

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 23.515/20/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.001372860-48
Impugnação: 40.010149088-83
Impugnante: Nexa Recursos Minerais S.A.
IE: 367219883.03-70
Proc. S. Passivo: Aloísio Augusto Mazeu Martins/Outro(s)
Origem: DF/Juiz de Fora - 1

EMENTA

ALÍQUOTA DE ICMS - DIFERENCIAL - MATERIAL DE USO E CONSUMO/IMOBILIZADO - OPERAÇÃO INTERESTADUAL. Constatado o recolhimento a menor do imposto resultante da aplicação do percentual relativo à diferença entre a alíquota interna e a interestadual pelas aquisições de mercadorias destinadas a uso e consumo/imobilizado e oriundas de outra unidade da Federação, nos termos do art. 6º, inciso II, da Lei nº 6.763/75. Infração caracterizada tendo em vista que a Autuada não observou as regras contidas no art. 43, § 8º, inciso I, do RICMS/02, que determinam a forma de cálculo do diferencial de alíquotas, em consonância com o disposto no art. 13, § 1º, inciso I, da Lei Complementar nº 87/96, e art. 13, § 15, da Lei nº 6.763/75 (integra a base de cálculo o montante do próprio imposto). Corretas as exigências de ICMS e Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

Lançamento procedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre recolhimento a menor do ICMS devido a título de diferencial de alíquotas, no período de 01/01/16 a 30/06/17, relativo a aquisições de mercadorias, em operações interestaduais, destinadas a uso e consumo ou ativo imobilizado do estabelecimento.

Consta no Auto de Infração que a Autuada não observou as regras contidas no art. 43, § 8º, inciso I, do RICMS/02, vigente desde 01/01/16, que determina a forma de cálculo do diferencial de alíquotas, visando a adequação ao disposto no art. 13, § 1º, inciso I, da Lei Complementar nº 87/96 e art. 13, § 15, da Lei nº 6.763/75 (integra a base de cálculo o montante do próprio imposto).

Exigências de ICMS e Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 238/251, contra a qual a Fiscalização manifesta-se às fls. 276/282.

DECISÃO

Conforme relatado, a autuação versa sobre o recolhimento a menor do ICMS devido a título de diferencial de alíquotas, período de 01/01/16 a 30/06/17, relativo a aquisições de mercadorias, em operações interestaduais, destinadas a uso e consumo ou ativo imobilizado do estabelecimento.

Consta no Auto de Infração que a Contribuinte não observou as regras contidas no art. 43, § 8º, inciso I, do RICMS/02, vigente desde 01/01/16, que determina a forma de cálculo do diferencial de alíquotas, visando a adequação ao disposto no art. 13, § 1º, inciso I, da Lei Complementar nº 87/96 e art. 13, § 15, da Lei nº 6.763/75 (integra a base de cálculo o montante do próprio imposto).

Exigências de ICMS e Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

Instruem o presente lançamento, dentre outros, os seguintes documentos:

- Auto de Início de Ação Fiscal – AIAF nº 10.000029980-81 (fls. 02);
- Auto de Infração (fls. 04/07);
- Relatório Fiscal (fls. 09/11);
- Anexo I: Demonstrativo Consolidado do Crédito Tributário (fls. 12/13);
- Anexo II: Planilha “CALC DIF ALIQ NEXA TRÊS MARIAS” e Planilha “CÁLCULO MENSAL ICMS/MULTAS A RECOLHER” (fls. 14/223);
- Anexo III: Amostragem das Notas Fiscais Eletrônicas Relacionadas na Planilha “CALC DIF ALIQ MEXA TRÊS MARIAS” (fls. 224/233).

A Impugnante afirma que o estado de Minas Gerais, ao disciplinar o ICMS devido nas aquisições interestaduais, não se limitou a definir apenas a diferença entre as alíquotas interna e interestadual, avançando também sobre a fixação da base de cálculo do imposto.

Argumenta que a exigência do ICMS, a título de diferencial de alíquotas, nos termos em que realizada pelo estado de Minas Gerais, ofende diretamente o texto constitucional, no que diz respeito à majoração do tributo por meio infralegal (Decreto).

Alega que o estado de Minas Gerais acabou por instituir uma dupla base de cálculo para o ICMS, uma vez que passou a existir uma base de cálculo para a aplicação da alíquota interestadual referente ao ICMS devido ao estado de origem e uma segunda base de cálculo para o recolhimento do diferencial de ICMS devido ao estado de Minas Gerais.

