

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 23.323/22/2ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.002196996-81
Impugnação: 40.010153575-71
Impugnante: Quality In Tabacos Indústria e Comércio de Cigarros Importação
CNPJ: 11.816308/0001-26
Proc. S. Passivo: Pedro Henrique Ferreira Rossi/Outro(s)
Origem: DFT/Juiz de Fora - 2

EMENTA

CRÉDITO TRIBUTÁRIO - DECADÊNCIA - NÃO RECONHECIMENTO. Nos termos do art. 173, inciso I do Código Tributário Nacional, o prazo decadencial aplicável ao lançamento de ofício é de 5 (cinco) anos contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser efetuado. No caso dos autos, não se encontra decaído o direito da Fazenda Pública Estadual de formalizar o crédito tributário.

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - OPERAÇÃO SUBSEQUENTE NÃO TRIBUTADA. Constatado o aproveitamento indevido de créditos de ICMS, em razão da falta de estorno de créditos do imposto, relativos a aquisições de mercadorias, cujas saídas posteriores se referiram a transferências interestaduais entre estabelecimentos de mesma titularidade, sem a tributação do ICMS, em função de decisão judicial favorável à Autuada. Infração caracterizada, nos termos do art. 71, inciso I, do RICMS/02. Corretas as exigências de ICMS e Multas de Revalidação e Isolada previstas, respectivamente, no art. 56, inciso II e art. 55, inciso XXVI, ambos da Lei nº 6.763/75.

Decadência não reconhecida. Decisão unânime.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre o aproveitamento indevido de créditos de ICMS, em razão da falta de estorno de créditos do imposto, relativos a aquisições de mercadorias, cujas saídas posteriores ocorreram sem a tributação por se tratar de transferências entre estabelecimentos de mesma titularidade, amparadas por decisão judicial favorável à Autuada, portanto, em desacordo com o art. 71, inciso I do RICMS/02, no período de 01/01/16 a 31/12/16.

Registra-se que tal irregularidade deu causa à lavratura dos PTAs nº 01.002196996-8, ora discutido e nº 01.002199803-39 (para o período de 01/01/17 a 30/09/18), para as exigências cabíveis.

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Instruem o presente Auto de Infração, dentre outros, os seguintes documentos:

- Auto de Início de Ação Fiscal – AIAF (fls. 02/03);
- Relatório Fiscal de fls. 12/16;
- Planilhas demonstrativas de apuração do crédito tributário (anexos I, II, III e IV) de fls. 17/24;
- Sentença Judicial, Embargos e Acolhimento de Embargos (fls. 26/37); e
- mídia eletrônica de fls. 38, contendo planilhas de visualização das notas fiscais de entrada e de saídas do período autuado.

Da Impugnação

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 43/74.

Requer a procedência da impugnação.

Da Instrução Processual

Registre-se que, devido à falta de recolhimento integral da taxa de expediente, ficou caracterizada a desistência da Impugnação de fls. 43/86 dos autos, nos termos do art. 111, § 1º do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos -RPTA, tendo sido cientificada a Autuada mediante Ofício 007/2022 (fls. 90).

A Autuada comparece às fls. 95/105 e apresenta comprovante da taxa de recolhimento, realizado na data de recebimento da intimação (fls. 106/109).

Em seguida, protocoliza neste Conselho de Contribuintes de Minas Gerais - CCMG, o mesmo documento, acostado às fls. 123/133 dos autos.

Os autos são encaminhados para a Advocacia Geral do Estado (AGE) para inscrição em dívida ativa (fls. 147) e emitida a certidão dívida ativa - CDA de fls. 149/151.

Em face de decisão no Mandado de Segurança (fls. 158/160) foi cancelada a CDA e encaminhados os autos para o regular processamento da impugnação.

Da Manifestação Fiscal

A Fiscalização, em Manifestação de fls. 168/181, refuta as alegações da Defesa. Requer a procedência do lançamento.

