

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 3.348/08/CE Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000149901-03
Recurso de Revista: 40.050117324-19
Recorrente: Port Papelaria Escritório e Informática Ltda.
IE: 062830329.00-44
Recorrida: Fazenda Pública Estadual
Proc. S. Passivo: Joana Maria de Oliveira Guimarães/Outro(s)
Origem: DF/BH-3 - Belo Horizonte

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - BENEFÍCIO FISCAL – RESOLUÇÃO 3.166/01 - Constatado o aproveitamento indevido de créditos de ICMS, decorrentes de operações interestaduais de mercadorias com incentivos fiscais não reconhecidos através de Convênio pelo Estado de Minas Gerais. Não se considera cobrado, para efeitos da não-cumulatividade do ICMS, ainda que corretamente destacado em documento fiscal, o montante do imposto que corresponder a vantagem econômica decorrente da concessão de incentivo ou benefício fiscal em desacordo com o disposto na alínea "g" do inc. XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal. Procedimento fiscal respaldado pelo art. 62, § 1º, do RICMS/02. Mantida a decisão recorrida.

ALÍQUOTA DE ICMS – UTILIZAÇÃO INDEVIDA – DIVERSAS IRREGULARIDADES – Constatada a utilização indevida da alíquota de 12%, prevista na subalínea "b.6" do inciso I, do art. 42, Parte Geral do RICMS/02, em operações de vendas do produto "toner", uma vez que este não se encontra relacionado na Parte 3 do Anexo XII do referido diploma legal. Comprovado, ainda, através dos documentos acostados aos autos, a utilização indevida da alíquota de 7%, estatuída na alínea "d" do inciso I, do art. 42 do RICMS/02, face à inobservância das disposições contidas no § 9º do dispositivo retro citado. Mantida a decisão recorrida.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – DIVERGÊNCIA DAPI/LRAICMS – Consignação em documento destinado a informar ao Fisco a apuração do ICMS (DAPI), de valores de crédito superiores aos escriturados no livro Registro a Apuração de ICMS. Legítima a penalidade exigida, capitulada no art. 54, inciso IX, da Lei nº 6763/75. Infração reconhecida e quitada pela Autuada.

Recurso de Revista conhecido por maioria de votos e não provido por unanimidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre as seguintes irregularidades:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

1 - Aproveitamento indevido de créditos de ICMS decorrentes de operações interestaduais, acobertadas pelas notas fiscais discriminadas no **Anexo I**, cujos remetentes são beneficiados com incentivos fiscais concedidos pela Unidade de Federação de origem (Distrito Federal), em desacordo com a legislação;

2 - Saídas de mercadorias, acobertadas pelas notas fiscais relacionadas no **Anexo II**, com utilização indevida da alíquota de 12% (doze por cento) prevista na subalínea "b.6", do inciso I, do artigo 42, do RICMS/02, uma vez que os produtos não estão relacionados na Parte 3 do Anexo XII do RICMS/02.

3 - Saídas de mercadorias, acobertadas pelas notas fiscais descritas no **Anexo IV**, com a utilização indevida da alíquota de 7% (sete por cento), uma vez que as operações não atenderam ao disposto na alínea "d", do inciso I, do artigo 42 do RICMS/02, e parágrafo 9º do respectivo artigo.

4 - Consignação, nos meses de fevereiro e novembro de 2004, de valores divergentes de créditos em documento destinado a informar ao Fisco a apuração do ICMS – DAPI, quando comparados com os valores escriturados no LRAICMS e no Livro Registro de Entradas. O valor do ICMS foi exigido através do Auto de Infração n.º 03.000305850-79, de natureza não contenciosa.

Lavrado em 08/07/05 - AI exigindo ICMS e MR, após recomposição da conta gráfica e MI (capitulada no art. 54, inciso IX, alíneas "a" e "b" e no art. 55, inciso XXVI, ambos da Lei 6763/75).

A decisão consubstanciada no Acórdão n.º 17.272/05/3ª, por unanimidade, julgou procedente o lançamento.

Inconformada, a Recorrente interpõe, tempestivamente e por intermédio de procurador legalmente habilitado, o Recurso de Revista de fls. 986/1.016, afirmando que a decisão recorrida revela-se divergente da decisão proferida no acórdão 14.811/01/1ª indicado como paradigma.