Aduz que não existe qualquer lei complementar que preveja ou fixe de forma diferenciada a base de cálculo do ICMS na entrada de bens destinados ao uso e consumo e ativo imobilizado em operações cuja origem se deu em outro estado da Federação.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assegura que a exigência constante no Auto de Infração viola o disposto no art. 155, § 2º, inciso XII, alínea “i”, da CR/88, que dispõe que apenas o montante do próprio imposto deve integrar a base de cálculo do ICMS.

Menciona que não se questiona a possibilidade de o ICMS compor a sua própria base de cálculo, conforme previsto no art. 155, inciso XII, alínea “i”, da CF/88 e na Lei Complementar nº 87/96, e sim a impossibilidade de fixação de uma nova base de cálculo não prevista na legislação complementar.

Diz que a Lei nº 21.781/15, ao revogar o art. 13, § 1º, da Lei nº 6.763/75 e se omitir na fixação da nova base de cálculo, acabou resultando na ausência de previsão legal a respeito do ICMS devido a título de diferencial de alíquotas. E que tal ausência não poderia ser suprida pela edição de um Decreto, nem mesmo diante da delegação normativa que também se afigura como inconstitucional.

Afirma que o princípio da legalidade insculpido no art. 150, inciso I, da CR/88 versa que não existe tributo sem lei que o estabeleça e que, de forma direta, o art. 97, inciso IV, do Código Tributário Nacional – CTN determina que somente a lei pode estabelecer a fixação da alíquota do tributo e da sua base de cálculo.

Sustenta que tal inconstitucionalidade apenas foi suprida em 29/12/17, com a edição da Lei nº 22.796/17.

Requer, que seja julgada integralmente procedente a Impugnação, afastando por completo a exigência do ICMS referente ao diferencial de alíquotas ou, quando menos, seja reconhecida como indevida a exigência relativa aos fatos geradores abarcados pelo período de janeiro de 2016 a junho de 2017, tendo em vista que a Lei nº 22.796/17 foi editada somente em 29/12/17.

Razão não assiste ao Impugnante, conforme se verá.

Tem-se que, no caso de entrada de mercadoria no estabelecimento destinada a uso e consumo ou ativo imobilizado e oriunda de outra unidade da Federação, necessário se faz o recolhimento do diferencial de alíquotas sobre essas operações, na forma do disposto no art. 6º, inciso II, da Lei nº 6.763/75 (art. 1º, inciso VII, do RICMS/02), o qual fundamenta-se no art. 155, inciso II, § 2º, inciso VII, da CR/88:

Lei nº 6.763/75

Art. 6º - Ocorre o fato gerador do imposto:

(...)

II - na entrada no estabelecimento de contribuinte de mercadoria oriunda de outra unidade da Federação, destinada a uso, consumo ou ativo imobilizado;

RICMS/02

Art. 1º O Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) incide sobre:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

VII - a entrada, em estabelecimento de contribuinte, em decorrência de operação interestadual, de mercadoria destinada a uso, consumo ou ativo permanente;

(...)

Segundo o critério estabelecido nos exatos termos do disposto no art. 43, § 8º, inciso I, do RICMS/02, o cálculo do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a alíquota interestadual devido a Minas Gerais, em relação às operações destinadas a consumidor final contribuinte do ICMS, será realizado observando-se:

1º) excluir do valor da operação o valor do imposto correspondente à operação interestadual regularmente destacado no documento fiscal;

2º) incluir no valor acima encontrado o valor do imposto calculado por meio da aplicação da alíquota interna a consumidor final estabelecida para a mercadoria neste estado;

3º) sobre o valor encontrado será aplicada a alíquota interna a consumidor final estabelecida neste estado para a mercadoria;

4º) o ICMS devido corresponderá à diferença positiva entre o valor do imposto obtido anteriormente e o valor resultante da aplicação da alíquota interestadual sobre valor da operação antes da exclusão do imposto.

Entretanto, *in casu*, constata-se dos autos que a Autuada não observou as regras contidas no art. 43, § 8º, inciso I, do RICMS/02, vigente desde 01/01/16, que determina a forma de cálculo do diferencial de alíquotas, visando a sua adequação ao disposto no art. 13, § 1º, inciso I, da Lei Complementar nº 87/96, art. 13, § 15, da Lei nº 6.763/75 (o montante do próprio imposto integra a sua base de cálculo).