Do Parecer da Assessoria

A Assessoria do CCMG, em Parecer de fls. 186/200, opina, em preliminar, pela rejeição das prefaciais arguidas e pelo indeferimento da prova pericial requerida e, no mérito por não reconhecer a decadência do direito da Fazenda Pública de formalizar o crédito tributário em relação ao período de 01/01/16 a 24/11/16 e 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.

Da Preliminar

Da Nulidade do Auto de Infração

A Impugnante requer que seja declarado nulo o Auto de Infração, em razão de vícios no lançamento.

Alega que foi cerceada de seu direito de defesa visto que a documentação que supostamente daria suporte ao lançamento não se mostra clara e concisa, de modo a demonstrar com segurança a ocorrência do fato gerador.

Sustenta que o Fisco não conseguiu demonstrar nos anexos do Auto de Infração quais os fundamentos que o levaram a firmar posição de existência de crédito tributário, nem militariam tais anexos a favor do lançamento.

Defende, ainda, a Autuada que o Auto de Infração seria nulo por inexistência de justa causa para a sua lavratura, em razão de inexistir qualquer ação ou omissão perpetrada pela Impugnante capaz de configurar a hipotética infração legal apontada.

Entretanto, razão não lhe assiste, pois o Auto de Infração contém os elementos necessários e suficientes para que se determine, com segurança, a natureza das infrações. As infringências cometidas e as penalidades aplicadas encontram-se legalmente embasadas. Todos os requisitos foram observados, formais e materiais, imprescindíveis para a atividade do lançamento, previstos nos arts. 85 a 94 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), aprovado pelo Decreto nº 44.747/08.

Depreende-se do disposto no art. 142 do CTN que o lançamento é um procedimento administrativo privativo das autoridades fiscais que devem proceder nos termos da lei para sua formalização. Confira-se:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

O lançamento pressupõe a verificação da ocorrência do fato gerador, a determinação do crédito tributário, apuração do imposto devido, a identificação do sujeito passivo e a proposição da penalidade cabível.

A formalização do lançamento encontra-se determinada no estado de Minas Gerais pela Lei nº 6.763/75 e regulamentada pelo Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos do Estado de Minas Gerais (RPTA), aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, em seu art. 89.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 89. O Auto de Infração e a Notificação de Lançamento conterão, no mínimo, os seguintes elementos:

I - número de identificação;

II - data e local do processamento;

III - nome, domicílio fiscal ou endereço do sujeito passivo e os números de sua inscrição estadual e no CNPJ ou CPF;

IV - descrição clara e precisa do fato que motivou a emissão e das circunstâncias em que foi praticado;

V - citação expressa do dispositivo legal infringido e do que comine a respectiva penalidade;

VI - valor total devido, discriminado por tributo ou multa, com indicação do período a que se refira;

VII - os prazos em que o crédito tributário poderá ser pago com multa reduzida, se for o caso;

VIII - intimação para apresentação de impugnação administrativa, se cabível, com indicação do respectivo prazo, ou anotação de se tratar de crédito tributário não-contencioso;

IX - a indicação da repartição fazendária competente para receber a impugnação, em se tratando de crédito tributário contencioso; (Grifou-se).

Verifica-se, no caso dos autos que todos os requisitos foram observados, formais e materiais, imprescindíveis para a atividade do lançamento, previstos nos arts. 85 a 94 do RPTA.

Consta tanto do Relatório do Auto de Infração, quanto do Relatório Complementar, a descrição clara e precisa do fato que motivou a emissão do Auto de Infração, qual seja o aproveitamento indevido de créditos de ICMS, em razão da falta de estorno de créditos do imposto, relativos a aquisições de mercadorias, cujas saídas posteriores ocorreram sem a tributação por se tratar de transferências entre estabelecimentos de mesma titularidade, em desacordo com o art. 71, inciso I do RICMS/02.

Foram elaboradas planilhas demonstrativas da apuração do crédito tributário, conforme descrito pela Fiscalização no Relatório do Auto de Infração (fls. 12/16).

