

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.153/13/2ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000173493-79
Impugnação: 40.010132123-20
Impugnante: CBX Indústria e Comércio Ltda
IE: 001033253.00-51
Proc. S. Passivo: Joana Maria de Oliveira Guimarães
Origem: DF/BH-3 - Belo Horizonte

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - SIMPLES NACIONAL. Comprovada a apropriação integral de imposto informado na nota fiscal emitida por empresa inscrita no regime do Simples Nacional. Infringência ao disposto no art. 23, § 4º, inciso II da Lei Complementar nº 123/06. A aplicação da legislação tributária no espaço, em respeito ao princípio da territorialidade das normas, impede que outros membros da Federação adotem procedimentos contrários àqueles previstos na mencionada lei complementar. Infração caracterizada. Corretas as exigências de 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.

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - MATERIAL DE USO E CONSUMO. Constatado aproveitamento indevido de créditos de ICMS provenientes de aquisições de materiais destinados ao uso ou consumo do estabelecimento, os quais não se caracterizam como produtos intermediários, nos termos do art. 66, inciso V da Parte Geral do RICMS/02. Exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXVI da Lei nº 6763/75. Infração caracterizada nos termos do art. 70, inciso III da Parte Geral do RICMS/02.

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - BEM PARA O ATIVO PERMANENTE - PROPORCIONALIDADE. Constatou-se recolhimento a menor do imposto, tendo em vista o aproveitamento indevido de créditos relativos a aquisições de bens para o ativo permanente, sem que fosse observada a proporcionalidade prevista no art. 66, § 3º da Parte Geral do RICMS/02. Exigências de ICMS e multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no art. 55, XXVI da Lei nº 6.763/75.

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, decorrente de benefícios fiscais concedidos isoladamente, ao desamparo de convênio interestadual, em desacordo com a regra estabelecida no art. 1º, parágrafo único e art. 8º, inciso I, ambos da Lei Complementar nº 24/75, art. 62, parágrafo único da Parte Geral do RICMS/02 c/c a Resolução nº 3.166/01. Exigências de ICMS, Multa

de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXVI, ambos da Lei nº 6.763/75. Entretanto, devem ser excluídas as exigências relativas às remessas originárias do Distrito Federal, após a data em que houve revogação do benefício. Exclusão, ainda, das remessas advindas da empresa “Vilfer Comércio de Metais Ltda”, no período em que a referida empresa não usufruía de qualquer regime especial de apuração do ICMS.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre recolhimento a menor de ICMS, apurado mediante Recomposição da Conta Gráfica, em decorrência de aproveitamento indevido de crédito, no período de junho de 2010 a dezembro de 2011, nas seguintes circunstâncias:

1) aquisições acobertadas por documentos fiscais emitidos por contribuintes optantes pelo Simples Nacional, sem observância do disposto na Lei Complementar nº 123/06;

2) aquisições de materiais de uso e consumo e bens do Ativo Permanente sem observância da previsão normativa (apropriação à razão de 1/48 avos ao mês);

3) operações interestaduais cujos remetentes estão beneficiados com incentivos fiscais, em desacordo com a legislação de regência do ICMS (Resolução nº 3.166/01).

Exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXVI, ambos da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 249/296, juntando o “Laudo Pericial Contábil” de fls. 314/345 e documentos de fls. 346/468.

O Fisco, em manifestação de fls. 472/481, refuta as alegações da defesa e requer a procedência do lançamento.

A Assessoria do CC/MG exara Despacho Interlocutório de fls. 483 e determina a realização da Diligência de fls. 484.

O Despacho Interlocutório é cumprido pela Autuada às fls. 490/726 e a Diligência resulta na manifestação do Fisco às fls. 728/731.

A Assessoria do CC/MG, em parecer de fls. 732/754, opina, em preliminar, pela rejeição da arguição de nulidade do Auto de Infração. Ainda em preliminar, pelo indeferimento do pedido de perícia. No mérito, pela procedência parcial do lançamento para: a) excluir as exigências relativas aos materiais de uso e consumo; b) concessão das parcelas mensais de crédito (1/48 avos) relativas aos bens do Ativo Permanente, considerando o coeficiente igual a 1,000 (um inteiro), no período de agosto a dezembro de 2011; c) excluir as exigências do item 3 do AI relativas às remessas originárias do Distrito Federal, a partir de 02/03/08; d) excluir as exigências do item 3 do Auto de Infração, relativas às remessas de mercadorias efetuadas pela “Vilfer Comércio de Metais Ltda”, no período de 01/09/08 a 31/05/09.

DECISÃO

Os fundamentos expostos no parecer da Assessoria do CC/MG foram, em parte, os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e por esta razão passam a compor o presente Acórdão, salvo pequenas alterações.

Das Preliminares

Da Arguição de Nulidade do Auto de Infração

Argui a Impugnante a nulidade do Auto de Infração, ao argumento de que este não demonstra a motivação do ato administrativo e seu objeto.

Prossegue, citando o art. 50 da Lei nº 9.784/99 e o art. 89 do RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, afirmando que o lançamento não apresenta a descrição clara e precisa do fato motivador da emissão do Auto de Infração.

Sem razão a Defesa, uma vez que o Auto de Infração contém todos os elementos previstos no RPTA, descrevendo as infrações cometidas e as penalidades cabíveis.

Eventuais erros no estorno dos créditos, se cometidos pelo Fisco, não conduzem à nulidade do Auto de Infração, mas sim ao ajuste do lançamento pela Câmara de Julgamento.

Cumpra destacar que os atos de ofício praticados pela Fiscalização de tributos, no sentido de iniciar a análise de livros e documentos fiscais ou apreensão de documentos, carregam por eles mesmos a motivação administrativa, consubstanciada no poder-dever da Administração Pública de fiscalizar os procedimentos dos contribuintes.

