

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 22.131/16/1ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000254817-95
Impugnação: 40.010137495-95
Impugnante: Goiás Verde Alimentos Ltda.
CNPJ: 24.866741/0001-18
Proc. S. Passivo: Gleison Teixeira dos Santos Júnior
Origem: DGP/SUFIS – NCONEXT - DF

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS/ST – BASE DE CÁLCULO. Constatou-se que a Autuada (remetente das mercadorias), contribuinte substituta tributária, por força de regime especial, sediada no estado de Goiás, fez a retenção e recolhimento a menor do ICMS devido por substituição tributária a este estado, em razão da formação incorreta da base de cálculo do ICMS/ST. Exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação em dobro capitulada no art. 56, inciso II c/c o § 2º, inciso I da Lei nº 6.763/75 e, sobre a base de cálculo do ICMS/ST destacado a menor, Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso VII da citada lei, adequada ao disposto na então vigente alínea “c” do art. 55, inciso VII da referida lei, nos termos do art. 106, inciso II, alínea “c”, do CTN. Infração caracterizada.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS/ST - RESOLUÇÃO nº 3.166/01. Constatou-se que a Autuada (remetente das mercadorias sediada no estado de Goiás), contribuinte substituta tributária, por força de regime especial, fez a retenção e recolhimento a menor do ICMS devido por substituição tributária a este estado, em razão de apropriação indevida de parcela do ICMS da operação própria, não cobrada e não paga ao estado de origem, em razão de benefício fiscal concedido sem aquiescência do CONFAZ, contrariando as disposições da LC nº 24/75, da Lei nº 6.763/75 e do RICMS/02. Exigências de ICMS/ST e da Multa de Revalidação em dobro capitulada no art. 56, inciso II c/c o § 2º, inciso I da Lei nº 6.763/75. Infração caracterizada. Contudo, deve-se ajustar o ICMS operação própria utilizado para cálculo do ICMS/ST em relação aos meses em que o efetivo recolhimento do imposto efetuado pela Impugnante foi maior que o percentual de 27% (vinte e sete por cento) do ICMS devido, conforme apuração em anexo. Corretas, em parte, as exigências fiscais.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

Da Autuação

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acusação fiscal de que a Autuada, sediada no estado de Goiás, contribuinte substituta tributária por força de Regime Especial nº 16.000187353-01, destacou nas notas fiscais por ela emitidas base de cálculo do ICMS/ST a menor do que a devida.

O recolhimento a menor do ICMS/ST efetuado pela Autuada deve-se, além da apuração da base de cálculo do ICMS/ST a menor, por ter ela apropriado indevidamente, quando da apuração do ICMS/ST devido, de parcela do ICMS da operação própria não cobrada na origem em virtude de benefício fiscal concedido pelo estado de Goiás ao desabrigo de convênio aprovado pelo CONFAZ, contrariando a regra estabelecida na Lei Complementar nº 24/75, na Lei nº 6.763/75 e no RICMS/02.

Exigência da diferença do ICMS/ST e da Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, c/c o §2º, inciso I da Lei nº 6.763/75.

Sobre a base de cálculo do ICMS/ST destacado a menor pela Autuada, foi exigida a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso VII da Lei nº 6.763/75, adequada ao disposto na então vigente alínea “c” do art. 55, inciso VII da citada lei, nos termos do disposto no art. 106, inciso II, alínea “c”, do CTN.

Da Impugnação

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 68/78 e documentos de fls. 94/163 por meio dos quais contesta o percentual de benefício fiscal objeto de glosa de créditos na apuração do ICMS/ST efetuada no lançamento em exame.

Da Manifestação Fiscal

A Fiscalização, em manifestação de fls. 167/182, refuta as alegações da Defesa, requerendo a procedência do lançamento.

Da Instrução Processual

A Assessoria do CC/MG exara o Despacho Interlocutório de fls. 189, o qual é cumprido pela Impugnante às fls. 192/264.

A Fiscalização manifesta-se às fls. 265/266 e colaciona os documentos de fls. 267/304.

Do Parecer a Assessoria do CC/MG

A Assessoria do CC/MG, em parecer de fls. 306/328, opina pela procedência parcial do lançamento para que seja ajustado o ICMS operação própria utilizado para cálculo do ICMS/ST em relação aos meses em que o efetivo recolhimento do imposto efetuado pela Autuada foi maior que o percentual de 27% (vinte e sete por cento) do ICMS devido, conforme apuração em anexo.

DECISÃO

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

Da Preliminar

22.131/16/1ª

2

A Impugnante requer que seja declarado nulo o Auto de Infração em razão supostos erros de cálculo para determinação da infração, o que implicaria em vícios formais no lançamento.

Entretanto, as alegações apresentadas confundem-se com o próprio mérito e, assim serão analisadas.

Ademais, o Auto de Infração contém os elementos necessários e suficientes para que se determine, com segurança, a natureza das infrações. As infringências cometidas e as penalidades aplicadas encontram-se legalmente embasadas. Todos os requisitos foram observados, formais e materiais, imprescindíveis para a atividade do lançamento, previstos nos arts. 85 a 94 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), aprovado pelo Decreto nº 44.747/08.

Do pedido de perícia

A Autuada faz pedido de produção de prova pericial (fls. 78) sem, contudo, formular os quesitos pertinentes.

Nesse sentido, prescreve o art. 142, § 1º, inciso I do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, *in verbis*:

Art. 142. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação, e será realizada quando deferido o pedido do requerente pela Câmara ou quando esta a determinar, observado o seguinte:

§ 1º Relativamente ao pedido de perícia do requerente:

I - não será apreciado quando desacompanhado da indicação precisa de quesitos;

Não bastasse, verifica-se que a produção de prova pericial pretendida é totalmente desnecessária em face dos fundamentos e documentos já constantes dos autos.

Deixa-se, pois, de apreciar o pedido formulado.

Do Mérito

Conforme relatado, a acusação fiscal é de que a Autuada, sediada no estado de Goiás, contribuinte substituta tributária por força de Regime Especial nº 16.000187353-01, destacou nas notas fiscais por ela emitidas base de cálculo do ICMS/ST a menor do que a devida.

O recolhimento a menor do ICMS/ST efetuado pela Autuada deve-se, além da apuração da base de cálculo do ICMS/ST a menor, por ter ela apropriado indevidamente, quando da apuração do ICMS/ST devido, de parcela do ICMS da operação própria não cobrada na origem em virtude de benefício fiscal concedido pelo estado de Goiás ao desabrigo de convênio aprovado pelo CONFAZ, contrariando a regra estabelecida na Lei Complementar nº 24/75, na Lei nº 6.763/75 e no RICMS/02.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Exigência da diferença do ICMS/ST e da Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, c/c o §2º, inciso I da Lei nº 6.763/75.

Sobre a base de cálculo do ICMS/ST destacado a menor pela Autuada, foi exigida a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso VII da Lei nº 6.763/75, adequada ao disposto na então vigente alínea “c” do art. 55, inciso VII da citada lei, nos termos do art. 106, inciso II, alínea “c”, do CTN.

Inicialmente, a Impugnante argui a decadência do direito do Fisco de lançar o crédito tributário cujos fatos geradores ocorreram até 19/12/09, baseando-se na norma ínsita no art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional (CTN) que disciplina o prazo para homologação do lançamento, ou seja, o prazo para a Fazenda Pública homologar o procedimento efetuado pelo sujeito passivo, que consiste em antecipar o pagamento, sem prévio exame da autoridade administrativa, que, tomando conhecimento desse procedimento efetuado pelo contribuinte, homologa o pagamento de forma tácita ou expressa.

Porém, no presente caso, não houve pagamento do imposto devido a este estado. Portanto, não há que se falar em homologação do lançamento e, sim, em exigência de ofício do tributo devido, com os acréscimos legais, no prazo decadencial previsto no art. 173, inciso I do CTN, o que foi rigorosamente observado, uma vez que a Autuada foi intimada da lavratura do Auto de Infração em 19/12/14 (fls. 65).

Assim, constata-se que não ocorreu a decadência do direito da Fazenda Pública Estadual de efetuar o lançamento relativo ao exercício de 2009.