Verifica-se que para a apuração dos valores de ICMS a serem estornados, o Fisco utilizou-se dos dados das notas fiscais eletrônicas, importadas do Sped Fiscal do Contribuinte e elaborou os seguintes anexos:

- Anexo I – Totalização das operações de entrada e saída por CFOP no período de janeiro de 2016 a 31/12/16 (fls. 18);

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- Anexo II – Apuração do percentual das saídas não tributadas sobre as saídas totais (fls. 20);

- Anexo III – Demonstrativo do crédito a ser estornado (fls. 22).

As planilhas do Anexo III foram construídas para a aplicação dos percentuais, obtidos nos Anexos II, sobre as entradas mensais tributadas no exercício de 2016, a fim de quantificar o valor de crédito aproveitado pelo contribuinte a estornar.

Por fim, partindo dos valores apurados no Anexo III, o Anexo IV (fls. 24) apresenta por mês os valores das parcelas que compõem o crédito tributário.

Não prospera o argumento de que a Impugnante não teve acesso à totalidade das planilhas de apuração (Anexos I a IV), as quais seriam recortes.

Como esclarecido pelo Fisco, as planilhas impressas e entregues ao Contribuinte não são recortes, mas a totalidade da apuração, conforme se verifica dos documentos acostados às fls. 17/24 dos autos. A mídia de fls. 38, que contém as planilhas com visualização das notas fiscais de saída e entradas da Autuada, conforme reconhecido pela Impugnante, também lhe foi entregue.

No tocante ao erro no somatório da coluna A e E (Valor das Entradas Tributadas – CFOP 2409 e Valor - Crédito a ser Estornado, respectivamente no Anexo III – Demonstrativo do Crédito a ser Estornado, este não afeta a apuração, visto que o estorno foi realizado por mês, tendo sido aplicado sobre o valor das entradas tributadas do mês o percentual apurado no Anexo II – saídas não tributadas sobre saídas totais.

Ademais, há que se destacar que o art. 92 do RPTA estatui que as incorreções ou as omissões da peça fiscal não acarretarão a sua nulidade, quando nela constarem elementos suficientes para determinar com segurança a natureza da infração arguida, norma que se aplica perfeitamente ao caso dos autos:

Art. 92. As incorreções ou as omissões da peça fiscal não acarretarão a sua nulidade, quando nela constarem elementos suficientes para determinar com segurança a natureza da infração arguida.

Induidoso que a Autuada compreendeu e se defendeu claramente da acusação fiscal, completa e irrestritamente, conforme se verifica pela impugnação apresentada, que aborda todos os aspectos relacionados com a situação, objeto da autuação, não se vislumbrando, assim, nenhum prejuízo ao exercício da ampla defesa.

Informa, ainda, o Fisco que, ao contrário do que alega a Impugnante, o Fisco, antes de qualquer procedimento de ação fiscal, quando a filial mineira ainda estava ativa, encaminhou Ofício DFT/Juiz de Fora/nº 2019/ 22, em 24/04/19, destinado a informar que o estabelecimento estava sob Procedimento Fiscal Auxiliar Exploratório naquela data, seguindo o disposto no inciso III do art. 67 do RPTA (documentos fls. 176 dos autos).

Relata que, em seguida, a Fiscalização constatou o encerramento das atividades da filial em 08/05/19, poucos dias depois do início das verificações.

Da análise dos presentes autos, em face das normas acima transcritas, verifica-se que o mesmo atende a todos os requisitos impostos pela legislação tributária mineira, revelando a acusação fiscal e a penalidade correspondente, habilitando e oportunizando defesa plena.

O presente lançamento trata de exigência baseada em provas concretas do ilícito fiscal praticado, que será demonstrado na análise de mérito.

Rejeita-se, pois, a arguição de nulidade do lançamento.

Do Pedido de Prova Pericial

A Impugnante pleiteia a produção de prova pericial, como forma de comprovação de suas alegações, por entender ser necessária à elucidação de eventuais obscuridades deste processo.