Tratam-se dos atos de império, que se caracterizam pelo poder de coerção da Administração Pública e, neste caso, sob os auspícios do parágrafo único do art. 142 do Código Tributário Nacional – CTN.

Registre-se que a atuação dos Auditores da Fazenda Pública decorre das prerrogativas do cargo, e no caso dos autos, em decorrência da Ordem de Serviço nº 08.120000384-63, expedida pela autoridade competente, conforme registro no Auto de Início de Ação Fiscal – AIAF (fls. 02).

Como ressalta Carvalho Filho (2008 – p. 38), dos poderes administrativos outorgados aos agentes do Poder Público emanam duas ordens de consequência: a irrenunciabilidade e a obrigatoriedade do seu exercício.

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

Do Pedido de Perícia

Requer a Impugnante a realização de prova pericial, apresentando os quesitos de fls. 292/295.

Nos termos do art. 142 do RPTA “a prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação” e deve ser deferida quando nos autos não houver material suficiente para o deslinde da questão.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Em que pese o farto número de quesitos apresentados (22), nenhum deles cuida de exame, vistoria ou avaliação, estando, na verdade, a repetir fatos narrados no Auto de Infração ou pela Defesa, ou se referem a questão de mérito do lançamento.

As dúvidas levantadas pela Impugnante não carecem de realização de prova pericial, pois estão dentro da competência do Órgão Revisor ou podem ser supridas por outros meios de prova.

Assim, indefere-se o pedido de perícia, nos termos do art. 142, inciso II, alínea “a” do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA aprovado pelo Decreto nº 44.747 de 03 de Março de 2008.

Do Mérito

A autuação versa sobre recolhimento a menor de ICMS, apurado mediante Recomposição da Conta Gráfica, em decorrência de aproveitamento indevido de crédito, no período de junho de 2010 a dezembro de 2011, provenientes de aquisições acobertadas por documentos fiscais emitidos por contribuintes optantes pelo Simples Nacional sem observância do disposto na Lei Complementar nº 123/06; referentes às aquisições de materiais de uso e consumo e bens do Ativo Permanente sem observância da previsão normativa (apropriação a razão de 1/48 avos ao mês) e créditos originários de operações interestaduais cujos remetentes estão beneficiados com incentivos fiscais em desacordo com a legislação de regência do ICMS (Resolução nº 3.166/01).

Os créditos estornados foram levados à Recomposição da Conta Gráfica, conforme planilhas de fls. 12/16 dos autos.

1) Aproveitamento indevido de créditos nas aquisições acobertadas por documentos Fiscais emitidos por contribuintes optantes pelo Simples Nacional, sem observância do disposto na Lei Complementar nº 123/06.

Cuida a presente exigência fiscal do estorno de créditos destacados em notas fiscais emitidas por estabelecimentos optantes pelo Simples Nacional, sem atendimento ao disposto nos §§ 2º e 4º do art. 23 da Lei Complementar nº 123/06.

As notas fiscais e os valores indevidamente aproveitados encontram-se relacionados na planilha de fls. 23/26, sendo que os valores foram levados para a Recomposição da Conta Gráfica de fls. 12/16 dos autos.

A Impugnante reafirma seu direito ao crédito, explicando que a Lei Complementar nº 123/06 autoriza a apropriação dos créditos nos limites do recolhimento efetuado pelo remetente.

Destaca que, no caso dos autos, os remetentes comprovaram o recolhimento antecipado dos valores destacados nas notas fiscais objeto do lançamento, autorizando assim a apropriação integral dos créditos de ICMS.

O Fisco destaca que todos os créditos foram apropriados com base na alíquota interestadual “cheia”, não sendo observado o exigido nos §§ 1º e 2º da lei complementar, ou seja, o limite do ICMS efetivamente devido pelas empresas optantes do Simples Nacional.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Alerta, ainda que, nos termos da legislação, a alíquota deve ser informada no documento fiscal e corresponderá ao percentual previsto nos “Anexos I ou II” da LC nº 123/06, sendo que a inobservância da regra acarreta a impossibilidade de apropriação dos créditos.

Destaca o Fisco, também, que diversas notas fiscais contêm no seu corpo inscrições tipográficas ou por meio de carimbos, anotando que o documento Fiscal não gera direito a crédito de ICMS, bem como outros documentos não trazem destacado o valor do ICMS por estar desabilitado o local das notas fiscais, reservado para inserção da base de cálculo e do valor do ICMS, de modo a impossibilitar o preenchimento de tais campos (fls. 437, 439, 442, 444, 446, por exemplo).

Prossegue o Fisco, alertando que os comprovantes de pagamento anexados, apesar de irrelevantes diante da vedação posta pela Lei Complementar nº 123/06, revelam-se no mínimo estranhos, pois indicam que as remetentes abdicaram de um benefício para pagamento diferenciado de impostos, para recolher o ICMS como uma empresa do regime de débito e crédito, sem benefício algum.

Frise-se que não há mais obrigação de recolhimento antecipado do imposto, em face da celebração do Convenio CONFAZ nº 113/07, de 28/09/07, com efeitos a partir de 01/11/07, quando se revogou o Convênio nº 09/76, que estabelecia a obrigatoriedade do recolhimento antecipado e em guia separada nas operações interestaduais com sucata.

Com efeito, a Lei Complementar nº 123/06, ao caso assim dispõe:

Art. 23. As microempresas e as empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional não farão jus à apropriação nem transferirão créditos relativos a impostos ou contribuições abrangidos pelo Simples Nacional.

§ 1º As pessoas jurídicas e aquelas a elas equiparadas pela legislação tributária não optantes pelo Simples Nacional terão direito a crédito correspondente ao ICMS incidente sobre as suas aquisições de mercadorias de microempresa ou empresa de pequeno porte optante pelo Simples Nacional, desde que destinadas à comercialização ou industrialização e observado, como limite, o ICMS efetivamente devido pelas optantes pelo Simples Nacional em relação a essas aquisições.

