

Acórdão: 23.154/18/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.001063015-92
Impugnação: 40.010146491-79
Impugnante: Carrefour Comércio e Indústria Ltda
IE: 367303430.06-71
Proc. S. Passivo: Vinícius Mattos Felício/Outro(s)
Origem: DF/BH-2 - Belo Horizonte

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - OPERAÇÃO SUBSEQUENTE COM REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO – CESTA BÁSICA. Constatou-se aproveitamento integral de créditos de ICMS relativos a aquisições de mercadorias, cujas saídas ocorreram com redução da base de cálculo prevista no item 19 da Parte 1 do Anexo IV do RICMS/02. Infração caracterizada nos termos do art. 31, § 1º c/c art. 32, inciso IV da Lei nº 6.763/75 e nos arts. 70, § 1º e 71, inciso IV ambos do RICMS/02. Corretas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXVI da Lei nº 6.763/75.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre o aproveitamento indevido e integral de crédito do ICMS, no período de 01/01/16 a 31/12/17, decorrente de operações de entradas de mercadorias cujas saídas ocorreram com redução da base de cálculo prevista no item 19.4 da Parte 1 do Anexo IV do RICMS/02.

Exige-se 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. 134/156, acompanhada dos documentos de fls. 157/183, com as seguintes alegações, em síntese:

- aduz que o julgamento do Recurso Extraordinário nº 635.688/RS (pendentes ainda de julgamento Embargos de Declaração com efeitos infringentes) adotou o entendimento de que a redução de base de cálculo seria equivalente à isenção parcial, admitindo-se o estorno proporcional dos créditos de ICMS, por aplicação do art. 155, § 2º, inciso I da Constituição da República de 1988 (CR/88);

- informa que o citado recurso deixou de examinar o conteúdo do disposto no art. 150, § 6º, da CR/88, que distingue, de modo expreso, isenção parcial de base de cálculo reduzida;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- assevera que possui direito ao crédito ao teor do art. 150, § 6º da CR/88, ao argumento de que sendo empresa de comércio varejista e, portanto, sujeita à incidência do ICMS, quanto às mercadorias que entram em seu estabelecimento com fulcro no princípio da não cumulatividade previsto no art. 155, inciso I, § 2º da CR/88, recepcionado nos arts. 19 e 20 da Lei Complementar (LC) nº 87/96;

- cita doutrina que conceitua a regra da não cumulatividade, e entende que esta não tem índole constitucional, desprovida de qualquer limitação, exceto àquelas previstas no art. 155, § 2º, inciso II da CR/88;

- conclui que qualquer norma hierarquicamente inferior, exceto as hipóteses de isenção ou não incidência, que busque limitar a regra de não cumulatividade está eivada de inconstitucionalidade;

- alega que a norma tributária estadual que fundamentou a autuação visa restringir ou impedir o pleno direito da Impugnante à compensação de créditos de ICMS, pois condiciona o benefício de redução da base de cálculo ao estorno de créditos do ICMS;

- entende que o lançamento fiscal é contrário ao princípio da não cumulatividade, norte maior em matéria de ICMS, encontrando espelho também no art. 62, do RICMS/02;

- argumenta que a Repartição Fazendária possui o entendimento de que a redução da base de cálculo é hipótese de isenção parcial, comportando, dessa forma, limitações ao princípio da não cumulatividade;

- destaca a existência de duas regras básicas para interpretação legal, quais sejam: a lei não contém palavras inúteis, e onde o legislador não distinguiu não cabe ao intérprete distinguir;

- entende que isenção, não incidência e redução de base de cálculo são institutos com conceitos completamente diferentes;

- cita o julgamento do RE nº 161.031-0/MG, pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal – STF que teria esclarecido de forma definitiva se o conceito de redução de base de cálculo se insere, ou não, no conceito de isenção previsto no art. 155, § 2º, inciso II da CR/88 e transcreve o voto do Ministro Marco Aurélio no julgamento do citado recurso;

- informa que no entendimento da Suprema Corte, o crédito de ICMS, regularmente pago na aquisição das mercadorias e corretamente destacado em documento fiscal idôneo, só pode ser impedido de ser aproveitado pelo contribuinte, plena ou parcialmente, em caso de isenção ou não incidência, não se confundindo com estes dois institutos a hipótese de redução da base de cálculo do tributo;

- salienta que o STF vem sistematicamente confirmando o entendimento assentado no julgamento do RE nº 161.031-0/MG, transcrevendo ementa do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº. 240.395-0/RS;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- destaca que idêntico posicionamento foi adotado nas decisões monocráticas relativas aos RE nº 406.715/RS e 382.886/RS, de relatoria do Ministro Carlos Britto, ao AI 398.033/MG, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence;

- informa que o Superior Tribunal de Justiça - STJ tem decidido no mesmo sentido, transcrevendo ementa do Resp nº 343.800/MG, 2ª Turma de relatoria do Ministro Paulo Medina;

- assevera que o estado de Minas Gerais ao exigir o estorno do crédito estaria violando o princípio da moralidade administrativa, pois a redução tributária, instituída pela redução de cálculo, estaria sendo suportada pelo Contribuinte que perde com o estorno do crédito, e, ainda, estaria provocando a apropriação indébita, considerando que o valor da parcela do crédito não aproveitado pertence ao contribuinte, que pagou por ele;