Frisa-se que a empresa autuada é detentora de regime especial que lhe atribui a condição de contribuinte substituta tributária, estando obrigada à retenção e recolhimento do ICMS/ST nas remessas a contribuintes mineiros das mercadorias listadas nos itens 35 e 43 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, conforme redação vigente à época dos fatos geradores autuados.

A Impugnante alega, além da decadência do direito do Fisco em constituir o crédito tributário, abordado, erro na determinação do benefício fiscal por ela usufruído à margem de convênio aprovado pelo CONFAZ.

Em síntese, alega a Impugnante que se utiliza de financiamento concedido por meio do PROGRAMA PRODUZIR do estado de Goiás, autorizado por intermédio do Termo de Acordo de Regime Especial - TARE nº 131/03. E que o referido programa financia 73% (setenta e três por cento) do montante do imposto apurado em conta gráfica do ICMS e que recolhe, mensalmente, à título de antecipação, 10% (dez por cento) aplicados sobre o montante do imposto financiado, e o saldo devedor de 27% (vinte e sete por cento), recolhidos até o 12º dia a contar do encerramento da apuração.

Sustenta que a Fiscalização, conforme Anexo 3 do AI, não observou o princípio da não cumulatividade do imposto, pois, para efeito de determinação do imposto devido ao estado de origem, aplicou 73% (setenta e três por cento) sobre alíquota interestadual de 12% (doze por cento), apurando um coeficiente de creditamento de 0,0324, que foi aplicado de forma linear sobre a base de cálculo do ICMS normal, sendo que a média do incentivo efetivamente utilizado pelo contribuinte por meio do Programa Produzir do estado de Goiás, conforme planilha que colaciona

aos autos (fls. 163), é de 37% (trinta e sete por cento) e não os 73% (setenta e três por cento) adotados pelo Fisco, ou seja, há uma diferença a maior de 36% (trinta e seis por cento).

Discorre, também, que não se trata de benefício fiscal, mas sim de financiamento dentro do programa de desenvolvimento industrial de Goiás.

Sobre esses questionamentos da Defesa, a Fiscalização deixou consignado:

Das afirmações do Fisco acerca do mérito do Auto de Infração

O impugnante pede a anulação do Auto de Infração alegando existência de incorreções na determinação da infração.

Depois de solicitado, em AIAF (Auto de Início de Ação Fiscal), o contribuinte apresentou “REGISTRO DE APURAÇÃO DO ICMS ST MINAS GERAIS” referente ao ano de 2009, além disso, apresentou os seguintes documentos autenticados: “REGISTRO DE APURAÇÃO DO ICMS” e “DEMONSTRATIVO DA APURAÇÃO MENSAL – FOMENTAR/PRODUZIR...” ambos referentes ao ano de 2009.

(...)

O contribuinte ao requerer à Secretaria de Fazenda de Minas Gerais a concessão de regime especial para atuar como substituto tributário nas operações com os contribuintes mineiros declarou que era beneficiário, em seu estado de origem, de redução de base de cálculo, redução de alíquota e/ou redução do crédito presumido em conformidade com o Termo de Acordo e Regime Especial – TARE 131/03 GSF – GO de 18/06/2003. Apesar declarar possuir benefício, o contribuinte emitia notas fiscais e consignava o ICMS da operação própria no percentual de 12%, ou seja, como se tivesse recolhendo todo o tributo sem nenhum benefício.

Posteriormente, em 30 de março de 2009, o contribuinte ao pedir prorrogação do Regime Especial concedido pela Secretaria de Fazenda de Minas Gerais para atuar como substituto tributário declarou: ser beneficiário em seu estado de origem, de redução de base de cálculo, em conformidade com o Art. 8º, Inciso VII, Anexo IX do Decreto 4852/97; ser beneficiário de crédito outorgado conforme Art. 11, Inciso III, Anexo IX do Decreto 4852/97 e ainda possuir o Termo de Acordo e Regime Especial –TARE 131/03 GSF para fruição dos benefícios do Programa PRODUZIR. Apesar dessas declarações, o contribuinte continuou a emitir notas fiscais com o destaque do ICMS da operação

própria normalmente; gerando o crédito do ICMS como se nenhuma redução tivesse.

Ressaltamos que apesar de ter declarado possuir o TARE 131/03, o contribuinte não o apresentou à Secretaria de Fazenda de Minas Gerais.

Descabida a alegação de erro na elaboração do cálculo do ICMS/ST no auto de infração. Pelo contrário, a infração foi perfeitamente determinada. Buscamos o TARE 131/03 no seguinte endereço: <ftp://200.230.57.10/TARE/T-001-0131-2003.htm> e **notamos que o referido documento não possui nenhuma informação de qualquer antecipação de 10% sobre parte incentivada.** As informações prestadas pelo impugnante não estão completas, visto que falta apresentar os DAEs previstos na Cláusula Segunda do TARE 131/03 com os respectivos pagamentos:

Cláusula segunda. Fica a acordante autorizada a efetuar o pagamento do imposto apurado em regime normal, devido pelas saídas de produtos resultantes do processo de industrialização de seu estabelecimento, relativamente a parte não incentivada, até o 12º (décimo segundo) dia, contado a partir do encerramento do período de apuração.

§ 1º Para efeito do recolhimento de que trata o caput desta cláusula, será emitido documento de arrecadação de receitas estaduais (DARE), distinto, no percentual de 27% (vinte e sete por cento) do valor apurado, especificando a receita como "ICMS normal" e indicando o código do tributo 108.

§ 2º O imposto devido pelas demais operações realizadas pela acordante e não contempladas com o programa será pago nos prazos estabelecidos em ato próprio do secretário da fazenda, em documentos de arrecadação de receitas estaduais, distintos.

Ademais a planilha apresentada pelo impugnante está incorreta, pois a autuada calculou o ICMS ST em desacordo ao disposto na Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996:

(...)

O impugnante apresentou uma didática planilha denominada "DEMONSTRATIVO DE CÁLCULO DO PRODUZIR EFETIVAMENTE INCENTIVADO". Observamos que as informações da planilha foram obtidas do "REGISTRO DE APURAÇÃO DO ICMS Nº 7" bem como do "DO RESUMO DA APURAÇÃO DO IMPOSTO 7", ambos documentos apresentados pelo impugnante.

(...)

Vamos exemplificar o mês de janeiro de 2009: notamos que os valores informados pelo impugnante a título de “CRÉDITO ENTRADAS – LIVRO APURAÇÃO ICMS” (543.284,57) não se referem às entradas de mercadorias. Parte desses valores são “005 CRÉDITOS POR ENTRADAS /AQUISIÇÕES” (282.304,24) e outros valores são “006 OUTROS CRÉDITOS” (260.980,33). O impugnante somou os créditos 005 com os 006 (543.284,57) e abateu do “DÉBITO SAÍDAS – LIVRO APURAÇÃO ICMS” (1.261.243,75), obtendo a “BASE DE CÁLCULO-LIVRO APURAÇÃO ICMS” (717.959,18). O impugnante parece ter esquecido de outro benefício fiscal concedido pelo estado de Goiás que está incluso no “006 OUTROS CRÉDITOS” (260.980,33). Atentemos para o benefício de crédito outorgado (180.036,37). Este benefício está abatendo diretamente o ICMS a ser pago pela empresa e não deve ser desprezado pelo impugnante. Anexamos cópia de documento apresentado pelo impugnante (fl. 04 do RESUMO DA APURAÇÃO DO IMPOSTO 7).

Observem o que está disposto na legislação tributária do estado de Goiás, Art. 1º, § 4º inciso II da Lei nº 12.462, de 08 de novembro de 1994; bem como o inciso III do Art. 11 do Regulamento do Código Tributário Estadual - RCTE - Decreto nº 4.852/97:

Lei nº 12.462, de 08 de novembro de 1994.