§ 2º A alíquota aplicável ao cálculo do crédito de que trata o § 1º deste artigo deverá ser informada no documento fiscal e corresponderá ao percentual de ICMS previsto nos Anexos I ou II desta Lei Complementar para a faixa de receita bruta a que a microempresa ou a empresa de pequeno porte estiver sujeita no mês anterior ao da operação.

(...)

§ 4º Não se aplica o disposto nos §§ 1º a 3º deste artigo quando:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

II - a microempresa ou a empresa de pequeno porte não informar a alíquota de que trata o § 2º deste artigo no documento fiscal;

(...)

Regulamentando a matéria, o art. 70 da Parte Geral do RICMS/02 assim prescreve:

Art. 70. Fica vedado o aproveitamento de imposto, a título de crédito, quando:

(...)

XV - o imposto se relacionar a operação promovida por microempresa ou empresa de pequeno porte, quando:

a) no documento fiscal que acobertar a aquisição, não for informada a alíquota correspondente ao percentual de ICMS previsto no § 26 do art. 42 deste Regulamento;

(...)

Assim, ao apropriar o percentual de 12% (doze por cento) sobre os valores dos documentos fiscais, a Impugnante descumpriu as regras que regem a espécie, tornando legítimas as exigências de 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.

Visando esclarecer eventuais dúvidas sobre o regime tributários das empresas remetentes, a Assessoria Fiscal do CCMG exarou o despacho interlocutório de fls. 483, determinando à Impugnante a juntada da legislação dos estados de origem das mercadorias, bem como todos os comprovantes dos recolhimentos antecipados.

A Autuada promove a juntada de cópia da legislação tributários dos Estados de Sergipe, Bahia, Pernambuco, Rondônia, Alagoas e Santa Catarina.

No documento que acompanha as cópias, a Impugnante reconhece tacitamente que a legislação juntada não determina o recolhimento antecipado, ao reconhecer que a apuração depende do regime contábil e fiscal de cada remetente, razão pela qual pede um prazo de 60 (sessenta) dias para juntada de documentos que comprovem a correção dos valores apurados e recolhidos pelos remetentes (fls. 491).

Analisando a legislação do Estado de Alagoas, por exemplo, é possível verificar que o Regulamento do ICMS de Alagoas adota um sistema misto em relação à obrigação de recolhimento em guia separada, adotando a possibilidade de recolhimento autorizado por regime especial. Com efeito, o RICMS daquele Estado, aprovado pelo Decreto nº 35.245/91, trata da matéria da seguinte forma:

Decreto nº 35.245/91 - Estado de Alagoas

Art. 481. O ICMS incidente sobre as sucessivas saídas dentro do Estado, de sucatas, aparas, resíduos ou fragmentos, será recolhido no momento:

I - da entrada no estabelecimento industrial no Estado;

II - da saída para outro Estado;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

III - da saída para usuário final.

(...)

Art. 483. Na saída para outro Estado dos produtos de que trata esta seção, o contribuinte, antes de iniciada a remessa, efetuará o recolhimento do ICMS destacado na Nota Fiscal relativa a operação de saída, através de DAR, devendo:

I - lançar a Nota Fiscal relativa a saída nas colunas próprias do Registro de Saídas, a título de operações com débito do imposto;

II - escriturar no Registro de Apuração do ICMS, a título de estorno de débito, no quadro detalhamento linha 29, o valor do imposto recolhido na forma do "caput", indicando o número, série e subsérie da Nota Fiscal correspondente a operação e a observação (especificação do produto), para outro Estado - recolhimento do DAR.

* Redação dada ao art. 483 e seus incisos, pelo inciso LXII do artigo 1º do Decreto nº 35.606/92.

Parágrafo único. Nas operações realizadas entre contribuintes de unidades federadas signatárias do Protocolo ICMS 07/77, o ICMS devido nas saídas poderá ser pago numa única quota mensal, englobando todas as operações que no período o remetente efetuar para um mesmo destinatário, sendo que a adoção desse sistema fica condicionada à observância das seguintes condições (Protocolo ICM 07/77 e Protocolo ICMS 11/05):

I - o remetente deverá requerer regime especial à repartição fazendária do seu domicílio fiscal, sendo que o referido regime só será considerado válido quando a autoridade fazendária da situação do destinatário manifestar a sua concordância;

II - o regime especial de que trata o inciso anterior será concedido exclusivamente a empresas que gozem de excelente tradição fiscal e econômica, devendo ser cassado esse sistema ao contribuinte que não pagar em dia seus tributos;

III - a Nota Fiscal que documentar o transporte conterà a indicação dos números dos processos formados, nas unidades federadas de origem e de destino, relativamente ao regime especial concedido, sendo vedado o destaque do ICMS; e

IV - o destinatário só poderá utilizar o crédito fiscal após receber o respectivo comprovante do pagamento do imposto pelo remetente. (NR)

Parágrafo único. O ICMS devido pela saída interestadual de que trata o "caput" poderá ser pago nos termos do que dispuser regime especial, observando-se, para sua concessão, a regularidade do contribuinte quanto às suas obrigações principais e acessórias. (NR)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

* **Parágrafo único do art. 483 acrescentando pelo Decreto nº 3.247/06.**

* **Nova redação dada ao parágrafo único do art. 483, pelo Decreto nº 3.951/07.**

No Estado da Bahia, as operações com sucata foram afastadas do regime do Simples Nacional, em decorrência do tratamento tributário específico (substituição ou diferimento), conforme esclarece o parecer adiante:

GOVERNO DO ESTADO DA BAHIA

SECRETARIA DA FAZENDA

PARECER Nº 14743/2009 DATA: 20/08/2009.

ICMS. Tratamento tributário aplicável às operações com sucatas metálicas.