Para tanto apresenta quesitos às fls. 74 dos autos.

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

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.

Os quesitos apresentados pela Impugnante pretendem responder questões relacionadas aos seguintes temas: origem dos créditos nas entradas (quesito 1), escrituração de créditos e cumprimento da legislação – art. 66, inciso I e art. 71, inciso I do RICMS/02 (quesitos 2, 3 e 4), reapuração do crédito tributário (quesito 5).

Entretanto, é verificado que os argumentos carreados aos autos pela Fiscalização, bem como pela própria Impugnante em sua defesa, revelam-se suficientes para a elucidação da questão.

As planilhas demonstrativas da apuração do crédito tributário contêm todas as informações necessárias ao exame da questão ora discutida.

As demais questões serão respondidas à luz da legislação (Lei nº 6.763/75, RICMS/02).

Prescreve o art. 142, § 1º, inciso II, alínea “a” do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – 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;

Desse modo, como os quesitos propostos não demandam especialista com conhecimentos técnicos específicos e as respostas aos questionamentos encontram-se no conjunto probatório constante dos autos, indefere-se o pedido de produção de prova pericial por ser desnecessária para a compreensão das irregularidades apuradas.

Do Mérito

Conforme relatado, a autuação versa sobre o aproveitamento indevido de créditos de ICMS, em razão da falta de estorno de créditos do imposto, relativos a aquisições de mercadorias, cujas saídas posteriores ocorreram sem a tributação por se tratar de transferências entre estabelecimentos de mesma titularidade, amparadas por decisão judicial favorável à Autuada, portanto, em desacordo com o art. 71, inciso I do RICMS/02, no período de 01/01/16 a 31/12/16.

Registra-se que tal irregularidade deu causa à lavratura dos PTAs nº 01.002196996-8, ora discutido e nº 01.002199803-39 (para o período de 01/01/17 a 30/09/18), para as exigências cabíveis.

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

Inicialmente, a Impugnante argui a decadência do crédito tributário, relativo ao período de 01/01/16 a 24/11/16, baseando-se na regra contida no art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional (CTN).

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

No entanto, constitui regra geral que, ao lançamento de ofício, aplica-se o prazo decadencial de cinco anos e a forma de contagem fixada no art. 173, inciso I do CTN, como se segue:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

Da análise das peças que compõem os autos, tem-se que, em relação aos fatos geradores ocorridos no exercício de 2016, a contagem do prazo decadencial iniciou-se em 01/01/17, findando-se em 31/12/21. Considerando-se que o Auto de Infração foi lavrado em 22/11/21 e seu recebimento pela Impugnante ocorreu em

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

13/12/21, verifica-se, inequivocamente, a não ocorrência de decadência do direito do Fisco de promover o lançamento em apreço.

O § 4º do art. 150 do CTN disciplina o prazo para homologação do lançamento, ou seja, o prazo para a Fazenda Pública homologar o procedimento efetuado pelo Sujeito Passivo, que consiste em antecipar o pagamento, sem prévio exame da Autoridade Administrativa, sendo que a referida Autoridade, tomando conhecimento deste procedimento efetuado pelo Contribuinte, homologa o pagamento de forma tácita ou expressa.

No presente caso, não houve pagamento integral do ICMS devido, em função de aproveitamento indevido de créditos do imposto. Inexistindo o pagamento, não há que se falar em homologação do lançamento, e sim em exigência de ofício do tributo devido, com os acréscimos legais, no prazo decadencial previsto no art. 173, inciso I do CTN, que foi fielmente cumprido, conforme demonstrado acima.

Deve ser rejeitada, portanto, a arguição de decadência do crédito tributário.

Informa o Fisco que a Autuada Quality in Tabacos Ind. e Com. de Cigarros Imp. e Exp. Ltda (CNPJ nº 11.816.308/0013-60 e I.E nº 002365965.00-13), localizada em Juiz de Fora/MG, foi extinta mediante liquidação voluntária em 08/05/19.