Eis o disposto no art. 43, § 8º, inciso I, do RICMS/02:

Art. 43. Ressalvado o disposto no artigo seguinte e em outras hipóteses previstas neste Regulamento e no Anexo IV, a base de cálculo do imposto é:

(...)

Efeitos a partir de 1º/01/2016 - Acrescido pelo art. 2º, e vigência estabelecida pelo art. 13, ambos do Dec. nº 46.930, de 30/12/2015.

§ 8º Para cálculo da parcela do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a alíquota interestadual, devida a este Estado, será observado o seguinte:

I - na hipótese do inciso VII do caput do art. 1º deste Regulamento:

a) para fins do disposto no art. 49 deste Regulamento:

a.1) do valor da operação será excluído o valor do imposto correspondente à operação interestadual;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

a.2) ao valor obtido na forma da subalínea "a.1" será incluído o valor do imposto considerando a alíquota interna a consumidor final estabelecida neste Estado para a mercadoria;

b) sobre o valor obtido na forma da subalínea "a.2" será aplicada a alíquota interna a consumidor final estabelecida neste Estado para a mercadoria;

c) o imposto devido corresponderá à diferença positiva entre o valor obtido na forma da alínea "b" e o valor do imposto relativo à operação interestadual, assim considerado o valor resultante da aplicação da alíquota interestadual sobre valor da operação de que trata a subalínea "a.1" antes da exclusão do imposto;

Acrescenta-se que a disciplina do procedimento de apuração da base de cálculo na hipótese mencionada no dispositivo regulamentar encontra supedâneo no § 1º do art. 12 da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

Art. 12. As alíquotas do imposto, nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, são:

(...)

§ 1º Nas hipóteses dos itens 6, 10, 11 e 12 do § 1º do art. 5º, o regulamento estabelecerá como será calculado o imposto, devido a este Estado, correspondente à diferença entre a alíquota interna e a alíquota interestadual. (grifou-se)

Ressalta-se que o Decreto nº 46.930 de 30/12/15 entrou em vigor a partir de 01/01/16, conforme estabelecido pelo seu art. 13, *in verbis*:

Art. 13. Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos a partir de 1º de janeiro de 2016. (grifou-se)

Conveniente destacar que as discussões trazidas pela Impugnante acerca da legalidade da norma que fundamenta o lançamento em exame fogem à competência deste Conselho de Contribuintes, uma vez que o Auto de Infração foi lavrado em estrito cumprimento das normas tributárias, às quais se encontra este Órgão Julgador adstrito em seu julgamento, por força do disposto no inciso I do art. 110 do RPTA-MG (art. 182, inciso I, da Lei nº 6.763/75).

Acresça-se, por oportuno, que o E. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, analisando argumentos similares aos da Impugnante, decidiu pela legalidade da exação. Confira-se as seguintes decisões:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - MANDADO DE SEGURANÇA - AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR (ADEQUAÇÃO) - DILAÇÃO PROBATÓRIA - PRESCINDIBILIDADE - SENTENÇA CASSADA - TEORIA DA CAUSA MADURA - JULGAMENTO DE MÉRITO - ICMS/DIFAL - DIFERENÇA ENTRE A ALÍQUOTA INTERNA E A ALÍQUOTA INTERESTADUAL - BASE DE CÁLCULO

"POR DENTRO" - PREVISÃO NO ART. 13, § 1º, I, DA LC 87/96 - ALTERAÇÃO DA FORMA DE CÁLCULO PREVISTA EM DECRETO ESTADUAL.

(...)

