

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.747/10/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000164070-49
Impugnação: 40.010126983-77 (Coob.)
Impugnante: BRF - Brasil Foods S.A. (Coob.)
IE: 001087082.04-51
Autuado: Perdigão Agroindustrial S/A
IE: 186475564.00-78
Proc. S. Passivo: Neiva Terezinha Cesco/Outro(s)(Coob.)
Origem: DF/Contagem

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 outra Unidade da Federação, beneficiados com incentivos fiscais em seu Estado de origem, sem amparo em convênios celebrados no âmbito do CONFAZ. Procedimento fiscal respaldado no art. 155, § 2º, inciso XII, alínea "g" da Constituição Federal, art. 1º, parágrafo único e art. 8º, inciso I, ambos da Lei Complementar nº 24/75. Crédito vedado nos termos do art. 62, § 1º do RICMS/02 e da Resolução nº 3.166/01. Exige-se ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXVI da Lei nº 6.763/75. Crédito tributário reformulado pelo Fisco. Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre recolhimento a menor de ICMS, em virtude do aproveitamento indevido de créditos do imposto, referentes a aquisições de mercadorias originárias de outra Unidade da Federação, no período compreendido entre maio de 2006 e julho de 2007, cujos remetentes foram beneficiados com incentivos fiscais não reconhecidos em convênios celebrados no âmbito do CONFAZ, portanto, em desacordo com a legislação tributária de regência do ICMS.

Exige-se ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXVI da Lei nº 6.763/75.

Cumprido observar que foi apresentada impugnação única, pela Coobrigada, tendo em vista que a mesma é sucessora, por incorporação, da Autuada.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procuradora regularmente constituída, Impugnação às fls. 218/234 e documentos de fls. 235/581, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 585/593.

Em razão da impugnação apresentada, o Fisco reformula o crédito tributário às fls. 595/608.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Reaberto o prazo de 10 (trinta) dias, nos termos regulamentares, a Impugnante retorna aos autos às fls. 614/629, repisando, em parte, os termos da Impugnação inicial, pedindo pela improcedência do lançamento.

O Fisco se manifesta às fls. 633, pedindo pela procedência do lançamento nos termos da reformulação.

DECISÃO

Da Preliminar

Os argumentos da Impugnante são no sentido de arguir a nulidade do Auto de Infração em face de ausência de provas que motivaram o lançamento cujo encargo de provar, no seu entendimento, é atribuição do Fisco. Alega ainda que não ficou comprovado qual o benefício efetivamente aproveitado pelo seus fornecedores.

Não procede a arguição da Impugnante, pois o Auto de Infração foi lavrado mediante procedimento fiscal idôneo e previsto na legislação tributária, sendo composto de planilhas as quais foram encaminhadas ao Contribuinte e encontram-se anexadas às fls. 24/41 dos autos, demonstrando, detalhadamente, as irregularidades praticadas pela Autuada e a origem das exigências fiscais.

A descrição das irregularidades cometidas consta claramente no campo “Relatório” do Auto de Infração (fls. 09) e no “Relatório Fiscal-Contábil” (fls. 13/15), o mesmo acontecendo com os dispositivos legais relativos às infringências e penalidades, que constam do campo próprio da peça fiscal.

É de se notar que o presente lançamento atende a todas as formalidades e requisitos exigidos no art. 85 e seguintes do RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, bem como ao disposto no art. 142 do Código Tributário Nacional - CTN.

Esclareça-se, por oportuno, que a Autuada inclui em sua defesa a transcrição de todos os dispositivos legais tidos pelo Fisco como infringidos, relacionados com os itens estornados, o que evidenciou a compreensão do lançamento e proporcionou o pleno exercício do direito de defesa. Vê-se, portanto, que não assiste razão à Impugnante quanto a nulidade do Auto de Infração.

Com efeito, o fato de o sujeito passivo discordar das acusações que lhe são imputadas não retira a presunção de legitimidade do lançamento. Destarte, não há evidência de vício para justificar o acolhimento do pedido da Impugnante pela nulidade do lançamento formalizado através do Auto de Infração.

Assim, rejeita-se a arguição de nulidade do Auto de Infração.