Art. 1º Fica o chefe do poder executivo autorizado, na forma, limite e demais condições que estabelecer, a reduzir a base de cálculo do ICMS, nas operações internas realizadas por contribuintes industriais e comerciantes atacadistas, que destinem mercadorias para fins de comercialização, produção ou industrialização, de tal forma que a carga tributária resulte na aplicação de uma alíquota efetiva mínima de 10% (dez por cento), observado, ainda, o seguinte:

(...)

§ 4º o disposto neste artigo:

(...)

II - aplica-se, também, às operações interestaduais que destinem mercadorias para fins de comercialização, produção ou industrialização, hipótese em que a redução da base de cálculo será substituída pela concessão de um crédito outorgado.

Anexo IX do RICMS-GO

art. 11. Constituem créditos outorgados para efeito de compensação com o ICMS devido:

(...)

III - Para os contribuintes industrial e comerciante atacadista, o equivalente ao percentual de 2% (dois por cento) e 3% (três por cento), respectivamente, na saída interestadual que destine mercadoria para comercialização, produção ou industrialização, aplicado sobre o valor da correspondente operação, observado o seguinte (Leis n°s 12.462/94, art. 1º, § 4º, II; e 13.194/97, art. 2º, II, "h"):

O impugnante requer perícia para ajustes no lançamento pelos motivos abordados anteriormente. Anuímos a esse pleito e **requeremos** ao Egrégio Conselho de Contribuintes, conforme disposto no Art. 157 do Dec. 44.747/08, a **possibilidade de diligência** para que o impugnante **apresente:**

- informações acerca da totalidade dos seus benefícios fiscais, conforme dispõe o Art. 1º, § 4º inciso II da Lei n° 12.462/94 e o disposto no inciso III do Art. 11 do RCTE - Decreto n° 4.852/97.

- Todos os Documentos de Arrecadação de Receitas Estaduais (DARE) referentes ao período de 2009, conforme as disposições previstas nos parágrafos 1º, 2º, 3º e 4º da Cláusula segunda do TARE N° 131/03-GSF:

(...)

(Grifou-se)

Importante destacar, conforme já relatado, que no presente Auto de Infração a Fiscalização exige o ICMS/ST recolhido a menor pela Autuada em face de que ela apurou a base de cálculo do ICMS/ST menor do que a prevista na legislação tributária, bem como por ter ela apropriado indevidamente, quando da apuração do ICMS/ST devido, de parcela do ICMS da operação própria não cobrada na origem em virtude de benefício fiscal concedido ilegalmente pelo estado de Goiás, conforme se verifica nos demonstrativos de apuração das exigências fiscais colacionados na íntegra na mídia eletrônica de fls. 187.

A Fiscalização apurou a base de cálculo do ICMS/ST a partir do valor da mercadoria objeto da autuação constante da nota fiscal emitida pela Autuada, acrescentou a importância relativa ao IPI, frete, seguros (quando existentes) agregou o percentual referente relativo a Margem de Valor Agregado – MVA ditada nas normas regulamentares mineiras, aplicou a alíquota interna e, em seguida, abateu o ICMS da operação própria, que no caso é o ICMS destacado pela Autuada após o expurgo dos efeitos do benefício irregularmente concedido pelo estado de origem, conforme apuração fiscal.

Foi admitido como crédito, para fins do cálculo do ICMS devido por substituição tributária, o percentual de 3,24% (três vírgula vinte e quatro por cento), isto é, 27% (percentual de imposto pago, sendo que 73% é incentivado) *versus* 12% (alíquota interestadual), sobre a base de cálculo do imposto operação própria, de acordo com a apuração realizada pela Fiscalização, em face da concessão de benefício fiscal unilateral pelo estado de Goiás.

O cálculo do ICMS devido por substituição tributária deu-se na forma estabelecida no art. 19, inciso I, alínea “b”, item 3 e no art. 20 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02.

As Margens de Valores Agregadas – MVAs, alíquota interna do ICMS prevista para as mercadorias, e demais informações acerca das mercadorias autuadas utilizadas para cálculo do ICMS/ST, encontram-se listadas, por período de vigência, no Anexo 05 – Planilha “Associação com o banco de regras por NCM” (fls. 31/32).

A Fiscalização corretamente adotou a margem de valor agregada ajustada no cálculo do imposto exigido, conforme disposto no § 5º do art. 19, Parte 1 do mesmo Anexo XV do RICMS/02.

A apuração do ICMS/ST exigido nestes autos encontra-se detalhada, por documento fiscal, no “Anexo 03 - Demonstrativo de Cálculo do ICMS/ST” contido na íntegra na mídia eletrônica de fls. 187 e, por amostragem, às fls. 23/27.

Verifica-se que não há reparos no lançamento no tocante à apuração da base de cálculo do ICMS/ST, tendo em vista que a Fiscalização observou todos os comandos legais para tal mister.

Contudo, em relação à apuração do benefício fiscal usufruído pela empresa autuada, objeto de glosa de créditos do imposto operação própria no cálculo do ICMS/ST devido, merece reparo o trabalho fiscal.

Conforme se depreende da manifestação fiscal de fls. 167/182, cujos excertos foram anteriormente reproduzidos, a Fiscalização discorda da apuração realizada pela Impugnante do efetivo benefício fiscal por ela usufruído em relação aos seguintes pontos:

- parcela de crédito de ICMS no percentual de 2% (dois por cento) não levada em conta na referida apuração da Impugnante;
- a ocorrência dos 10% (dez por cento) de adiantamento da parcela do ICMS incentivada;

No tocante ao crédito presumido outorgado à Impugnante pelo estado de Goiás no percentual de 2% (dois por cento), valores por ela reconhecidos na sua impugnação às fls. 192/196 dos autos, em razão do atendimento do despacho interlocutório, tais montantes devem ser levados na apuração do efetivo benefício fiscal, por se tratar de concessão à margem da legislação pertinente, como entende a Fiscalização, o que realmente não foi observado pela Impugnante na sua apuração do efetivo benefício fiscal por ela usufruído.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Em relação ao adiantamento da parte financiada (73% do ICMS devido), no percentual de 10% (dez por cento), comprovantes de recolhimento juntados pela Impugnante às fls. 206, 212, 213, 218, 223, 228, 233, 238, 243, 248, 253, 259 e 264, a Fiscalização entende que tais valores não devem ser levados na apuração do efetivo benefício fiscal usufruído pela Autuada porque o código de recolhimento refere-se à taxa, a qual não se confunde com imposto, e não há no TARE qualquer informação sobre tal antecipação do imposto desonerado.

Entretanto, como informado pela Impugnante às fls. 76/77, consta do *site* da SEFAZ do Estado de Goiás a previsão do referido adiantamento da parcela do imposto desonerada e, embora recolhido sob o código de taxa, o que se verifica da escrituração e documentos colacionados aos autos pela Defesa (livro de Registro de Apuração do ICMS e comprovantes de recolhimentos) é que se trata de parcela do imposto devido ao estado de origem.

A Assessoria do CC/MG, em seu parecer às fls. 314/316, reproduz as informações existentes no site do SEFAZ do estado de Goiás sobre o referido adiantamento da parcela do imposto desonerado no percentual de 10% (dez por cento).

Dessa forma, resta demonstrado que esse “adiantamento” efetuado pela Impugnante de parte do ICMS que é desonerado deve, também, ser levado na apuração do efetivo benefício fiscal usufruído pela empresa autuada.