6 - O CÁLCULO DA PARCELA DO ICMS CORRESPONDENTE À DIFERENÇA ENTRE A ALÍQUOTA INTERNA E A ALÍQUOTA INTERESTADUAL, NAS OPERAÇÕES DE AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS DE OUTRO ESTADO, DESTINADAS A USO, CONSUMO OU ATIVO PERMANENTE, UTILIZANDO A BASE DE CÁLCULO "POR DENTRO", OU SEJA, COM A INCLUSÃO DO PRÓPRIO TRIBUTO, NÃO SE MOSTRA ILEGAL OU INCONSTITUCIONAL, POIS ENCONTRA PREVISÃO NO ART. 13, § 1º, I, DA LC 87/96; **6 - A ALTERAÇÃO DA FORMA DE CÁLCULO DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA ESTADUAL NA AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS EM OPERAÇÃO INTERESTADUAL DESTINADA A USO, CONSUMO OU ATIVO PERMANENTE, PREVISTA EM DECRETO ESTADUAL, PODE SER EFETIVADA MEDIANTE A EDIÇÃO DE DECRETO POSTERIOR, OBSERVANDO-SE A SIMETRIA NORMATIVA, O QUE NÃO AFRONTA O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA.** (TJMG - APELAÇÃO CÍVEL 1.0000.17.017686-1/002, RELATOR(A): DES.(A) RENATO DRESCH, 4ª CÂMARA CÍVEL, JULGAMENTO EM 09/11/0017, PUBLICAÇÃO DA SÚMULA EM 10/11/2017). (GRIFOS ACRESCIDOS).

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO - LIMINAR - NÃO SUJEIÇÃO AO DECRETO ESTADUAL Nº 46.930/15 - ALTERAÇÃO DO CÁLCULO DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA DO ICMS - ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA - AUSÊNCIA DE RELEVANTE FUNDAMENTO E DO RECEIO DE IRREPARABILIDADE. 1 - A LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA CONSISTE EM UM REMÉDIO JURÍDICO PARA QUE O CHAMADO DIREITO LÍQUIDO E CERTO, AMEAÇADO OU LESADO, NÃO SE FRUSTRE ATÉ A DECISÃO FINAL, PELO COMPROMETIMENTO OU MESMO EXTINÇÃO DO DIREITO, O QUE TORNARIA A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL INÓCUA E FORMALMENTE INSUBSISTENTE PELA INEFICÁCIA DA ORDEM DECISÓRIA; 2 - A ILEGALIDADE DO ATO IMPUGNADO É PRESSUPOSTO PARA A CONCESSÃO DA SEGURANÇA, ESPECIALMENTE EM SEDE DE PROVIMENTO LIMINAR, DEVENDO FICAR EVIDENCIADA A RELEVÂNCIA DO PEDIDO E O JUSTO RECEIO DE IRREPARABILIDADE, COM O OBJETIVO DE SUSPENSÃO DO ATO QUE DEU ORIGEM AO PEDIDO; **3 - A ALTERAÇÃO DA FORMA DE CÁLCULO DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA ESTADUAL**

NA AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS EM OPERAÇÃO INTERESTADUAL DESTINADA A USO, CONSUMO OU ATIVO PERMANENTE, PREVISTA EM DECRETO ESTADUAL, PODE SER EFETIVADA MEDIANTE A EDIÇÃO DE DECRETO POSTERIOR, OBSERVANDO-SE A SIMETRIA NORMATIVA, O QUE NÃO AFRONTA O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA; 4 - AUSENTE O RELEVANTE FUNDAMENTO, BEM COMO O RISCO DE INEFICÁCIA DA SEGURANÇA, CASO CONCEDIDA SOMENTE AO FINAL, DIANTE DA POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO DOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS, DEVE SER INDEFERIDA A LIMINAR. (TJMG - AGRVO DE INSTRUMENTO-CV 1.0000.17.019744-6/001, RELATOR(A): DES.(A) RENATO DRESCH, 4ª CÂMARA CÍVEL, JULGAMENTO EM 14/09/0017, PUBLICAÇÃO DEMENTA: AGRVO DE INSTRUMENTO - MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO - LIMINAR - NÃO SUJEIÇÃO AO DECRETO ESTADUAL Nº 46.930/15 - ALTERAÇÃO DO CÁLCULO DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA DO ICMS - ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA - AUSÊNCIA DE RELEVANTE FUNDAMENTO E DO RECEIO DE IRREPARABILIDADE. 1 - A LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA CONSISTE EM UM REMÉDIO JURÍDICO PARA QUE O CHAMADO DIREITO LÍQUIDO E CERTO, AMEAÇADO OU LESADO, NÃO SE FRUSTRE ATÉ A DECISÃO FINAL, PELO COMPROMETIMENTO OU MESMO EXTINÇÃO DO DIREITO, O QUE TORNARIA A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL INÓCUA E FORMALMENTE INSUBSISTENTE PELA INEFICÁCIA DA ORDEM DECISÓRIA; 2 - A ILEGALIDADE DO ATO IMPUGNADO É PRESSUPOSTO PARA A CONCESSÃO DA SEGURANÇA, ESPECIALMENTE EM SEDE DE PROVIMENTO LIMINAR, DEVENDO FICAR EVIDENCIADA A RELEVÂNCIA DO PEDIDO E O JUSTO RECEIO DE IRREPARABILIDADE, COM O OBJETIVO DE SUSPENSÃO DO ATO QUE DEU ORIGEM AO PEDIDO; 3 - **A ALTERAÇÃO DA FORMA DE CÁLCULO DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA ESTADUAL NA AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS EM OPERAÇÃO INTERESTADUAL DESTINADA A USO, CONSUMO OU ATIVO PERMANENTE, PREVISTA EM DECRETO ESTADUAL, PODE SER EFETIVADA MEDIANTE A EDIÇÃO DE DECRETO POSTERIOR, OBSERVANDO-SE A SIMETRIA NORMATIVA, O QUE NÃO AFRONTA A SÚMULA EM 15/09/2017) (GRIFOS ACRESCIDOS).**

