidade uma vez que, nas próprias Notas Fiscais, foi aposta a informação de que a operação descrita no documento fiscal gozava do benefício da isenção do ICMS (apesar de citar o dispositivo isencional constante do Regulamento do Estado de São Paulo).

Considerando, entretanto, que o produto descrito nos documentos fiscais atende aos dispositivos isencionais dos regulamentos mineiros de 1996 e 2002, a Impugnante deveria atentar, também, para o cumprimento das obrigações acessórias preceituadas nos mesmos.

Esta condição não é outra senão a que obriga o remetente da mercadoria a deduzir do preço do produto o valor equivalente ao imposto dispensado na operação, com indicação expressa, no campo “Informações Complementares”, da respectiva Nota Fiscal.

Temos que o valor total da nota deveria corresponder, portanto, ao valor total dos produtos, subtraído da parcela equivalente à aplicação da alíquota devida sobre este mesmo valor total dos produtos.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Esta condição imposta pelo regulamento do ICMS, definitivamente, não foi obedecida pela Impugnante. É fato notório, incontestado. Os números apresentados nas Notas Fiscais falam por si.

A autuada alega que o ICMS jamais integrou a base de cálculo e, assim, não teria como deduzir algo que não foi anteriormente agregado, entretanto, sendo o ICMS um imposto “por dentro”, é correta a dedução de que nenhuma redução ocorrera já que os valores totais das notas fiscais de emissão da autuada são idênticos aos valores totais dos produtos.

Destarte, em não se cumprindo a condição imposta para fruição do benefício da isenção do ICMS, corretas as exigências fiscais por estar descaracterizado o benefício.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em negar provimento ao Recurso de Agravo retido nos autos. No mérito, também à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Pela Impugnante/Agravante, sustentou oralmente o Dr. Marcelo Jabour Rios e pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Célio Lopes Kalume. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Edmundo Spencer Martins (Revisor) e Luciana Mundim de Mattos Paixão.

**Sala das Sessões, 16/12/03.**

**Roberto Nogueira Lima**  
**Presidente**

**Luiz Fernando Castro Trópia**  
**Relator**

*MLR/cecs*