

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.604/12/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000171250-39
Impugnação: 40.010131167-03
Impugnante: Recal Estruturas e Caldeiraria Ltda-ME
IE: 313263634.00-09
Coobrigado: Walberte José da Silva
Proc. S. Passivo: Poliana da Silva Alves/Outro(s)
Origem: DF/Ipatinga

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – SÓCIO – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO PODER DE GERÊNCIA – ELEIÇÃO ERRÔNEA. Imputação fiscal de responsabilidade pelo crédito tributário ao sócio gerente com fulcro no inciso II do § 2º do art. 21 da Lei nº 6.763/75. Entretanto, em face da ausência de elementos que justifiquem a sua corresponsabilidade no tocante às infrações apontadas na peça acusatória deve ser excluído do polo passivo da obrigação tributária.

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO – RESOLUÇÃO Nº 3.166/01. Constatado o recolhimento a menor de ICMS, em face da apropriação de parcela de imposto não cobrada e não paga ao Estado de origem destacado 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. 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, ambos da Lei nº 6.763/75. Entretanto, devem ser excluídas as exigências fiscais do período em que a apuração e recolhimento do imposto correu sob o regime do Simples Nacional, e ainda, que o cálculo do estorno se limite ao percentual de 33% (trinta e três por cento) a partir do início da vigência do art. 530 L-R-B do RICMS/ES.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre o aproveitamento indevido de créditos de ICMS, no período de 1º de julho de 2007 a 31 de dezembro de 2010, pela Autuada, provenientes de registros de notas fiscais de entradas, relacionadas às fls. 17/32, relativas às entradas decorrentes de operações interestaduais cujos remetentes estão beneficiados com incentivos fiscais não reconhecidos em convênios celebrados no âmbito do CONFAZ, portanto, em desacordo com a legislação tributária de regência do ICMS.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

Foi reaberto o prazo de 30 (trinta) dias para impugnação, contado da data de devolução da documentação fiscal que estava sob a posse da Fiscalização, conforme fls. 649/650.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 652/684 e documentos de fls. 692/711, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 718/727.

DECISÃO

Da Preliminar

A Impugnante argui a nulidade do lançamento em face de uma suposta inobservância das formalidades legais por parte do Fisco, no que tange à discriminação dos dispositivos da legislação do Estado do Espírito Santo.

Ela argumenta que o dispositivo mencionado na Resolução nº 3.166/01 foi revogado e o atualmente vigente, citado pelo Fisco no Relatório circunstanciado do Auto de Infração, de fls. 8/16, não está relacionado na resolução referida.

No entanto, o parágrafo único do art. 1º da própria Resolução nº 3.166/01 autoriza a análise do Fisco de toda legislação editada por outra Unidade da Federação em desacordo com a alínea “g” do inciso XII do § 2º do artigo 155 da Constituição Federal e a Lei Complementar nº 24/75, ainda que não citada em seu Anexo Único, *in verbis*:

Art. 1º. (...)

Parágrafo único - O crédito do ICMS relativo a qualquer entrada de mercadoria oriunda de outra unidade da Federação somente será admitido, ou deduzido para os efeitos do Micro Geraes, na conformidade do disposto no *caput*, **ainda que as operações estejam beneficiadas por incentivos decorrentes de atos normativos não listados no Anexo Único desta Resolução. (grifou-se)**

Desse modo, o procedimento fiscal foi realizado regularmente, citando todos os dispositivos da legislação capixaba em desacordo com o ordenamento jurídico, o que determinou o estorno de crédito indevidamente apropriado.

Dessa forma, rejeita-se a arguição de nulidade do lançamento.

Quanto à nulidade arguida nos itens 3.2 e 3.3 da impugnação, verifica-se que se confunde com a matéria meritória e será analisada mais adiante.

Do Mérito

1. Do Coobrigado

O Fisco promoveu a inclusão no polo passivo do sócio gerente da Autuada com base no inciso II do § 2º do art. 21 da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

§ 2º - São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto:

(...)

II - o diretor, o administrador, o sócio-gerente, o gerente, o representante ou o gestor de negócios, pelo imposto devido pela sociedade que dirige ou dirigiu, que gere ou geriu, ou de que faz ou fez parte.

No entanto, o Fisco não trouxe aos autos qualquer elemento que demonstrasse que a infração imputada ocorreu em decorrência de ato praticado pelo sócio gerente e, tampouco, com uso de excesso de poderes ou por meio de infração ao contrato social ou lei que verse sobre a sociedade empresária, o que determina a sua exclusão do polo passivo.

2. Da caracterização da infração

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.

Nessa hipótese, o crédito é admitido apenas na proporção em que o imposto foi cobrado, expurgando-se os efeitos do benefício fiscal irregular sobre o débito do imposto de contribuinte de outra Unidade da Federação em operações destinadas a contribuintes mineiros.

As operações em questão estão inseridas no item 1.22 da Resolução nº 3.166/01, tendo sido os benefícios fiscais concedidos à revelia de convênio.

O Fisco demonstrou também que, com a revogação do dispositivo da legislação capixaba citado na Resolução nº 3.166/01, foi editada uma nova regra para manter o benefício fiscal irregular, conforme art. 530-L-R-B do RICMS do Espírito Santo (ES), transcrito às fls. 12/13.