EMENTA: AGRVO DE INSTRUMENTO - MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO - LIMINAR - NÃO SUJEIÇÃO AO DECRETO ESTADUAL Nº 46.930/15 - ALTERAÇÃO DO CÁLCULO DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA DO ICMS - ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA - AUSÊNCIA DE

RELEVANTE FUNDAMENTO E DO RECEIO DE IRREPARABILIDADE. 1 - A LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA CONSISTE EM UM REMÉDIO JURÍDICO PARA QUE O CHAMADO DIREITO LÍQUIDO E CERTO, AMEAÇADO OU LESADO, NÃO SE FRUSTRE ATÉ A DECISÃO FINAL, PELO COMPROMETIMENTO OU MESMO EXTINÇÃO DO DIREITO, O QUE TORNARIA A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL INÓCUA E FORMALMENTE INSUBSISTENTE PELA INEFICÁCIA DA ORDEM DECISÓRIA; 2 - A ILEGALIDADE DO ATO IMPUGNADO É PRESSUPOSTO PARA A CONCESSÃO DA SEGURANÇA, ESPECIALMENTE EM SEDE DE PROVIMENTO LIMINAR, DEVENDO FICAR EVIDENCIADA A RELEVÂNCIA DO PEDIDO E O JUSTO RECEIO DE IRREPARABILIDADE, COM O OBJETIVO DE SUSPENSÃO DO ATO QUE DEU ORIGEM AO PEDIDO; 3 - **A ALTERAÇÃO DA FORMA DE CÁLCULO DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA ESTADUAL NA AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS EM OPERAÇÃO INTERESTADUAL DESTINADA A USO, CONSUMO OU ATIVO PERMANENTE, PREVISTA EM DECRETO ESTADUAL, PODE SER EFETIVADA MEDIANTE A EDIÇÃO DE DECRETO POSTERIOR, OBSERVANDO-SE A SIMETRIA NORMATIVA, O QUE NÃO AFRONTA O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA;** 4 - AUSENTE O RELEVANTE FUNDAMENTO, BEM COMO O RISCO DE INEFICÁCIA DA SEGURANÇA, CASO CONCEDIDA SOMENTE AO FINAL, DIANTE DA POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO DOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS, DEVE SER INDEFERIDA A LIMINAR. (TJMG - AGRVO DE INSTRUMENTO-CV 1.0000.17.017686-1/001, RELATOR(A): DES.(A) RENATO DRESCH, 4ª CÂMARA CÍVEL, JULGAMENTO EM 17/08/0017, PUBLICAÇÃO DA SÚMULA EM 21/08/2017)

Há que se destacar que não se está diante da majoração ou criação de exação, mas apenas adequação da forma de cálculo do diferencial de alíquotas ao disposto no art. 13, § 1º, inciso I, da Lei Complementar nº 87/96, art. 13, § 15, da Lei nº 6.763/75, não havendo, portanto, nenhuma ofensa ao art. 150 da CR/88 ou ao art. 97, inciso IV, do Código Tributário Nacional - CTN, sequer à LC nº 87/96 (art. 146, inciso III, alínea “a”, da CR/88), como advoga a Impugnante.

