

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.801/12/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000168295-39
Impugnação: 40.010128848-04
Impugnante: Drogaria Araújo S/A
IE: 062009898.05-20
Proc. S. Passivo: Daniela Maria Procópio/Outro(s)
Origem: DF/BH-4 - Belo Horizonte

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - RECOLHIMENTO A MENOR DE ICMS/ST - RESOLUÇÃO Nº 3.166/01. Constatado que a Autuada promoveu o recolhimento a menor do ICMS/ST, uma vez que, ao calcular o imposto devido, deduziu, a título de ICMS da operação própria do remetente, o valor integral destacado nas notas fiscais, valor esse objeto de incentivo fiscal na origem, não ratificado mediante convênio, contrariando a Lei Complementar nº 24/75 e a Resolução nº 3.166/01. Exigem-se ICMS/ST e Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVI, ambos da Lei nº 6.763/75. Entretanto, devem ser excluídas as exigências fiscais relativas aos remetentes industriais do Estado da Bahia por não se enquadrarem entre os beneficiários do respectivo incentivo fiscal. Lançamento parcialmente procedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação refere-se a aproveitamento indevido de créditos de ICMS/ST, no período de janeiro de 2005 a janeiro de 2007, provenientes de registros de notas fiscais de entrada relativas a operações interestaduais cujos remetentes foram beneficiados com incentivos fiscais não reconhecidos em convênios celebrados no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), portanto, em desacordo com a legislação tributária de regência do ICMS.

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

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 918/944 e documentos de fls. 945/1052.

Em sua defesa, a Impugnante alega que o Auto de Infração (AI) é nulo, por entender que a Resolução nº 3.166/01 não se aplica às aquisições abarcadas pelo lançamento fiscal, porque já incluiu estes débitos no Programa de Parcelamento Especial (PPE II), instituído pelo Estado de Minas Gerais por meio do Decreto nº 45.358/10.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Afirma que aproveitou integralmente os créditos, pois estava amparada por declarações de seus fornecedores de que não tinham se aproveitado dos benefícios fiscais concedidos pelos estados de origem.

Sustenta que a Resolução nº 3.166/01 criou presunção de inexistência de recolhimento integral do imposto, ainda que integralmente destacado na nota fiscal, nas hipóteses em que haja concessão ilegal de benefícios fiscais no estado em que se situa o remetente das mercadorias.

Sustenta, ainda, que todos os benefícios fiscais estavam condicionados ao cumprimento de determinadas condições pelos remetentes e que à Fiscalização cabia privativamente, no momento da lavratura do AI, demonstrar tal cumprimento, sob pena de macular o lançamento tributário.

Destaca que foram incluídas no AI aquisições cujos remetentes estavam inscritos no Simples Nacional, os quais, por força do art. 24 da Lei Complementar nº 123/06, estavam impedidos de utilizar ou destinar qualquer valor a título de incentivo fiscal.

Assevera que ao presente caso é aplicável o art. 150, §4º do Código Tributário Nacional (CTN) e, em decorrência disto, decaíram os créditos anteriores a 15/12/05.

Argumenta que a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVI da Lei nº 6.763/75 é inaplicável aos fatos descritos no AI e cita julgados do CC/MG neste sentido.

Ao final, postula a total improcedência do lançamento tributário ou, sucessivamente, o cancelamento da multa isolada aplicada e o reconhecimento da decadência de parte do crédito tributário, com base no art. 150, §4º do CTN.

A Fiscalização, por sua vez, manifesta-se às fls. 1054/1062 e afirma que a própria Impugnante admitiu que as aquisições sujeitas à Resolução nº 3.166/01 não foram incluídas no PPE II, uma vez que seus fornecedores informaram não usufruir dos benefícios fiscais concedidos nos respectivos estados de origem.

Informa que, apesar de intimada em duas oportunidades (fls. 03 e 07), a Impugnante não comprovou o pagamento integral do ICMS pelos remetentes na operação própria, nas aquisições que estavam sujeitas à mencionada resolução.

