

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.877/12/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000170558-04
Impugnação: 40.010130451-99
Impugnante: André Luiz Carvalho Couto - ME
IE: 439728148.00-95
Proc. S. Passivo: Ronaldo Guarçoni/Outros(s)
Origem: DF/Ubá

EMENTA

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. Crédito tributário reformulado pelo Fisco. Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação de falta de recolhimento e/ou recolhimento de ICMS a menor, no período de 01/01/06 a 31/12/10, apurados por meio de recomposição da conta gráfica, em razão de aproveitamento indevido de créditos de imposto provenientes do uso de documentos fiscais relativos a entradas decorrentes de operações interestaduais cujos remetentes estão beneficiados com incentivos fiscais concedidos em desacordo com a legislação do ICMS.

Exige-se o ICMS, a Multa de Revalidação (50% do valor do imposto) prevista no art. 56, inciso II da Lei Estadual nº. 6763/75 e a Multa Isolada (50% do valor do crédito apropriado indevidamente) prevista no art. 55, inciso XXVI, do mesmo diploma legal.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 406/409 e anexa os documentos de fls. 410/1172.

A Fiscalização intima a Impugnante a apresentar documentos mencionados na sua impugnação (fls. 1177).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Impugnante solicita esclarecimento em relação à intimação (fls. 1179/1180).

A Fiscalização acata parcialmente os argumentos apresentados pela Impugnante procedendo à rerratificação do lançamento, conforme docs. de fls. 1181/1200.

A Impugnante é regularmente notificada da reformulação do crédito tributário (fls. 1201), que não se manifesta.

A Fiscalização apresenta sua manifestação, às fls. 1212/1219, apontando argumentos contrários aos apresentados pela Impugnante e pedindo que seja julgado procedente o lançamento.

A 2ª Câmara de Julgamento exara o despacho interlocutório de fls.1220.

A Impugnante se manifesta (fls. 1226/1228) e anexa os docs. de fls. 1229/1243. O Fisco se manifesta a respeito (fls.1253/1254).

DECISÃO

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.

As operações em questão estão inseridas nos itens 1.22, 1.25, 2.40 e 7.2 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.

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

Verifica-se nos autos medida proposta pela Câmara de Julgamento no sentido de trazer mais informações, buscando a verdade material. Todavia, a Autuada não carrou documentos suficientes a comprovar que os remetentes das mercadorias não possuíam o benefício fiscal irregular nos respectivos Estados de origem das mercadorias.

Neste sentido, correta a utilização pela Fiscalização da presunção relativa veiculada pela Resolução nº 3.166/01.

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

(...)

§ 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. (grifos acrescentados)

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

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:

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, reiterando, é de caráter meramente operacional, 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 meio apropriado para regulamentação dos ditames constitucionais, atribuição esta que lhe foi conferida pela própria Constituição em seu art. 155, § 2º, inciso XII (já mencionado).

Dessa forma, na apreciação dos aspectos da legalidade da Resolução nº 3.166/01, pelo disposto na Lei Complementar nº 24/75, já citada, conclui-se pela inexistência de conflito entre a lei complementar e a resolução e, entre esta e o RICMS/02.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

E, 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:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 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).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

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

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, a declaração de fls. 418, emitida pela Secretaria de Estado de Fazenda do Rio de Janeiro, foi acatada pela Fiscalização para excluir, do crédito tributário, as exigências relativas ao Fornecedor Iatex Tecidos de Itaperuna Ltda, CNPJ nº 04.092.858/0001-84, por não ser este optante por qualquer benefício fiscal naquele Estado.

Acatando as alegações da Impugnante, foi reformulado o crédito tributário, conforme Termo de Rerratificação de Lançamento às fls. 1181/1200, com a exclusão das exigências relativas ao fornecedor Itatex Tecidos de Itaperuna Ltda, pela apresentação de declaração emitida pela Secretaria de Estado de Fazenda do Rio de Janeiro.

Assim, não podem ser consideradas declarações por telefone, como apresentado na peça impugnatória às fls. 407, ou por mensagens eletrônicas, fls. 419/420, emitidas entre o departamento contábil da Autuada e o escritório de advocacia do seu procurador.

As declarações de não utilização de benefício fiscal devem ser firmadas pelo Estado de origem do fornecedor, emitida pela Secretaria de Estado de Fazenda ou outro órgão similar, que seja responsável pela administração tributária do Estado.

Não há como comparar os demais fornecedores à empresa Excim Importação e Exportação Ltda, pois esta, apesar de constar do Auto de Início da Ação Fiscal, às fls. 02 / 03, não consta do Termo de Intimação, às fls. 05/11, e não faz parte dos documentos que deram origem ao Auto de Infração.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Contribuinte recebeu o Auto de Início da Ação Fiscal, em 19/04/11, por meio dos Correios, conforme Aviso de Recebimento – AR às fls. 04, tendo apresentado parte dos documentos solicitados em 24/04/11.

Posteriormente, em 03/05/11 e 17/05/11, a Autuada apresentou certidões emitidas pela Secretaria de Estado de Fazenda do Espírito Santo, certificando que o contribuinte Excim Importação e Exportação Ltda não utilizou benefício fiscal no período de janeiro de 2006 a janeiro de 2011.

Desta forma, conforme afirma a Fiscalização em sua manifestação de fls. 1218, foram excluídos do crédito tributário, antes da lavratura do Auto de Infração, os documentos fiscais de entrada do Fornecedor Excim Importação e Exportação Ltda e tais documentos não foram autuados ao Auto de Infração, pois não compõem os documentos que deram origem ao crédito tributário.

Como nenhuma outra certidão foi apresentada, os documentos fiscais dos demais Fornecedores serviram de base para o cálculo do crédito tributário.

Por outro lado, a Autuada foi intimada a apresentar a comprovação do recolhimento integral do ICMS nos Estados de origem para comprovar o direito ao crédito integral do imposto, nos termos do art. 68 do RICMS/02.

No que se refere à solicitação por parte da Autuada para que o Chefe da Administração Fazendária intimasse seus fornecedores a apresentar a comprovação de recolhimento integral do ICMS nos Estados de origem, destaca-se que por várias vezes e em busca pela verdade material, abriu-se oportunidade para que ela buscasse juntamente com seus fornecedores prova capaz de desconstituir a acusação fiscal, o que não ocorreu.

As demais cópias de documentos e livros juntados aos autos pela Impugnante também não são capazes de elidir o feito fiscal.

Assim, os Estados de origem de seus fornecedores, ao beneficiarem seus contribuintes com incentivos fiscais não ratificados pelos demais Estados da Federação, infringiram 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 tocante à alegação de que não ocorreram as compensações dos saldos credores nos exercícios de 2006 a 2010, o crédito tributário está perfeitamente demonstrado às fls. 29/48 (crédito tributário original) e fls. 1189/1200 (crédito tributário retificado) e na recomposição da conta gráfica, que apura os saldos credores ou devedores, às fls. 20/ 28 (recomposição original da conta gráfica) e fls. 1185/1188 (recomposição retificada da conta gráfica).

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, ambos da Lei nº 6.763/75.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco às fls. 1.181/1.200. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Ricardo Wagner Lucas Cardoso e Ricardo Capucio Borges.

Sala das Sessões, 14 de novembro de 2012.

André Barros de Moura
Presidente / Revisor

Fernando Luiz Saldanha
Relator