Eis o disposto no art. 13, § 1º, da Lei Complementar nº 87/96:

Art. 13. A base de cálculo do imposto é:

(...)

§ 1º Integra a base de cálculo do imposto, inclusive na hipótese do inciso V do **caput** deste artigo:

I - o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle;

II - o valor correspondente a:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

a) seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição;

b) frete, caso o transporte seja efetuado pelo próprio remetente ou por sua conta e ordem e seja cobrado em separado. (Grifou-se).

Eis o disposto no art. 13, § 15, da Lei nº 6.763/75:

Art. 13. A base de cálculo do imposto é:

(...)

§ 15. O montante do imposto integra sua base de cálculo, inclusive nas hipóteses previstas nos incisos I e II, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle (Grifou-se).

Vale dizer que o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) ratificou, por maioria de votos, jurisprudência firmada em 1999, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 212209, no sentido de que é constitucional a inclusão do valor do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual, Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) na sua própria base de cálculo.

Salienta-se que, analisando PTAs de mesma acusação fiscal, a 2ª e 3ª Câmara de Julgamento deste Conselho de Contribuintes julgaram procedente os lançamentos. Confira-se:

ACÓRDÃO: 21.383/17/2ª

EMENTA

ALÍQUOTA DE ICMS - DIFERENCIAL - MATERIAL DE USO E CONSUMO - OPERAÇÃO INTERESTADUAL. CONSTATADO O RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO RESULTANTE DA APLICAÇÃO DO PERCENTUAL RELATIVO À DIFERENÇA ENTRE A ALÍQUOTA INTERNA E A INTERESTADUAL PELAS AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS DESTINADAS A USO E CONSUMO/ATIVO IMOBILIZADO E ORIUNDAS DE OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO, NOS TERMOS DO ART. 6º, INCISO II, DA LEI Nº 6.763/75. INFRAÇÃO CARACTERIZADA TENDO EM VISTA QUE A AUTUADA NÃO OBSERVOU AS REGRAS CONTIDAS NO ART. 43, § 8º, I, DO RICMS/02, QUE DETERMINAM A FORMA DE CÁLCULO DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS, CONFORME O DISPOSTO NO ART. 13, § 1º, INCISO I, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 87/96, ART. 13, § 15, DA LEI Nº 6.763/75 (O MONTANTE DO PRÓPRIO IMPOSTO INTEGRA A SUA BASE DE CÁLCULO) E, TAMBÉM, EM RELAÇÃO A ALGUMAS NOTAS FISCAIS, A AUTUADA, AINDA, APUROU O VALOR DE DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS MENOR QUE O RESULTANTE DA APLICAÇÃO DE ALÍQUOTA CONSIGNADA NO REGISTRO C 197 DO SPED SOBRE A BASE DE CÁLCULO

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

CORRESPONDENTE. EXIGÊNCIAS FISCAIS DE ICMS E MULTA DE REVALIDAÇÃO CAPITULADA NO ART. 56, INCISO II, DA LEI Nº 6.763/75.

LANÇAMENTO PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

ACÓRDÃO: 23.044/18/3ª

EMENTA

ALÍQUOTA DE ICMS - DIFERENCIAL - MATERIAL DE USO E CONSUMO - ATIVO PERMANENTE - OPERAÇÃO INTERESTADUAL. CONSTATADA A FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO RESULTANTE DA APLICAÇÃO DO PERCENTUAL RELATIVO À DIFERENÇA ENTRE A ALÍQUOTA INTERNA E A INTERESTADUAL PELAS AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS AO USO, CONSUMO E BENS DO ATIVO PERMANENTE. INFRAÇÃO CARACTERIZADA NOS TERMOS DO ART. 5º, § 1º, ITEM 6, ART. 6º, INCISO II E ART. 12, § 1º E ART. 13, § 15, TODOS DA LEI Nº 6.763/75 E ART. 43, § 8º DO RICMS/02. INFRAÇÃO CARACTERIZADA. CORRETAS AS EXIGÊNCIAS FISCAIS DE ICMS E MULTA DE REVALIDAÇÃO CAPITULADA NO ART. 56, INCISO II DA LEI Nº 6.763/75.

LANÇAMENTO PROCEDENTE. DECISÃO POR MAIORIA DE VOTOS.