- discorre que o Convênio ICMS nº 128/94 atribuiu alíquota seletiva de 7% (sete por cento), visando reduzir a carga tributária na saída de produtos de cesta básica, estabelecendo ainda, no § 1º da sua Cláusula Primeira, a autorização para que os estados e o DF não exijam o estorno proporcional dos créditos relacionados a operações sujeitas à aplicação de alíquota seletiva, portanto, a presente autuação estaria em veemente contradição a esta norma;

- sustenta, com fulcro na jurisprudência do STF, que não existe distinção entre os convênios autorizativos e impositivos, não podendo ser revogados, ainda que parcialmente, por disposições da legislação estadual;

- aduz que nos termos do art. 2º, § 2º da LC nº 24/75 a revogação total ou parcial de isenções e benefícios relativos à atribuição de alíquota específica dependerá de aprovação de pelo menos quatro quintos dos representantes presentes;

- argumenta que a fixação de alíquota seletiva, prevista no art. 155, § 2º, inciso III da Constituição da República de 1988, não se confunde com o instituto da isenção ou da não incidência, no sentido de obstar o aproveitamento integral dos créditos;

- entende que para fatos geradores ocorridos até 14/10/16, deve ser exigida a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XIII, alínea “b” da Lei nº 6.763/75, por se tratar de caso de operação subsequente beneficiada com isenção;

- acrescenta que com a publicação da Lei nº 20.549/17, fixou-se a vigência, prevista pelo inciso I do art. 80 da citada lei, da nova redação do art. 55, inciso XXVI da Lei nº 6.763/75, iniciada em 15/10/16, alcançando, portanto, casos de operação subsequente, amparada por redução da base de cálculo;

- sustenta que a exigência das multas de revalidação e isolada, em percentual superior a 100% (cem por cento) do valor do ICMS cobrado, cumuladas com os encargos moratórios, estes, à taxa superior a 1% (um por cento) ao mês, afrontam o disposto no art. 150, inciso IV da CR/88, evidenciam caráter confiscatório, ferindo o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade.

Requer a procedência da impugnação e consequente cancelamento do presente Auto de Infração.

A Fiscalização manifesta-se às fls. 188/207, refuta as alegações da Defesa e pugna pela procedência do lançamento.

DECISÃO

Conforme relatado, a autuação versa sobre o aproveitamento indevido e integral de crédito do ICMS, no período de janeiro de 2016 a dezembro de 2017, decorrente de operações de entradas de mercadorias cujas saídas ocorreram com redução da base de cálculo prevista no item 19.4 da Parte 1 do Anexo IV do RICMS/02.

As exigências apontadas no Auto de Infração referem-se à cobrança das diferenças de ICMS devidas, oriundas de apropriação indevida de créditos a maior nas operações de entrada, sem o decote do valor da redução da base de cálculo aplicada nas operações de saída, conforme exige o art. 31, § 1º c/c o art. 32, inciso IV da Lei nº 6.763/75.

O estorno proporcional dos créditos se vincula às operações interestaduais de entrada de mercadorias, cujas saídas ocorreram com a redução da base de cálculo, prevista no item 19 da Parte 1 do Anexo IV do RICMS/02.

A Impugnante insurge-se contra a discriminação isolada das expressões “isenção” e “redução da base de cálculo”, que no seu entendimento, provém de exegese equivocada, a qual foi esposada no precedente judicial do Supremo Tribunal Federal - STF, firmado pelo *leading case* do RE nº 635.688.

Entretanto, razão não lhe assiste, como adiante será demonstrado.

A expressão do texto constitucional “isenção”, que está discriminada no *rol* do art. 150, § 6º da Constituição da República de 1988 (CR/88), refere-se tão somente à isenção total clássica.

Sob este enfoque constitucional, a interpretação literal escorreita do art. 150, § 6º da CR/88 é aquela que restringe a isenção parcial à expressão do texto constitucional “redução da base de cálculo”, enquanto o alcance da expressão do texto constitucional “isenção” deve se limitar apenas àquelas operações que prescindam do recolhimento integral do imposto, ou seja, trata-se das hipóteses legais da isenção total do imposto.

Registra-se que tal interpretação se dá em razão de o benefício fiscal de redução da base de cálculo ter sido equiparado a uma isenção parcial, haja vista que existe uma diminuição do aspecto quantitativo da hipótese de incidência tributária, concretizada na base de cálculo do imposto, o que resulta em sua cobrança mitigada, com o objetivo de se atender à finalidade extrafiscal de redução do preço final dos produtos da cesta básica para os consumidores de baixa renda.

De um lado, a isenção total possui o efeito jurídico nefasto de se esvaziar os créditos escriturais acumulados de ICMS das operações anteriores, que não poderiam mais ser transferidos para as operações subsequentes, na cadeia de circulação das mercadorias, nos lindes do art. 155, § 2º, inciso II, alínea “b” da CR/88. Isso significa uma quebra excepcional e explícita do princípio da não cumulatividade.