Argumenta que a decisão paradigma cancelou a exigência fiscal em ilícito fiscal da mesma natureza da matéria contida no acórdão recorrido.

Traz, também, no recurso, novas ponderações sobre todas as matérias já discutidas no acórdão recorrido, colacionando pareceres e respostas de consultas proferidas pela Receita Federal sobre a classificação do cartucho de "toner" (fls. 1.000; 1.001; 1.025 a 1.030).

Requer, ao final, o conhecimento e provimento do Recurso de Revista.

É declarada a desistência do Recurso em decorrência da não comprovação do recolhimento do depósito recursal.

Já em fase de execução fiscal, esta é suspensa pelo Juiz da 3ª Vara de Feitos Tributários que determina a remessa do processo ao CC/MG para apreciação do Recurso de Revista.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 1.067/1.069, opina em preliminar, pelo não conhecimento do Recurso de Revista e, quanto ao mérito, pelo seu não provimento.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Em sessão realizada, em 08/11/07, em preliminar, por maioria de votos, a Câmara Especial deliberou pelo conhecimento do Recurso de Revista, sendo vencido o Conselheiro Edwaldo Pereira de Salles (Revisor), que dele não conhecia. Também em preliminar, à unanimidade, pela conversão do julgamento em diligência (fl.1.071 dos autos), com retorno dos autos à origem para que o Fisco se manifeste sobre os documentos de fls. 1.025/1.030.

O Fisco se manifesta às fls. 1074/1076.

Intimada, a Contribuinte não se manifesta.

A Assessoria do CC/MG, manifestando sobre o resultado da Diligência, em parecer fundamentado e conclusivo de fls. 1085/1088, ratifica o parecer anterior pelo não provimento do Recurso de Revista interposto, agora com fulcro no disposto no art. 146 do RPTA, aprovado pelo Decreto 44.747 de 03/03/2008, que revogou a CLTA/MG.

DECISÃO

Ressalte-se que o presente recurso não foi admitido, originariamente, em função do não recolhimento do depósito recursal, conforme despacho da Auditoria Fiscal de fls. 1.031, declarando-se a desistência.

No entanto, retorna o PTA a esse Egrégio Conselho para conhecimento do recurso interposto em atendimento a determinação do juiz da 3ª Vara de Feitos Tributários, de fls. 1.061/1.062, em face de decisões do Pretório Excelso relativamente a esta matéria.

Assim, superada, de plano, a condição de admissibilidade capitulada no inciso II do art. 138 da CLTA/MG, vigente à época e, também, atendida a condição estatuída no inciso I do citado dispositivo legal, revelou-se cabível o Recurso de Revista ora em discussão, que, com a revogação da CLTA pelo Decreto 44.747/08 passou a ser tratado como Recurso de Revisão conforme previsto no seu artigo 163, inciso II.

Item 1.1 do Auto de Infração

Aproveitamento indevido de créditos de ICMS, no período de 01/01/04 a 31/12/04, provenientes da parcela referente a benefícios fiscais concedidos por unidade da Federação de origem, em desconformidade com o disposto no artigo 155, parágrafo 2º, inc. XII, alínea "g", da CF/88.

As notas fiscais, datas de entrada, fls. do livro Registro de Entradas, valores de ICMS apropriados, valores de créditos de ICMS estornados (de conformidade com a Resolução 3.166/01) encontram-se demonstrados nas planilhas de fls. 14/31 (Anexo I).

Relativamente ao "princípio da não-cumulatividade do ICMS" e "concessão de benefícios fiscais", determina a CF/88:

"Art. 155 - Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

I - impostos sobre:

(...)

b) operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

(...)

§ 2º - O imposto previsto no inciso I, b, atenderá o 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 (grifos nossos).

(...)

XII - Cabe à Lei Complementar:

(...)

g - regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais são concedidos ou revogados" (grifos nossos)

Por sua vez, a Lei Complementar nº 24/75, recepcionada pela CF/88, dispõe sobre a necessidade de celebração e ratificação de convênios pelos Estados e Distrito Federal para a concessão de benefícios fiscais.

