

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.616/10/1ª Rito: Sumário  
PTA/AI: 01.000161506-09  
Impugnação: 40.010125587-70  
Impugnante: Valadares Tecidos Ltda.  
IE: 062030051.18-40  
Proc. S. Passivo: Peter de Moraes Rossi/Outro(s)  
Origem: DF/BH-3 - Belo Horizonte

### **EMENTA**

**CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO - RESOLUÇÃO 3.166/01 - Constatou-se o aproveitamento indevido de créditos de ICMS destacados em notas fiscais de fornecedores de outras Unidades da Federação, beneficiados com incentivos fiscais em seus Estados de origem, sem amparo em convênios celebrados no âmbito do CONFAZ. 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 no art. 155 da Constituição Federal, § 2º, XII, alínea "g" do inciso XII e art. 1º, parágrafo único e art. 8º, I, ambos da Lei Complementar nº 24/75. Crédito vedado nos termos no art. 62, § 1º do RICMS/02 e Resolução nº 3.166/01. Corretas as exigências fiscais de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXVI da Lei nº 6.763/75. Lançamento procedente. Decisão unânime.**

### **RELATÓRIO**

#### **Dos Fatos**

O lançamento em exame trata da constatação, mediante conferência de livros e documentos fiscais, de que a Autuada, no período de 01/01/04 a 31/03/09, deixou de recolher e/ou recolheu ICMS a menor, em razão das seguintes irregularidades:

- 1- aproveitamento indevido de créditos de ICMS, destacados em notas fiscais emitidas por empresas inscritas no Simples Nacional;
- 2- aproveitamento indevido de créditos de ICMS por duplicidade de sua escrituração;
- 3- aproveitamento indevido de créditos de ICMS destacados em notas fiscais de mercadorias adquiridas para uso e/ou consumo;
- 4- aproveitamento indevido, no período de abril/04 a dezembro/08, do valor integral de ICMS destacado em notas fiscais, visto que se creditou do imposto acima do admitido pelos dispositivos legais previstos na Resolução nº 3.166/01, cujos remetentes

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

foram beneficiados com incentivos, em desacordo com a legislação de regência do ICMS;

5- recolhimento a menor de ICMS nas saídas de mercadorias, para dentro do Estado, com a alíquota de 12% (doze por cento);

6 - recolhimento a menor de ICMS nas saídas de mercadorias, para dentro do Estado, a não contribuintes, com a alíquota de 12% (doze por cento).

Exige-se ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada prevista no inciso VI do art. 54 e inciso XXVI do art. 55, todos da Lei nº 6763/75.

A Autuada efetuou pagamento de parte das exigências fiscais (itens 1, 2, 3, 5 e 6), discordando, apenas, do item 4, conforme DAE (fls. 1409 e 1411).

O Fisco instrui o processo com os seguintes documentos:

- Auto de Início da Ação Fiscal – AIAF (fls. 02);
- Auto de Infração – AI (fls. 05/07);
- Demonstrativo de Correção Monetária e Multas – DCMM (fls. 08/11);
- Relatório Fiscal (fls. 12/15);
- Anexo I – VFA – Verificação Fiscal Analítica (fls. 17/23);
- Anexo II – Estornos de créditos de ICMS, referentes às aquisições/industrializações de mercadorias de empresas inscritas no Simples Nacional – Exercícios 2007 e 2008 (fls. 24/44);
- Anexo III – Estorno de crédito de ICMS em razão de seu lançamento em duplicidade – Exercício 2008 (fls. 45/50);
- Anexo IV – Estorno de crédito de ICMS, referente à aquisição de mercadoria para uso e/ou consumo – Exercício 2008 (fls. 51/54);
- Anexo V – Relação de Notas Fiscais com aproveitamento indevido de imposto, visto que se creditou de ICMS integralmente, i.e., acima do percentual admitido pela Resolução nº 3.166/01, referente às entradas interestaduais, cujos remetentes se beneficiaram com incentivos fiscais – Exercício 2004/2008 (fls. 55/65);
- Anexo VI – Relação de Notas Fiscais de saídas dentro do Estado, onde se exige a complementação de débito do ICMS (6%), de mercadorias tributáveis a 18%, usufruindo, indevidamente, de alíquota de 12% - Exercícios – 2004/2008 (fls. 66/154);
- Anexo VII – Relação de Notas Fiscais de saídas dentro do Estado, onde se exige a complementação de débitos do ICMS (6%), nas vendas de mercadorias a NÃO CONTRIBUINTE, usufruindo indevidamente, de alíquota prevista no art. 42, b.10 do RICMS/02 – Exercícios 04/09 (fls. 155/171);
- Anexo VIII – Quadro de irregularidades apuradas na empresa, conforme relacionadas nas Planilhas de Débitos e Estornos de Créditos de ICMS – Exercício 2004/2009 (fls. 241/246);
- cópias dos livros de Registros de Entrada (fls. 247/377);