Em contraponto, a ideia de isenção parcial assimilada para o benefício da redução da base de cálculo permite a apropriação proporcional dos créditos da entrada e a transferência dos créditos acumulados nas operações anteriores para a operação subsequente da cadeia de circulação jurídica das mercadorias, logo, inexistiria, neste caso, a quebra do princípio da não cumulatividade do ICMS.

Reitera-se, então, que para as hipóteses de isenção total do ICMS, existe uma quebra do princípio da não cumulatividade, quando, o contribuinte de direito do imposto, adquirente de mercadoria transferida em operação anterior beneficiada pela isenção, perde o direito ao crédito fiscal do ICMS para compensação à operação de saída da mercadoria que irá realizar, agravando, pois, a sua carga tributária.

Nesse sentido, vale-se dos escólios doutrinários professados pelo renomado tributarista Roque Antônio Carrazza (ICMS – 12ª edição; São Paulo: Ed. Malheiros, Agosto de 2007; p.346/347), quando discorre sobre as restrições constitucionais ao “princípio da não cumulatividade”, *in verbis*:

“(…) I – Diante do que até aqui expusemos, é fácil percebermos que quaisquer restrições em relação ao *princípio da não-cumulatividade* do ICMS só podem advir do Estado Supremo.

Tais restrições – vamos logo admitindo – existem. São apontadas no inciso II do § 2º do art. art. (sic) 155 da CF: “II – a isenção ou não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação: a) não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes; b) acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores”.

Apenas nas hipóteses de isenção ou não-incidência (que podem, diga-se de passagem, ser afastadas pela legislação – v. n.III, *infra*) é que o *princípio da não-cumulatividade* do ICMS cede passo. Não pode haver outras restrições aos ditames constitucionais que incidem sobre esta matéria (que, como vimos, confere um direito público subjetivo ao contribuinte, oponível à própria pessoa política tributante). Este rol é taxativo (*numerus clausus*), não sendo dado nem ao legislador, nem ao julgador, nem ao agente fiscal, nem ao exegeta, ampliá-lo, tanto mais porque as exceções devem ser interpretadas restritivamente, nos termos da conhecida parêmia *exceptio est strictissimae interpretationis*.

Depois, “se a isenção ou não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação, não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes”, segue-se, a contrário sensu, que em todas as demais hipóteses haverá obrigatoriamente o direito de crédito”. (Grifou-se).

Portanto, sob a égide dos fundamentos retrocitados, a isenção parcial não é congênere à isenção total, e sim, à redução da base de cálculo, pois a exegese teleológica do art. 150, § 6º, da CR/88 denota a nítida intenção do legislador de se enumerar todos os benefícios fiscais e, por conseguinte, submetê-los ao requisito formal da criação por lei específica, como *conditio sine qua non* para a sua concessão ao contribuinte.

Com o intuito de esmiuçar o raciocínio lógico-legal desenvolvido anteriormente, a equiparação legal da redução da base de cálculo a uma isenção parcial, realizada no *leading case* do RE nº 635.688, apenas demonstra que a ideia de “isenção parcial” é uma ficção jurídica e foi utilizada de forma didática para justificar o mecanismo da redução da base de cálculo.

Dessa feita, o fato de não haver previsão específica da “isenção parcial” no *rol* exaustivo do art. 150, § 6º da CR/88 significa que ela deve se associar a um gênero das espécies ali arroladas, sob pena de se aumentar as hipóteses de benefícios fiscais permitidos pela Constituição da República.

Na verdade, a Impugnante se aproveita da equiparação legal dada pelo STF, no RE nº 635.688, para criar uma distinção inexistente entre isenção parcial e redução de base de cálculo que, diga-se de passagem, são a mesma coisa, tão somente pelo fato de terem nomenclatura assemelhada, isto é, “isenção” e “isenção parcial”, adotando, pois, interpretação forçosa do art. 150, § 6º da CR/88.

Noutro ponto, não existe a suposta violação ao princípio da não cumulatividade do ICMS, como pretende a Impugnante, uma vez que a regulação da sistemática neutra de compensação do imposto devido com os impostos cobrados nas operações anteriores, dentro da cadeia de circulação das mercadorias, não contém todas as regras bastantes para a sua aplicação *in concreto*. O que demanda a sua regulamentação por lei estadual, como, por exemplo, as regras de estorno proporcional dos créditos fiscais que excedam a carga tributária reduzida suportada na operação de saída pelo contribuinte, acaso utilizem os créditos integrais na entrada, além daquela atinente à compensação proporcional do ICMS reduzido com os créditos fiscais da entrada igualmente reduzidos, por medida de justiça tributária.

Nada obstante, em uma interpretação constitucional do art. 155, § 2º, inciso I da CR/88, ainda que, segundo a classificação doutrinária adotada por José Afonso da Silva, ela seja uma norma constitucional de eficácia limitada, existe uma eficácia mínima, almejada pelo legislador constitucional, de desoneração do imposto indireto do ICMS, à qual seria destinada ao contribuinte de fato e, não, ao contribuinte de direito, como pretende a Impugnante.