A consulente, empresa acima qualificada, atuando neste Estado no comércio atacadista de resíduos e sucatas metálicas (atividade principal), dirige consulta a esta Administração Tributária, nos moldes do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Dec. nº 7.629/99, solicitando orientação no tocante à questão a seguir exposta:

- Ressalta a Consulente que a mesma atua no comércio atacadista de resíduos e sucatas metálicas, sendo optante pelo Simples Nacional e possuindo habilitação para operar no regime de diferimento. Nesse contexto, efetua os seguintes questionamentos:

1 - Como deve ser emitida a nota fiscal de entrada na aquisição de sucatas de não contribuinte?

2 - Como deve ser emitida a nota fiscal de saída realizada para uma indústria em outra UF e para dentro do Estado da Bahia? Devo dar o direito ao crédito cfe. o art.23 da LC nº 123/2006, permitindo o crédito cfe. a alíquota do Simples Nacional? O meu cliente poderá fazer uso do ICMS recolhido com o código da receita 1955?

3 - Como devo efetuar o pagamento do meu ICMS no momento da saída? Por meio de DAE que deve seguir com a nota fiscal de saída? Ou no DAS?

4 - No momento da entrada devo recolher algum imposto na aquisição de não contribuinte?

5 - Recolhimento do DAS (Documento de Arrecadação do Simples Nacional); devo considerar a receita referente à sucata como ICMS já substituído se a mercadoria seguir com ICMS pago?

RESPOSTA:

Da análise da presente consulta, ressaltamos inicialmente que pela regra estabelecida no art. 3º, inciso II, da Resolução nº CGSN nº 51 de 22 de dezembro de 2008, e RICMSBA/ 97, art. 386, inciso I, as operações sujeitas ao regime de substituição tributária, do qual o diferimento é uma espécie, não são abrangidas pelo Simples Nacional. Dessa forma, o contribuinte optante que operar com tais mercadorias deverá efetuar o pagamento do imposto por fora da sistemática de arrecadação estabelecida na Lei Complementar nº 123/06, alterada pela Lei nº 128/08, observando as regras estabelecidas na legislação do ente tributante, no caso, no RICMS-BA/97.

Feita essa ressalva, passamos a informar o que se segue, observando a ordem dos questionamentos apresentados na inicial:

1 - Quando a Consulente, na condição de empresa optante pelo Simples Nacional, adquirir sucatas junto a fornecedores não obrigados à emissão de Nota Fiscal, caberá à mesma emitir Nota Fiscal de Microempresa, utilizando o código da operação 1.949 - Outra entrada de mercadoria ou prestação de serviço não especificada. Neste caso, o imposto será diferido, uma vez que se trata de uma das hipóteses admitidas pelo RICMSBA em seu art. 393, inciso II, para fins de aplicabilidade do regime de diferimento às empresas optantes pelo Simples Nacional.

"Art. 393. Poderá ser concedida habilitação para operar no regime de diferimento a contribuinte optante pelo Simples Nacional, exclusivamente nas seguintes situações:

.....

II - nas aquisições de sucatas, fragmentos, retalhos ou resíduos de materiais junto a contribuintes não inscritos."

2 - Nas operações internas de revenda de sucatas destinadas a contribuintes habilitados a operar no regime de diferimento do imposto, será aplicável este tratamento, emitindo-se o documento fiscal respectivo sem destaque do imposto.

Por outro lado, nas revendas de sucatas para outras unidades da Federação, ou para contribuintes não habilitados a operar no diferimento, aplicar-se-á a regra prevista no RICMS-BA/97, arts. 343, inciso XXX, e art. 509, e art. 347, inciso II, alínea "a", c/c o art. 348, § 1º, inciso I, alínea "a", abaixo transcritos, que determinam o lançamento do imposto sempre que a saída da mercadoria for efetuada em circunstâncias em

que não for possível a adoção do diferimento, como se verifica na saída de mercadoria para outra unidade da Federação, bem como na saída em decorrência de negócio cuja natureza ou características não correspondam às hipóteses regulamentares que autorizem o benefício, pelo não preenchimento de alguma condição, a saber:

"Art. 347. O ICMS será lançado pelo responsável:

(...)

II - sempre que a saída da mercadoria for efetuada em circunstâncias em que não seja possível a adoção do diferimento, como nas seguintes hipóteses:

a) saída de mercadoria para outra unidade da Federação ou para o exterior;

b) saída de mercadoria em decorrência de negócio cuja natureza ou características não correspondam às hipóteses regulamentares que autorizem o benefício, pelo não preenchimento de alguma condição, inclusive por não estar o destinatário habilitado a operar no regime de diferimento, ou no caso de saída para consumidor ou usuário final;"

"Art. 348. O contribuinte em cujo estabelecimento ocorrer qualquer das situações previstas no artigo anterior efetuará o recolhimento do imposto por ele lançado, inclusive o correspondente às operações anteriores, na condição de responsável por substituição.

§ 1º O ICMS será pago:

I - no momento da saída das mercadorias enquadradas no regime de diferimento, ainda que beneficiadas, nas situações em que não for possível a adoção do diferimento, observado o seguinte:

a) o documento fiscal será emitido com destaque do imposto, devendo a ele ser anexado, para acobertar o transporte das mercadorias, o correspondente documento de arrecadação;"

Dessa forma, as saídas de sucatas serão efetuadas com acompanhamento do DAE e emissão do documento fiscal respectivo, com tributação pela alíquota de 17% ou 12%, caso se trate de operação interna em que não seja aplicável o diferimento, ou caso se trate de operação interestadual, respectivamente, cabendo ao adquirente o aproveitamento do crédito fiscal, na forma regulamentar. Ressalte-se que, em face da vedação do destaque do ICMS nos documentos fiscais emitidos pelos contribuintes optantes pelo Simples Nacional, nas saídas de sucatas o valor do imposto decorrente

deverá ser indicado no corpo da Nota Fiscal, no campo "informações complementares", uma vez que os documentos fiscais utilizados pelos contribuintes optantes pelo Simples Nacional são confeccionados com os campos destinados à base de cálculo do ICMS e ao valor do ICMS em fundo negativo.