Salienta que as declarações dos Fiscos de origem trazidas aos autos pela Impugnante (fls. 1000/1018) não abrangem todos os fornecedores constantes da atuação e não esclarecem sobre a não fruição dos benefícios fiscais.

Expõe que nos casos de presunção legal relativa há uma inversão do ônus da prova, pois a Fiscalização, após a constatação fática do tipo descrito na lei, presume a ocorrência da irregularidade apenas invocando o texto legal. Assim, não há que se falar em nulidade do AI.

Aduz que está equivocado o entendimento da Impugnante de que, de acordo com o Regulamento do ICMS do Estado do Espírito Santo, não haveria benefícios

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

fiscais em caso de substituição tributária e, portanto, o item 10.5 do relatório fiscal não deveria prosperar.

Assevera que o benefício concedido pela legislação do Estado da Bahia não especifica a atividade econômica do contribuinte baiano a ele sujeito, de modo que os itens 10.6 e 10.7 do relatório fiscal são corroborados pelos itens 3.63 e 3.64 da Resolução nº 3.166/01.

Ressalta, quanto à inclusão no lançamento de aquisições efetuadas por empresas inscritas no Simples Nacional, que o art. 24 da Lei Complementar nº 123/06 citado pela Impugnante não alcança o período autuado.

Quanto à decadência, afirma que ao presente caso é aplicável o art. 173, inciso I do CTN e não o art. 150, §4º do mesmo diploma legal, como quer a Impugnante.

Sustenta que a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVI da Lei nº 6.763/75 é aplicável ao presente caso e que há precedentes do CC/MG neste sentido.

Esclarece que indevidamente incluiu no AI valores declarados pela Impugnante no PPE II. Em razão disto, reformula o crédito tributário às fls. 1063/1076 e apresenta novo Demonstrativo de Correção Monetária e Multas (DCMM) às fls. 1077/1078.

Ao final, postula que seja dado parcial provimento ao lançamento tributário nos termos da reformulação efetuada.

A Impugnante manifesta-se novamente às fls. 1081/1090 e alega que deve restar comprovada a materialização do tipo descrito na lei para que ocorra a presunção relativa mencionada pela Fiscalização, o que não se verifica nos autos, já que não houve prova, por parte da Fiscalização, do cumprimento das condições necessárias para o gozo dos benefícios fiscais pelos remetentes.

Afirma que, para ela, Impugnante, configura prova impossível a incumbência de demonstrar o não cumprimento das condições ou o recolhimento integral do ICMS pelos remetentes das mercadorias.

Ressalta que a legislação do Estado da Bahia reserva o benefício fiscal a contribuinte atacadista e, portanto, os fornecedores Limpador de Língua Kolbe Ltda e Mucambo S/A, por serem fabricantes, não foram alcançados pelo mencionado benefício.

Aduz que a legislação fluminense concede benefício fiscal apenas a produtos fabricados no Estado do Rio de Janeiro e, em razão disso, não há que se falar em aplicação da Resolução nº 3.166/01 quanto aos produtos adquiridos da L'Oreal Brasil Comercial de Cosméticos Ltda, já tais produtos são importados.

Por fim, postula a total improcedência do lançamento tributário e reforça os demais pedidos formulados na impugnação.

A Fiscalização novamente se manifesta (fls. 1095/1098) e reafirma os pontos defendidos na manifestação fiscal, acrescentando, quanto ao aproveitamento dos

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

créditos presumidos por parte da L'Oreal Brasil Comercial de Cosméticos Ltda, que cabe à Impugnante comprovar a origem dos produtos.

Acrescenta, ainda, que, dentre as empresas do grupo L'Oreal, encontra-se a Procosa Produtos de Beleza Ltda, estabelecida no Estado do Rio de Janeiro, cuja atividade econômica principal é a fabricação de cosméticos, produtos de perfumaria e de higiene pessoal.