Explica-se melhor. Acaso o legislador constitucional permitisse a cumulatividade do ICMS, ou seja, se não se pudesse compensar o valor pago do imposto nas operações anteriores, com o valor que seria pago nas operações seguintes, isso significaria um agravamento do preço final do produto oferecido aos consumidores, porquanto os contribuintes de direito. Isto é, os empresários simplesmente agregariam o valor dos impostos cobrados pelo estado, como custo de produção ou insumo, ao preço de suas mercadorias, não lhes engendrando nenhum

prejuízo, exceto a perda de competitividade com seus concorrentes no mercado externo, e com relação à economia informal, os quais representariam efeitos reflexos da falta de adoção da regra da não cumulatividade do ICMS, em um cenário hipotético.

Esse entendimento implica numa interpretação teleológica do art. 155, § 2º, inciso I da CR/88, direcionada ao consumidor final (contribuinte de fato), logo, o direito individual fundamental da não cumulatividade do ICMS, sob o enfoque de limitação ao poder de tributar do estado e de cláusula pétrea constitucional, é de titularidade do consumidor final e apenas, mediatamente, produz efeitos reflexos para os contribuintes de direito do ICMS, os quais se enquadrariam em uma situação de interessados.

Nesse sentido, com relação ao contribuinte de direito, a não cumulatividade do ICMS adquire contornos de mera técnica fiscal e, não, de princípio constitucional, erigido ao *status* de cláusula pétrea, como limitação ao poder de tributar do estado. E por ser técnica fiscal para o contribuinte de direito, depende sua efetivação de regulamentação infraconstitucional, por não ser, neste aspecto, norma constitucional de eficácia plena.

Ademais, a norma constitucional de eficácia limitada da não cumulatividade do ICMS do art. 155, § 2º, inciso I da CR/88 abriga uma eficácia negativa mínima de se impedir sua supressão pela legislação infraconstitucional estadual.

Nessa esteira, os estados-membros da República Federativa do Brasil não poderiam instituir a tributação do ICMS, destituída de mecanismos aptos a promover a aplicação da regra da não cumulatividade do imposto, visto que a regra geral é a compensação dos impostos pagos nas operações anteriores, sob a forma de crédito escritural, para o imposto a pagar nas operações subsequentes de circulação jurídica das mercadorias, exceto as ressalvas explícitas de aplicação da não cumulatividade do ICMS, previstas no bojo da própria Constituição da República.

Se o direito individual fundamental da não cumulatividade do ICMS é de titularidade do consumidor final, é possível entender que a não cumulatividade também seja comutativa, em um viés financeiro, isto é, se houver uma redução da carga tributária, na operação tributável do ICMS, com uma determinada mercadoria, por força do gozo de um benefício fiscal pelo contribuinte (v.g., redução da base de cálculo), em via reversa, o direito ao crédito escritural do ICMS, referente à operação de entrada dessa mercadoria no seu estabelecimento comercial, na mesma medida e proporção, deve sofrer uma redução equivalente, sob pena de se creditar mais do que se debita, na conta gráfica do contribuinte.

Em outras palavras, esse crédito escritural excessivo representaria uma redução inconstitucional de tributo devido ao estado Federado, sem a previsão necessária do benefício fiscal em lei específica, em afronta ao vergastado art. 150, § 6º da CR/88.

Ante esse fundamento, é possível depreender que a previsão, em lei mineira, da compensação proporcional do crédito escritural do ICMS, na operação de entrada, com a mesma mercadoria beneficiada na operação de saída pela redução da base de cálculo, representa uma política de justiça tributária.

Ao revés, a insurgência por parte do contribuinte, quanto à mão única da não cumulatividade do ICMS, isto é, sempre da incidência do crédito sobre o débito fiscal, sem perquirir, em via reversa, sobre a legitimidade do seu crédito escritural, à luz do débito fiscal, vislumbrado como carga tributária efetivamente sofrida em seu patrimônio, permite a coexistência da disparidade de uma redução de imposto exigível, sem previsão legal e, por conseguinte, sem previsão orçamentária, o que ofende o art. 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Em adição, a condição jurídica de mera interessada da Autuada, quanto ao direito fundamental da não cumulatividade do ICMS, não lhe possibilita se desvencilhar do decote do excesso de crédito escritural de mercadoria beneficiada com redução de base de cálculo na operação de saída, mediante a cobrança do estorno proporcional desses créditos pelo Fisco Estadual, até mesmo porque não se verifica *in casu* nenhuma violação reflexa do seu direito à compensação dos seus créditos escriturais, em sua conta gráfica mensal do ICMS.

O fato é que, para a Autuada, a carga tributária suportada pela cobrança do ICMS de mercadoria, que foi beneficiada por redução de base de cálculo, deve ser equivalente, àquela carga tributária que deveria suportar em seu patrimônio, acaso a mesma mercadoria tributada não fosse beneficiada pela redução da base de cálculo, uma vez que a diferença deve fazer apenas no preço da mercadoria, destinada ao consumidor final; logo, tão somente para o contribuinte de fato, a carga tributária é diferenciada, quando a mercadoria faz ou não *jus* a uma redução de base de cálculo.