Em seu art. 1º, estabelece:

"Art. 1º - As isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias serão concedidas ou revogadas nos termos de convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal, segundo esta Lei.

Parágrafo único - O disposto neste artigo também se aplica:

I - à redução de base de cálculo;

II - à devolução total ou parcial, direta ou indireta, condicionada ou não, do tributo, ao contribuinte, a responsável ou a terceiros;

III - à concessão de créditos presumidos;

IV - a quaisquer outros incentivos ou favores fiscais ou financeiro-fiscais, concedidos com base no imposto de circulação de mercadorias, dos quais resulte redução ou eliminação direta ou indireta, do respectivo ônus;

V - às prorrogações e às extensões das isenções vigentes nesta data" (grifo nosso)

Seu artigo 2º, § 2º, é taxativo:

Art. 2º - (...)

§ 2º - A concessão de benefícios dependerá sempre de decisão unânime dos Estados representados; (...)"

É conclusivo o art. 8º:

"Art. 8º - A inobservância dos dispositivos desta lei acarretará, cumulativamente:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

I - a nulidade do ato e a ineficácia do crédito fiscal atribuído ao estabelecimento receptor da mercadoria;" (grifo nosso)

Eis os dispositivos regulamentares do Estado de Minas Gerais (RICMS/02) pertinentes à matéria:

"Art. 62 - O imposto é não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadoria ou prestação de serviços de transporte, interestadual e intermunicipal, ou de comunicação com o montante cobrado nas anteriores, por este ou por outro Estado".

"§ 1º - Não se considera cobrado, ainda que destacado em documento fiscal, o montante do imposto que corresponder a vantagem econômica decorrente de concessão de incentivo ou benefício fiscal em desacordo com o disposto na alínea g do inciso XII do § 2º do artigo 155 da Constituição Federal." (grifo nosso)

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

VI - tiver o imposto destacado na documentação fiscal não cobrado na origem, conforme disposto no parágrafo 1º do artigo 62 deste Regulamento" (grifo nosso).

Nesse sentido, os dispositivos regulamentares supra transcritos encontram-se em perfeita consonância com os preceitos constitucionais da não-cumulatividade do ICMS, bem como em relação ao dispositivo constitucional que reza a respeito da concessão de benefícios fiscais.

A Resolução nº 3.166/01 foi editada apenas com o objetivo de esclarecer o contribuinte mineiro e de orientar o Fisco quanto às operações realizadas ao abrigo de atos normativos, concessivos de benefício fiscal, que não observaram a legislação de regência do tributo para serem emanados.

Referida resolução apenas veio reforçar os dispositivos constitucionais ou infraconstitucionais já existentes, não inovando em momento algum, não havendo o que se falar em ofensa aos princípios da "legalidade", "anterioridade", "irretroatividade" e "não-cumulatividade".

Acrescente-se que a glosa de crédito não se deu em função de isenção/não-incidência, e sim em estrita observância à regra da não-cumulatividade do ICMS, tendo em vista que o termo "cobrado" (artigo 155, § 2º, I, da CF/88) não se refere a preço do fornecedor, mas a tributo cobrado pelo Sujeito Ativo de direito.

Por fim, o disposto no art. 110, inciso I, do RPTA reza que "*não se incluem na competência do órgão julgador: I - a declaração de inconstitucionalidade ou negativa de aplicação de ato normativo, inclusive em relação à resposta à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado da Fazenda;*".

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, corretas as exigências fiscais referentes ao ICMS e MR, apurados após a recomposição da conta gráfica e a penalidade isolada capitulada no artigo 55, inciso XXVI, da Lei nº 6763/75, in verbis:

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

...

por apropriar crédito em desacordo com a legislação tributária, ressalvadas as hipóteses previstas nos incisos anteriores - 50% do valor do crédito indevidamente apropriado"

(Efeitos a partir de 1º/11/2003 - Redação dada pelo artigo 28 e vigência estabelecida pelo artigo 42, I, ambos da Lei nº 14.699/03.)

Item 1.2 do Auto de Infração

Utilização indevida da alíquota de 12% (doze por cento), no período de 01/01/2004 a 31/12/2004, prevista na sub-alínea "b.6", do inciso I, do artigo 42, do RICMS/02.