A 3ª Câmara de Julgamento exara o despacho interlocutório (fls. 1105) para que a Impugnante acostre aos autos certidão ou declaração do Fisco de origem dos remetentes das mercadorias no sentido de que eles não usufruíram dos benefícios concedidos, bem como, dos seus fornecedores, os seguintes documentos cujas notas fiscais são objeto da presente autuação, relativos ao período de janeiro/2005 a dezembro/2007: a) cópia do resumo mensal dos livros Registro de Entradas e Registro de Saídas, por CFOP, constando, respectivamente, o total de créditos e débitos escriturados em cada mês; b) cópia do livro Registro de Apuração do ICMS; c) cópia das DAPIs e cópias das guias do recolhimento do imposto; e d) planilha demonstrando a efetiva carga tributária assumida pelas empresas fornecedoras, emitentes das notas fiscais, ora autuadas.

A Impugnante manifesta-se às fls. 1109/1121 e aduz ser impossível cumprir o referido despacho, afirmando caber à Fiscalização a obtenção das pretendidas informações. A Fiscalização manifesta-se a respeito às fls. 1187/1191.

Nos termos do art. 31, parágrafo único do Regimento Interno do Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais (CC/MG), Decreto nº 44.906/08, transferiu-se à 1ª Câmara de Julgamento a competência para julgar o presente Processo Tributário Administrativo (PTA).

Em decisão proferida em 01/03/12, a 1ª Câmara de Julgamento determina a retirada do presente PTA de pauta e seu encaminhamento à Subsecretaria da Receita Estadual, em atendimento à requisição formulada nos termos do §9º do art. 35 do Regimento Interno do CC/MG.

DECISÃO

Da Preliminar

Aduz a Impugnante que o AI é nulo, ao entendimento de que a acusação fiscal não passa de mera presunção, pois não existe nos autos nenhuma prova do aproveitamento de crédito seja indevido, ou seja, não há nos autos demonstração de que os remetentes gozaram, de fato, dos benefícios apontados pela Fiscalização.

Neste aspecto, razão não assiste à Impugnante, uma vez que o referido incentivo fiscal está lançado em ato normativo da Unidade da Federação de origem da mercadoria.

Assim, para cada incentivo fiscal concedido, em cada estado, ao arrepio de celebração de convênio no âmbito do CONFAZ, há um dispositivo legal determinando o benefício, que está relacionado na Resolução nº 3.166/01.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No presente caso, a autuação trata dos itens 1.22, 3.63, 3.64, 4.10, 4.11, 4.17, 7.2, 7.3 e 7.4 da Resolução nº 3.166/01.

É evidente que, existindo norma legal autorizando o recolhimento a menor, é legítima a presunção de que o remetente utilizou-se do benefício fiscal, cabendo, no entanto, prova em contrário.

Buscando tal prova, a Fiscalização mineira promoveu, em duas oportunidades (fls. 03 e 07), intimação ao estabelecimento autuado para a apresentação de outros documentos fiscais que pudessem comprovar a realidade das operações praticadas.

Além disto, a 3ª Câmara de Julgamento, em sessão de 17/08/11, exarou despacho interlocutório determinando o envio de documentos, conforme relatado.

Diante disso, não há que se falar em nulidade do AI.

Do Mérito

A autuação em exame é decorrente da apropriação indevida de créditos de ICMS, em face de concessão de benefício irregular na origem, sem respaldo de convênio celebrado no âmbito do CONFAZ.

As operações em questão estão inseridas nos itens 1.22, 3.63, 3.64, 4.10, 4.11, 4.17, 7.2, 7.3 e 7.4 da Resolução nº 3.166/01 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.

Assim, constitui-se o Auto de Infração no estorno do crédito indevidamente apropriado e na cobrança das multas cabíveis.

Verificam-se dos autos diversas medidas propostas pela Fiscalização e pela Câmara de Julgamento, no sentido de trazer mais informações para o processo, buscando a verdade material. Todavia, a Impugnante alegou ser incapaz de produzir tais provas.

Esclareça-se, quanto à diligência pretendida pela Autuada, para que a Fiscalização deste Estado comprovasse se seus fornecedores gozaram dos benefícios mencionados no Auto de Infração, que neste caso, tratando-se da utilização pela Fiscalização da presunção relativa veiculada pela Resolução nº 3.166/01, o ônus da prova cabe à Autuada.