Noutro giro, a delimitação de regras especiais e de mecânicas próprias de compensação do ICMS estadual, no seu regime normal de débito e crédito, se insere no âmbito do vazio normativo intencional do inciso I do § 2º do art. 155 da CR/88, pois esse dispositivo constitucional estatui uma diretriz suprema de tributação, não comportando, nem mesmo, uma norma geral de tributação, que ainda deve ser positivada por lei complementar (Lei Complementar nº 87/96), logo, o grau de abstração do inciso I do § 2º do art. 155 da CR/88 é máximo e imanente a esse tipo de norma.

Nesse diapasão, como já foi amplamente vergastado nos fundamentos apresentados anteriormente, a simples adequação lógica e necessária ao regime de compensação do imposto, em face da relevação parcial da carga tributária pela Fiscalização estadual na própria operação de saída, justifica-se pelo fim último da norma constitucional que é dar guarida ao contribuinte de fato e, não ao contribuinte de direito do ICMS.

Verifica-se que se a regra da não cumulatividade fosse uma garantia constitucional dirigida ao contribuinte de direito do ICMS, isto é, as empresas, o aumento artificial dos créditos escriturais do imposto, decorrente do aproveitamento integral dos créditos na operação de entrada, malgrado o valor reduzido na base de cálculo do imposto cobrado na saída, implicaria numa concessão sub-reptícia de duplo benefício fiscal sem lei específica, haja vista que agravaria a diminuição de receita derivada destinada ao ente Federado, resultando no reflexo indesejado de violação ao planejamento orçamentário, exigido pelo art. 14 da Lei Complementar (LC) nº 101/00, infra reproduzida:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

LC n° 101/00

Art. 14. A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições:

I - demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária, na forma do art. 12, e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da lei de diretrizes orçamentárias;

II - estar acompanhada de medidas de compensação, no período mencionado no caput, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição.

§ 1º A renúncia compreende anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado.

§ 2º Se o ato de concessão ou ampliação do incentivo ou benefício de que trata o caput deste artigo decorrer da condição contida no inciso II, o benefício só entrará em vigor quando implementadas as medidas referidas no mencionado inciso. (Grifou-se)

No caso em apreço, a compensação proporcional dos créditos escriturais das operações de entrada ao valor reduzido, em virtude de benefício fiscal incidente sobre as mesmas mercadorias na operação de saída, representa a opção pelo legislador estadual da medida de compensação prevista no inciso II do art. 14 da Lei Complementar n° 101/00 para justificar e lastrear a própria concessão de redução de base de cálculo prevista no item 19.4 da Parte 1 do Anexo IV do RICMS/02, visto que o estudo de impacto orçamentário seria insuficiente para se suplantar a receita derivada perdida pela instituição do benefício fiscal aludido, acaso esse estudo tenha sido feito ou não (as condições para a concessão de benefício fiscal da lei de responsabilidade fiscal podem ser cumulativas, segundo a redação textual do proêmio do art.14 da Lei de Responsabilidade Fiscal).

Diante disso, o art. 31, § 1º e o art. 32, inciso IV, ambos da Lei n° 6.763/75 são os dispositivos legais estaduais pertinentes às medidas de compensação do impacto

orçamentário estadual, tal qual discriminada na lei de responsabilidade fiscal, visto que o reflexo indesejado do aumento artificial dos créditos fiscais na entrada, oriundo de tese jurídica da Impugnante, em momento algum, foi contemplado na estimativa de receita orçamentária estadual.

Por sua vez, os fundamentos da Impugnante pertinentes à adoção do Convênio ICMS nº 128/94, que erigiu a possibilidade de alíquota seletiva de 7% (sete por cento) para os produtos da cesta básica e a autorização para os estados-membros e o Distrito Federal de não exigir o estorno proporcional dos créditos na entrada, quando as operações de saída forem beneficiadas pela redução da base de cálculo, igualmente, não merecem ser acolhidos.

O Convênio ICMS nº 128/94 é autorizativo e, portanto, depende de regulamentação para surtir efeitos jurídicos.

Todavia, ainda que assim não fosse, sua cláusula primeira dispõe que a alíquota seletiva pode ser aplicada para as saídas internas de mercadorias que compõem a cesta básica. Logo, não se estendem às operações interestaduais, inclusive quanto à autorização de não exigência da anulação proporcional dos créditos fiscais, pois está previsto no § 1º da cláusula 1ª do mencionado convênio.

Assim, pertinente a citação de diversos excertos doutrinários de renomados tributaristas, que ratificam os fundamentos jurídicos supra exarados, acerca da natureza autorizativa dos convênios do CONFAZ. Veja-se:

“(…) a grande maioria da doutrina, já com base na Constituição brasileira pretérita, e, agora, com supedâneo na Carta Política vigente, considera que a despeito de os convênios do CONFAZ constituírem requisito para a concessão de benefícios fiscais do ICM, hoje, ICMS, a validade deles no ordenamento Interno de cada Estado celebrante e do Distrito Federal dependeria da chancela do Poder Legislativo, através de lei, para alguns, ou decreto legislativo, para outros, emanado da respectiva assembleia legislativa, não bastando decreto do chefe do Poder Executivo (art.4º da LC n. 24/75).” (SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. A concessão por convênios do CONFAZ, de benefícios fiscais do ICMS e os princípios democrático, federativo e da proporcionalidade. Biblioteca Digital Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT, Belo Horizonte, ano 8, n. 43, jan./fev. 2010).