3 - O pagamento do ICMS será efetuado através do DAE respectivo, e não através do DAS, visto que se trata de imposto recolhido por fora do regime de tributação do Simples Nacional.

4 - Conforme acima salientado, as aquisições de sucatas efetuadas pela Consulente junto a fornecedores não obrigados à emissão de Nota Fiscal estão amparadas pelo regime de diferimento, na forma prevista no art. 393, inciso II, do RICMS/BA.

5 - A Consulente deverá efetuar o recolhimento do imposto nos moldes estabelecidos no RICMS-BA/97, Capítulo IV, Seção I, com segregação das receitas relativas a mercadorias sujeitas ao regime normal daquelas alcançadas pelo regime de substituição tributária (do qual o diferimento é uma espécie).

Nesse sentido, a Resolução CGSN nº 5, alterada pela Resolução CGSN nº 7 ao dispor sobre a segregação das receitas para fins de cálculo do Simples Nacional, no art. 3º e § 3º assim estabelece:

"Art. 3º As ME e as EPP optantes pelo Simples Nacional deverão considerar, destacadamente, mensalmente e por estabelecimento, para fim de pagamento, conforme o caso:

I - as receitas decorrentes da revenda de mercadorias não sujeitas a substituição tributária, exceto as receitas decorrentes do inciso III;

II - as receitas decorrentes da revenda de mercadorias sujeitas a substituição tributária, exceto as receitas decorrentes do inciso III;

.....

§ 3º As receitas relativas às operações sujeitas à substituição tributária deverão ser segregadas em função dos tributos objetos da substituição."

Ressaltamos, que dentro de 20 (vinte) dias após a ciência da resposta à consulta, o Consulente deverá acatar o entendimento estabelecido na mesma, ajustando-se à orientação recebida, se for o caso, efetuando o pagamento das quantias porventura devidas.

É o parecer

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Parecerista: CRISTIANE DE SENA COVA

GECOT/Gerente: 21/08/2009 – SANDRA URANIA SILVA ANDRADE

DITRI/Diretor: 21/08/2009 - JORGE LUIZ SANTOS GONZAGA

No caso das operações com sucatas, o Estado de Minas Gerais manteve a regra do art. 218 do Anexo IX do RICMS/02, afastando, no entanto, a obrigatoriedade de recolhimento antecipado nas remessas interestaduais.

Para análise da legitimidade de tais créditos, impõe-se uma análise do texto constitucional e da norma complementar. Com efeito, dispõe o art. 155, § 2º, inciso I da Constituição da República que o ICMS “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”.

É evidente que ao se referir ao imposto cobrado na operação anterior, o legislador constitucional quer dizer, na verdade, ao imposto corretamente cobrado na operação antecedente.

Com o advento da Lei Complementar nº 123/06, que instituiu o Simples Nacional, é importante registrar que a legislação presente nos regulamentos estaduais do ICMS diz respeito às operações realizadas pelos estabelecimentos inscritos no regime normal de apuração do imposto (Débito e Crédito), uma vez que a apuração pelo Simples Nacional se faz na forma prevista nas resoluções do Comitê Gestor (CGSN).

Analisando a lei complementar mencionada, conclui-se que estão afastadas da apuração pelo Simples Nacional as seguintes operações:

Art. 13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições:

(...)

§ 1º O recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:

(...)

XIII - ICMS devido:

a) nas operações ou prestações sujeitas ao regime de substituição tributária;

b) por terceiro, a que o contribuinte se ache obrigado, por força da legislação estadual ou distrital vigente;

c) na entrada, no território do Estado ou do Distrito Federal, de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, bem como energia elétrica, quando

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

não destinados à comercialização ou industrialização;

d) por ocasião do desembaraço aduaneiro;

e) na aquisição ou manutenção em estoque de mercadoria desacobertada de documento fiscal;

f) na operação ou prestação desacobertada de documento fiscal;

g) nas operações com bens ou mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, nas aquisições em outros Estados e Distrito Federal:

1. com encerramento da tributação, observado o disposto no inciso IV do § 4º do art. 18 desta Lei Complementar;

2. sem encerramento da tributação, hipótese em que será cobrada a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sendo vedada a agregação de qualquer valor;

h) nas aquisições em outros Estados e no Distrito Federal de bens ou mercadorias, não sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, relativo à diferença entre a alíquota interna e a interestadual;

(...)

Art. 18. O valor devido mensalmente pela microempresa e empresa de pequeno porte comercial, optante pelo Simples Nacional, será determinado mediante aplicação da tabela do Anexo I desta Lei Complementar.

§ 1º Para efeito de determinação da alíquota, o sujeito passivo utilizará a receita bruta acumulada nos 12 (doze) meses anteriores ao do período de apuração.

§ 2º Em caso de início de atividade, os valores de receita bruta acumulada constantes das tabelas dos Anexos I a V desta Lei Complementar devem ser proporcionalizados ao número de meses de atividade no período.

§ 3º Sobre a receita bruta auferida no mês incidirá a alíquota determinada na forma do caput e dos §§ 1º e 2º deste artigo, podendo tal incidência se dar, à opção do contribuinte, na forma regulamentada pelo Comitê Gestor, sobre a receita recebida no mês, sendo essa opção irretratável para todo o ano-calendário.