Do Mérito

Conforme relatado, a autuação versa sobre recolhimento a menor de ICMS, em virtude do aproveitamento indevido de créditos do imposto relativos à compensação integral de imposto destacados em notas fiscais de operações interestaduais, cujos remetentes das mercadorias são beneficiários de incentivos fiscais, sem amparo em convênios celebrados no âmbito do CONFAZ, contrariando o disposto no art. 1º da Resolução SEF/MG nº 3.166/01.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Figuram como emitentes das notas fiscais objeto do estorno as empresas: a) Perdigão Agroindustrial S/A, CNPJ 86.547619/0021-80, b) Perdigão Agroindustrial S/A, CNPJ 86.547619/0023-41 e, c) Perdigão Agroindustrial S/A, CNPJ 86.547619/0024-22, todas estabelecidas no Estado do Rio Grande do Sul.

As operações em questão estão inseridas no item 13.10 e 13.11 da Resolução nº 3.166/01 tendo sido os benefícios fiscais concedidos à revelia de convênio, motivo pelo qual o crédito é admitido apenas na proporção em que o imposto foi recolhido.

Pela análise conjunta das informações constantes nas planilhas de fls. 24/40, elaboradas pelo Fisco, com os resumos dos livros Registro de Apuração de ICMS e das memórias de cálculo demonstrativas dos montantes de imposto lançados a título de “Outros Créditos”, estes juntados aos autos pela Autuada, às fls. 281/581, constata-se que:

a) – Fornecedor Perdigão Agroindustrial S/A, CNPJ n.º 86.547619/0021-80

a-1) – período entre maio de 2006 e agosto de 2006 e entre novembro de 2006 e janeiro de 2007 utilizou créditos presumidos nos termos do art. 32, inciso LXXXIII, do RICMS/RS, com estorno proporcional de créditos pelas entradas, em remessas para o Estado de Minas Gerais;

a-2) – período entre setembro de 2006 e outubro de 2006 e entre fevereiro de 2007 e julho de 2007 não utilizou créditos presumidos previstos no art. 32, incisos LXXXII e LXXXIII, do RICMS/RS, nas remessas para Minas Gerais, optando pelo sistema normal de débito e crédito.

b) – Fornecedor Perdigão Agroindustrial S/A, CNPJ n.º 86.547619/0023-41

b-1) – período entre maio de 2006 e janeiro de 2007 utilizou créditos presumidos nos termos do art. 32, inciso LXXXII, do RICMS/RS, com estorno proporcional de créditos pelas entradas, nas remessas para este Estado;

b-2) – período entre fevereiro de 2007 e julho de 2007 não utilizou créditos presumidos previstos no art.32, incisos LXXXII e LXXXIII, do RICMS/RS, nas remessas para este Estado, optando pelo sistema normal de débito e crédito.

c) – Fornecedor Perdigão Agroindustrial S/A, CNPJ n.º 86.547619/0024-22

c-1) – período compreendido entre maio de 2006 e setembro de 2006 não utilizou créditos presumidos previstos no art. 32, incisos LXXXII e LXXXIII, do RICMS/RS, nas remessas para este Estado, optando pelo sistema normal de débito e crédito;

c-2) – período compreendido entre outubro de 2006 e julho de 2007 utilizou créditos presumidos nos termos do art. 32, inciso LXXXIII, do RICMS/RS, com estorno proporcional de créditos pelas entradas, nas remessas para o Estado de Minas Gerais.

Dessa forma, ocorreram duas situações: **a primeira**, referente aos meses em que não foram utilizados os créditos presumidos, e **a segunda**, relativa aos meses em

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

que foram utilizados os créditos presumidos, com o estorno proporcional do crédito pela entrada das respectivas mercadorias.

Relativamente à primeira situação, o Fisco reformula o crédito tributário, excluindo a totalidade das notas fiscais autuadas nos meses indicados nos subitens “a-2”, “b-2” e “c-1”, acima, conforme Planilha 01-A, fls. 595/606.

Quanto à segunda situação, o Fisco, também, reformula o crédito tributário, incluindo, na Planilha 01-A, fls. 595/606, a coluna “Crédito Outorgado pela UF Remetente Retificado”, que constitui resultado da multiplicação dos valores da coluna “Crédito Outorgado Indevidamente pela UF Emitente”, da Planilha 01, fls. 24/40, por coeficientes redutores calculados na mesma proporção entre os créditos presumidos líquidos efetivamente aproveitados e os créditos presumidos totais lançados em cada mês. Tal procedimento obedece ao disposto no art. 28, § 5º, da Lei n.º 6.763/75.

Logo, não há dúvida sob o enquadramento das operações de entradas envolvendo as operações, na Resolução n.º 3.166/01, o que justifica o estorno dos créditos em questão.