Outra parcela do imposto desonerada pelo estado de Goiás que deve ser levada à apuração do efetivo benefício fiscal usufruído pela Impugnante refere-se às parcelas de ICMS descontadas do imposto a ser recolhido correspondente aos 27% (vinte e sete por cento), intituladas de “Lei Goyazes”/Valor deduzido de ICMS conforme Parecer GEAT, como consta no “Resumo de Apuração do Imposto e Declarações de Informação do Produzir – DIP” para os meses de janeiro de 2009 (R\$ 5.000,00 – cinco mil reais) fls. 202 e 203; março de 2009 (R\$ 4.430,26 – quatro mil quatrocentos e trinta reais e vinte seis centavos) - fls. 214/215; abril de 2009 (R\$ 4.500,00 – quatro mil e quinhentos reais) – fls. 219/220; maio 2009 (R\$ 4.350,00 – quatro mil trezentos e cinquenta reais) - fls. 224/225;

Assim, utilizando do mesmo raciocínio fiscal adotado para apuração do ICMS operação própria a ser abatido na apuração do ICMS/ST, deve ser adotado o índice para fins de creditamento do imposto no cálculo do ICMS/ST conforme a apuração demonstrada no Parecer da Assessoria do CC/MG às fls. 317, em relação aos meses que o efetivo recolhimento do imposto efetuado pela Impugnante foi maior que o percentual de 27% (vinte e sete por cento) do ICMS devido

Quanto a este item do lançamento, vale destacar que não há dúvida de que a Impugnante utilizou-se dos benefícios fiscais concedidos irregularmente pelo estado de Goiás à margem da legislação pertinente, conforme ela reconheceu na sua impugnação, devendo-se ajustar o percentual do efetivo benefício fiscal por ela usufruído como anteriormente mencionado.

Nesse sentido, cabe ressaltar que a proibição da apropriação do crédito em comento tem como base legal o disposto na Constituição Federal de 1988, Lei Complementar nº 24/75 e no RICMS/02.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

Art. 155

(...)

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

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

(...)

XII - cabe à lei complementar:

(...)

g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados. (Grifos acrescidos).

Nessa senda, a Lei Complementar nº 24/75, recepcionada pela Constituição Federal de 1988, segundo precedentes do STF, prescreve, *in verbis*:

Art. 1º - As isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias serão concedidas ou revogadas nos termos de Convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal, segundo esta Lei.

Parágrafo único - o disposto neste artigo também se aplica:

(...)

IV - à quaisquer outros incentivos ou favores fiscais ou financeiro-fiscais, concedidos com base no imposto de circulação de mercadorias, dos quais resulte redução ou eliminação, direta ou indireta, do respectivo ônus;

Art. 2º - Os convênios a que alude o art. 1º, serão celebrados em reuniões para as quais tenham sido convocados representantes de todos os Estados e do Distrito Federal, sob a presidência de representantes do Governo Federal.

§1º- As reuniões se realizarão com a presença de representantes da maioria das Unidades da Federação.

§ 2º- A concessão de benefícios dependerá sempre de decisão unânime dos Estados representados; a sua revogação total ou parcial dependerá de aprovação de quatro quintos, pelo menos, dos representantes presentes.

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 8º - A inobservância dos dispositivos desta Lei acarretará, cumulativamente:

I - a nulidade do ato e a ineficácia do crédito fiscal atribuído ao estabelecimento receptor da mercadoria;

II - a exigibilidade do imposto não pago ou devolvido e a ineficácia da lei ou ato que conceda remissão do débito correspondente. (Grifou-se).

Tais mandamentos também fazem parte da Legislação Tributária do estado de Minas Gerais, de acordo com os §§ 1º e 2º do art. 62 do RICMS/02, *in verbis*:

Art. 62 - O imposto é não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte, interestadual ou intermunicipal, ou de comunicação com o montante cobrado nas anteriores, por este ou por outro Estado.

§ 1º Não se considera cobrado, ainda que destacado em documento fiscal, o montante do imposto que corresponder a vantagem econômica decorrente da concessão de incentivo ou benefício fiscal em desacordo com o disposto na alínea "g" do inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição da República, observado o disposto nos §§ 4º a 6º

Efeitos de 15/12/2002 a 31/12/2011

§ 1º - Não se considera cobrado, ainda que destacado em documento fiscal, o montante do imposto que corresponder a vantagem econômica decorrente da concessão de incentivo ou benefício fiscal em desacordo com o disposto na alínea "g" do inciso XII do § 2º do artigo 155 da Constituição Federal.

§ 2º A Secretaria de Estado da Fazenda, mediante resolução, disciplinará a apropriação do crédito do imposto relativamente às operações e prestações objeto do incentivo ou do benefício fiscal de que trata o parágrafo anterior.

Efeitos de 15/12/2002 a 31/12/2011

§ 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.

(...)

§ 4º Na hipótese de que trata o § 1º, fica o destinatário mineiro autorizado a apropriar o crédito decorrente do recebimento de mercadorias ou serviços em operações ou prestações interestaduais, realizadas a partir de 1º de janeiro de 2012 até o dia imediatamente anterior

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

à data em que o incentivo ou benefício for divulgado na resolução a que se refere o § 2º.

§ 5º A autorização de que trata o § 4º aplica-se também em relação à apropriação de crédito, assim considerada a dedução do imposto destacado no documento fiscal de aquisição para cálculo do ICMS a ser recolhido a título de substituição tributária, na hipótese em que o substituto tributário for o contribuinte mineiro nas operações interestaduais, observado o disposto no § 6º.

§ 6º O disposto nos §§ 4º e 5º não se aplica:

I - na entrada decorrente de operação de transferência;

II - na entrada decorrente de operação ou prestação promovida por estabelecimento de empresa interdependente;

III - para dedução do imposto devido pela operação própria no cálculo do ICMS/ST realizado pelo contribuinte substituto de outro Estado nas operações interestaduais com destinatário mineiro, por ter o remetente substituto ciência do incentivo ou benefício fiscal concedido pelo Estado onde está situado seu estabelecimento;

IV - nas demais situações em que o destinatário mineiro comprovadamente tenha ciência do incentivo ou benefício fiscal concedido ao remetente.

Analisando matéria sobre créditos concedidos sem edição de convênio, o STF entende não afrontar o princípio da não cumulatividade do ICMS a inadmissão do crédito oriundo de tributo convertido em incentivo fiscal, conforme agravo regimental transcrito a seguir:

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

RE-AGR 423658 / MG - MINAS GERAIS

AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. NÃO-CUMULATIVIDADE. ART. 155, § 2º, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. I. - ACÓRDÃO RECORRIDO QUE SE AJUSTA À JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO SENTIDO DE QUE TENDO SIDO CONVERTIDO EM INCENTIVO O TRIBUTO QUE DEVERIA SER RECOLHIDO PELO VENDEDOR DE MATÉRIA-PRIMA, A INADMISSÃO DO CRÉDITO, NO ESTADO DE DESTINO, NÃO AFRONTA O PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE DO ICMS. RE 109.486/SP, RELATOR MINISTRO ILMAR GALVÃO, "DJ" DE 24.4.92. II. - AGRAVO NÃO PROVIDO.

Em Ação Direta de Inconstitucionalidade requerida pelo governador do estado de Minas Gerais contra ato do governador do estado do Espírito Santo,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

pronunciou-se o STF no sentido de reprimir a chamada “guerra fiscal” entre os entes federados.

Segundo o egrégio Supremo Tribunal Federal, a “guerra fiscal” afronta o art. 155, § 2º, II, “g” da Constituição Federal, que constitui limitação à autonomia dos estados. O Supremo deixa claro a necessidade de convênio interestadual para concessão, por lei estadual, de crédito presumido de ICMS. Confira-se:

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

ADI-MC 2352 / ES - ESPÍRITO SANTO

MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

EMENTA: ICMS: CONCESSÃO UNILATERAL DE BENEFÍCIOS FISCAIS (INCLUÍDA A OUTORGA DE CRÉDITO PRESUMIDO) POR ESTADO FEDERADO: "GUERRA FISCAL" REPELIDA PELO STF: LIMINAR DEFERIDA.

1. A ORIENTAÇÃO DO TRIBUNAL É PARTICULARMENTE SEVERA NA REPRESSÃO À GUERRA FISCAL ENTRE AS UNIDADES FEDERADAS, MEDIANTE A PRODIGALIZAÇÃO DE ISENÇÕES E BENEFÍCIOS FISCAIS ATINENTES AO ICMS, COM AFRONTA DA NORMA CONSTITUCIONAL DO ART. 155, § 2º, II, 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).

Diante das razões apresentadas, verifica-se que o estado de Minas Gerais exerce com este lançamento o seu legítimo exercício da competência constitucionalmente outorgada aos estados federados, visando preservar o princípio da neutralidade e da não cumulatividade do ICMS, ao impedir que a Autuada, sendo onerada pelo ICMS em sua operação própria em valor menor que o devido, se utilizasse integralmente deste imposto inexistente para abater de etapas subsequentes, sob pena de ocorrer enriquecimento sem causa.

