

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.335/14/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000203636-54
Impugnação: 40.010135100-70
Autuada: Fast Shop S/A
IE: 062389780.01-19
Proc. S. Passivo: Cael Kalinowski Souza Matta/Outro(s)
Origem: DF/BH-2 - Belo Horizonte

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Constatado o aproveitamento indevido de créditos de ICMS provenientes de documentos fiscais relativos a aquisições de mercadorias sujeitas à substituição tributária, destinadas à comercialização. Infração caracterizada nos termos do art. 37, inciso I, Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02. Exigências fiscais de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVI, ambos da Lei nº 6.763/75.

ALÍQUOTA DE ICMS – APLICAÇÃO INCORRETA – MERCADORIA DIVERSA. Constatado a utilização de alíquota de 12% (doze por cento) ao invés de 18% (dezoito por cento) nas saídas de pedestal, roteador, scanner e time capsule, em desacordo com a previsão contida no art. 42, inciso I, alínea "e" da Parte Geral do RICMS/02. Exige-se ICMS e Multa de Revalidação prevista no inciso II do art. 56 da Lei nº 6.763/75.

NOTA FISCAL – FALTA DE DESTAQUE DO ICMS. Constatada a saída de mercadoria em operação tributada, por nota fiscal na qual não houve o destaque do ICMS incidente na operação. Infração caracterizada. Corretas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso VI, ambos da Lei nº 6.763/75.

ALÍQUOTA DE ICMS – APLICAÇÃO INCORRETA - PRODUTOS DE INFORMÁTICA. Constatado recolhimento a menor do ICMS, face da utilização indevida da alíquota de 7% (sete por cento) em operações com produtos de informática e automação, uma vez que não foi observado o disposto no item 56 c/c subitem 56.2 da Parte 1 do Anexo IV do RICMS/02. Exige-se ICMS e Multa de Revalidação prevista no inciso II do art. 56 da Lei nº 6.763/75.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre as seguintes irregularidades:

1 - falta de recolhimento ou recolhimento a menor do ICMS, apurado em recomposição da conta gráfica, em razão do aproveitamento indevido do crédito do

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

imposto nas entradas de mercadorias sujeitas ao recolhimento do ICMS devido por substituição tributária.

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

2 - falta de recolhimento ou recolhimento a menor do ICMS em decorrência de utilização de alíquota incorreta no cálculo do imposto em operações de circulação de mercadorias.

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

3 - falta de recolhimento ou recolhimento a menor do ICMS em decorrência de operações de circulação de mercadorias acobertadas por notas fiscais sem destaque do imposto.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso VI, ambos da Lei nº 6.763/75. No tocante à multa isolada c/c art. 215, inciso VI, alínea "f" do RICMS/02, correspondente a 42 UFEMG por documento.

4 - falta de recolhimento ou recolhimento a menor do ICMS em decorrência da aplicação incorreta da alíquota de 7% ou da redução da base de cálculo em notas fiscais de saída de produtos de informática relacionados na Parte 9 do Anexo IV do RICMS/02, por não estar comprovada a origem da mercadoria, uma vez que não foram atendidas as condições previstas no subitem 56.1 da Parte 1 do referido Anexo IV, não constando dos documentos as informações sobre o fabricante, número do ato pelo qual foi concedida a isenção ou a redução do IPI, razão social, números de inscrição estadual e do CNPJ, endereço e número da nota fiscal.

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

Instruem o presente Auto de Infração, o Relatório Fiscal (fls. 18/22) e os seguintes anexos:

- Anexo 1 – Recomposição da conta gráfica do ICMS – 2009 e 2010.
- Anexo 2 – Relação das notas fiscais de entrada de mercadorias sujeitas ao recolhimento do imposto por substituição tributária, com aproveitamento indevido de crédito – janeiro de 2009 a setembro de 2010.
- Anexo 3 – Relação das notas fiscais modelo 1 de saída de mercadoria com aplicação da alíquota incorreta – janeiro de 2009 a outubro de 2010.
- Anexo 4 – Relação das notas fiscais modelo 1 de saída de mercadoria sem destaque do ICMS – janeiro de 2009 a outubro de 2010.
- Anexo 5 – Relação das notas fiscais modelo 1 de saída de produtos de informática com alíquota ou redução da base de cálculo incorretas – janeiro a julho de 2009.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- Anexo 6 – Originais ou cópias de livros e documentos que comprovam as infrações.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procuradores regularmente constituídos, Impugnação às fls. 274/299. Junta documentos às fls. 304/325.