A exigência do estorno do ICMS aproveitado da parcela não cobrada na origem, não se fundamenta exclusivamente na Resolução n.º 3.166/01, mas em disposições inseridas na legislação, e, sobretudo, na Constituição Federal/88, que determina no art. 155, § 2º, inciso XII, alínea “g”, que a lei complementar disporá sobre a forma como Estados e Distrito Federal concederão isenções, benefícios e incentivos fiscais, *in verbis*:

Art. 155

(...)

§ 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. (grifos acrescentados)

Assim, a concessão de benefícios fiscais por um Estado, sem a celebração de convênio ratificado pelas demais Unidades da Federação, infringe normas disciplinadoras do ICMS, tornando nulo este ato e sem efeito o crédito fiscal do estabelecimento adquirente das mercadorias, conforme determinação contida na Lei Complementar n.º. 24/75, a conferir:

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:

(...)

IV - à 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;

Art. 2º - Os convênios a que alude o art. 1º, serão celebrados em reuniões para as quais tenham sido convocados representantes de todos os Estados e do Distrito Federal, sob a presidência de representantes do Governo Federal.

§1º-As reuniões se realizarão com a presença de representantes da maioria das Unidades da Federação.

§ 2º-A concessão de benefícios dependerá sempre de decisão unânime dos Estados representados; a sua revogação total ou parcial dependerá de aprovação de quatro quintos, pelo menos, dos representantes presentes.

(...)

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;

II - a exigibilidade do imposto não pago ou devolvido e a ineficácia da lei ou ato que conceda remissão do débito correspondente.

Tais mandamentos também fazem parte da Legislação Tributária do Estado de Minas Gerais, conforme art. 62, §§ 1º e 2º do RICMS/02, *in verbis*:

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.

§ 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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Resolução nº 3.166/01, norma operacional que orienta o Fisco e os contribuintes, para dar cumprimento ao art. 62, § 2º 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.

Importante destacar que o princípio da não cumulatividade não foi alterado por resolução estadual, pois a referida norma estadual de caráter meramente operacional não inova no mundo jurídico, apenas orienta o Fisco e os contribuintes relativamente aos benefícios fiscais concedidos sem edição de Convênio, obrigatório nos estritos termos da Constituição Federal, acima transcrita.

Na apreciação dos aspectos da legalidade da Resolução nº 3.166/01 e da questão discutida, nesse caso, deve-se considerar o disposto nesta Lei Complementar nº 24/75, o que nos leva a concluir, conforme já foi dito acima, pela não existência de conflito entre a lei complementar e a resolução, e nem entre esta e o RICMS/02.

Quanto à suposta inconstitucionalidade da Resolução nº 3.166/01, o Supremo Tribunal Federal, analisando norma de igual conteúdo jurídico, o comunicado CAT 36/04, editado pela Secretaria de Estado de Fazenda de São Paulo, 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 de 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.

Segundo o egrégio Supremo Tribunal Federal, a "guerra fiscal" afronta o art. 155, § 2º, II, "g" da Constituição Federal, que constitui limitação à autonomia dos Estados. O Supremo deixa claro a necessidade de convênio interestadual para concessão, por lei estadual, de crédito presumido de ICMS.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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, Pertence, 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).

O regulamento do ICMS mineiro prescreve, expressamente, no art. 71, inciso VI que o imposto não cobrado na origem deve ser estornado, *in verbis*:

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.

Assim, o Estado do Rio Grande do Sul, ao beneficiar seu contribuinte com incentivos fiscais não ratificados pelos Estados, infringiu normas disciplinadoras do ICMS, tornando nulo o ato no montante do benefício fiscal concedido e ineficaz o aproveitamento do crédito pelo estabelecimento adquirente da mercadoria objeto da operação regulada pelo benefício indevidamente concedido, o que torna correto o procedimento fiscal.

Desse modo, correta a utilização pelo Fisco da presunção relativa veiculada pela Resolução nº 3.166/01.

No que tange à aplicação da multa isolada, destaca-se a perfeita sincronia entre o tipo nela descrito e a imputação fiscal, *in verbis*:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

(...)

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;

Corretas, portanto, as exigências fiscais referentes ao ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVI, da Lei nº 6.763/75.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. No mérito, também à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco às fls. 595/608. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Luiz Fernando Castro Trópia (Revisor) e André Barros de Moura.

Sala das Sessões, 17 de agosto de 2010.

Maria de Lourdes Medeiros
Presidente

José Luiz Drumond
Relator