“(…) Os convênios são uma fase peculiar do processo legislativo, em matéria de isenções de ICM. Fase que limita a competência das Assembleias Legislativas, mas que não pode eliminá-la” (COSTA, Alcides Jorge. ICM na Constituição e na lei complementar. São Paulo: Resenha Tributária, 1979, p.130)

“(…) com o advento da LC n. 101/00, que condicionou a concessão de benefícios fiscais à previsão orçamentária, a questão mudou radicalmente de

figura: todos os convênios hão de ser autorizativos, já que só implementáveis se e quando houver disponibilidade orçamentária.” (GOMES DE MATTOS, Aroldo. A natureza e o alcance dos convênios em matéria do ICMS. In: Revista Dialética de Direito Tributário, n. 79, p.13, abril-2002)

“Vale destacar, nesse contexto, que a LC 24/1975 trata da concessão ou revogação de incentivos através dos Convênios Confaz, sem fazer qualquer distinção entre a natureza impositiva que se depreende do tempo verbal utilizado no dispositivo acima, da eventual natureza meramente autorizativa que parece se revelar na locução de alguns convênios. Nessa conjuntura, o STF posicionou-se, ainda na década de 80, no sentido da incompatibilidade entre a distinção dos convênios em autorizativos e impositivos e o teor da LC 24/1975.

(...) Não obstante, o advento da LC 101/2000, conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal, ensejou uma necessária relativização desse posicionamento. Isso porque, de acordo com o art.14 da LC 101/2000, a concessão de qualquer incentivo fiscal de que decorra renúncia de receita pelos Estados torna necessária a previsão orçamentária do impacto financeiro correspondente, a ser acompanhado de demonstração de que as metas de resultados fiscais não serão afetadas ou de medidas de compensação que proporcionem aumento de receita.

(...) Nesse sentido, ainda que um Estado celebre convênio com os demais no âmbito do Confaz, pode ocorrer de a contemplação do respectivo Incentivo, em seu âmbito interno, ser obstaculizada por restrições orçamentárias. Desse modo, a fim de evitar que as restrições orçamentárias eventualmente aplicáveis a certo Estado inviabilize a celebração de certo convênio, com o qual este concorda, torna-se salutar a atribuição de natureza autorizativa aos convênios.

Por ser uma medida de difícil decisão e que implica sempre em afetação das receitas orçamentárias, não é de se duvidar que essa será a prática para as deliberações vindouras, haja vista a vigente Lei Complementar 101/2000, chamada Lei de Responsabilidade Fiscal, que disciplinou a concessão de isenções, impondo limites internos de grande vulto. Nos dias atuais, tal atitude efetivamente só se poderá entender no campo de autorização, na medida que mesmo se todos os Estados deliberassem, por unanimidade favoravelmente à isenção, nem todos poderão assimilá-la sem fazer os competentes ajustes

de contas que a LC 101/2000 reclama.” (SEVERINI, Tiago. O convênio ICMS 130/2007 e a transferência interestadual de bens importados sob o Repetro. In: Revista Tributária e de Finanças Públicas, vol.97, p.185, mar-2011). (Grifou-se).

Em regulamentação do Convênio ICMS nº 128/94 pelas normas infra legais mineiras, o item 19 da Parte 1 do Anexo IV do RICMS/02 concede a redução da base de cálculo para os produtos alimentícios ali discriminados e constantes do presente Auto de Infração, mas estabelece requisitos ao estorno do crédito no item 19.4, embora o item 19.3 tenha vedado o estorno proporcional dos créditos escriturais na entrada para as mercadorias com carga tributária não superior a 7% (sete por cento), ou seja, praticamente se referiu aos produtos alimentícios da cesta básica do aludido convênio, e que não são objeto da presente autuação fiscal.

Como se pode constatar do Anexo 2 do Auto de Infração (fls. 110/112), a Fiscalização relacionou os produtos das operações de saída, com alíquota de 12% (doze por cento), que tiveram o seu valor compensado para uma carga tributária de 7% (sete por cento), nos termos do item 19.4 da Parte 1 do Anexo IV do RICMS/02.

Quanto à penalidade por descumprimento de obrigação acessória, a Fiscalização exigiu a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXVI da Lei nº 6.763/75.

Cumpramos ressaltar que, ao contrário do postulado pela Autuada, a Multa Isolada, prevista no art. 55, inciso XIII, alínea “b” da Lei nº 6.763/75, não guarda perfeita consonância com a infringência praticada, relativamente às operações de saída realizadas com redução de base de cálculo do tributo.

Essa penalidade somente se aplica aos casos de creditamento indevido decorrente de operações amparadas por não incidência ou por isenção, aí entendida a isenção total.

É inconteste que as relações tributárias são regidas pelo princípio da estrita legalidade, especialmente em se tratando de normas cominativas de penalidade, hipótese em que a conduta a ser reprimida deve se enquadrar perfeitamente no tipo penal, condição essencial para aplicação da respectiva sanção.