O Fisco manifesta-se às fls. 333/341.

DECISÃO

Os fundamentos expostos na manifestação fiscal foram em grande parte os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e por esta razão passam a compor o presente Acórdão, salvo alterações necessárias e pertinentes.

Infração 01 – aproveitamento indevido de crédito

Consta do Relatório Fiscal de fls. 18 que a Autuada deixou de recolher ou recolheu ICMS a menor, referente aos meses de janeiro a maio e agosto a dezembro de 2009 e de janeiro, abril, maio, julho e setembro de 2010, apurado por meio de recomposição da conta gráfica, em razão do aproveitamento indevido do crédito do imposto nas entradas de mercadorias sujeitas ao recolhimento do ICMS por substituição tributária.

A recomposição da conta gráfica consta no Anexo 1 e no Anexo 2 estão relacionadas as notas fiscais de entrada de mercadorias sujeitas ao recolhimento do imposto por substituição tributária, com aproveitamento indevido de crédito – janeiro de 2009 a setembro de 2010.

A Autuada apropriou no livro Registro de Entradas (RE), indevidamente, créditos pelas entradas de mercadorias que são sujeitas ao recolhimento do imposto por substituição tributária, de janeiro a dezembro de 2009 e em janeiro, abril, maio, julho e setembro de 2010, conforme demonstrado no Anexo 2.

Especificamente quanto aos meses de setembro e outubro de 2009, fez o estorno no livro Registro de Apuração do ICMS (RAICMS) e na Declaração de Apuração do ICMS (DAPI) do valor total que entendeu incorretamente apropriado, isso sem informar os documentos respectivos.

Aqui cabe ressaltar que ao efetuar o estorno demonstrou seu reconhecimento da incorreção em apropriar crédito de ICMS em operações de entrada quando as mercadorias são sujeitas ao regime de substituição tributária. Essa é exatamente a motivação da acusação fiscal da irregularidade/infração 01 do lançamento em questão.

Quanto às assertivas de ilegalidade e inconstitucionalidade trazidas pela Defesa não compete ao órgão julgador administrativo apreciá-las, dado o impedimento previsto no art. 110, inciso I do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA, que assim dispõe:

Art. 110. Não se incluem na competência do órgão julgador:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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;

Ressalte-se que além do art. 110 do RPTA afastar a competência do CC/MG para declaração de inconstitucionalidade, a jurisprudência dominante reconhece a validade do instituto da substituição tributária.

Esquivando-se de suas obrigações fiscais-tributárias a Autuada deixou também de atender à intimação de fls.02 para apresentar: 1) primeiras vias de notas fiscais de entrada, 2) vias fixas de notas fiscais de saída e 3) planilha demonstrativa dos estornos lançados no livro Registro de Apuração do ICMS.

Assim, com relação aos meses de setembro e outubro de 2009, como a Autuada não informou quais documentos foram objeto do estorno do crédito, o Fisco relacionou todas as notas fiscais com crédito indevido e deduziu o que já havia sido estornado no livro Registro de Apuração do ICMS (cópia fls. 131/132) e nas DAPIs (cópia fls. 153 e 159).

Especificamente quanto à alegação de impedimento ao crédito, o que macularia o instituto da não cumulatividade, importante destacar que na antecipação do imposto por substituição tributária o montante destacado na nota fiscal de entrada é abatido quando da apuração do valor devido pelas operações subsequentes, sem afronta à não cumulatividade.

Em específico, no caso da Impugnante, não é possível afirmar que houve recolhimento correto do imposto devido por substituição tributária porque os arquivos eletrônicos foram transmitidos em desacordo com a legislação, bem como o registro dos documentos no livro Registro de Entradas.

Correta, pois, a exigência de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVI, ambos da Lei nº 6.763/75.

Infração 02 – recolhimento a menor de ICMS pelo uso de alíquota incorreta

Consta do Relatório Fiscal de fls. 19 que a Autuada deixou de recolher ou recolheu ICMS a menor, referente ao período de janeiro de 2009 a outubro de 2010, em decorrência de operações de circulação de mercadorias (saídas) acobertadas por notas fiscais com destaque do imposto utilizando-se de alíquota incorreta, conforme demonstrado no Anexo 3.