Diante disso, com base no 132 do Código Tributário Nacional – CTN, foram lavrados os Autos de Infração nºs 01.002196996-81 e 01.002199803-39 (este último PTA complementar), em nome do estabelecimento matriz (CNPJ nº 11.816.308/0001-26), situado no Rio de Janeiro, identificado como sujeito passivo desta peça fiscal.

A empresa Autuada, localizada em Juiz de Fora/MG, promoveu a saída de mercadorias em operações de transferência para estabelecimentos de mesma titularidade, sem o destaque do imposto. Em razão disso, em 30/09/19, foi lavrado o Auto de Infração nº 01.001399721-78 para exigência do imposto devido, tendo sido julgado no Conselho de Contribuintes de Minas Gerais - CCMG, que decidiu, à unanimidade, pela procedência do lançamento (Acórdão nº 23.581/20/1ª).

Mediante decisão judicial favorável à Autuada nos autos do processo judicial nº 5003445-22.2021.8.13.0145, foi concedida medida liminar e determinada a suspensão da exigibilidade do crédito tributário originado do Auto de infração de nº 01.001399721-78, o qual contemplava a exigência de ICMS nas transferências interestaduais de mercadorias, promovidas pela filial mineira durante o período de fevereiro de 2015 a setembro de 2019.

Registra o Fisco que a mesma ação judicial acolheu os Embargos de Declaração, interpostos pelo estado de Minas Gerais, e autorizou judicialmente a glosa de créditos gerados em favor da Autuada quando da entrada da mercadoria em seu estabelecimento.

Registre-se que a Autuada foi intimada por meio do AIAF a apresentar a comprovação da anulação dos créditos de ICMS relacionados às saídas de mercadorias em transferências interestaduais, destinadas a estabelecimentos de mesma titularidade, as quais se deram sem destaque do imposto, ao que respondeu a Autuada que as

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

informações estariam à disposição do Fisco em seus sistemas eletrônicos, aos quais a Administração Pública possui acesso.

Verifica-se da citada a decisão judicial favorável à Autuada, reconhecendo a impossibilidade pelo ICMS das operações de transferência de mercadoria para estabelecimento de mesma titularidade, que esta não garantiu a manutenção dos créditos pelas entradas, devendo, justamente em função da decisão judicial, ser aplicada a regra segundo a qual não podem ser mantidos os créditos relativos a operações subsequentes não tributadas ou fora do campo de incidência do ICMS.

Transcreve-se, por oportuno, a decisão da MM. Juíza de Direito 1ª Vara de Feitos Tributários do Estado da Comarca de Belo Horizonte, nos Embargos de Declaração, propostos pelo Estado de Minas Gerais:

“(…)ANTE AO EXPOSTO, ACOLHO OS ACLAMATÓRIOS PARA SANAR A OMISSÃO APONTADA NA DECISÃO OBJURGADA, PARA QUE CONSTE EM SUA PARTE FINAL, O QUE SE SEGUE:

EM RAZÃO DO EXPOSTO, DEFIRO A MEDIDA LIMINAR REQUERIDA E DETERMINO A SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO ORIGINADO NO AUTO DE INFRAÇÃO Nº 01.001399721-78, ATÉ O JULGAMENTO DO MÉRITO DA PRESENTE AÇÃO, NOS TERMOS DO ART. 151, V DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL.

POR CONSEQUENTE, AUTORIZO O ESTADO DE MINAS GERIS A PROMOVER A GLOSÁ DO CRÉDITO DE ICMS GERADO EM FAVOR DA AUTORA QUANDO DA ENTRADA DA MERCADORIA EM SEU ESTABELECIMENTO. (GRIFOU-SE).

A Impugnante alega que o acolhimento dos aclaratórios não trouxe relevo ao caso em discussão, uma vez que o direito do Fisco de glosar crédito de ICMS que entender indevido decorre de lei (art. 71 a 74 do RICMS/02), ou seja, independente do provimento judicial.