§ 4º O contribuinte deverá considerar, destacadamente, para fim de pagamento:

I - as receitas decorrentes da revenda de mercadorias;

II - as receitas decorrentes da venda de mercadorias industrializadas pelo contribuinte;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

III - as receitas decorrentes da prestação de serviços, bem como a de locação de bens móveis;

IV - as receitas decorrentes da venda de mercadorias sujeitas a substituição tributária e tributação concentrada em uma única etapa (monofásica), bem como, em relação ao ICMS, antecipação tributária com encerramento de tributação;

V - as receitas decorrentes da exportação de mercadorias para o exterior, inclusive as vendas realizadas por meio de comercial exportadora ou da sociedade de propósito específico prevista no art. 56 desta Lei Complementar.

Verifica-se, pois, que a hipótese ora em análise não se encontra entre as ressalvas da lei complementar. Ao alegar a aplicabilidade de substituição tributária para as operações com sucata, o Estado da Bahia ultrapassa as fronteiras da territorialidade, não sendo admissível que aquele Estado determine o cumprimento de obrigações além daquelas estampadas na Lei Complementar nº 123/06.

Não se trata, a toda evidência, de substituição tributária nas saídas de sucatas para outras unidades federativas, uma vez que não há convênio regulador da matéria no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ.

Ainda que se considere o instituto do diferimento como uma espécie do Gênero “Substituição Tributária”, somente a imposição da ST nas operações interestaduais, por força de ajuste no CONFAZ, poderia levar ao afastamento da previsão contida na Lei Complementar nº 123/06.

Logo, os recolhimentos, ainda que realizados, não podem gerar crédito para a Autuada, não estando o estado de destino obrigado a suportar crédito de ICMS em valor maior que o determinado pela legislação nacional, que todos os estados estão, por óbvio, vinculados.

Portanto, corretas as exigências fiscais de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVI da mencionada lei.

2) Aproveitamento indevido de créditos relativos às aquisições de materiais de uso e consumo e bens do Ativo Permanente, sem observância da previsão normativa de apropriação a razão de 1/48 ao mês.

Apurou o Fisco a apropriação de créditos originários de aquisições de materiais de uso e consumo e de bens do Ativo Permanente, com lançamento integral do crédito.

Os materiais de uso e consumo, principalmente materiais elétricos, são aqueles vinculados às notas fiscais relacionadas na planilha de fls. 80, enquanto os bens do Ativo Permanente são máquinas para fundição de fardos, as cópias das notas fiscais foram acostadas às fls. 81/103 dos autos.

Sustentando-se no inciso I do § 2º do art. 155 da Constituição da República, a Impugnante reafirma seu direito ao crédito de ICMS, citando doutrina e

jurisprudência com o entendimento de que a legislação atual cuida do direito ao crédito financeiro, sendo amplo e irrestrito.

Salienta que os produtos adquiridos são caracterizados como insumos, e que os créditos podem ser utilizados para compensação com o imposto na operação de saída do bem ao qual o insumo vier a ser agregado.

No tocante aos bens do Ativo Permanente, afirma que na Recomposição da Conta Gráfica, caberia ao Fisco atribuir as parcelas de 1/48 (um quarenta e oito avos), mas não o estorno de 100% (cem por cento) dos créditos.

Entretanto, como bem ressaltado pela Fiscalização, uma simples leitura das notas fiscais permite se concluir pela impossibilidade de tais produtos serem considerados insumos para a atividade da Impugnante, uma vez que o ramo de atividade da empresa é o comércio de sucatas metálicas.

Ora é inconcebível considerar, por exemplo, tampão, eletrocalha, lona preta, luminárias, luvas “PVC”, “tê” eletrocalha, joelho eletrocalha, hastes, eletrodutos, abraçadeiras, adaptadores, broca de aço/vidia, chaves elétricas, disjuntores, chave de fenda, conectores, fita isolante, lâmpadas, reatores, modulo tomada, plugs, curvas e buchas como insumos no caso em análise.

Certo é que a Impugnante não realiza atividade industrial em seu estabelecimento, não sendo possível, realmente, considerar tais itens como insumos da produção, mostrando-se corretas as exigências fiscais nesse ponto.

Quanto aos bens do Ativo Permanente, o estorno se deu em decorrência do aproveitamento integral dos créditos, desconsiderando-se o parcelamento previsto na Lei Complementar nº 87/96.

As aquisições foram realizadas em agosto de 2011, enquanto a intimação do Auto de Infração ocorreu em 28/05/12.

A pretensão da Defesa é pela recomposição dos créditos, com a concessão da parcela de direito em cada mês.

Entretanto, no caso em análise tal pleito não é possível, uma vez que não foi observado o disposto no art. 23 da Lei Complementar nº 87/96, que prescreve:

Art. 23. O direito de crédito, para efeito de compensação com débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou para o qual tenham sido prestados os serviços, está condicionado à idoneidade da documentação e, se for o caso, à escrituração nos prazos e condições estabelecidos na legislação.

Assim, não tendo sido realizada a escrituração nos prazos e condições estabelecidos na legislação, e diante da impossibilidade de verificação da correção do direito aos créditos, mostram-se corretas as exigências fiscais relativas a este item do Auto de Infração.

3) Aproveitamento indevido de créditos originários de operações interestaduais cujos remetentes estão beneficiados com incentivos fiscais em desacordo com a legislação de regência do ICMS (Resolução nº 3.166/01).

O terceiro item do Auto de Infração diz respeito ao estorno de crédito decorrente das aquisições de mercadorias (sucatas), cujos remetentes estão beneficiados com incentivos fiscais não autorizados pelo Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ.

Os documentos fiscais e os respectivos estornos estão relacionados no “Anexo 4” (fls. 108/120) e compreendem os benefícios aludidos nos subitens 1.22 (ES), 5.15 (DF) e 7.7 (RJ) da Resolução nº 3.166/01.

A Impugnante sustenta que os créditos foram apropriados nos termos da legislação do imposto, e que o estorno realizado atenta contra o “Princípio Constitucional da não Cumulatividade”, que somente admite a exclusão de créditos na hipótese de saídas subseqüentes amparadas pela isenção ou não incidência.