Passa-se à análise de cada produto/mercadoria.

A Impugnante busca justificar a aplicação da alíquota de 12% nas saídas de “**pedestal**” por meio do disposto no art. 42, inciso I, alínea “b.7” da Parte Geral do RICMS/02 (redação vigente à época dos fatos geradores), transcrito às fls. 281/282, com destaque da NCM 9403.

Art. 42. As alíquotas do imposto são:

I - nas operações e prestações internas:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

b) 12 % (doze por cento), na prestação de serviço de transporte aéreo e nas operações com as seguintes mercadorias:

(...)

b.7) classificados na posição 94.03 da NBM/SH, assentos classificados nas subposições 9401.30, 9401.40, 9401.5, 9401.61.00, 9401.69.00, 9401.71.00, 9401.79.00, 9401.80.00 e 9401.90 da NBM/SH e colchões, estofados, espumas e mercadorias correlatas classificadas nas subposições 3909.50.29, 3921.13, 9404.21.00, 9404.29.00 e 9404.90.00, da NBM/SH, promovidas por estabelecimento industrial;

Esquece a Impugnante de observar que ao final da subalínea “b.7” consta a expressão “... promovidas por estabelecimento industrial”, o que legitima a utilização da alíquota de 18% nas saídas do produto pedestal, nos termos da alínea “e” do mesmo dispositivo.

Art. 42. As alíquotas do imposto são:

I - nas operações e prestações internas:

(...)

e) 18% (dezoito por cento), nas operações e nas prestações não especificadas nas alíneas anteriores;

A alíquota de 12% só se aplica às operações promovidas por estabelecimento industrial, o que não é o caso da Impugnante, estabelecimento varejista.

Para a mercadoria “**time capsule**”, a Impugnante defende a alíquota de 12% descrita no subitem 9.19 da Parte 3 do Anexo XII.

Ocorre que pelo citado subitem 9.19, sujeita-se à alíquota de 12%, a saída de “controladora de terminais”, NBM/SH 8471.80.00, e só a partir de 25/06/10.

A simples análise da vigência do dispositivo já afasta a pretendida adoção da alíquota de 12% e atrai a regra geral da alíquota de 18%, pois os fatos geradores envolvendo essa mercadoria são anteriores a 26/06/10.

A título de argumentação, cabe mencionar que a coincidência na descrição do produto é obrigatória para enquadramento no item e, nesse sentido, “controladora de terminais” não é o mesmo que “time capsule”, a menos que outros elementos assim indicassem.

Ressalte-se mais uma vez que, abstraindo-se da questão de coincidência da descrição, entendendo que a mercadoria em questão é classificada na NBM 8471.80.00, mesmo assim a alíquota aplicável não seria 12%, vez que a referida NBM não consta da Parte 3 do Anexo XII do RICMS/02 que produziu efeitos de 15/12/02 a 24/06/10, período no qual se enquadram as exigências fiscais.

Quanto a “**scanner**” e “**roteador**”, a alegação da Impugnante é de que os produtos encontrariam respaldo para a alíquota adotada (12%) conforme subitens 9.27 e 17.12 da Parte 3 do Anexo XII do RICMS/02.

Consultando o RICMS, verifica-se que a alíquota de 12% para “scanner” conforme previsão do subitem 9.27 e para “roteador” conforme subitem 17.12 só se aplica a partir de 25/06/10 já que os produtos não se encontram relacionados na Parte 3 que teve vigência de 15/12/02 a 24/06/010, período abrangido pelos fatos geradores objeto da autuação.

Correta, pois, a exigência de ICMS e Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Infração 03 – recolhimento a menor de ICMS, notas fiscais sem destaque do imposto

Consta do Relatório Fiscal de fls. 19 que a Autuada deixou de recolher ou recolheu ICMS a menor, referente aos meses de janeiro a julho e de outubro a dezembro de 2009 e de janeiro a outubro de 2010, em decorrência de operações de circulação de mercadorias (saídas) acobertadas por notas fiscais sem destaque do imposto, conforme demonstrado no Anexo 4.

A Impugnante alega que não houve destaque do imposto porque as mercadorias encontravam-se, em sua maior parte, sujeitas ao regime de substituição tributária. Elenca às fls. 283/284 alguns produtos e dispositivos legais referentes à substituição tributária.

Seguindo a mesma ordem dos produtos de fls. 283/284, passa-se à análise de cada produto/mercadoria.