Afirma que os créditos que foram legitimamente aproveitados pela Impugnante foram recolhidos na origem, fazendo com que eventual glosa gere verdadeiro *bis in idem* tributário.

Sustenta que o direito ao crédito estaria amparado no inciso IV do art. 66 do RICMS/02, garantindo assim o caráter de não cumulatividade do ICMS.

No entanto, ao contrário das alegações da Impugnante, os créditos por ela apropriados não encontram respaldo na legislação vigente.

Cabe destacar que a própria Constituição da República de 1988 - CR/88 estabelece que a isenção ou não incidência, salvo determinação em contrário da legislação, “não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes” e “acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores” (art. 155, § 2º, inciso II, alíneas “a” e “b” da CR/88). Confira-se:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

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

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

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

b) acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores.

No mesmo sentido, a Lei Complementar nº 87/96 e o RICMS/02 estabeleceram a vedação ao crédito do ICMS (vale dizer, a necessidade de seu estorno) sempre que a saída subsequente da mesma mercadoria ou de outra dela resultante não for tributada, nos seguintes termos:

Lei Complementar nº 87/96

Art. 20.

(...) § 3º É vedado o crédito relativo a mercadoria entrada no estabelecimento ou a prestação de serviços a ele feita:

I - para integração ou consumo em processo de industrialização ou produção rural, quando a saída do produto resultante não for tributada ou estiver isenta do imposto, exceto se tratar-se de saída para o exterior;

II - para comercialização ou prestação de serviço, quando a saída ou a prestação subsequente não forem tributadas ou estiverem isentas do imposto, exceto as destinadas ao exterior.

RICMS/02

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;

Prevê o art. 71, inciso I do RICMS/02 que o contribuinte deverá efetuar o estorno do crédito de ICMS, apurado pela proporcionalidade das saídas não tributadas e isentas, sobre as saídas totais. Confira-se:

RICMS/02

Art. 71. O contribuinte deverá efetuar o estorno do imposto creditado sempre que o serviço tomado

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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; (grifou-se)

É o que ocorre no caso em questão. As saídas posteriores em operações de transferências interestaduais para outro estabelecimento de sua titularidade ocorreram sem a tributação pelo ICMS, tendo em vista a decisão judicial que afastou a incidência do imposto nas referidas transferências.

Insta reafirmar que a decisão judicial não garantiu o crédito pelas entradas das mercadorias que seriam transferidas sem a tributação do imposto.

Assim sendo, corretamente procedeu o Fisco ao realizar o estorno dos créditos proporcionais às saídas não tributadas, como demonstrado nas planilhas anexos I, II, III e IV dos autos.

Nesse sentido, já decidiu o Conselho de Contribuintes de Minas Gerais - CCMG, ao analisar a mesma matéria, a exemplo dos Acórdãos nºs 23.713/21/3ª e 23714/21/3ª, 23.061/18/1ª e 20.783/15/2ª.

Noutra toada, alega a Impugnante que o Fisco, tendo verificado que a Autuada deu saída em mercadoria sem o destaque do imposto, em operações específicas (saída não tributada em transferência para outro estabelecimento do próprio Contribuinte), teria “generalizado” a conduta da Impugnante, firmando a conclusão de que ela “recebeu mercadoria com crédito de ICMS e deu saída em mercadoria sem o destaque de ICMS em operações tributadas”.

Defende a Impugnante que o trabalho fiscal estaria amparado em planilhas, as quais a Autuada não teve acesso, pois constaria do Auto de Infração apenas a lista das notas fiscais de entrada e de saída com as quais a Autoridade Fiscal elaborou as tais planilhas das quais “printou” fragmentos/partes para sustentar seu discurso.

Alega que os Anexos I, II, III e IV, utilizados pelo Fisco para identificar o suposto crédito que deveria ser estornado, não foi fornecido à Autuada, sendo apresentado apenas recortes das citadas planilhas, os quais, inclusive, seriam “inconclusos, incompletos e contraditórios”.