Segundo consta do relatório do Auto de Infração, "os produtos não estão relacionados na Parte 3 do Anexo XII".

Trata-se de saídas do produto "toner", conforme se extrai das cópias das notas fiscais acostadas às fls. 191/322 e planilhas de fls. 32/132 (Anexos II e III) contendo a relação das notas fiscais, datas de emissão, cód. prod., bases de cálculo, ICMS destacado, ICMS devido e ICMS a recolher.

Insta destacar que em algumas notas fiscais relativas a esta infração constam outros produtos, além do toner (ex.: notas fiscais de fls. 196, 197, dentre outras), porém as exigências fiscais recaem somente sobre o citado produto.

O cerne da questão consiste em verificar se o produto toner se enquadra na sub-alínea b.6, do inciso I, do artigo 42, RICMS/02 (alíquota 12%), como pretende a Impugnante, ou se enquadra na alínea "e", do inciso I, do artigo 42, RICMS/02 (alíquota 18%), como pretende o Fisco.

Eis os dispositivos do RICMS/02 pertinentes à matéria:

"Art. 42 - As alíquotas do imposto são:

I - nas operações e prestações internas:

(...)

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

(...)

b.6 - produtos da indústria de informática e automação relacionados na Parte 3 do Anexo XII"

(...)

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Segundo entende a Recorrente, a mercadoria "**toner**" estaria enquadrada como "mecanismo de impressão para impressora sem impacto" (item 74 da Parte 3 do Anexo XII do RICMS/02), nos termos do "Parecer Técnico" de fls. 897/908.

Entretanto, o referido "Parecer Técnico" (fls. 897/908) não se presta para os fins a que pretende a Impugnante, tendo em vista que o órgão competente para classificação fiscal de produto é a Secretaria da Receita Federal, conforme se depreende do inciso XVIII do art. 1º da Portaria MF n.º 259 de 24/08/01 (vigente até 15/08/05), cuja redação encontra-se inserida, atualmente, no inciso XVIII do art. 2º da Portaria MF n.º 275 de 15/08/05.

Importante acrescentar que a "Solução de Consulta n.º 202, de 13/11/03", emitida pelo referido órgão, esclarece que estão inseridos na classificação NCM/SH 8473.30.29, efetivamente os "mecanismos de impressão", tais como: Reservatório - depósito de plástico para toner e Cilindro - tambor para cartucho de toner para impressora a laser.

Ademais, a classificação fiscal de referido produto já foi objeto de apreciação pela DOET/SLT/SEF (Consulta de Contribuinte n.º 140/99, publicada no MG de 17/09), a qual deixa claro que a alíquota aplicada na saída em operação interna com o produto "toner" é de 18% (dezoito por cento).

Nesse sentido, somente os produtos identificados na Parte 3 do Anexo XII do RICMS/02 estão abarcados pela alíquota de 12% (doze por cento) prevista no artigo 42, inciso I, alínea "b", sub-alínea "b.6", do RICMS/02, não sendo o caso do produto "**toner**".

Correta, portanto, a exigência da diferença do ICMS (12% p/ 18%) e a respectiva multa de revalidação - MR, tendo em vista o disposto na alínea "e", do inciso I, do artigo 42, do RICMS/02.

Prudente aqui salientar, relativamente aos documentos juntados aos autos pela Recorrente às fls. 1.025/1.030, que restou constatado, após diligência de fls. 1.071, que tais documentos em nada alteram a decisão, restando comprovado que o procedimento adotado pela Recorrente está em desacordo com o previsto na legislação tributária, sendo corretas as exigências fiscais constantes da peça fiscal.

Item 1.3 do Auto de Infração

Utilização indevida da alíquota de 7% (sete por cento), no período de 01/01/2004 a 31/12/2004, relativamente às notas fiscais elencadas às fls. 136.

Consta no relatório do Auto de Infração que, "as operações não atenderam ao disposto na alínea "d", do inciso I, do artigo 42 do RICMS/02, e parágrafo 9º do respectivo artigo".

Os n.ºs das notas fiscais, datas de emissão, bases de cálculo, ICMS recolhido, ICMS devido e ICMS a recolher encontram-se demonstrados conforme quadro de fls. 136 (Anexo IV).