Não se discute que, conforme o disposto no § 4º, do art. 8º da Lei nº 6.763/75, vigente a partir de 30/12/05, o instituto da redução da base de cálculo, carreado do entendimento sedimentado pelo Supremo Tribunal Federal, após julgamento do RE 174.478/SP (Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 30/09/05), importa em isenção parcial do tributo.

Todavia, perfazendo-se uma análise acurada da penalidade prevista no art. 55, inciso XIII, alínea “b” da Lei nº 6.763/75, desde a sua origem, é indubitável que o alvo por ela visado restringe-se às operações com não incidência ou com isenção total do imposto.

A redação original do inciso XIII do art. 55 é oriunda da Lei nº 6.763/75. Examine-se:

Lei nº 6.763/75

Art. 55 (...)

XIII - por utilizar crédito fiscal consignado em documento acobertador de mercadoria, cuja saída seja isenta do imposto ou sobre a qual este não incida - 5% (cinco por cento) do valor da mercadoria;

A seguir, o dispositivo foi alterado, a partir 28/12/91, por força do art. 1º da Lei nº 10.562/91. Confira-se:

Art. 55 (...)

XIII - por utilizar crédito fiscal consignado em documento relativo a serviço ou acobertador de operação de circulação de mercadoria, cuja prestação ou saída sejam isentas do imposto ou sobre os quais este não incida - 5% (cinco por cento) do valor da prestação ou da operação;

Essa redação, então, foi objeto de nova alteração, a qual contempla a redação atual, desdobrando o dispositivo nas alíneas “a” e “b”, a partir de 01/11/03, estabelecido pelo disposto no art. 28, da Lei nº 14.699/03. Veja-se:

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

(...)

XIII - por utilizar indevidamente crédito fiscal relativo a:

a) operação ou prestação que ensejar a entrada de bem, mercadoria ou serviço beneficiados por isenção ou não-incidência - 50% (cinquenta por cento) do valor da prestação ou da operação;

b) operação ou prestação subsequente, com a mesma mercadoria ou com outra dela resultante, beneficiada com a isenção ou não-incidência - 50% (cinquenta por cento) do valor da prestação ou da operação;

Comparando-se a legislação vigente com aquelas que a precederam, é possível concluir que:

- embora o valor da multa tenha sido elevado, não houve qualquer alteração relevante quanto ao entendimento relacionado ao seu alcance;

- se não houve alteração na intenção do legislador quanto ao alcance da penalidade, que não alcançava as saídas com redução de base de cálculo e não teve, com a redação ora vigente, a pretensão e a finalidade de alcançá-las, não é pela consideração de que redução de base de cálculo equivale a isenção parcial que poderá ser então aplicada em relação a esta, uma vez que, independentemente dessa circunstância, o tipo descrito na norma continua não se amoldando a essa hipótese, ou seja, somente enquadram no tipo descrito os casos de saídas com não incidência ou isenção total.

Ademais, observa-se que com a Lei nº 14.699/03, o legislador objetivou o combate, de forma mais rígida, às condutas irregulares dos contribuintes no que se refere ao aproveitamento de créditos do imposto, mediante aprimoramento de redação dos incisos citados e criação de novos tipos, acrescentando ao art. 55 da Lei nº 6.763/75 os incisos XXIV a XXVI.

Nesse contexto, analisando a redação desses dispositivos, nota-se claramente a diferença de parâmetros utilizados pelo legislador para aplicação das penalidades.

Na hipótese de apropriação indevida de créditos por parte do contribuinte, em situações nas quais não fazia jus ao aproveitamento de qualquer valor (inciso XIII do art. 55 da Lei nº 6.763/75), a multa continuou a incidir sobre o valor total da respectiva operação ou prestação, ao passo que nas hipóteses de creditamento superior ao montante admitido pela legislação (incisos XXIV a XXVI do art. 55 da supra mencionada lei) a base de cálculo da multa limitou-se ao valor do crédito indevidamente utilizado, transferido, recebido ou apropriado.

Portanto, percebe-se que o entendimento jurisprudencial e o advento do § 4º do art. 8º da Lei nº 6.763/75, não tiveram o condão de deslocar, relativamente à mesma conduta, a incidência da multa isolada até então capitulada no inciso XXVI do art. 55 da Lei nº 6.763/75, para o inciso XIII, alínea “b” deste artigo.

Assim, em relação à irregularidade em comento, não cabe razão à Autuada, a qual defende a aplicação da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XIII, alínea “b” da Lei nº 6.763/75 às operações de saída com base de cálculo reduzida.

Noutro ponto, a diferença das redações textuais do art. 55, inciso XXVI da Lei nº 6.763/75 no tempo, não prejudicam o entendimento de que o estorno proporcional dos créditos escriturais na entrada, quando haja a aplicação de redução de base de cálculo na operação subsequente, já estavam abrangidos na redação antiga do art. 55, inciso XXVI, pois o estorno proporcional se amolda ao princípio da não cumulatividade do imposto e os arts. 31, § 1º e 32, inciso IV, ambos da Lei nº 6.763/75, que preveem esse mecanismo neutro da não cumulatividade, já estavam vigentes desde 01/11/96, conforme se pode aferir do art. 8º da Lei nº 12.423/96.