Insta salientar que o estorno do crédito tem por base legal o disposto na Constituição Federal de 1988, na Lei Complementar nº 24/75, no RICMS/02 c/c a Resolução nº 3.166/01, o ônus da prova cabe à Autuada.

Dispõe a Constituição Federal de 1988, art. 155, § 2º, incisos I e XII, alínea "g", *in verbis*:

Art. 155

(...)

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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;

(...)

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. (grifou-se)

A Lei Complementar nº 24/75, recepcionada pela Constituição Federal de 1988, prescreve, *in verbis*:

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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Tais mandamentos também fazem parte da legislação tributária do Estado de Minas Gerais, conforme §§ 1º e 2º, do art. 62 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.

A Resolução nº 3.166/01, norma operacional que orienta a Fiscalização 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, ou seja, não inova no mundo jurídico, apenas orienta a Fiscalização e os contribuintes relativamente aos benefícios fiscais concedidos sem edição de convênio, obrigatório nos estritos termos da Constituição Federal, acima transcritos.

A lei complementar constitui-se no meio apropriado para regulamentação dos ditames constitucionais, atribuição esta que lhe foi conferida pela própria Constituição.

O art. 155, § 2º, inciso XII, confere várias atribuições à lei complementar:

XII - cabe à lei complementar:

(...)

g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.

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 leva a concluir, conforme acima mencionado, 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 (STF), 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 nº 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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 TRIBUTOS 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 Supremo Tribunal Federal, a “guerra fiscal” afronta o art. 155, § 2º, XII, “g” da Constituição Federal, que constitui limitação à autonomia dos estados. O STF deixa claro que há 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 PRODICALIZAÇÃO DE ISENÇÕES E BENEFÍCIOS FISCAIS ATINENTES AO ICMS, COM AFRONTA DA NORMA CONSTITUCIONAL DO ART. 155, § 2º, XII, 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,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 RICMS/02 prescreve, expressamente, no inciso VI do art. 71, que o imposto não cobrado na origem deve ser estornado:

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, quanto aos benefícios fiscais concedidos unilateralmente, não ratificados pelos estados no âmbito do CONFAZ, há infringência das normas disciplinadoras do ICMS, o que torna 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.

Com relação aos documentos trazidos pela Impugnante com intuito de desconstituir o lançamento, visando comprovar a não utilização de créditos presumidos por parte da empresa remetente, cumpre esclarecer que os dados neles constantes não têm o condão de comprovar que a empresa não é beneficiária incentivos fiscais concedidos à revelia do CONFAZ, logo não são capazes de elidir o feito fiscal.

Excepcionam-se, contudo, as aquisições promovidas junto aos remetentes localizados no Estado da Bahia, Limpador de Língua Kolbe Ltda e Mucambo S/A, que, por serem industriais, claramente não são alcançados pelo benefício instituído pelo Decreto nº 7.799/00 daquele Estado, o qual refere-se apenas a comerciantes atacadistas.

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

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;

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. No mérito, pelo voto de qualidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pela Fiscalização às fls. 1063/1078 e, ainda, para excluir as exigências relativas às empresas Limpador de Língua Kolbe Ltda e Mucambo S/A. Vencidos, em parte, os Conselheiros André Barros de Moura (Revisor) e Luiz Fernando Castro Trópia, que excluíam também a Multa

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Isolada prevista no art. 55, inciso XXVI da Lei nº 6.763/75. Pela Impugnante, sustentou oralmente a Dra. Junia Roberta Gouveia Sampaio e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Mariane Ribeiro Bueno Freire. Participou do julgamento, além da signatária e dos Conselheiros vencidos, o Conselheiro Fernando Luiz Saldanha.

Sala das Sessões, 10 de maio de 2012.