Acrescente-se, por oportuno, que este Conselho de Contribuinte tem se pronunciado favoravelmente à glosa dos créditos de ICMS apropriados ao abrigo de benefícios fiscais concedidos indevidamente, em situação semelhante, como por exemplo, os Acórdãos nºs 18.732/08/3ª, 18.226/09/2ª, 18.994/09/3ª, 19.267/09/3ª e 19.536/10/1ª e 18.794/10/2ª.

Já no que diz respeito à ineficácia dos créditos, podem os estados destinatários decretarem-na sem a necessidade de interveniência do Judiciário, porquanto detêm competência para legislar sobre o imposto, inclusive em matéria de apuração (obrigação principal) e escrituração (obrigação acessória), cujo fundamento

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

de validade, no caso, advém do próprio art. 8º da Lei Complementar nº 24/75, que, não obstante ter sido editada ainda no regime constitucional anterior, continua a regular o exercício da competência exonerativa dos estados em matéria de ICMS, até porque foi expressamente recepcionada pela Constituição Federal de 1988 (§ 8º do art. 34 do ADCT).

Verifica-se que o estado de Goiás ao beneficiar seus contribuintes com incentivos fiscais não ratificados pelos estados, infringiu normas disciplinadoras do ICMS, tornando nulo o ato no montante do benefício fiscal concedido e ineficaz a apropriação da totalidade dos créditos de ICMS destacados no documento fiscal emitido pela Autuada no cálculo do ICMS/ST devido a este estado, o que torna correto o procedimento fiscal, após os ajustes mencionados.

Vale dizer que a sistemática da substituição tributária não altera a regra da não cumulatividade prevista no inciso I do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, nos seguintes termos:

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

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

Nesse sentido, dispõe a Lei Complementar nº 87/96 (art. 8º, § 5º):

Art. 8º A base de cálculo, para fins de substituição tributária, será:

(...)

§ 5º O imposto a ser pago por substituição tributária, na hipótese do inciso II do caput, corresponderá à diferença entre o valor resultante da aplicação da alíquota prevista para as operações ou prestações internas do Estado de destino sobre a respectiva base de cálculo e o valor do imposto devido pela operação ou prestação própria do substituto. Grifou-se.

Dessa forma, a expressão “imposto devido” de que trata o § 5º do art. 8º mencionado deve ser interpretado em consonância com a regra da não cumulatividade do ICMS, que determina que a compensação se dá com o montante **cobrado** nas operações anteriores, consoante a Constituição Federal e o próprio art. 19 da mesma Lei Complementar nº 87/96.

Tal entendimento é corroborado pela seguinte decisão do TJMG:

EMENTA: APELAÇÃO. DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. APROVEITAMENTO DE CRÉDITO EM OPERAÇÕES INTERESTADUAIS ENVOLVENDO PRODUTOS CUJOS REMETENTES ESTEJAM BENEFICIADOS POR INCENTIVO FISCAL CONCEDIDO DE FORMA IRREGULAR. RESOLUÇÃO Nº 3.166 DO ESTADO DE MINAS GERAIS. CONSONÂNCIA COM O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO-CUMULATIVIDADE. 1 - AS HIPÓTESES

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DE APROVEITAMENTO PARCIAL DOS CRÉDITOS DE ICMS ADVINDOS DE OPERAÇÕES INTERESTADUAIS ENVOLVENDO PRODUTOS BENEFICIADOS POR INCENTIVOS FISCAIS CONCEDIDOS DE FORMA IRREGULAR, NÃO CONFIGURAM EXCEÇÃO À APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE, PORQUANTO SE COADUNAM COM ELE, NA MEDIDA EM QUE TAL PRINCÍPIO DETERMINA SEJAM APROVEITADOS OS CRÉDITOS DO IMPOSTO EM CONFORMIDADE E EQUIVALÊNCIA COM OS VALORES RECOLHIDOS NA OPERAÇÃO ANTERIOR. 2 - REFERIDA RESOLUÇÃO, QUE LIMITA O APROVEITAMENTO DOS CRÉDITO DE ICMS NAS HIPÓTESES ESPECIFICADAS ACIMA, NÃO FERRE O PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.05.775065-5/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - APELANTE(S): (...) - APELADO(A)(S): FAZENDA PÚBLICA ESTADO MINAS GERAIS - RELATOR: EXMO. SR. DES. JARBAS LADEIRA.

Esta obrigação de suportar créditos relativos ao imposto pago a outro estado – *aquele em cujo território tenha ocorrido a operação anterior* – decorre, obviamente, da índole nacional de que se reveste o ICMS, na medida em que nenhum estado é autossuficiente no sentido de produzir tudo aquilo que consome, e vice e versa. Assim, regra geral, o imposto incidente na operação anterior, desde que corretamente destacado na correspondente nota fiscal, presume-se regularmente cobrado pelo estado de origem, ensejando crédito contra o estado de destino.

Nesse contexto, e em contrapartida, frise-se, é vedado aos estados concederem, unilateralmente, benefício fiscal de qualquer natureza que importe na redução do montante do imposto devido, máxime quando se tratar de operação interestadual cujo destinatário seja contribuinte do imposto, isto é, quando a operação for apta a gerar créditos para o destinatário, evitando assim a transferência para o estado de destino do ônus financeiro do benefício. Somente poderão fazê-lo, portanto, com a aquiescência dos demais, nos termos de convênio previamente celebrado para tal finalidade.

Importante ressaltar que a celebração de convênio interestadual constitui pressuposto essencial à concessão válida, pelos estados ou Distrito Federal, de isenções, incentivos ou benefícios fiscais – *ai incluídos os créditos presumidos, a teor do disposto no art. 1º, parágrafo único, III da Lei Complementar nº 24/75* –, sob pena de, em não o fazendo, dentre outras consequências, tornar-se ineficaz o crédito atribuído ao estabelecimento destinatário da mercadoria, conforme disposição expressa do citado art. 8º, inciso I da mesma lei complementar.

Não socorre à Defesa a alegação de que o incentivo por ela utilizado não se trata de um benefício fiscal, tratando-se de apenas um financiamento, como bem destaca a Fiscalização:

Alega a impugnante que estaria cumprindo o princípio da não cumulatividade ao contrário da análise efetuada pelo fisco. Entretanto quem de fato fere o princípio da não cumulatividade citado é o próprio

contribuinte autuado, pois apesar de declarar que possui benefícios fiscais que reduzem a sua carga tributária, insiste em compensar o crédito tributário integralmente na apuração do ICMS substituição tributária devido a Minas Gerais, como se nenhum benefício possuísse, embora a compensação do imposto só seja legítima quando o referido tributo tenha sido devidamente cobrado. (...)

Acrescenta a impugnante à sua contestação que o Termo de Acordo de Regime Especial não trata de benefício fiscal, mas sim de financiamento dentro do programa de desenvolvimento industrial de Goiás. Equivoca-se a impugnante em sua argumentação pois a Lei Complementar 24/75 não se restringe a benefício fiscal – conforme defendido pelo impugnante. A abrangência é mais ampla procurando alcançar as possibilidades de redução ou eliminação, direta ou indireta, do ônus do tributo, conforme disposto em seu art. 1º, parágrafo único, inciso IV, determinando que 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, só poderão ser concedidos nos termos de convênios celebrados e ratificados pelos estados e pelo distrito federal, segundo esta lei.

Neste diapasão, o art. 10 do mesmo diploma legal adverte:

(...)

Nota-se, com clareza, que o legislador do Estado de Goiás, ao conceder unilateralmente um prazo elástico para pagamento do ICMS, sem a autorização do CONFAZ, atentou também contra o preceito legal supracitado. Conforme a cláusula quarta do TARE – Termo de Acordo de Regime Especial nº 131/03 anexo, a dilação do prazo de pagamento é concedido a princípio pelo prazo de 15 anos (fl. 41).