Apresenta a Defesa imagens de alguns meses destes Anexos, a título de exemplo (fls. 59/60) e afirma que, no tocante ao Anexo II, acredita que o Fisco adotou “uma fórmula mágica para identificar, mês a mês, o percentual de saídas tributadas e saídas não tributadas, concluindo que a Empresa teria dado saída não tributada num percentual de 46,50%”.

Discorda o Fisco de tais afirmativas e esclarece na Manifestação Fiscal:

Ao contrário do que alega o Impugnante, as planilhas anexas a este PTA (I, II, III e IV) não são recortes, ou seja, foram impressas na íntegra para compor este Auto de Infração físico, não procedendo o argumento da autuada de que não teve acesso às planilhas.

Ademais, todas as informações, suas origens e quais as fórmulas usadas pelo Fisco constam nas próprias planilhas. Como já foi dito, o percentual de 46,5% não é um número mágico, como pretende a Impugnante, e sim um cálculo feito pelo Fisco com base nos dados demonstrados no Anexo I e transportados para o Anexo II. No referido Anexo II, o percentual (C) foi calculado como uma média anual, utilizando o valor que as vendas em transferência representam do total de saídas efetuados pela filial mineira, e está representado a fórmula $(C) = (B) * 100 / (A)$ onde:

A = Total saídas mensais em 2016 (CFOPs 5403, 6403 e 6409)

B = Total de saídas mensais em transferências (CFOP 6409)

C= Percentual das saídas não tributadas (transferências) sobre as saídas totais.

Há, de fato, no Anexo III, um erro no somatório da coluna A e E (Valor das Entradas Tributadas - CFOP 2409 e Valor - Crédito a ser Estornado, respectivamente). Mas, ao contrário do alegado pela empresa, tais erros não comprometem a integridade do Auto de Infração, uma vez que as parcelas que compõem as referidas somas estão todas corretas e podem ser conferidas pela Impugnante, pois correspondem aos valores das entradas tributadas pertencentes ao CFOP 2409, retirados do Anexo 1, nos seus valores mensais exatos, assim como estão corretas as parcelas mensais e os somatórios das colunas Base de Cálculo e ICMS. Estas sim, rubricas utilizadas para compor o crédito tributário. O erro se deu por existirem valores nos meses de janeiro (R\$ 1.494.000,00) e fevereiro (R\$ 2.236.452,50) do Anexo I que foram retirados do quadro do Anexo III porque esses valores são entradas sem crédito de ICMS, mas não retirados do somatório da coluna A e, conseqüentemente, da coluna E pela utilização fórmula $E = (A \times D)$.

Conforme exposto no Relatório do Auto de Infração e demonstrado no Arquivo digital Visualização de Itens NFe (Entradas), importado do Auditor Eletrônico, (CD de fls. 38) e nas planilhas de apuração do ICMS a ser estornado (Anexo I e II), o Fisco constatou que a Autuada, de forma prejudicial ao Estado de Minas Gerais, não destacou o ICMS nas transferências que partem da filial mineira (CNPJ 11.816.308/0013-60) para outros estabelecimentos da mesma titular, mas recebeu notas fiscais originadas da filial de Alagoas (CNPJ 11.816.308/0002-07) em direção a mesma filial de Juiz de Fora, com destaque de ICMS operação própria, gerando crédito de imposto no DAPI da filial mineira. Portanto, a empresa adotou uma postura diferente em cada um dos seus estabelecimentos. Isso pode ser comprovado

abrindo-se o Arquivo digital Visualização de Itens NFe (Entradas), importado do Auditor Eletrônico, que integra o CD à fls. 38, bem como na construção do Anexo I e II.

O estorno dos créditos promovido pelo Fisco foi efetuado de forma proporcional, de acordo com o percentual indicado para cada ano às fls. 20, obtido mediante a divisão do valor das saídas não tributadas sobre as saídas totais.