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- notas fiscais de entradas de mercadorias na empresa e referentes às planilhas do Anexo 2 – Simples Nacional (fls. 378/489);
- cópias dos livros de Registro de Saídas de Mercadorias (fls. 490/1030);
- cópias das notas fiscais de saídas de mercadorias na empresa referentes às Planilhas dos anexos nºs 6 e 7 (fls. 1031/1364);
- requerimento para emissão de DAE – anexos 02, 03, 04, 06 e 07 (fls. 1366);
- taxa de expediente recolhida conforme DAE (fls. 1433).

### **Da Impugnação**

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, impugnação de fls. 1.413 a 1.424, onde esclarece que concordou expressamente com as imposições fiscais mencionadas nos itens 1, 2, 3, 5 e 6, conforme DAEs de fls. 1411 e 1409 e contesta a exigência descrita no Anexo V – estorno parcial do aproveitamento do ICMS, destacado em notas fiscais referentes à aquisição de mercadorias listadas na Resolução nº 3.166/01.

Primeiramente, argui a decadência do direito da Fazenda proceder ao lançamento, fundamentando-se no disposto no art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional – CTN, considerando que a lavratura do AI ocorrera em 10/06/09 e a ciência do lançamento em 10/07/09. Sendo assim, o período anterior a 10/07/04 estaria atingido pela decadência.

Menciona a doutrina de José Carlos de Souza Costa Neves, que entende dar-lhe sustentação.

Posteriormente, argumenta que a Res. nº 3166/01 da Secretaria de Fazenda do Estado de Minas Gerais não se sustenta, uma vez que fere princípios constitucionais, dentre eles o princípio da não cumulatividade.

Menciona decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG), versando sobre o princípio da não cumulatividade, que entende dar-lhe amparo.

Argumenta que se o Estado de Minas Gerais não concorda com benefícios fiscais concedidos por outro Estado da Federação, deve provocar o judiciário, mediante ação direta de inconstitucionalidade, por exemplo.

Requer a improcedência do Auto de Infração, e protesta provar o alegado por todos os meios em direitos admitidos, inclusive prova pericial, no ato já com indicação do seu assistente técnico.

### **Da Manifestação Fiscal**

A Fiscalização, em bem fundamentada Manifestação de fls. 1443 a 1448, informa, inicialmente, que a Impugnante é empresa do ramo de atividade de comércio atacadista de tecidos – CNAE-F – 4641-9/01.

Refuta a alegação de decadência do direito da Fazenda Pública proceder ao lançamento, invocando, para tanto, as disposições do art. 173, inciso I do CTN.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Aduz que a autuação tomou como base as informações dadas pelas Secretarias de Estado de Fazenda das Unidades da Federação no SINTEGRA/ICMS.

Menciona decisões de tribunais deste Estado que reconhecem que a Resolução nº 3166/01 não afronta o princípio da não cumulatividade.

Ao final, diz que o caso em exame se subsume às normas descritas no Auto de Infração e pede seja julgado procedente o lançamento.

### **DECISÃO**

Inicialmente, pleiteia a Impugnante que seja considerado decaído o direito de lançar relativamente aos fatos geradores ocorridos no período anterior a 10/07/04, sendo aplicável o disposto no § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional - CTN.

Conforme estabelece o mencionado dispositivo, se a lei não fixar prazo à homologação, será ele 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.