A matéria em discussão, isto é, o aproveitamento indevido de créditos de ICMS, em virtude de serem os remetentes das mercadorias beneficiários de incentivos fiscais concedidos sem amparo em convênio celebrado no Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ, em desacordo, portanto, com a legislação que rege o imposto, constitui tema recorrente no Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais, com decisões, em sua grande maioria, favoráveis ao Fisco, de modo a impedir a apropriação de tais créditos.

Com efeito, a legislação sobre o assunto é clara e precisa quanto ao princípio da não cumulatividade, ao direito de apropriação ao crédito e vedações decorrentes de apropriações indevidas, não exigindo esforço de interpretação além do método literal ou gramatical, conforme se percebe pelos textos legais adiante transcritos:

Constituição Federal

Art. 155 - ...

(...)

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.

A Lei Complementar nº 24, de 24/01/75, recepcionada pela Constituição Federal de 1988, dispõe sobre a necessidade de convênios para concessão de quaisquer incentivos ou favores fiscais ou financeiro-fiscais, conforme destaques a seguir:

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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Parágrafo único - O disposto neste artigo também se aplica:

I - à redução de 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, do respectivo ônus;

V - às prorrogações e às extensões das isenções vigentes nesta data.

(...)

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.

(...)

A Lei nº 6.763/75 dispõe em seu art. 28 que:

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.

§ 6º - Na hipótese do caput, não se considera cobrado o montante do imposto destacado em documento fiscal que não tenha sido objeto de escrituração e validação eletrônica pelo contribuinte emitente, nos casos previstos no regulamento.

O Regulamento do ICMS de Minas Gerais, em consonância com os dispositivos da Lei Complementar nº 24/75, dispõe sobre a nulidade dos benefícios

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

concedidos em desacordo com a legislação e estabelece que os eventuais créditos sejam estornados pelo estabelecimento destinatário.

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 da República, observado o disposto nos §§ 4º a 6º.

§ 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.

§ 3º - Como medida de simplificação da tributação, regime especial poderá autorizar o abatimento de percentagem fixa a título de montante do imposto cobrado nas operações e prestações anteriores.

(...)

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

(...)

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

Pelo que se depreende do art. 155, inciso XII, alínea "g" da Constituição Federal, a concessão de benefícios fiscais é disciplinada por lei complementar, no caso, a Lei Complementar nº 24/75, com o intuito de manter o equilíbrio do pacto federativo e neutralizar a guerra fiscal entre os Estados da Federação, impedindo benefícios de uns em detrimento de outros.

Desta forma, para que os benefícios fiscais relacionados ao ICMS atinjam a extraterritorialidade, é preciso que os dispositivos da citada Lei Complementar nº 24/75 sejam respeitados, no que tange a celebração de convênios. De acordo com o art. 8º, inciso I da mesma lei, as implicações da não observância são a nulidade do ato e a ineficácia do crédito fiscal atribuído ao estabelecimento destinatário da mercadoria.

Resta dizer, que os benefícios concedidos pelos estados onde estão situados os fornecedores da Autuada, não tem origem em convênio celebrado pelos demais

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Estados, desobrigando, assim, o Estado de Minas Gerais de suportar integralmente o crédito de ICMS.

Neste caso, não se visualiza inobservância da regra da não cumulatividade, mas enriquecimento sem causa do contribuinte destinatário, que estaria a se apropriar de imposto não pago, a título de crédito, em prejuízo ao erário estadual.

A Resolução nº 3.166/01, norma operacional que orienta o Fisco e os contribuintes, para dar cumprimento ao disposto no art. 62, § 2º do RICMS/02, disciplina a forma em que será admitido o crédito, não majorando e nem criando novos tributos.

Assim não há que se falar em afronta aos “Princípios Constitucionais da Anterioridade e da Irretroatividade da Lei”, ficando demonstrada a constitucionalidade e a legalidade do lançamento nos termos da legislação pertinente.

Ao apreciar a constitucionalidade de ato de mesma natureza (Comunicado CAT 36/04, editado pelo Estado de São Paulo) entendeu o Ministro Gilmar Mendes que o referido comunicado é um ato administrativo despido de normatividade e não pode ser submetido à análise abstrata de constitucionalidade, negando provimento à Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.350-6/SP, com os seguintes fundamentos:

“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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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”

Segundo o STF, a “guerra fiscal” afronta o art. 155, § 2º, inciso XII, alínea “g” da Constituição Federal, que constitui limitação à autonomia dos Estados. O STF deixa evidente a necessidade de convênio interestadual para concessão, por lei estadual, de benefícios fiscais, exarando a seguinte decisão na ADI-MC 2352/ES:

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).

No caso dos autos, além da sustentação de direito ao crédito amplo e irrestrito, argumenta a Defesa que o Fisco deixou de considerar os créditos das operações anteriores às vendas interestaduais, conforme demonstrado no “Laudo Pericial” (fls. 325/345).

Alerta a Impugnante que o incentivo fiscal classificado no item 5.15 da Resolução nº 3.166/01 encontra-se extinto pela Lei Distrital nº 4.100/08, desde fevereiro de 2008.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Em relação ao item 1.22 da citada resolução, afirma a Autuada que o Estado do Espírito Santo sempre concedeu benefícios fiscais ao setor atacadista, não se tratando de favor fiscal individualizado, como ocorre em outras situações.

Explica que, em decorrência do Decreto nº 2.082-7, de 27/06/08, os dispositivos do regulamento capixaba foram revogados, trazendo, a partir daquele momento, novas regras para utilização de benefícios fiscais, que passaram a depender de assinatura de regime especial entre as partes.

Nesta linha, assegura que, no período de setembro de 2008 a 1º de junho de 2009, a empresa “Vilfer Comércio de Metais Ltda” não usufruía de qualquer regime especial de apuração do ICMS.