Portanto, não cabe razão à Impugnante quando afirma que, ao realizar o levantamento dos valores que supostamente foram creditados indevidamente, o Fisco teria deixado de considerar notas fiscais de entrada, cujos créditos do ICMS não foram creditados, sem, contudo, apontar quais seriam tais notas fiscais.

Frise-se, mais uma vez, que o levantamento fiscal teve por base as notas fiscais de entradas, registradas nos arquivos eletrônicos do Sped Fiscal, transmitidos pela própria Autuada.

Não há que se falar que o Fisco pretendeu compensar a anulação do Auto de Infração nº 01.001399721-78, no qual se exigiu o imposto incidente sobre as operações de saída em transferência para estabelecimentos de mesma titularidade. O que ocorre é que a Autuada, mesmo não tendo destacado o imposto nas saídas em transferências entre estabelecimentos de mesma titularidade, pretende manter os créditos na entrada das mesmas mercadorias, em afronta ao disposto no art. 71, inciso I do RICMS/02, o que não se pode admitir.

Corretas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXVI, ambos da Lei nº 6.763/75:

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:

(...)

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;”

As questões de cunho constitucional suscitadas pela Impugnante (princípios da capacidade contributiva, da razoabilidade, da proporcionalidade, da vedação ao confisco, etc.) não serão aqui analisadas, uma vez que não compete a este órgão julgador, nos termos do art. 110, inciso I do RPTA/MG, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, “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”

Com relação à afronta ao princípio do não confisco, assim foi o voto da Ministra Carmen Lúcia em decisão do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

AO EXAMINAR O CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS, O TRIBUNAL DE ORIGEM DECIDIU, NO CASO ESPECÍFICO, QUE A MULTA DE REVALIDAÇÃO NÃO AFRONTA O PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO: “NO QUE SE REFERE À MULTA DE REVALIDAÇÃO, PREVISTA NO ART. 56, II, E § 2º, I, DA LEI ESTADUAL Nº 6763/75, RELATIVA AO RECOLHIMENTO INTEMPESTIVO DO TRIBUTO (NATUREZA MORATÓRIA), ENTENDO QUE O PERCENTUAL FINAL DE 100% (CEM POR CENTO) NÃO DEVE SER ALTERADO, POSTO QUE NÃO DEMONSTROU POTENCIAL CONFISCATÓRIO. (...) OBSERVE-SE QUE A REDUÇÃO MENCIONADA SOMENTE SERIA POSSÍVEL NAS HIPÓTESES DESCRITAS NOS INCISOS I A IV DO § 9º DO ARTIGO 53, O QUE NÃO RESTOU VERIFICADO NOS PRESENTES AUTOS” (FLS. 819-820). DE MAIS A MAIS, OBSERVANDO OS VALORES CONSTANTES DA EXECUÇÃO FISCAL EM APENSO, CONCLUO QUE A COBRANÇA DA MULTA ISOLADA EM PERCENTUAL LEGALMENTE PREVISTO, CONQUANTO ELEVADA NÃO TEM O CONDÃO DE ULTRAPASSAR O LIMITE DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA, DESESTABILIZAR O PRÓPRIO NEGÓCIO COMERCIAL OU COMPROMETER O PATRIMÔNIO DA EMPRESA AUTORA, NÃO RESTANDO CONFIGURADO O CONFISCO A AUTORIZAR A EXCEPCIONAL REDUÇÃO DA PENALIDADE (...).AG .REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 823.886 MINAS GERAIS DE 07/04/2015.

Correta, portanto, a aplicação das penalidades na exata medida prevista na legislação tributária deste Estado.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. Ainda, em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. Quanto à prejudicial de mérito, à unanimidade, em não reconhecer a decadência do direito da Fazenda Pública de formalizar o crédito tributário em relação ao período de 01/01/16 a 24/11/16. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Adriano Antônio Gomes Dutra. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Wertson Brasil de Souza (Revisor) e Ivana Maria de Almeida.

Sala das Sessões, 07 de dezembro de 2022.

Antônio César Ribeiro
Relator

André Barros de Moura
Presidente

CS/D