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

Sobre o tema, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em decisão de 15/03/07, confirmou tal posição, em acórdão assim ementado (no que interessa ao caso em tela):

“DIREITO TRIBUTÁRIO. PRAZO DECADENCIAL. CONVÊNIO 69/1998. ICMS/COMUNICAÇÃO. BASE DE CÁLCULO. ILEGALIDADE. CDA. PRESUNÇÃO RELATIVA DE CERTEZA E LIQUIDEZ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. EXECUÇÃO EMBARGADA. ART. 20, § 4.º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. NÃO HAVENDO PAGAMENTO DO TRIBUTO OU NÃO CARACTERIZANDO A HIPÓTESE DE HOMOLOGAÇÃO EXPRESSA OU TÁCITA PELA FAZENDA PÚBLICA DO LANÇAMENTO, NÃO SE APLICA O DISPOSTO NO ART. 150, § 4º, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL EM RELAÇÃO À DECADÊNCIA. INCIDE, NESTA SITUAÇÃO, A REGRA GERAL ESTABELECIDA PELO ART. 173, INC. I, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, CONFORME A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (...).” TJMG – PROC. N.º 1.0024.05.692077-0/001(1); RELATORA DESEMBARGADORA MARIA ELZA; PUB. 30/03/2007.

Naquela decisão, ao analisar exigência sobre serviço preparatório (de comunicação) não levado à tributação pelo ICMS (tributado pelo ISS), em que o contribuinte recolheu o saldo devedor mensal apurado, tal e qual a situação ora em análise, entenderam os ilustres julgadores que não havendo o pagamento sobre aquela parcela, não há que se falar em homologação, mas sim em lançamento de ofício, ensejando aplicação da norma do art. 173, I do CTN.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No mesmo sentido, decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça ao apreciar o Recurso Especial nº 448.416-SP, sob a relatoria do Ministro Otávio Noronha, cuja ementa assim expressa:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ICMS. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA. ARTS. 150, § 4º, E 173, I, DO CTN.

1. NA HIPÓTESE EM QUE O RECOLHIMENTO DOS TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO OCORRE EM DESCONFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL E, POR CONSEQUENTE, PROCEDE-SE AO LANÇAMENTO DE OFÍCIO (CTN, ART. 149), O PRAZO DECADENCIAL DE 5 (CINCO) ANOS, NOS TERMOS DO ART. 173, I, DO CTN, TEM INÍCIO NO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE ESSE LANÇAMENTO (DE OFÍCIO) PODERIA HAVER SIDO REALIZADO.

Aspecto interessante a anotar refere-se à fundamentação do *decisum*. Após abordar as hipóteses vinculadas ao § 4º do art. 150, o relator assim se posicionou:

“OUTRA HIPÓTESE, ENTRETANTO, É AQUELA EM QUE O SUJEITO PASSIVO NÃO CUMPRE, OU CUMPRE DE MODO DIVERSO, COM SUAS OBRIGAÇÕES. ASSIM OCORRENDO, A ATIVIDADE A SER PRATICADA PELO FISCO NÃO PODERÁ SER CARACTERIZADA COMO MERA HOMOLOGAÇÃO, JÁ QUE ESTA PRESSUPÕE A EXISTÊNCIA DAS PROVIDÊNCIAS ADOTADAS PELO CONTRIBUINTE PASSÍVEIS DE CONFIRMAÇÃO PELA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. NESSE CASO, CABE AO FISCO, NA FORMA ESTABELECIDADA PELO ART. 149 DO CTN, PROCEDER AO LANÇAMENTO DE OFÍCIO, QUE É EXECUTADO TAMBÉM NOS CASOS DE OMISSÃO OU INEXATIDÃO DO SUJEITO PASSIVO NO CUMPRIMENTO DOS DEVERES QUE LHE FORAM LEGALMENTE ATRIBUÍDOS. COM EFEITO, EM TAIS CASOS, NÃO HÁ O QUE SE HOMOLOGAR.”

Desta forma, o prazo para a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário relativo ao período anterior a 10/07/04 somente expirou em 31/12/09, conforme disposto no inciso I do mencionado art. 173, não ocorrendo a decadência relativamente ao crédito tributário exigido, uma vez que a Autuada foi regularmente intimada da lavratura do Auto de Infração em 10 de julho de 2009.