- “**depurador**”: não se encontra, nem se encontrou, listado no subitem 29.2.2 da Parte 2 do Anexo XV como quer a Impugnante, já que o referido subitem tratou de coifas no período de 01/08/09 a 31/10/09 e de câmeras de televisão, câmeras fotográficas digitais e câmeras de vídeo a partir de 01/03/11 sendo que, conforme a Consulta de Contribuinte 046/2010 (fls. 200) a ST não se aplica a depurador.

CONSULTA DE CONTRIBUINTE Nº 046/2010

ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - DEPURADOR DE AR DE USO DOMÉSTICO - INAPLICABILIDADE - A substituição tributária disciplinada no Anexo XV do RICMS/2002 aplica-se em relação a qualquer produto incluído num dos códigos da NBM/SH relacionados na Parte 2 desse Anexo, desde que integre a respectiva descrição, independentemente do emprego que se venha a dar ao produto.

EXPOSIÇÃO:

A Consulente, com apuração de ICMS por débito e crédito, informa fabricar e comercializar o produto DEPURADOR de ar de uso doméstico, classificado no código 8421.39.90 da NBM/SH.

Aduz que o código referido consta do subitem 29.1.13 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, cuja

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

descrição é, entretanto, "aparelho para filtrar e depurar água".

Lembra que a substituição tributária em questão aplica-se também em relação aos Estados do Rio de Janeiro, de São Paulo e do Rio Grande do Sul, signatários do Protocolo ICMS 31/09.

Em dúvida com relação à legislação, formula a presente consulta.

CONSULTA:

Há previsão de substituição tributária em relação ao produto referido, nos termos do subitem 29.1.13 do Decreto no 45.138/09, apesar de relacionar a subposição 8421.39.90 da NBM/SH, mas não coincidir a descrição?

RESPOSTA:

Inicialmente cabe ressaltar que a Consulente foi autuada pela aplicação indevida de redução de base de cálculo nas operações com o produto referido, cujos processos respectivos foram julgados e encontram-se inscritos na Dívida Ativa desse Estado.

Também cabe salientar que o correto enquadramento do produto da Consulente na NBM/SH foi objeto de discussão junto a Secretaria da Receita Federal do Brasil, cujo entendimento é de que o código da NBM/SH adequado é 8414.60.00. O assunto, entretanto, foi apreciado em pelo menos duas ocasiões pelo Conselho de Contribuintes da União, tendo sido objeto de decisões contrárias, onde se encontra sob apreciação em fase recursal.

Efetuados esses esclarecimentos, responde-se a presente Consulta.

O correto tratamento tributário de determinada mercadoria depende da sua adequada classificação em um dos códigos da NBM/SH e da respectiva descrição. A classificação de mercadoria para os efeitos tributários é de inteira responsabilidade do contribuinte.

A substituição tributária disciplinada no Anexo XV do RICMS/2002 aplica-se em relação a qualquer produto incluído num dos códigos da NBM/SH relacionados na Parte 2 do mesmo Anexo, desde que integre a respectiva descrição. Logo, estando o produto classificado no código da NBM/SH citado em subitem da Parte 2 e, cumulativamente, enquadrando-se na descrição contida nesse mesmo subitem, aplica-se o referido regime, independentemente do emprego que se venha a dar ao produto.

Necessário esclarecer que o subitem 29.1.13 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/2002 surtiu efeito somente até 31/10/2009, tendo sido revogado pelo

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

inciso II do art. 3º do Decreto nº 45.192, de 13/10/2009.

De qualquer forma, caso o DEPURADOR de ar referido pela Consulente se enquadre no Código 8421.39.90, não se aplicou a substituição tributária durante a vigência do subitem 29.1.13, porque o produto não se enquadrava na descrição contida nesse subitem.

Também não cabe aplicação da substituição tributária caso o produto se enquadre no Código 8414.60.00 da NBM/SH, citado no subitem 45.2 do Anexo XV do Regulamento estadual, porque o produto não se enquadra na descrição contida nesse subitem.

Por fim, cumpre ressaltar que este Estado celebrou protocolos para instituição da substituição tributária nas operações com produtos eletrônicos, eletroeletrônicos e eletrodomésticos, conforme item 29.1 da Parte 2 do Anexo XV referido, com os Estados do Maranhão (Protocolo ICMS 126/09), Rio de Janeiro (Protocolo ICMS 62/09), Rio Grande do Sul (Protocolo ICMS 173/09) e São Paulo (Protocolo ICMS 31/09), verificadas as respectivas alterações e vigências, cujas datas diferenciam entre si.