O Fisco discorre sobre as alegações da Impugnante, afirmando que, em relação ao item 5.15 da Resolução nº 3.166/01, na data da autuação (30/03/12), ainda não estava vigente a nova redação do item 5.15 dada pela Resolução de nº 4.423/12.

De igual sorte quanto ao item 1.22, pelo mesmo motivo ora referenciado.

Com efeito, a Resolução nº 4.423/12, no que interessa ao caso dos autos, assim dispõe:

RESOLUÇÃO Nº 4.423, DE 16 DE ABRIL DE 2012
(MG de 17/04/2012 e retificada no MG de 12/05/2012 e 24/07/2012)

Altera a Resolução nº 3.166, de 11 de julho de 2001, que veda a apropriação de crédito do ICMS nas entradas, decorrentes de operações interestaduais, de mercadorias cujos remetentes estejam beneficiados com incentivos fiscais concedidos em desacordo com a legislação de regência do imposto.

O SECRETÁRIO DE ESTADO DE FAZENDA DE MINAS GERAIS, no uso de suas atribuições, tendo em vista o disposto nos arts. 28, § 7º, e 225 da Lei nº 6.763, de 26 de dezembro de 1975, e no § 2º do art. 62 do Regulamento do ICMS (RICMS), aprovado pelo Decreto nº 43.080, de 13 de dezembro de 2002, e considerando a necessidade de divulgar benefícios e incentivos fiscais concedidos por outras unidades da Federação, em desacordo com a legislação de regência do imposto, **RESOLVE:**

Art. 1º O Anexo Único da Resolução n.º 3.166, de 11 de julho de 2001, passa a vigorar com as seguintes alterações:

(...)

1 – Espírito Santo

1.22	Estabelecimento Comercial Atacadista	Crédito presumido de 11% (Art. 107, XXI do RICMS, no período de 01/08/03 a 31/08/08, e art. 530-L-R-B, do RICMS/ES/02, a partir de 01/09/08) Vide Nota 34	1% s/BC NF emitida a partir de 01/08/03
------	--------------------------------------	---	---

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

5 -Distrito Federal

5.15	Atacadista ou distribuidor de outras mercadorias não relacionadas nos subitens 5.1 a 5.14	Crédito presumido de 9,5% (Decretos. 20.322/99, 24.371/04, 28.819/08 e Portaria 293/99)	2,5% s/ BC NF emitida no período de 23/06/99 a 02/03/08
------	---	---	---

(...)

Assim, sustenta a Impugnante que a empresa “Vilfer” somente aderiu ao benefício em 01/06/09. Neste caso, a argumentação do Fisco não procede, pois a ausência de alteração na Resolução nº 3.166/01 não deve sustentar o estorno indevido.

Como não é a resolução que autoriza o estorno do crédito, mas sim a legislação complementar, não é a ausência de atualização da resolução que conduzirá à manutenção equivocada das exigências.

Dessa forma, devem ser excluídas as exigências relativas às remessas de mercadorias efetuadas pela “Vilfer Comércio de Metais Ltda”, no período de 01/09/08 a 31/05/09.

Relativamente ao item 5.15, a alteração na Resolução nº 3.166/01 decorre da declaração de inconstitucionalidade do benefício fiscal, pelo Supremo Tribunal Federal – STF, sendo este o motivo do novo lapso temporal determinado na Resolução nº 4.423/12, determinando que o estorno do crédito prevaleça para o período de 23/06/99 a 02/03/08.

Nesse caso, devem ser excluídas as exigências relativas às aquisições originárias do Distrito Federal, após o dia 02/03/08.

Noutra toada, a questão envolvendo os créditos das operações anteriores às vendas interestaduais, tem sido analisada pelo CC/MG, e quando demonstrado o efetivo estorno, as decisões levam em consideração as eventuais perdas (estorno) dos créditos dos remetentes das mercadorias.

A prova, no entanto, deve ser efetiva, e de exclusiva responsabilidade da Impugnante. Os meros números exemplificativos trazidos no “Laudo Pericial” não são suficientes para a comprovação, em face das peculiaridades de cada caso.

Nas remessas efetuadas por contribuintes do Espírito Santo, a regra não se aplica, uma vez que não se exige o estorno dos créditos nas operações anteriores. Ao contrário, conforme legislação trazida pela própria Impugnante (fls. 339), os créditos são deduzidos na apuração do ICMS, para em seguida aplicar o incentivo fiscal.

No que remanesce, quanto às remessas do Distrito Federal e Rio de Janeiro, não trouxe a Impugnante qualquer elemento de prova que possa demonstrar de forma inequívoca o estorno dos créditos na origem,

No tocante ao disposto no § 4º do art. 62 da Parte Geral do RICMS/02, com a nova redação do Decreto nº 45.931/12, este não se aplica ao caso dos autos em decorrência de sua vigência (01/01/12), uma vez que os fatos geradores destes autos se reportam ao período de junho de 2010 a dezembro de 2011.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Frise-se, por oportuno, que as alegações quanto aos efeitos confiscatórios das multas não encontram respaldo no contencioso administrativo, em face do óbice contido no art. 110 do RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08.

Por tudo, restam corretas, em parte, as exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVI da mencionada lei.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. Também em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. No mérito, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento para excluir as exigências do item 3 do AI relativas às remessas originárias do Distrito Federal a partir de 02/03/08 e as relativas às remessas de mercadorias efetivadas pela "Vilfer Comércio de Metais Ltda" no período de 01/09/08 a 31/05/09. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. José Roberto de Castro. Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros Fernando Luiz Saldanha (Revisor), Alexandre Périssé de Abreu e Rodrigo da Silva Ferreira.

Sala das Sessões, 28 de junho de 2013.

André Barros de Moura
Presidente / Relator

M/T