(...)

NESSE NORTE, DESTACA-SE QUE A IRRESIGNAÇÃO MANIFESTA PELA IMPUGNANTE NÃO ENCONTRA GUARIDA NA LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA DA MATÉRIA OBJETO DO PRESENTE LANÇAMENTO. LADO OUTRO, CONSTATA-SE A PERFEITA CONFORMIDADE DA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DEMONSTRADA NOS AUTOS COM OS FATOS E CIRCUNSTÂNCIAS DEMONSTRADAS MEDIANTE AS PROVAS NÃO REFUTADAS PELA IMPUGNANTE EM SUAS RAZÕES DE DEFESA.

REGISTRA-SE POR OPORTUNO, QUE OS REGULAMENTOS EXECUTIVOS DEVEM SE LIMITAR A ESCLARECER OS COMANDOS NORMATIVOS VEICULADOS NA LEI. NO CASO EM EXAME, VERIFICA-SE HAVER PERFEITA SUBORDINAÇÃO DO CONTEÚDO NORMATIVO VEICULADO NO REGULAMENTO AOS PRECEITOS ABRIGADOS NA LEI Nº 6.763/75.

POR CONSEGUINTE, NÃO HÁ OFENSA AOS DITAMES DO ART. 97, INCISO IV DO CTN, E TAMPOUCO OBSERVA-SE QUAISQUER VESTÍGIOS DE MAJORAÇÃO DA BASE DE INCIDÊNCIA DO ICMS, SOBRETUDO POR QUE TRATA-SE DE CRITÉRIO DE APURAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO, CUJA PERTINÊNCIA TEMÁTICA ENCONTRA-SE ADEQUADA AO ÂMBITO DA

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

COMPETÊNCIA LEGAL ATRIBUÍDA AO PODER EXECUTIVO, NOS TERMOS DO DISPOSTO NO § 1º DO ART. 12 DA LEI Nº 6.763/75.

(...)

Posto isso, considerando que a Impugnante recolheu a menor o diferencial de alíquotas devido nas operações de entradas de mercadorias em seu estabelecimento, localizado em Minas Gerais, destinadas a uso e consumo/imobilizado, recebidas de outras unidades da Federação, conforme legislação tributária pertinente à matéria vigente no período autuado, legítimas são as exigências fiscais de ICMS e Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75:

Art. 56. Nos casos previstos no inciso III do artigo 53, serão os seguintes os valores das multas:

(...)

II - havendo ação fiscal, a multa será de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, observadas as hipóteses de reduções previstas nos §§ 9º e 10 do art. 53.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em deferir requerimento de juntada de Procuração/Substabelecimento apresentado da Tribuna. No mérito, pelo voto de qualidade, em julgar procedente o lançamento. Vencidos, em parte, os Conselheiros Erick de Paula Carmo (Relator) e Alexandra Codo Ferreira de Azevedo, que o julgavam parcialmente procedente, para excluir as exigências fiscais anteriores a 01/04/16. Designado relator o Conselheiro Hélio Victor Mendes Guimarães (Revisor). Pela Impugnante, sustentou oralmente a Dra. Izabelle Luar Schirmer e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Bruno Rodrigues de Faria. Participaram do julgamento, além dos signatários e do Conselheiro vencido, a Conselheira Alexandra Codo Ferreira de Azevedo.

Sala das Sessões, 11 de março de 2020.

Hélio Victor Mendes Guimarães
Relator designado

Cindy Andrade Morais
Presidente

D

Acórdão: 23.515/20/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.001372860-48
Impugnação: 40.010149088-83
Impugnante: Nexa Recursos Minerais S.A.
IE: 367219883.03-70
Proc. S. Passivo: Aloísio Augusto Mazeu Martins/Outro(s)
Origem: DF/Juiz de Fora - 1

Voto proferido pelo Conselheiro Erick de Paula Carmo, nos termos do art. 53 do Regimento Interno do CCMG.

