

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.415/11/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000169047-78
Impugnação: 40.010129450-48
Impugnante: Nestlé Brasil Ltda
IE: 186002263.81-83
Proc. S. Passivo: Leonardo Resende Alvim Machado/Outro(s)
Origem: DF/Contagem

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – COMODATO. Constatado aproveitamento indevido de créditos de ICMS destacados em documentos fiscais de aquisição de bens do Ativo Permanente, posteriormente cedidos em comodato. Infração caracterizada nos termos dos art. 31, inciso I e 32, inciso II da Lei nº 6.763/75 e art. 1º, inciso II, alínea “a” da IN DLT/SRE nº 01/98. Legítimas as exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVI da Lei nº 6.763/75.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - EXTRAVIO/ADULTERAÇÃO DE LIVRO/DOCUMENTO FISCAL. Constatado o extravio de notas fiscais de entrada. Infração caracterizada nos termos do art. 96, inciso XII da Parte Geral do RICMS/02. Correta a exigência da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XII da Lei nº 6.763/75. Acionado o permissivo legal, art. 53, § 3º da citada lei, para reduzir a multa isolada a 5% (cinco por cento) do seu valor.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - FALTA DE ATENDIMENTO À INTIMAÇÃO. Constatado que a Autuada não atendeu intimação efetuada pelo Fisco para apresentação de documentos fiscais, nos termos do art. 96, inciso IV da Parte Geral do RICMS/02. Exige-se Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 6.763/75. Entretanto, diante da impossibilidade de atendimento da intimação pelo Contribuinte, tendo em vista o extravio dos documentos fiscais, cancela-se a exigência fiscal.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação de aproveitamento indevido de créditos de ICMS, no período de 01/01/07 a 31/12/08, provenientes de documentos fiscais escriturados no livro Controle de Créditos de ICMS do Ativo Permanente (CIAP), relativos à aquisição de bens com saídas sem incidência de imposto (saídas em comodato).

Constatou-se também infringência à legislação tributária por extravio e falta de apresentação de documentos fiscais e descumprimento à intimação fiscal.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Exige-se ICMS, multa de revalidação e Multas Isoladas capituladas nos arts. 55, incisos XII e XXVI e 54, inciso VII, alínea “a” todos da Lei nº 6763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procuradores regularmente constituídos, Impugnação às fls. 834/858, acompanhada dos documentos de fls. 859/1029, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 1.032/1.040.

DECISÃO

Versa o presente feito sobre a falta de recolhimento e/ou recolhimento a menor de ICMS em decorrência de aproveitamento indevido de créditos de ICMS, escriturados no livro Controle de Créditos de ICMS do Ativo Permanente – CIAP, relativos a aquisição de bens com saídas sem incidência de imposto (saídas em comodato), referente ao período de janeiro de 2007 a dezembro de 2008.

Versa também a autuação sobre infringência à legislação tributária por extravio de notas fiscais e descumprimento à intimação do Fisco para apresentação de documentos fiscais.

Em que pese os argumentos plausíveis da Impugnante acerca do “comodato”, o Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais está adstrito e vinculado à legislação mineira que, com fundamento no art. 110 do RPTA/MG, obstada está a discussão de qualquer tema tributário que venha a debater a legalidade da norma mineira, *in verbis*:

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 do Estado da Fazenda.

A legislação mineira aplicável à espécie é definitiva em afastar a pretensão da Impugnante em caso tal, já que a Instrução Normativa nº 02/09 expedida pela SUTRI determina em seus arts. 1º e 5º que:

Art. 1º - É vedada a apropriação de créditos decorrentes da entrada no estabelecimento de bens destinados ao ativo permanente cedidos em comodato.

(...)

Art. 5º - São passíveis de estorno os créditos de ICMS decorrentes da entrada de bens destinados ao ativo permanente cedidos em comodato apropriados em desacordo com o disposto nesta Instrução Normativa.

Tal norma explicita o entendimento da Secretaria de Estado de Fazenda acerca da apropriação de créditos de ICMS em relação aos bens cedidos em comodato. Qualquer apropriação de maneira diversa será passível de estorno, o que é confirmado pelo disposto nos arts. 70, inciso II e 71, inciso I do RICMS/02, transcrito a seguir:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 70. Fica vedado o aproveitamento de imposto, a título de crédito, quando:

(...)

II - a operação subsequente com a mesma mercadoria ou com outra dela resultante deva ocorrer com isenção ou não incidência, ressalvado o disposto no inciso III do *caput* e no § 1º, ambos do artigo 5º deste Regulamento;

(...)