Ademais, foi transcrita nos autos, às fls. 14, a Portaria nº 047-R/08 da Secretaria de Estado de Desenvolvimento do Estado do Espírito Santo, na qual está relacionada a fornecedora da Impugnante como uma das beneficiárias do incentivo fiscal irregular previsto no art. 530-L-R-B do RICMS/ES, o que não deixa dúvidas acerca da utilização do benefício pelo remetente das mercadorias.

Ressalte-se que o estorno do crédito tem por base legal o disposto na Constituição Federal de 1988, Lei Complementar nº 24/75, RICMS/02 c/c a Resolução nº 3.166/01.

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

Art. 155

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

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

(...)

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 acrescidos)

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;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 §§ 1º e 2º, do art. 62 do RICMS/02 (na redação vigente ao tempo da ocorrência das operações), *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 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 a regra da não cumulatividade não foi alterada 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 (CF), acima transcritos.

A lei complementar constitui meio apropriado para regulamentação dos ditames constitucionais, atribuição esta que lhe foi conferida pela própria Constituição.

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

Ao analisar matéria sobre créditos concedidos sem edição de convênio, o STF entende não afrontar a regra 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, XII, “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.

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, 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, 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 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.

Por todo o exposto, afigura-se caracterizada a infração imputada pelo Fisco.

3. Das adequações do crédito tributário exigido

A Impugnante havia comprovado em outro PTA, de nº 01.000171355-06, relativo a outras infrações, que seu estabelecimento no período de julho de 2007 estava submetido ao regime do Simples Nacional, conforme trecho abaixo transcrito do Acórdão nº 19.585/12/2ª da lavra deste relator:

Com relação ao mês de julho de 2007, a Impugnante sustenta que nesse período estava enquadrada no regime Simples Nacional, e não apurava o imposto no regime débito e crédito, conforme entendido pela Fiscalização.

O Fisco, por sua vez, justifica que o sistema de informações da Secretaria de Estado de Fazenda apontava que o estabelecimento nesse período estava no regime débito e crédito (fls. 413/414).

Entretanto, os documentos juntados pela Impugnante às fls. 399/401 confirmam que o cancelamento da

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

migração automática para o Simples Nacional ocorreu em agosto de 2007, **e no mês de julho de 2007 a apuração e recolhimento do ICMS ocorreu sob o regime do Simples Nacional.**

Portanto, as exigências relativas ao período de julho de 2007 devem ser excluídas do presente lançamento. (Grifou-se)

Desse modo, pela mesma razão explanada, devem ser excluídas as exigências relativas ao período de julho de 2007 do presente lançamento.

No que se refere ao percentual do crédito a ser estornado, verifica-se a necessidade de uma outra adequação, decorrente da alteração do conteúdo do benefício fiscal irregularmente concedido pelo Estado do Espírito Santo.

A redação do art. 107, inciso XXI do RICMS/ES, que vigorou de 1º de agosto de 2003 a 31 de agosto de 2008, previa um crédito presumido de 11% (onze por cento) nas operações interestaduais promovidas por estabelecimento comercial atacadista, o que legitima a admissão como crédito de apenas 1% (um por cento) do imposto destacado nas notas fiscais de aquisição da Autuada, como feito pelo Fisco.

No entanto, a partir de 1º de setembro de 2008, o benefício fiscal modificou-se com a introdução do art. 530-L-R-B do RICMS/ES. O contribuinte capixaba foi autorizado a estornar o percentual mínimo de 33% (trinta e três por cento) do montante do débito registrado em decorrência de suas saídas interestaduais.

A possibilidade de o percentual do estorno do débito ser maior que 33% (trinta e três por cento) dependeria da apuração dos créditos efetivamente escriturados no período, relativos às entradas de mercadorias ou bens no estabelecimento beneficiado, de modo que a carga tributária efetiva resultasse no percentual de 1% (um por cento).

O estorno de crédito promovido pelo Fisco mineiro no percentual efetivo do estorno do débito realizado pelo fornecedor da Impugnante dependeria, assim, de uma análise de sua escrita fiscal, o que não foi possível ao Fisco promover, dado se tratar de contribuinte de outro Estado.

Portanto, consoante inciso II do art. 112 do Código Tributário Nacional, deve o estorno de crédito se limitar ao percentual mínimo de 33% (trinta e três por cento) previsto na legislação do Espírito Santo, dada a ausência de informações acerca do efetivo percentual do estorno de débito praticado pelo contribuinte capixaba, fornecedor da Impugnante, adequando-se, por conseguinte, os valores relativos ao imposto e às multas de revalidação e isoladas exigidos a partir de 1º de setembro de 2008.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a prefacial arguida. No mérito, também à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para: 1) excluir o Coobrigado do polo passivo da autuação; 2) excluir as exigências relativas ao período de julho de 2007; 3) a partir de 1º de setembro de 2008, calcular o estorno do crédito no percentual de 33% (trinta e três por cento) do valor do imposto destacado nos

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

documentos fiscais relacionados na planilha de fls. 18/32, adequando-se os valores relativos ao imposto e às multas de revalidação e isoladas exigidos no período assinalado. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Tiago Abreu Gontijo e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Bruno Rodrigues de Faria. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Carlos Alberto Moreira Alves (Revisor) e Cindy Andrade Morais.

Sala das Sessões, 10 de abril de 2012.

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente

Ricardo Wagner Lucas Cardoso
Relator

CC/CMG