Outro agravante encontra-se relatado na fl. 77 do PTA, onde em sua impugnação o contribuinte no quadro forma de pagamento referente ao benefício fiscal concedido no ICMS, informa que o suposto “saldo devedor será com pago com redução que poderá atingir 100%. A impugnante equivocadamente insisti em denominar financiamento a um benefício fiscal concedido à revelia do CONFAZ, e que além de estipular uma dilação no prazo de pagamento de até 15 anos, oferece a redução de 100% no saldo devedor. A tentativa de camuflar de financiamento o benefício

fiscal concedido resta frustrada, considerando que nitidamente o que ocorre é a amortização destes supostos empréstimos de longo prazo, gratuitamente e de forma integral pelo estado de Goiás, e a transferência deste ônus para o estado de Minas Gerais gerando prejuízo para suas finanças.

A inobservância dos dispositivos da Lei Complementar nº 24/75 nos termos do Art. 8º, incisos I e II e parágrafo único, acarreta cumulativamente a nulidade do ato, a ineficácia do crédito fiscal e a exigibilidade do imposto não pago ou devolvido:

(...)

Entendemos que a LEI Nº 13.591/00, que Institui o Programa de Desenvolvimento Industrial de Goiás - PRODUZIR e o Fundo de Desenvolvimento de Atividades Industriais - FUNPRODUZIR, bem como o DECRETO Nº 5.265/00, que aprova o Regulamento do Programa de Desenvolvimento Industrial de Goiás - PRODUZIR, são atos unilaterais promulgados por ente federativo, pois não foram homologados pelo CONFAZ. Estando sujeitos ao disposto no artigo 8º da Lei Complementar 24/75 citado anteriormente.

(...)

Assim sendo a alegação da impugnante de que os benefícios, concedidos pelo programa PRODUZIR, são apenas financiamentos e não se tratam de benefícios fiscais não encontra amparo legal, visto que afrontam diretamente o disposto na Lei Complementar 24/75 e na Constituição Federal.

(Grifou-se)

Desse modo, ao realizar o cálculo do ICMS/ST sem considerar os efeitos dos benefícios fiscais ilegais sobre o imposto efetivamente cobrado em sua operação própria, o remetente das mercadorias, substituto tributário por força do regime especial, recolhe parcela a menor do imposto devido a este título, sendo corretas, em parte, as exigências fiscais do ICMS/ST complementar e a respectiva multa de revalidação, *in verbis*:

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.

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 2º - As multas serão cobradas em dobro, quando da ação fiscal, aplicando-se as reduções previstas no § 9º do art. 53, na hipótese do crédito tributário:

I - por não-retenção ou por falta de pagamento do imposto retido por em decorrência da substituição tributária.

Vale dizer que para a irregularidade de retenção/recolhimento a menor de ICMS/ST em face da apropriação indevida, pela Autuada, quando da apuração do ICMS/ST devido, de parcela do ICMS da operação própria não cobrada na origem em virtude de benefício fiscal concedido ilegalmente pelo estado de Goiás, não se exigiu a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXVI da Lei nº 6.763/75 como em outros lançamentos referentes a essa irregularidade.

Verifica-se dos autos que somente foi exigida multa isolada em razão do destaque a menor da base de cálculo do ICMS/ST conforme apurado pela Fiscalização.

Assim, sobre a base de cálculo do ICMS/ST destacado a menor pela Autuada, a Fiscalização exigiu corretamente a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso VII da Lei nº 6.763/75, adequada ao disposto na então vigente alínea "c" do art. 55, inciso VII da citada lei, nos termos do disposto no art. 106, inciso II, alínea "c", do CTN.

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:

Efeitos de 1º/11/2003 a 31/12/2011

VII - por consignar em documento fiscal que acobertar a operação ou a prestação base de cálculo diversa da prevista pela legislação ou quantidade de mercadoria inferior à efetivamente saída - 40% (quarenta por cento) do valor da diferença apurada;

Redação a partir de 01/01/2012

(...)

VII - por consignar em documento fiscal que acobertar a operação ou a prestação:

(...)

c) valor da base de cálculo menor do que a prevista na legislação, relativamente à prestação ou operação própria ou à substituição tributária, nas hipóteses não abrangidas pelas alíneas "a" e "b" deste inciso - 20% (vinte por cento) do valor da diferença apurada; (grifou-se).

Ressalta-se, por oportuno, que as multas de revalidação e isolada exigidas são disciplinadas pela legislação tributária vigente, tanto na forma quanto no conteúdo e, encontram-se regularmente capitulada no Auto de Infração.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No que tange à sujeição passiva da Autuada, vale destacar que decorre da sua condição de contribuinte mineira nas operações com mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária para as destinatárias mineiras.

Realmente, a obrigação tributária nasce diretamente para ela, conforme melhor doutrina.

Portanto, não há dúvida, de que é a contribuinte mineira – por substituição – das operações com mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária e destinadas a contribuintes mineiros (substituídos).

Assim, em decorrência desta sua condição de contribuinte do ICMS/ST devido ao estado de Minas Gerais ela deve compor o polo passivo da obrigação tributária no caso em apreço.

Esclareça-se que a própria Autuada requereu autorização para ingressar no regime especial da substituição tributária, na qualidade de contribuinte mineiro, nos termos do art. 2º, §§ 1º e 2º da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02, a seguir mencionado, conforme se constata da análise da cópia do Regime Especial acostado aos autos às fls. 34/36:

Art. 2º A substituição tributária, além das hipóteses previstas neste Anexo, poderá ser atribuída a outro contribuinte ou a categoria de contribuintes, inclusive entidade representativa de produtores rurais, mediante regime especial definido neste Regulamento ou concedido pelo diretor da Superintendência de Tributação.

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, na hipótese de contribuinte situado em outra unidade da Federação.

§ 2º Na hipótese de pedido de regime especial realizado por contribuinte situado em outra unidade da Federação para atribuir-lhe, nas remessas das mercadorias relacionadas na Parte 2 deste Anexo para estabelecimento de contribuinte deste Estado, a responsabilidade, na condição de sujeito passivo por substituição, o titular da Diretoria de Gestão de Projetos da Superintendência de Fiscalização poderá autorizar, provisoriamente, até a decisão do pedido, a retenção e recolhimento do imposto pelo interessado.

A título de informação, traz-se à exame a seguinte decisão do TJMG que discorre sobre a legitimidade da adoção do regime de substituição tributária para frente, relativamente ao ICMS em operações de venda de mercadorias para contribuintes estabelecidos neste estado, nos termos do art. 150, § 7º e do art. 155, §2º, XII, “b” da CF/88, quando o próprio contribuinte substituto requer e obtém autorização da Fazenda Pública para tal finalidade. Confira-se:

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES DE VENDA DE MEDICAMENTOS. CONTRIBUINTE-SUBSTITUTO. **REQUERIMENTO**

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DE INCLUSÃO NO REGIME ESPECIAL DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. É LEGÍTIMO O REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PARA FRENTE, RELATIVAMENTE AO ICMS EM OPERAÇÕES DE VENDA DE MEDICAMENTOS PARA CONTRIBUINTES ESTABELECIDOS NO ESTADO DE MINAS GERAIS, NOS TERMOS DO ART. 150, § 7º E DO ART. 155, § 2º, XII, "B", DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ESPECIALMENTE QUANDO O PRÓPRIO CONTRIBUINTE-SUBSTITUTO REQUER E OBTÉM AUTORIZAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA PARA ESSA FINALIDADE. CONFIRMA-SE A SENTENÇA, PREJUDICADOS OS RECURSOS VOLUNTÁRIOS. (AP CÍVEL/REEX NECESSÁRIO 1.0647.06.066198-8/001, REL. DES.(A) ALMEIDA MELO, 4ª CÂMARA CÍVEL, JULGAMENTO EM 29/11/2007, PUBLICAÇÃO DA SÚMULA EM 13/12/2007) GRIFOS ACRESCIDOS.