Cuida o presente lançamento de exigência de ICMS, multa de revalidação e Multas Isoladas previstas no inciso VI do art. 54 e inciso XXVI do art. 55, todos da Lei nº 6763/75, por ter a Autuada deixado de recolher e/ou recolheu ICMS a menor, no período de abril de 2004 a dezembro de 2008, em razão das seguintes irregularidades cometidas:

1- aproveitamento indevido de créditos de ICMS, destacados em notas fiscais emitidas por empresas inscritas no Simples Nacional;

2- aproveitamento indevido de créditos de ICMS por duplicidade de sua escrituração;

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

3- aproveitamento indevido de créditos de ICMS destacados em notas fiscais de mercadorias adquiridas para uso e/ou consumo;

4- aproveitamento indevido, no período de abril/04 a dezembro/08, do valor integral de ICMS destacado em notas fiscais, visto que se creditou do imposto acima do admitido pelos dispositivos legais previstos na Resolução nº 3.166/01, cujos remetentes foram beneficiados com incentivos, em desacordo com a legislação de regência do ICMS;

5- recolhimento a menor de ICMS nas saídas de mercadorias, para dentro do Estado, com a alíquota de 12% (doze por cento);

6- recolhimento a menor de ICMS nas saídas de mercadorias, para dentro do Estado, a não contribuintes, com a alíquota de 12% (doze por cento).

Todavia, a decisão limitar-se-á à análise da infração descrita no item 4 do Auto de Infração, repetida na mesma ordem no relatório acima, que diz respeito ao aproveitamento indevido de crédito do ICMS nas aquisições interestaduais, cujos remetentes foram beneficiados com incentivos fiscais, em desacordo com a legislação de regência do ICMS, pelo fato de a Autuada ter efetuado o recolhimento referente às demais exigências nele detalhadas.

O crédito estornado, em razão de benefícios fiscais concedidos unilateralmente, sem aquiescência do CONFAZ e explicitados na Resolução nº 3.166/01, pelas Unidades da Federação dos emitentes das notas fiscais encontra-se detalhado no Anexo V, fls. 55/65.

O Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 43.080 de 2002 (RICMS/02), prescreve no inciso VI do seu art. 71, que o imposto creditado e não cobrado na origem deve ser estornado. Confira-se:

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

(...)

VI - tiverem o imposto destacado na documentação fiscal não cobrado na origem, conforme disposto no § 1º do artigo 62 deste Regulamento.

As operações em questão estão inseridas em diversos itens da Resolução nº 3.166/01 (fls. 65) e estão descritas no Anexo V, já citado, e os benefícios fiscais foram concedidos à revelia de convênio, motivo pelo qual o crédito é admitido apenas na proporção em que o imposto foi recolhido.

A forma utilizada pelos Estados de origem das mercadorias para conceder os benefícios fiscais a que se refere o Anexo Único da Resolução nº 3.166/01, contraria normas estabelecidas pela Constituição Federal, que determina que a concessão de benefícios fiscais deva ser deliberada entre os Estados-membros, conforme art. 155, inciso II, § 2º, inciso XII, alínea "g", *in verbis*:

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Constituição Federal/88

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

II - 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 II atenderá ao seguinte:

(...)

XII - Cabe à Lei Complementar:

(...)

g - regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.

Importante destacar que a lei complementar constitui meio apropriado para regulamentação dos ditames constitucionais, atribuição esta que lhe foi conferida pela própria Constituição, conforme se constata.

Neste sentido, a Lei Complementar nº 24, de 07/01/75 (LC nº 24/75), dispõe sobre a necessidade de convênios para concessão de quaisquer incentivos ou favores fiscais ou financeiro-fiscais. Examine:

Lei Complementar nº 24/75.

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 da 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, dos respectivos ônus. Assim, as Unidades da Federação de origem das mercadorias, ao beneficiarem seus contribuintes com incentivos fiscais não ratificados entre os Estados, infringiram normas disciplinadoras do ICMS, tornando nulo o ato dos benefícios fiscais e ineficaz o aproveitamento do crédito pelo

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

estabelecimento adquirente das mercadorias, conforme determinação contida na citada lei complementar:

(...)