**Maria de Lourdes Medeiros
Presidente / Relatora**

AV

CC/MIG

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.801/12/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000168295-39
Impugnação: 40.010128848-04
Impugnante: Drogaria Araújo S/A
IE: 062009898.05-20
Proc. S. Passivo: Daniela Maria Procópio/Outro(s)
Origem: DF/BH-4 - Belo Horizonte

Voto proferido pelo Conselheiro André Barros de Moura, nos termos do art. 53 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

A autuação versa sobre apropriação indevida de créditos de ICMS, em face de concessão de benefício irregular na origem, sem respaldo de convênio celebrado no âmbito do CONFAZ.

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

Entretanto, no tocante à penalidade prevista no art. 55, inciso XXVI da Lei nº 6.763/75, não há que se falar em aproveitamento de crédito do ICMS na hipótese constante dos autos.

Há, sim, dedução do imposto pago na operação, a título de operação própria do remetente, ao contrário da exegese do citado dispositivo, o qual refere-se a um imposto lançado na escrita fiscal do destinatário.

A matéria já foi apreciada nesta Casa, sendo objeto de análise pela 2ª Câmara de Julgamento, cujo voto condutor reproduz-se:

“ENTRETANTO, EMBORA SE FALE TEXTUALMENTE EM APROVEITAMENTO DE CRÉDITO, O VALOR A MENOR DO IMPOSTO APURADO NOS PRESENTES AUTOS CONSISTE NA FORMA DE CÁLCULO DO IMPOSTO DEVIDO A TÍTULO DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RESSALTE-SE, QUE A PRÁTICA QUESTIONADA PELA FISCALIZAÇÃO RESULTOU NO ABATIMENTO INTEGRAL DO VALOR DO ICMS DESTACADO NA OPERAÇÃO PRÓPRIA, OCASIONANDO DIMINUIÇÃO DO ICMS-ST DEVIDO AO ESTADO MINEIRO.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A LEI Nº 6.763/75, NO CAPÍTULO DESTINADO À APURAÇÃO DO IMPOSTO, NÃO VERSA ESPECIFICAMENTE SOBRE O ICMS/ST, DEIXANDO A MATÉRIA PARA O REGULAMENTO.

ENTRETANTO, É IMPORTANTE VERIFICAR O QUE DETERMINA A LEI Nº 6.763/75 RELATIVAMENTE AO VALOR DO IMPOSTO. ASSIM, EXTRAÍ-SE O SEGUINTE, DO INTEIRO TEOR DOS ARTIGOS 28, 29 E 32, DA LEI Nº 6.763/75:

“SEÇÃO II

DO VALOR A RECOLHER

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.

ART. 29 - O VALOR DEVIDO A TÍTULO DE IMPOSTO RESULTARÁ DA DIFERENÇA A MAIOR ENTRE O IMPOSTO REFERENTE À MERCADORIA SAÍDA E AO SERVIÇO DE TRANSPORTE OU DE COMUNICAÇÃO PRESTADO E O IMPOSTO COBRADO RELATIVAMENTE À ENTRADA, REAL OU SIMBÓLICA, DE MERCADORIA, INCLUSIVE ENERGIA ELÉTRICA, OU BEM PARA USO, CONSUMO OU ATIVO PERMANENTE, E O RECEBIMENTO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE OU DE COMUNICAÇÃO, NO RESPECTIVO ESTABELECIMENTO.

§ 1º - O REGULAMENTO PODERÁ ESTABELECEER QUE O MONTANTE DEVIDO RESULTE DA DIFERENÇA A MAIOR ENTRE O IMPOSTO RELATIVO ÀS OPERAÇÕES TRIBUTADAS COM MERCADORIAS OU SERVIÇOS E O COBRADO RELATIVAMENTE ÀS OPERAÇÕES E PRESTAÇÕES ANTERIORES, E SEJA APURADO:

- A) POR PERÍODO;
- B) POR MERCADORIA OU SERVIÇO, DENTRO DE DETERMINADO PERÍODO;
- C) POR MERCADORIA OU SERVIÇO, A VISTA DE CADA OPERAÇÃO OU PRESTAÇÃO.