Por fim, cabe ressaltar que por força das disposições contidas no art. 182 da Lei nº 6.763/75 (art. 110 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA - Decreto nº 44.747/08), não compete ao órgão julgador administrativo apreciar a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, pelo voto de qualidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento para que seja ajustado o ICMS operação própria utilizado para cálculo do ICMS/ST, em relação aos meses em que o efetivo recolhimento do imposto efetuado pela Autuada foi maior que o percentual de 27% (vinte e sete por cento) do ICMS devido. Vencidos, em parte, a Conselheira Maria Gabriela Tomich Barbosa (Revisora), que o julgava parcialmente procedente para excluir, também, as exigências relativas ao período de 01 de janeiro a 19 de dezembro de 2009, em razão da decadência prevista no art. 150, § 4º do CTN e, o Conselheiro Sauro Henrique de Almeida, que excluía, ainda, a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso VII da Lei nº 6.763/75, por inaplicável à espécie. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Bruno Rodrigues de Faria. Participou do julgamento, além dos signatários, e do Conselheiro vencido, a Conselheira Maria Gabriela Tomich Barbosa (Revisora).

Sala das Sessões, 05 de maio de 2016.

**Maria de Lourdes Medeiros
Presidente**

**Marco Túlio da Silva
Relator**

T

22.131/16/1ª

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão:	22.131/16/1 ^a	Rito: Ordinário
PTA/AI:	01.000254817-95	
Impugnação:	40.010137495-95	
Impugnante:	Goiás Verde Alimentos Ltda CNPJ: 24.866741/0001-18	
Proc. S. Passivo:	Gleison Teixeira dos Santos Júnior	
Origem:	DGP/SUFIS - NCONEXT - DF	

Voto proferido pela Conselheira Maria Gabriela Tomich Barbosa, nos termos do art. 53 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre na verificação de qual dispositivo do Código Tributário Nacional - CTN atinente à decadência, é aplicável ao caso concreto, se o art. 150, § 4º, ou o art. 173, inciso II.

A Impugnante argui a decadência referente aos créditos tributários cujos fatos geradores ocorreram até 19/12/09.

Cediço que o ICMS, consoante dispõe o art. 150, caput, do CTN, é um tributo cujo lançamento se faz por homologação, competindo ao contribuinte o dever de apurar o valor do imposto e recolhê-lo, sem necessidade de prévio exame pela autoridade fiscal que, a *posteriori*, poderá efetuar diligências fiscalizatórias para examinar a adequação do montante declarado e pago pelo sujeito passivo.

Segundo o § 4º do referido dispositivo, "*se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública tenha se pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação*".

Logo, nos lançamentos por homologação, a Fiscalização dispõe de 05 (cinco) anos da ocorrência do fato gerador para apreciar a regularidade da apuração do crédito pelo contribuinte, bem como de seu recolhimento, sob pena de configuração de homologação tácita, a qual extingue de forma definitiva a obrigação tributária.

Com efeito, nos termos do art. 150 do Código Tributário Nacional, há lançamento por homologação quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, operando-se pelo ato que o homologa.

Por outro lado, nos termos do art. 173, inciso I do CTN, o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos,

contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Comparando os dois dispositivos, Eduardo Sabbag ensina que:

"Quando se confrontam os dois comandos do CTN, adstritos à temática geral da decadência - Art. 173, I versus Art. 150, §4º -, há de se analisar o dies a quo, neles previsto para a contagem da caducidade.

O art. 173, I, do CTN prevê como marco inicial o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado; já o art. 150, §4º, CTN prevê o dies a quo para a data do fato gerador. A ambos, somar-se-á o prazo de 5 anos (...)

O art. 173, I, CTN é considerado a regra geral de decadência, embora dele não conste, textualmente, o vocábulo "decadência". O preceptivo alcança os tributos, cujos lançamentos são: a) direto ou de ofício; b) por declaração ou misto; c) por homologação (sem antecipação de pagamento). O tributo lançado por homologação (com antecipação de pagamento), como se notou, dispõe de regra própria de cálculo - ou seja, regra "especial" -, constante do art. 150, §4º, CTN(...)

O art. 150, §4º, CTN é considerado a regra especial de decadência. O preceptivo alcança, com exclusivismo, os tributos lançados por homologação, com a típica antecipação de pagamento. O prazo é de cinco anos a contar do fato gerador." (in Manual de Direito Tributário, Eduardo Sabbag, Ed. Saraiva, 2009, págs. 722/724)

Deste modo, a diferença precípua das normas previstas no art. 150, § 4º e no art. 173, inciso I do CTN, referem-se à ocorrência ou não do pagamento, tendo em vista que, no lançamento por homologação, havendo antecipação de pagamento, permite-se à Fiscalização conferir a sua exatidão, tendo o prazo de 05 (cinco) anos. Não havendo pagamento, o prazo se inicia no exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, eis que nada há a ser homologado.

A propósito, cita-se a lição de Hugo de Brito Machado:

"O prazo que dispõe a Fazenda Pública para fazer o lançamento tributário, sob pena de decadência, é de cinco anos, independentemente da modalidade de lançamento a que o tributo esteja submetido. Em se tratando de tributos sujeitos ao lançamento por homologação algumas divergências têm sido suscitadas, mas a única peculiaridade relativa a esses tributos diz respeito ao momento em que se inicia

aquele prazo.

O prazo de cinco anos, findo o qual se opera a decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário, começa no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Essa é a regra geral, albergada pelo art. 173, inciso I, do Código Tributário Nacional.

(...)

Em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, o prazo de decadência começa da data do fato gerador respectivo. Lançar, neste caso, é simplesmente homologar a apuração que tenha sido feita pelo contribuinte, com base na qual foi antecipado o respectivo pagamento. Se não ocorreu o pagamento antecipado, mas o contribuinte prestou à autoridade a informação quanto ao montante devido, pode esta, no mesmo prazo, fazer a homologação expressa e determinar a inscrição do crédito tributário como Dívida Ativa. Se não o faz, o direito de lançar estará extinto pela decadência, nos termos do art. 150, §4º, do Código Tributário Nacional.” (Curso de direito tributário. 31ªed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 234).

E também a jurisprudência do STJ:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. **RECOLHIMENTO A MENOR. DECADÊNCIA. APLICAÇÃO DO ART. 150, § 4º, DO CTN.** HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 20, § 4º, E 21, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. 1. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL EM QUE SE DISCUTE O PRAZO PARA A CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO REMANESCENTE DE ICMS, NO CASO EM QUE OCORRE O PAGAMENTO A MENOR DO TRIBUTO. 2. NOS TRIBUTOS CUJOS SUJEITOS PASSIVOS TÊM O DEVER DE ANTECIPAR O PAGAMENTO SEM QUE HAJA PRÉVIO EXAME DA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA, **CASO SE APURE SALDO REMANESCENTE, A FAZENDA DEVERÁ CONSTITUÍ-LO NO PRAZO DE CINCO ANOS A CONTAR DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR, SOB PENA DE OCORRER A EXTINÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO, NOS TERMOS DO PARÁGRAFO 4º DO ART. 150 DO CTN.** PRECEDENTES: AGRG NO RESP 1.152.747/MG, REL. MINISTRO HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJE 22/2/2011; AGRG NO RESP 1.192.933/MG, REL. MINISTRO BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJE 11/2/2011; AGRG NO RESP 1.182.862/RS, REL. MINISTRO HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA TURMA, DJE 2/2/2011. 3. ADEMAIS, **A PRIMEIRA SEÇÃO DO STJ, NO JULGAMENTO DO**

RESP 973.733/SC, REALIZADO NOS TERMOS DO ART. 543-C E SOB A RELATORIA DO MINISTRO LUIZ FUX, SEDIMENTOU O ENTENDIMENTO DE QUE O ART. 173, I, DO CTN SE APLICA AOS CASOS EM QUE A LEI NÃO PREVÊ O PAGAMENTO ANTECIPADO DA EXAÇÃO OU, QUANDO, A DESPEITO DA PREVISÃO LEGAL, NÃO HÁ O PAGAMENTO, SALVO NOS CASOS DE DOLO, FRAUDE OU SIMULAÇÃO.

4. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS EM 0,5% SOBRE O VALOR ATUALIZADO DA CAUSA, NOS TERMOS DO ART. 20, § 4º E 21, § 1º, DO CPC.

5. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO." (AGRG NO RESP Nº 1172391/RS DA 1ª TURMA DO STJ, REL. MIN. BENEDITO GONÇALVES, J. 04.08.20011). GRIFOU-SE.

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DOS ARTS. 458 E 535 DO CPC. ICMS. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ART. 173, I, DO CTN. MODIFICAÇÃO DA PREMISSE FÁTICA. SÚMULA 7/STJ.

1. INEXISTE VIOLAÇÃO DOS ARTS. 458 E 535 DO CPC QUANDO A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL É DADA NA MEDIDA DA PRETENSÃO DEDUZIDA, COM ENFRENTAMENTO E RESOLUÇÃO DAS QUESTÕES ABORDADAS NO RECURSO.

2. PRETENDE A AGRAVANTE REFORMAR O ACÓRDÃO QUE APLICOU À ESPÉCIE A ORIENTAÇÃO DA PRIMEIRA SEÇÃO DO STJ, **EM RECURSO REPETITIVO, NO SENTIDO DE QUE SE APLICA O ART. 173, I, DO CTN AOS CASOS EM QUE, A DESPEITO DA PREVISÃO LEGAL, NÃO HÁ O PAGAMENTO, SITUAÇÃO ENFATICAMENTE ATESTADA NOS AUTOS PELO TRIBUNAL A QUO.**

3. MODIFICAR A AFIRMAÇÃO CONTIDA NO ACÓRDÃO RECORRIDO, NO SENTIDO DA EXISTÊNCIA DE PAGAMENTO A MENOR, DEMANDA O REEXAME DE TODO O CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS, O QUE É DEFESO A ESTA CORTE EM VISTA DO ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO." (AGRG NO EDCL NO RESP 1278111/MG DA 2ª TURMA DO STJ, REL. MIN. HUMBERTO MARTINS, J. 06.12.2012. (GRIFOU-SE)

A autuação que deu origem aos créditos objurgados fundamenta-se na constatação, pela Fazenda Estadual, do recolhimento a menor do ICMS pela Contribuinte em razão, dentre outras, da *“Conforme relatado, a acusação fiscal é de que a Autuada, sediada no estado de Goiás, contribuinte substituta tributária por força de Regime Especial nº 16.000187353-01, destacou nas notas fiscais por ela emitidas base de cálculo do ICMS/ST a menor do que a devida.”*

O lançamento operado pela Fazenda refere-se a valores que ela entende terem sido recolhidos a menor, incidindo, destarte, o regramento especial do art. 150, § 4º, do CTN.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, destaca-se ser inaplicável o art. 173, inciso I do CTN, que traz norma geral de contagem do prazo decadencial para constituição do crédito tributário, uma vez que tal dispositivo só deve ser observado, para os impostos sujeitos a lançamento por homologação, em caso de não ter havido qualquer pagamento - o que não ocorreu *in casu*.

Na espécie, o Auto de Infração que originou o PTA n. 01.000254817-95 foi lavrado em 19/12/14 (fls. 65), quando passados mais de cinco anos da ocorrência dos fatos geradores do ICMS, concernentes 19/12/09.

A decadência é instituto que fulmina o direito da Administração de constituição do crédito fiscal. Assim, deixando, o Estado, de exercer tal direito a tempo, impõe-se o reconhecimento da decadência quanto a tal período.

Desta forma, julgo o lançamento parcialmente procedente o lançamento, para excluir do crédito tributário os valores anteriores a 19/12/09, em razão da decadência.

Sala das Sessões, 05 de maio de 2016.

Maria Gabriela Tomich Barbosa
Conselheira

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão:	22.131/16/1 ^a	Rito: Ordinário
PTA/AI:	01.000254817-95	
Impugnação:	40.010137495-95	
Impugnante:	Goiás Verde Alimentos Ltda CNPJ: 24.866741/0001-18	
Proc. S. Passivo:	Gleison Teixeira dos Santos Júnior	
Origem:	DGP/SUFIS - NCONEXT - DF	

Voto proferido pelo Conselheiro Sauro Henrique de Almeida, nos termos do art. 53 do Regimento Interno do CC/MG.

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

Acusação fiscal de que a Autuada, sediada no estado de Goiás, contribuinte substituta tributária por força de Regime Especial nº 16.000187353-01, destacou nas notas fiscais por ela emitidas base de cálculo do ICMS/ST a menor do que a devida.

O recolhimento a menor do ICMS/ST efetuado pela Autuada deve-se, além da apuração da base de cálculo do ICMS/ST a menor, por ter ela apropriado indevidamente, quando da apuração do ICMS/ST devido, de parcela do ICMS da operação própria não cobrada na origem em virtude de benefício fiscal concedido pelo estado de Goiás ao desabrigo de convênio aprovado pelo CONFAZ, contrariando a regra estabelecida na Lei Complementar nº 24/75, na Lei nº 6.763/75 e no RICMS/02.

Exigência da diferença do ICMS/ST e da Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, c/c o §2º, inciso I da Lei nº 6.763/75.

Sobre a base de cálculo do ICMS/ST destacado a menor pela Autuada, foi exigida a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso VII da Lei nº 6.763/75, adequada ao disposto na então vigente alínea “c” do art. 55, inciso VII da citada lei, nos termos do disposto no art. 106, inciso II, alínea “c”, do CTN.

A divergência quanto ao voto vencedor, refere-se a aplicação da Multa Isolada, capitulada no art. 55, inciso VII, alínea “c”, para o período autuado, exercício de 2009, por inaplicável a espécie, pelos motivos expostos a seguir.

No que se refere à multa isolada, certo é que o tipo penal estabelecido no inciso VII do art. 55 da Lei nº 6.763/75 visa punir a subtração de base de cálculo nas operações próprias, não se aplicando ao imposto devido por substituição tributária. Veja-se a redação vigente à época dos fatos geradores:

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:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Efeitos de 1º/11/2003 a 31/12/2011 - Redação dada pelo art. 28 e vigência estabelecida pelo art. 42, I, ambos da Lei 14.699/2003:

"VII - por consignar em documento fiscal que acobertar a operação ou a prestação base de cálculo diversa da prevista pela legislação ou quantidade de mercadoria inferior à efetivamente saída - 40% (quarenta por cento) do valor da diferença apurada;" (Grifou-se).

Com a publicação da Lei nº 19.978/11, com vigência a partir de 01/01/12, o dispositivo em questão foi alterado pelo art. 8º e vigência estabelecida pelo art. 17, passando a ter a seguinte redação:

VII - por consignar em documento fiscal que acobertar a operação ou a prestação:

a) importância diversa do efetivo valor da operação ou da prestação - 40% (quarenta por cento) do valor da diferença apurada;

b) valor da base de cálculo da substituição tributária menor do que a prevista na legislação, em decorrência de aposição, no documento fiscal, de importância diversa do efetivo valor da prestação ou da operação própria - 40% (quarenta por cento) do valor da diferença apurada;

c) valor da base de cálculo menor do que a prevista na legislação, relativamente à prestação ou operação própria ou à substituição tributária, nas hipóteses não abrangidas pelas alíneas "a" e "b" deste inciso - 20% (vinte por cento) do valor da diferença apurada;

A Fiscalização aplicou, retroativamente, a penalidade da alínea "c" do inciso VII do art. 55 da Lei nº 6.763/75, 20% (vinte por cento) do valor da diferença apurada, por entendê-la como penalidade menos severa, nos termos do art. 106, inciso II, alínea "c" do CTN.

Contudo, entende-se que a referida alínea "c" cuida de penalidade nova, razão pela qual não pode retroagir em prejuízo da Autuada.

Assim sendo, julgo parcialmente procedente o lançamento para excluir as exigências relativas a a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso VII, alínea "c" da Lei nº 6.763/75, para o período autuado, exercício de 2009, e também as exigências relativas ao período de 01/01/09 a 19/12/09 em razão da decadência prevista no art. 150, § 4º do CTN.

Sala das Sessões, 05 de maio de 2016.

**Sauro Henrique de Almeida
Conselheiro**