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

I - a nulidade do ato e a ineficácia do crédito fiscal atribuído ao estabelecimento receptor da mercadoria.

Por sua vez, a Lei nº 6763/75 assim dispõe sobre a matéria:

Lei nº 6.763/75:

Art. 5º - O Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS - tem como fato gerador as operações relativas à circulação de mercadorias e às prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

(...)

Art. 28 - O imposto é não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o montante cobrado nas anteriores por este Estado ou outra unidade da Federação.

(...)

§ 5º - Na hipótese do caput, 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 art. 155 da Constituição da República.

Estes mandamentos encontram-se contemplados no RICMS/02, conforme se vê:

Art. 62 - O imposto é não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte, interestadual ou 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 da 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.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 2º - A Secretaria de Estado da Fazenda, mediante resolução, disciplinará a apropriação do crédito do imposto relativamente às operações e prestações objeto do incentivo ou do benefício fiscal de que trata o parágrafo anterior.

Já a Resolução nº 3.166/01, norma operacional que orienta o Fisco e os contribuintes, para dar cumprimento ao art. 62, § 2º, retrocitado, disciplina em seu art. 1º a forma em que será admitido o crédito, *in verbis*:

Art. 1º - O crédito do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) correspondente à entrada de mercadoria remetida a estabelecimento localizado em território mineiro, a qualquer título, por estabelecimento que se beneficie de incentivos indicados no Anexo Único, será admitido na mesma proporção em que o imposto venha sendo efetivamente recolhido à unidade da Federação de origem, na conformidade do referido Anexo.

A Impugnante questiona a legitimidade da Resolução nº 3166/01. Todavia, pode-se ver, que a elaboração da referida resolução se deu em cumprimento à determinação expressa do Regulamento do ICMS, porém, seu verdadeiro fundamento de validade é a própria lei complementar acima mencionada, de onde deve ser extraída sua legitimidade como instrumento de controle administrativo adotado pelo Estado de Minas Gerais em defesa de seus interesses arrecadatórios, evitando assim suportar, via créditos de ICMS ilegítimos (ainda que destacados em documentação fiscal), os efeitos decorrentes de benefícios inconstitucionalmente concedidos por outros Estados a seus contribuintes.

Importante destacar que o Supremo Tribunal Federal (STF), analisando norma de igual conteúdo jurídico, o comunicado CAT 36/04, editado pela Secretaria de Estado de Fazenda de São Paulo, em decisão monocrática do Ministro Gilmar Mendes, entendeu que o referido comunicado é um ato administrativo, despido de normatividade, ou seja, não é ato normativo autônomo, geral e abstrato e, portanto, não pode ser submetido à análise abstrata de sua constitucionalidade, conforme jurisprudência do STF, negando provimento à Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.350-6/SP.

O Ministro Gilmar Mendes deixou consignado:

Decido. A presente ação direta de inconstitucionalidade não merece ser conhecida. Com efeito, o Comunicado CAT-36/2004, da Coordenadoria de Administração Tributária do Estado de São Paulo, constitui mero ato administrativo despido de normatividade, isto é, não é ato normativo autônomo, geral e abstrato e, portanto, não pode ser submetido à fiscalização abstrata de sua constitucionalidade, conforme a consolidada jurisprudência desta Corte (ADI nº 2.626/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 5.3.2004; ADI nº 2.714/DF, Rel.

Min. Maurício Corrêa, DJ 27.2.2004; ADI nº 2.387/DF, [...].

No preâmbulo do CAT-36/2004, está expresso que se trata se ato amparado diretamente em normas legais, especificamente, no art. 36, § 3º, da Lei Estadual 6.374, de 1º de março de 1989, e nos arts. 1º e 8º, I, da Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, e apenas indiretamente nas normas constitucionais dos arts. 155, § 2º, I e XII, "g" e 170, IV, da Constituição Federal.

Ademais, o referido comunicado, como explica a Coordenadoria de Administração Tributária do Estado de São Paulo, tem por escopo unicamente prestar esclarecimentos aos contribuintes paulistas, assim como traçar orientações para a atuação dos agentes fiscais de renda do Estado de São Paulo, estando, portanto, desvestido de normatividade suficiente para figurar como objeto de controle abstrato de constitucionalidade.