(grifou-se)

- “**monitor de TV**”: realmente se enquadra no subitem 29.1.61 e passou a ter o recolhimento do imposto por ST a partir de 01/08/09, mas as exigências fiscais são de período anterior à vigência da referida norma.

- “**ramal s/ fio**”: não se enquadra nos subitens 29.27 e 14.48, como quer a Impugnante, pelo fato de não constar a descrição nos referidos subitens, sendo que, como sabido, para determinação do alcance da substituição tributária, o produto deve estar classificado em um dos códigos da Nomenclatura Brasileira de Mercadoria/Sistema Harmonizado – NBM/SH relacionados na Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, além de integrar a descrição do respectivo subitem.

- “**forno de embutir a gás**”: não se classifica, como quer a Autuada, na NBM/SH 8516.60.00 que é a classificação de produtos elétricos, entre eles, forno elétrico, sendo que os aparelhos não elétricos de uso doméstico se classificam na posição 7321 da NBM.

- “**forno de micro-ondas**”: só passou a enquadrar-se na substituição tributária a partir de 01/08/09, conforme subitem 29.1.44, e não 29.1.45 como citado pela Impugnante, mas as exigências fiscais são de período anterior à vigência de referida norma.

- “**roteador**”: não consta do subitem 29.1.53 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02 a partir de 01/08/09 como, também, quer a Impugnante, sendo que desse subitem constam produtos classificados na posição 8517.62.5 que nem mesmo é a informada pela Autuada (8517.6249), além das descrições que não são as do produto em questão. Vale informar que o produto “roteador” passou a ter previsão de recolhimento do ICMS por ST a partir de 01/03/11, conforme subitem 29.1.75 da

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

mesma Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, mas as exigências fiscais são de período anterior à vigência de referida norma.

- “**pen drive**”: não constou e nem consta das descrições do subitem 29.1.57, não sendo produto sujeito ao recolhimento do ICMS por ST, como bem comprova a Consulta de Contribuinte nº 101/2012, cópia às fls. 202.

CONSULTA DE CONTRIBUINTE Nº 101/2012 (reformulada)

ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - NBM/SH - INAPLICABILIDADE - Para determinação do alcance da substituição tributária o produto deverá estar classificado em um dos códigos da Nomenclatura Brasileira de Mercadoria/Sistema Harmonizado - NBM/SH relacionados na Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, além de integrar a descrição do respectivo subitem.

EXPOSIÇÃO:

A Consulente, com apuração do ICMS pelo regime de débito e crédito, informa exercer a atividade de comércio varejista de equipamentos e suprimentos para informática.

Afirma adquirir, em operação interestadual, produto da indústria de informática e de automação fabricado por estabelecimento industrial que atende às disposições do Processo Produtivo Básico determinado pelo artigo 4º da Lei Federal nº 8.248/1991, cujas operações internas são amparadas pela redução de base de cálculo.

Aduz que, para acobertar a operação de venda, o fabricante do produto emite nota fiscal, na qual consta, além dos requisitos exigidos, no campo Informações Complementares, o número do ato pelo qual foi concedida a isenção ou redução do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, conforme o caso, nos termos da alínea "a" do subitem 56.1 da Parte 1 do Anexo IV do RICMS/02.

Acrescenta que persiste dúvida quanto à aplicabilidade da substituição tributária ao "pen drive", tendo em vista a falta de definição técnica para o produto, posto que diversos fabricantes divergem quanto à classificação fiscal dessa mercadoria.

Com dúvida sobre a aplicação da legislação tributária, formula a presente consulta.

CONSULTA:

Na comercialização, em Minas Gerais, do produto "pen drive", classificado sob o código 8523.51.90 da NBM/SH, qual a alíquota do ICMS a ser aplicada? O referido produto é sujeito ao regime de substituição tributária?

RESPOSTA:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Inicialmente cabe salientar que para determinação do alcance da substituição tributária o produto deverá estar classificado em um dos códigos da Nomenclatura Brasileira de Mercadoria/Sistema Harmonizado - NBM/SH relacionados na Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, além de integrar a descrição do respectivo subitem.