§ 2º - O PODER EXECUTIVO, COMO MEDIDA DE SIMPLIFICAÇÃO DA TRIBUTAÇÃO, PODERÁ FACULTAR AO CONTRIBUINTE ADOTAR ABATIMENTO DE PERCENTAGEM FIXA A TÍTULO DE MONTANTE DO IMPOSTO COBRADO NAS OPERAÇÕES E PRESTAÇÕES ANTERIORES.

§ 8º - O REGULAMENTO PODERÁ PREVER OUTRAS FORMAS DE UTILIZAÇÃO DO SALDO CREDOR, NA HIPÓTESE DO PARÁGRAFO ANTERIOR, BEM COMO PERMITIR A TRANSFERÊNCIA DE CRÉDITO ACUMULADO EM RAZÃO DE OUTRAS OPERAÇÕES OU PRESTAÇÕES.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

.....
ART. 32 - O CONTRIBUINTE DEVERÁ EFETUAR O ESTORNO DO IMPOSTO DE QUE SE TIVER CREDITADO SEMPRE QUE O SERVIÇO TOMADO OU A MERCADORIA OU O BEM ENTRADO NO ESTABELECIMENTO:

.....”
POR SUA VEZ, O REGULAMENTO DO ICMS DISPÕE NO ARTIGO 20, DO ANEXO XV:

“ART. 20 – O IMPOSTO A RECOLHER A TÍTULO DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA SERÁ:

I – EM RELAÇÃO ÀS OPERAÇÕES SUBSEQÜENTES, O VALOR DA DIFERENÇA ENTRE O IMPOSTO CALCULADO MEDIANTE APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA ESTABELECIDADA PARA AS OPERAÇÕES INTERNAS SOBRE A BASE DE CÁLCULO DEFINIDA PARA A SUBSTITUIÇÃO E O DEVIDO PELA OPERAÇÃO PRÓPRIA DO CONTRIBUINTE REMETENTE;

VERIFICANDO TODAS AS DISPOSIÇÕES EXPRESSAS NO REGULAMENTO DO ICMS, CONCLUI-SE QUE, NO CASO DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, O QUE SE IMPÕEM AO CONTRIBUINTE NÃO É PROPRIAMENTE O APROVEITAMENTO DO CRÉDITO DA OPERAÇÃO PRÓPRIA, MAS SIM, UMA FORMA DE CÁLCULO, LEVANDO-SE EM CONSIDERAÇÃO O VALOR DESTA.

DESTAQUE-SE QUE A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA CONSTITUI-SE EM UMA FORMA PRÓPRIA DE EXIGÊNCIA DO ICMS EM QUE O CONTRIBUINTE RECOLHE O IMPOSTO POR OPERAÇÕES QUE NÃO SERÃO POR ELE REALIZADAS.

TENDO EM VISTA ESTAS PREMISSAS, A MULTA ISOLADA EXIGIDA NOS AUTOS, NÃO SE ADEQUA PERFEITAMENTE À CONDUITA DA IMPUGNANTE, POIS DIZ RESPEITO EXCLUSIVAMENTE AO APROVEITAMENTO DO CRÉDITO RELATIVO À SISTEMÁTICA NORMAL DE APURAÇÃO DO IMPOSTO.

NESTA LINHA, É IMPORTANTE VERIFICAR EXATAMENTE O QUE PRESCREVE O INCISO XXVI, DO ARTIGO 55, 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 SEGUINTE:

(...)

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;

.....”.

COMO A IMPUTAÇÃO FISCAL NO LANÇAMENTO, EM ANÁLISE, DIZ RESPEITO À FORMA DE APURAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO ICMS DEVIDO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, A CONDUITA DESCRITA NO RETRO MENCIONADO ARTIGO NÃO ESTÁ EM

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PERFEITA SINTONIA COM A EXIGÊNCIA FISCAL, DEVENDO, POR CONSEQUENTE, SER EXCLUÍDA A MULTA ISOLADA.”

Diante disso, incabível é a exigência relativa à sanção prevista no inciso XXVI do art. 55 da Lei nº 6.763/75, por inaplicável à espécie.

Sala das Sessões, 10 de maio de 2012.

**André Barros de Moura
Conselheiro**

AV

CC/MIG