Ante o exposto, nego seguimento à presente ação direta de inconstitucionalidade (art. 21, § 1º, RISTF). Publique-se. Brasília, 3 de fevereiro de 2006. Ministro GILMAR MENDES Relator

Por outro lado, analisando matéria sobre créditos concedidos sem edição de convênio, o STF entende não afrontar o princípio da não cumulatividade do ICMS a inadmissão do crédito oriundo de tributo convertido em incentivo fiscal, conforme agravo regimental abaixo transcrito:

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

RE-AgR 423658 / MG - MINAS GERAIS

AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. NÃO-CUMULATIVIDADE. ART. 155, § 2º, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. I. - Acórdão recorrido que se ajusta à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que tendo sido convertido em incentivo o tributo que deveria ser recolhido pelo vendedor de matéria-prima, a inadmissão do crédito, no estado de destino, não afronta o princípio da não-cumulatividade do ICMS. RE 109.486/SP, Relator Ministro Ilmar Galvão, "DJ" de 24.4.92. II. - Agravo não provido.

Em Ação Direta de Inconstitucionalidade requerida pelo governador do Estado de Minas Gerais contra ato do governador do Estado do Espírito Santo, pronunciou-se o STF no sentido de reprimir a chamada “guerra fiscal” entre os Entes Federados.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

De acordo com a decisão da Suprema Corte, a “guerra fiscal” afronta o art. 155, § 2º, inciso II, alínea “g” da Constituição Federal (CF), que significa limitação à autonomia dos Estados. O Supremo deixa clara a necessidade de convênio interestadual para concessão, por lei estadual, de crédito presumido de ICMS.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

ADI-MC 2352 / ES - ESPÍRITO SANTO

MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

EMENTA: ICMS: concessão unilateral de benefícios fiscais (incluída a outorga de crédito presumido) por Estado federado: "guerra fiscal" repelida pelo STF: liminar deferida.

1. A orientação do Tribunal é particularmente severa na repressão à guerra fiscal entre as unidades federadas, mediante a prodigalização de isenções e benefícios fiscais atinentes ao ICMS, com afronta da norma constitucional do art. 155, § 2º, II, g - que submete sua concessão à decisão consensual dos Estados, na forma de lei complementar (ADIn 84-MG, 15.2.96, Galvão, DJ 19.4.96; ADInMC 128-AL, 23.11.89, Pértence, RTJ 145/707; [...]) (ADInMC 902 3.3.94, Marco Aurélio, RTJ 151/444; ADInMC 1.296-PI, 14.6.95, Celso; ADInMC 1.247- PA, 17.8.95, Celso, RTJ 168/754; ADInMC 1.179-RJ, 29.2.96, Marco Aurélio, RTJ 164/881; ADInMC 2.021-SP, 25.8.99, Corrêa; ADIn 1.587, 19.10.00, Gallotti, Informativo 207, DJ 15.8.97; ADInMC 1.999, 30.6.99, Gallotti, DJ 31.3.00).

Verifica-se que a Autuada não fez qualquer prova da inexistência do benefício no Estado de origem ou, até mesmo, de que o seu fornecedor não fez uso dele. Assim, presume-se existente e usufruído o benefício.

A prova pericial requerida não foi apreciada vez que não consta na impugnação a indicação dos quesitos, conforme o disposto no art. 142, § 1º, inciso I do RPTA.

Ressalta-se que não se inclui na competência do Órgão Julgador a negativa de lei, decreto ou ato normativo, conforme o disposto no art. 182 da Lei nº 6.763/75, que se transcreve:

Lei nº 6.763/75

Art. 182. 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 consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda, nos termos do § 2º do art. 146;

(...).

**CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

Corretas, portanto, as exigências fiscais referentes ao ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVI, todos da Lei nº 6.763/75.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente a Dra. Mariane Ribeiro Bueno Freire. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Vander Francisco Costa (Revisor) e Luciana Mundim de Mattos Paixão.

**Sala das Sessões, 23 de abril de 2010.**

**Mauro Heleno Galvão**  
**Presidente**

**Maria de Lourdes Medeiros**  
**Relatora**

CC/MG