Importa acrescentar que é de exclusiva responsabilidade do contribuinte a correta classificação e o enquadramento dos seus produtos na codificação da NBM/SH. Caso persistam dúvidas quanto às classificações e às descrições que têm por origem norma federal, deverá a Consulente dirigir-se à Receita Federal do Brasil - RFB, por ser o órgão competente para dirimi-las.

De acordo com as Soluções de Consulta nº 49/2009, nº 56/2009 e nº 11/2010 da RFB, o dispositivo de armazenamento de dados denominado comercialmente "pen drive" ou "USB Flash drive" é classificado sob o código 8523.51.90 da NBM/SH.

Dessa forma, tendo em vista que a referida mercadoria não se encontra relacionada em subitem da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, infere-se que esse produto não é alcançado pelo regime de substituição tributária.

Na comercialização, em Minas Gerais, do produto em referência, a alíquota do ICMS a ser aplicada é de 12% (doze por cento), conforme estabelece a subalínea "b.40" do inciso I do art. 42 do RICMS/02.

(grifou-se)

Correta, pois, a exigência de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso VI, ambos da Lei nº 6.763/75. No tocante à multa isolada c/c art. 215, inciso VI, alínea "f" do RICMS/02, correspondente a 42 UFEMG por documento.

Infração 04 – recolhimento a menor de ICMS, aplicação incorreta de alíquota ou redução de base de cálculo

Consta do Relatório Fiscal de fls. 19 que a Autuada deixou de recolher ou recolheu ICMS a menor, referente aos meses de janeiro a julho de 2009, em decorrência utilização de alíquota ou redução da base de cálculo incorretas no cálculo do imposto em operações de circulação de mercadorias, conforme demonstrado no Anexo 5.

A Impugnante aplicou a alíquota de 7%, ou reduziu a base de cálculo de forma que a alíquota efetiva foi também 7%, nas saídas dos produtos de informática relacionados no Anexo 5 sem, no entanto, cumprir as exigências previstas no item 56 c/c subitem 56.1 e 56.2 da Parte 1 do Anexo IV do RICMS/02.

Para a Impugnante teria havido mero descumprimento de obrigação acessória, já que o aproveitamento do benefício, em sua análise, requer apenas o preenchimento de dois requisitos: **1)** que os produtos estejam previstos na Parte 9 do

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Anexo IV do RICMS/02 e 2) que o estabelecimento fabricante atenda às disposições do art. 4º da Lei Federal nº 8.248/91, e tais requisitos teriam sido cumpridos.

Além da questão não envolver mero descumprimento de obrigação acessória, como se irá demonstrar, nem mesmo os 2 requisitos foram cumpridos, pois não há prova de que o estabelecimento fabricante atendeu às disposições do art. 4º da Lei Federal nº 8.248/91, ao contrário, a prova é de não atendimento.

O cumprimento das condições postas na legislação, quais sejam: 1) a informação do número do ato pelo qual foi concedida a isenção ou redução do IPI, 2) a identificação do fabricante pela razão social, números de inscrição estadual e no CNPJ e endereço e 3) o número da nota fiscal relativa à aquisição original da indústria, é imprescindível para a fruição do benefício e até mesmo para validar se foram atendidas as disposições da Lei Federal nº 8.248/91.

Trata-se de um benefício condicionado, de forma que o cumprimento das condições especificadas em regulamento é que determinam a possibilidade de usufruir o benefício.

Como reconhece a própria Impugnante às fls. 286, o § 12 do art. 12 da Lei nº 6.763/75, autorizou o Poder Executivo a reduzir a carga tributária para até 7% nas operações internas com produtos da indústria de informática e automação, observados os prazos, a forma, a relação das mercadorias alcançadas, as condições e a disciplina de controle estabelecidos em regulamento.

E assim trata o RICMS/02, nos subitens 56.1 e 56.2 do Anexo IV:

"56.1 Para os efeitos do disposto neste item, o estabelecimento fornecedor, exceto quando se tratar de operação acobertada por documento fiscal emitido por equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF), constará das notas fiscais relativas à comercialização da mercadoria:

a) tratando-se da indústria fabricante do produto, o número do ato pelo qual foi concedida a isenção ou redução do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), conforme o caso;

b) tratando-se dos demais contribuintes, além da indicação referida na alínea anterior, a identificação do fabricante (razão social, números de inscrição estadual e no CNPJ e endereço) e o número da nota fiscal relativa à aquisição original da indústria, ainda que a operação seja realizada entre estabelecimentos comerciais;

56.2 o estabelecimento adquirente da mercadoria exigirá do seu fornecedor as indicações referidas no subitem 56.1"

Alega a Impugnante que o descumprimento da obrigação acessória gera apenas presunção relativa de que a empresa fabricante não preenche os requisitos da Lei Federal nº 8.248/91.