Eis os dispositivos legais do RICMS/02 pertinentes à matéria:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

"Art. 42 - As alíquotas do imposto são:

I - nas operações e prestações internas:

(...)

d - 7% (sete por cento), nas operações com produto da indústria de informática e automação relacionado na Parte 4 do Anexo XII, fabricado por estabelecimento industrial que atenda às disposições do artigo 4º da Lei Federal nº 8.248, de 23 de outubro de 1991, na redação original e na redação dada pela Lei Federal nº 10.176, de 11 de janeiro de 2001, observado o disposto no § 9º deste artigo;

(...)

§ 9º - **Para os efeitos do disposto na alínea "d" do inciso I** do *caput* deste artigo:

I - 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 a 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;

II - o estabelecimento adquirente da mercadoria exigirá do seu fornecedor as indicações referidas no inciso anterior" (grifo nosso)

O cerne da questão consiste no seguinte: a não observância do disposto no § 9º, I, "b", do artigo 42 do RICMS/02 é suficiente para a descaracterização da aplicação da alíquota de 7% (sete por cento) prevista na alínea "d", inciso I, do artigo 42 do RICMS/02, como pretende o Fisco, ou tal fato não é suficiente para tal, como pretende a Impugnante.

Cópias das 04 (quatro) notas fiscais relativas a esta irregularidade encontram-se acostadas às fls. 324/327, sendo que nas de fls. 324 e 325 não há qualquer das informações exigidas no referido parágrafo 9º e nas outras duas (fls. 326 e 327), não estão consignados os dados do fabricante.

Os documentos anexados (fls. 914/923) pela Contribuinte, mormente notas fiscais de aquisição, também não são suficientes para se concluir inequivocamente pela vinculação com as notas fiscais de saída.

A observância do disposto no § 9º, I, "b", do art. 42 do RICMS/02 é condição para a utilização da alíquota de 7% (sete por cento), não consistindo em mera obrigação acessória.

Destaca-se que o § 12 do artigo 12 da Lei 6763/75 dispõe que "fica o Poder Executivo autorizado a reduzir a carga tributária para até 7% (sete por cento) 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" (grifo nosso).

Item 2 do Auto de Infração

Consignação de valores divergentes de créditos em documento destinado a informar ao Fisco a apuração do ICMS – DAPI – quando comparados com os valores escriturados no LRAICMS e no livro Registro de Entradas, relativamente aos meses de fevereiro e novembro/2004.

Em decorrência de tal irregularidade, foram exigidos ICMS e MR em Auto de Infração de natureza não contenciosa e Multa Isolada capitulada no artigo 54, inciso IX, da Lei n° 6763/75 no presente Auto de Infração.

Os valores encontram-se demonstrados conforme quadros de fls. 13.

A exigência fiscal foi recolhida conforme DAE de fls. 910.

Insta destacar que o requerimento de produção de prova pericial não foi apreciado, nos termos do artigo 98, inciso III, da CLTA/MG (falta de indicação dos quesitos), vigente à época do julgamento pela 3ª Câmara do CC/MG.

Por derradeiro, vale acrescentar que o artigo 226 da Lei n.º 6.763/75 estabelece a vinculação dos critérios adotados para a cobrança de juros moratórios e de correção de débitos estaduais decorrentes do não pagamento de tributos e de multas no prazo legal aos mesmos critérios prescritos para os débitos fiscais federais. Para disciplinar tal norma legal, o Secretário de Estado da Fazenda de Minas Gerais exarou a Resolução n.º 2.880, de 13/10/97, estabelecendo a aplicação da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC) para cobrança e cálculo dos juros moratórios.

Recurso de Revista conhecido na sessão de 08/11/2007. ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, no mérito, à unanimidade, em negar provimento ao recurso. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente Dr. Marcelo Cássio Amorim Rebouças. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Edwaldo Pereira de Salles (Revisor), Luiz Fernando Castro Trópia, Edvaldo Ferreira e Luciana Mundim de Mattos Paixão.

Sala das Sessões, 13 de junho de 2008.

Roberto Nogueira Lima
Presidente

Antônio César Ribeiro
Relator

Acr/ml