Desse modo, correta a aplicação da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVI da Lei nº 6.763/75.

No tocante à correção dos valores relativos ao imposto e multas pela Taxa Selic, verifica-se que o art. 127 da Lei nº 6.763/75 c/c § 3º, art. 5º da Lei Federal nº 9.430/96 prevê tal imposição, in verbis:

Lei nº 6.763/75

Art. 127 - Os débitos decorrentes do não-recolhimento de tributos e multas no prazo legal terão seu valor corrigido em função da variação do poder aquisitivo da moeda, segundo critérios adotados para correção dos débitos fiscais federais.

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Lei nº 9.430/96

Art. 5º - O imposto de renda devido, apurado na forma do artigo 1º, será pago em quota única, até o último dia útil do mês subsequente ao do encerramento do período de apuração.

(...)

§ 3º - As quotas do imposto serão acrescidas de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do primeiro dia do segundo mês subsequente ao do encerramento do período de apuração até o último dia do mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.

Ressalta-se que o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em julgamento que negou provimento ao Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial (Ag Int. no AREsp nº 908.237/SP – 2016/0105143-6), publicado em 24/10/16, pacificou a legitimidade da aplicação, pela Fazenda Pública Estadual, da Taxa Selic na atualização dos débitos tributários pagos em atraso, diante da existência de lei estadual que determina a adoção dos mesmos critérios definidos na correção dos débitos fiscais federais.

EMENTA TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TAXA SELIC. APLICABILIDADE AOS DÉBITOS TRIBUTÁRIOS EM ATRASO. RECURSO REPETITIVO. MULTA.

1. "A TAXA SELIC É LEGÍTIMA COMO ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA E DE JUROS DE MORA, NA ATUALIZAÇÃO DOS DÉBITOS TRIBUTÁRIOS PAGOS EM ATRASO, EX VI DO DISPOSTO NO ARTIGO 13 DA LEI 9.065/95" (RESP 1.073.846/SP, REL. MINISTRO LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, DJE 18/12/2009, JULGADO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC/73).

Quanto às assertivas de ilegalidade e inconstitucionalidade trazidas pela Defesa, inclusive quanto ao pretenso efeito confiscatório da multa, cumpre registrar que não cabe ao Conselho de Contribuintes negar aplicação a dispositivos de lei, por força de sua limitação de competência constante do art. 182 da Lei nº 6.763/75 (e art. 110, inciso I do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA), *in verbis*:

Art. 182. Não se incluem na competência do órgão julgador:

I - a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive em relação à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda, nos termos do § 2º do art. 146;

(...)

Com relação ao princípio do não confisco, assim foi o voto da Ministra Carmen Lúcia em decisão do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

AO EXAMINAR O CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS, O TRIBUNAL DE ORIGEM DECIDIU, NO CASO ESPECÍFICO, QUE A MULTA DE REVALIDAÇÃO NÃO AFRONTA O PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO: “NO QUE SE REFERE À MULTA DE REVALIDAÇÃO, PREVISTA NO ART. 56, II, E § 2º, I, DA LEI ESTADUAL Nº 6763/75, RELATIVA AO RECOLHIMENTO INTEMPESTIVO DO TRIBUTO (NATUREZA MORATÓRIA), ENTENDO QUE O PERCENTUAL FINAL DE 100% (CEM POR CENTO) NÃO DEVE SER ALTERADO, POSTO QUE NÃO DEMONSTROU POTENCIAL CONFISCATÓRIO. (...) OBSERVE-SE QUE A REDUÇÃO MENCIONADA SOMENTE SERIA POSSÍVEL NAS HIPÓTESES DESCRITAS NOS INCISOS I A IV DO § 9º DO ARTIGO 53, O QUE NÃO RESTOU VERIFICADO NOS PRESENTES AUTOS” (FLS. 819-820). DE MAIS A MAIS, OBSERVANDO OS VALORES CONSTANTES DA EXECUÇÃO FISCAL EM APENSO, CONCLUO QUE A COBRANÇA DA MULTA ISOLADA EM PERCENTUAL LEGALMENTE PREVISTO, CONQUANTO ELEVADA NÃO TEM O CONDÃO DE ULTRAPASSAR O LIMITE DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA, DESESTABILIZAR O PRÓPRIO NEGÓCIO COMERCIAL OU COMPROMETER O PATRIMÔNIO DA EMPRESA AUTORA, NÃO RESTANDO CONFIGURADO O CONFISCO A AUTORIZAR A EXCEPCIONAL REDUÇÃO DA PENALIDADE (...). AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 823.886 MINAS GERAIS DE 07/04/2015.

Assim, caracterizada a infringência à legislação tributária, estando o crédito tributário regularmente formalizado e não tendo a Autuada apresentado prova capaz de elidir o trabalho fiscal, corretas as exigências fiscais.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, as Conselheiras Alexandra Codo Ferreira de Azevedo e Cindy Andrade Moraes.

Sala das Sessões, 12 de dezembro de 2018.

Eduardo de Souza Assis
Presidente / Revisor

Erick de Paula Carmo
Relator

CS/D