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

I - vierem a ser objeto de operação subsequente não tributada ou isenta, observado o disposto no § 3º deste artigo e no artigo 74 deste Regulamento;

Na hipótese de o bem ser previamente destinado a posterior saída em comodato, no momento de sua entrada no estabelecimento ao qual pertença, o valor do imposto relativo à aquisição não deve ser escriturado na coluna "Entrada" do livro Controle de Créditos de ICMS do Ativo Permanente (CIAP), dada à vedação ao aproveitamento do respectivo crédito.

Com efeito, a legislação mineira é clara e definitiva em vedar o aproveitamento de crédito de ICMS em casos de operações baseadas em comodato que é o caso vertente dos autos.

As decisões judiciais defendidas pela Impugnante versando sobre o mesmo tópico e que afastaram a incidência do imposto e multas deram-se quando não vigente ainda a citada Instrução Normativa, portanto, aquelas decisões estavam à época, absolutamente corretas.

O caso dos autos, no entanto, está sobre a égide de norma (IN nº 02/09) que não alcançava os casos trazidos como paradigmas, portanto, não se trata de ter aqui decisões divergentes para fatos jurídicos iguais, já que, no caso vertente, tem-se uma norma que afasta definitivamente a pretensão da Impugnante.

Em consonância com a legislação mencionada também a Súmula 573 do STF afirma que não constitui fato gerador do imposto de circulação de mercadorias a saída física de máquinas, utensílio e implementos a título de comodato.

Súmula 573. Não constitui fato gerador do ICM a saída física de máquinas, utensílios e implementos a título de comodato.

Assim, correta a exigência fiscal.

Depreende-se também do Auto de Infração a cobrança da penalidade isolada capitulada no art. 55, inciso XII da Lei nº 6763/75, pelo extravio de documentos fiscais e ainda a Multa Isolada prevista no art. 54, inciso VII, alínea "a" da Lei nº 6763/75 pela falta de atendimento a uma intimação.

Prescreve o art. 55, inciso XII da Lei nº 6763/75:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

(...)

XII - por extraviar ou inutilizar documento fiscal, bem como não entregá-lo após a aplicação da penalidade prevista no inciso VII do art. 54 desta Lei - 40% (quarenta por cento) do valor da operação, apurada ou arbitrada pelo Fisco;

Resta comprovado nos autos a admitido pela própria Autuada o extravio das notas fiscais.

Cumprido registrar que os documentos anexados pela Impugnante (lista das notas extraviadas relacionando-as ao que diz serem seus pagamentos, comprovantes desses pagamentos, cópias de segundas vias de notas fiscais e dos livros onde teriam sido registradas) não ilidem as exigências fiscais porque as segundas vias apresentadas não têm o condão de substituir as primeiras que são as vias que devem necessariamente estar em poder da empresa que adquiriu os bens ou mercadorias.

Oportuno frisar também que o Contribuinte em comento não é reincidente na sanção do art. 55, inciso XII da Lei nº 6763/75, e, inobstante a gravidade desta sanção, as notas fiscais “extraviadas” também não tiveram repercussão no crédito indevidamente aproveitado.

Neste compasso, vê-se que há requisito objetivo para aplicação do permissivo legal porque, de fato, o que se depreende é que o contribuinte agiu sem intenção de burlar o Fisco.

Uma vez que ficou constatado que a Autuada não é reincidente conforme informação de fls. 1.043 e que a infração não resultou em falta de pagamento de imposto, é cabível a aplicação do permissivo legal, conforme disposto no § 3º do art. 53 da Lei nº 6.763/75, para reduzir a multa isolada prevista no art. 55, inciso XII da mesma lei, a 5% (cinco por cento) do seu valor.

Com relação a Multa Isolada do art. 54, inciso VII, alínea “a”, não é razoável multar a Impugnante por não ter apresentado documentos “extraviados” e ao mesmo tempo aplicar a sanção do extravio. Ela somente não apresentou os documentos reclamados porque estavam extraviados. Assim, exclui-se a exigência fiscal.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para excluir as exigências relativas à Multa Isolada capitulada no art. 54, VII, alínea “a” da Lei nº 6.763/75. Em seguida, por maioria de votos, em acionar o permissivo legal, art. 53, § 3º da Lei nº 6.763/75, para reduzir a Multa Isolada capitulada no art. 55, XII da Lei nº 6.763/75 a 5% (cinco por cento) do seu valor. Vencido o Conselheiro Ricardo Wagner Lucas Cardoso (Revisor), que acionava o permissivo para reduzi-la a 50% (cinquenta por cento). Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Leonardo Resende Alvim Machado e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Mariane Ribeiro Bueno Freire. Participou do julgamento, além dos signatários e do Conselheiro vencido, o Conselheiro

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Breno Frederico Costa Andrade.

Sala das Sessões, 14 de julho de 2011.

**Mauro Heleno Galvão
Presidente**

**Antônio César Ribeiro
Relator**

ACR/EJ

CC/MIG