Defende que tal presunção pode e deve ser afastada pela busca da verdade material, o que se efetivaria com intimação para apresentação de documentos de

aquisição por parte da remetente e de transferência de todos os itens descritos no Anexo 5 da autuação para o estabelecimento autuado.

Na perspectiva de supostamente provar o alegado a Impugnante junta os documentos de fls. 317/325, todos se referem a notas de aquisição pela filial sediada em Barueri/SP, e não foi juntada sequer uma nota fiscal de transferência das referidas mercadorias, da filial sediada em Barueri/SP para o estabelecimento autuado.

Na verdade, as entradas no estabelecimento autuado foram basicamente transferências internas, sem informação que possibilitasse a fruição do benefício.

Ademais, a simples apresentação das notas fiscais de aquisição e transferência das mercadorias pela filial de Barueri não comprovariam o direito ao benefício por parte dos estabelecimentos mineiros, quando também aquelas notas fossem emitidas sem as informações exigidas, e é o que se depreende da documentação juntada.

Corroborando para o não atendimento da própria essência da Lei Federal nº 8.248/91 (proteção da indústria nacional de informática), embora a Impugnante afirme às fls. 291, “...**que as mercadorias vendidas se enquadram perfeitamente no fato econômico previsto pela legislação tributária (norma principal)**”, a análise da composição do código de barras EAN 13 dos produtos.

As notas fiscais emitidas pela Impugnante trazem o número do código de barras EAN 13 dos produtos.

O referido código é composto pelo prefixo do país de origem (3 primeiros dígitos) + código da empresa (4 dígitos seguintes) + código do produto (5 dígitos) + dígito verificador (1 dígito). Os prefixos destinados ao Brasil são 789 e 790.

Assim, aquele produto com o código EAN 13 não iniciado pelos dígitos 789 ou 790 é de origem estrangeira, o que conflita com o propósito da Lei Federal nº 8.248/91.

Das notas fiscais juntadas aos autos, as de fls. 204, 206/214, 216, 218, 220/247, 249/250, 253 e 255 acobertaram a movimentação de produtos, a princípio, não produzidos no Brasil, vez que os código EAN 13 possuem os três primeiros dígitos diferentes de 789 ou 790.

Ressalte-se que a Autuada tem a obrigação de informar esses códigos nos arquivos eletrônicos e não o fez. A previsão legal da entrega encontra-se no item 25F – Registro “88EAN” – informação do número do código de barras do produto da Parte 2 (Do Manual de Orientação do Usuário de Sistema de Processamento Eletrônico de Dados) do Anexo VII do RICMS/02.

Com relação a serem irrelevantes as informações nas notas fiscais pelo fato de não serem também exigidas para o cupom fiscal, não procede a alegação da Impugnante.

A Impugnante ataca as regras regulamentares, intitulando-as de meras obrigações acessórias, passíveis de serem cumpridas por outros meios, apesar de na instrução processual não restar comprovado as exigências, sequer da legislação federal.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Contudo, até mesmo a análise quanto ao cupom fiscal não se mostra razoável, pois a origem deve ser comprovada pela nota fiscal de entrada, que deve conter as informações previstas na legislação, pois o RICMS/02 dispõe que o estabelecimento adquirente da mercadoria exigirá do seu fornecedor as indicações necessárias à fruição do benefício. No caso, é fato incontroverso que as informações não constam das notas fiscais de entrada.

Correta, pois, a exigência de ICMS e Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Por fim, é imperioso afirmar que as alegações de conflito da legislação mineira e procedimento fiscal adotado com diretrizes constitucionais não foram objeto de deliberação, pois nos termos do art. 110 do RPTA não se incluem na competência desse órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Thiago Corrêa Vasques e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Sérgio Timo Alves. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Guilherme Henrique Baeta da Costa (Revisor) e Fernando Luiz Saldanha.

Sala das Sessões, 22 de janeiro de 2014.

**Antônio César Ribeiro
Presidente**

**Marco Túlio da Silva
Relator**

D