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

No estado de Minas Gerais, a instituição das novas regras de tributação do ICMS-DIFAL para as operações interestaduais com o consumidor final se operou pela **Lei n. 21.781/15**, cuja alteração promovida no art. 12, §1º, da Lei n. 6.763/75 implicou numa delegação à Administração Pública da concretização do princípio da legalidade tributária, e pelo **Decreto n. 46.930, publicado em 31/12/15, de modo que o novo diferencial de alíquota passou a ser exigido a partir de 01/01/16, isto é, no dia imediatamente seguinte à sua publicação no diário oficial estadual.**

Se por um lado, o próprio STF (Superior Tribunal Federal) na Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 4.697 e no Recurso Especial - RE 838.284 (respectivamente, Diário da Justiça Eletrônico - DJe 30/03/17 e 22/09/17) sobre as anuidades cobradas por Conselhos profissionais já se posicionou no sentido de se mitigar o princípio da legalidade tributária, devido à praticabilidade tributária, ligada à natureza dos tributos; de outro lado, *data venia* aos entendimentos em contrário, o princípio da noventena do art. 150, inciso III, alínea “c”, da CF/88 (Constituição Federal de 1988) alcança o regulamento executivo que “preenche” o sentido do art. 12, § 1º, da Lei n. 6.763/75, que delegou matéria de quantificação do tributo devido à Administração Pública Fazendária Estadual.

Quanto ao reforço dos argumentos, em prol da mitigação do princípio da legalidade, é possível nos ombrear no seguinte excerto do voto do Ministro Luís Barroso, na ADI 4.697, *in litteris*:

“(…) UMA VISÃO PRAGMÁTICA QUE PERMITA VOCÊ FIXAR VALORES MÁXIMOS E DÊ UMA CERTA MARGEM PARA O CONSELHO, DE MODO A QUE VOCÊ NÃO TENHA QUE, ANUALMENTE, APROVAR UMA NOVA LEI COM TODA A TRAMITAÇÃO E O TRANSTORNO DA APROVAÇÃO DE UMA LEI ANUAL”.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Em adição, o voto do Ministro Dias Toffoli, no RE 838.284, é assaz elucidativo, quanto à praticabilidade tributária, no seguinte trecho:

“(…) A RAZÃO AUTORIZADORA DA DELEGAÇÃO DESSA ATRIBUIÇÃO ANEXA À COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA ESTÁ JUSTAMENTE NA MAIOR CAPACIDADE DE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, POR ESTAR ESTREITAMENTE LIGADA À ATIVIDADE ESTATAL DIRECIONADA A CONTRIBUINTE, CONHECER DA REALIDADE E DELA EXTRAIR ELEMENTOS PARA COMPLEMENTAR O ASPECTO QUANTITATIVO DA TAXA”.

Por sua vez, o princípio da anterioridade anual combinado com o princípio da noventena permite ao contribuinte um prazo suficiente para que faça um planejamento financeiro empresarial, acerca do impacto do incremento dos impostos sobre sua atividade, no caso do ICMS, é ainda mais relevante o ajuste e a adaptação das rotinas dos deveres instrumentais que devem ser observadas pela empresa, como forma de se viabilizar o cumprimento da obrigação tributária principal.

Portanto, apesar da pronta alteração dos campos apropriados da NF-e (Nota Fiscal Eletrônica), inclusive com instruções de preenchimento dela, no Portal da NF-e, pela SEFAZ-MG (Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais), por meio da publicação da Nota Técnica do SINIEF (Sistema Nacional Integrado de Informações Econômico-Fiscais) n. 03 de 17/12/15, acerca do ICMS em operações interestaduais de vendas a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, é fato que o contribuinte deve ter tempo para se adaptar a essas modificações.

Quanto às questões de declaração de inconstitucionalidade ou de ineficácia dos atos normativos vigentes, existe limitação de alçada deste Conselho, que é determinada pelo art. 182 da Lei n. 6.763/75 pelo que julgo prejudicado o exame dessas questões.

Isto posto, julgo parcialmente procedente o lançamento fiscal, apenas para se excluir as exigências fiscais anteriores ao dia 01/04/16, por força do art. 150, inciso III, alínea “c” da CF/88, visto que a metodologia de cálculo do ICMS DIFAL (Diferencial de Alíquota) “por dentro” do art. 43, § 8º, do RICMS/02, que embasa o presente lançamento, somente foi publicada no dia 31/12/15, enquanto o art. 12, § 1º, inciso I da Lei n. 6.763/75 não trazia elementos suficientes para se quantificar o débito tributário principal.

Sala das Sessões, 11 de março de 2020.

Erick de Paula Carmo
Conselheiro