

Acórdão: 16.504/05/2^a Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010113398-37
Impugnante: COFEPE Comércio de Ferro e Perfilados Ltda
Proc. S. Passivo: Alexandre A. Nascentes Coelho/Outro(s)
PTA/AI: 01.000146210-94
Inscr. Estadual: 223.120187.0012
Origem: DF/Divinópolis

EMENTA

ALÍQUOTA DE ICMS – APLICAÇÃO INCORRETA – Constatado que a Autuada deixou de utilizar a alíquota interna em operações destinadas a não-contribuintes do imposto localizados em outros Estados, em desacordo com o disposto no art. 155, § 2º, inciso VII, “b”, da CF/88. Infração caracterizada. Exigências fiscais mantidas.

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – DIVERSAS IRREGULARIDADES – Comprovado que a Autuada apropriou-se indevidamente de créditos de ICMS, por razões diversas (créditos relativos a energia elétrica e serviços de comunicação, notas fiscais declaradas inidôneas, veículo objeto de arrendamento mercantil, imposto não cobrado na origem e imposto não destacado no documento fiscal). Face a elementos de provas carreados aos autos pelo Sujeito Passivo, o Fisco procedeu a alteração do crédito tributário, para excluir as exigências decorrentes do estorno de crédito do ICMS de energia elétrica, e ainda as exigências a partir de janeiro de 2003, relativas a operações objeto de incentivo ou benefício fiscal, concedidos por outro Estado, sem amparo em Convênio. Infrações parcialmente caracterizadas. Exigências fiscais mantidas em parte.

NOTA FISCAL – FALTA DE DESTAQUE DO ICMS – Constatado que a Autuada deu saída a mercadorias tributadas, deixando, entretanto, de destacar e recolher o imposto devido. Infração plenamente caracterizada. Exigências fiscais mantidas.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre exigência de ICMS, MR e MI (art. 55, X, da Lei 6.763/75), em razão das seguintes irregularidades:

1- Aproveitamento indevido de crédito referente a:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- a) serviço de comunicação e energia elétrica;
 - b) documentos fiscais declarados inidôneos;
 - c) veículo objeto de arrendamento mercantil, sendo a empresa arrendadora inscrita em outra UF;
 - d) imposto não cobrado por outra UF, em decorrência de concessão de incentivo ou benefício fiscal em desacordo com o disposto na alínea “g”, do inciso XII, do art. 155 da Constituição Federal;
 - e) imposto não destacado no documento fiscal;
- 2- Saídas tributadas sem destaque e recolhimento do imposto;
- 3- Saídas interestaduais para não-contribuinte ou contribuinte com atividade encerrada, com aplicação incorreta da alíquota do ICMS.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procuradores regularmente constituídos, Impugnação às fls. 385/403.

Argumenta que o direito ao creditamento do ICMS destacado nas notas fiscais decorrentes da aquisição de energia elétrica e comunicação, além de não restar expressamente vedado pelo disposto nas alíneas “b” e “c”, do § 5º, do art. 29, da Lei 6.763/75, vem sendo repetidamente reconhecido. Cita doutrina e acórdão 9.701/92/1ª/CC/MG.

Enfatiza que, em não se tratando de isenção ou não-incidência, deve ser afastada toda e qualquer limitação ao direito de crédito.

Alega que o “trabalho técnico” de fls. 408 demonstra que os serviços de comunicação e a energia elétrica adquiridos são quase que integralmente destinados às atividades produtivas da Impugnante.

Relativamente ao imposto não cobrado por outra UF, em decorrência de concessão de incentivo ou benefício fiscal, ressalta que o Supremo Tribunal Federal, mesmo nos casos em que o vendedor deixa de recolher o tributo destacado na nota fiscal de venda, vem admitindo o creditamento.

Afirma que há no caso uma complexa relação de transferência de responsabilidade tributária à luz do art. 128 do CTN, ressaltando que somente a lei pode atribuir a responsabilidade tributária.

Assevera que, caso tenha ocorrido a renúncia fiscal por parte de outro Estado, não pode o Estado de Minas Gerais impor ao adquirente da mercadoria o dever de recolher o tributo renunciado. Acresce que é inaceitável a pretensão fiscal de perpetuar obrigação sem causa ao comprador, sendo este o entendimento do STJ.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Argumenta que não pode haver, com base em Resolução, limitação ao princípio da não-cumulatividade do imposto, estando consolidado o entendimento de que somente nos casos de isenção e não-incidência é que não se admite o lançamento do crédito destacado no documento fiscal idôneo.

Quanto aos créditos decorrentes de documentos fiscais declarados inidôneos, alega que o estorno efetuado não tem como subsistir na medida em que os Atos Declaratórios ocorreram supervenientemente à realização das operações mercantis. Acrescenta que, demonstrada a efetiva circulação de mercadorias via operações mercantis indubitavelmente realizadas, impõe-se a possibilidade de aproveitamento de crédito, sob pena de violação ao princípio da não-cumulatividade. Cita doutrina e jurisprudência.

Salienta que a Fazenda Estadual, insistindo nos efeitos retroativos dos Atos Declaratórios de Inidoneidade, desconhece elementar regra de direito tributário, prevista nos incisos I e II, do art. 103, do CTN.

Contesta o estorno de crédito decorrente de veículo objeto de arrendamento mercantil sob o argumento de que a operação, independentemente da origem, não se encontra sujeita ao imposto estadual, conforme inciso VIII, do art. 3º, da Lei Complementar nº 87/96. Argumenta, ainda, que a distinção ou tratamento diferenciado em razão do local onde instalada a arrendadora configura hipótese vedada pela CF/88, conforme art. 152.

Relativamente às saídas de mercadorias sem destaque e recolhimento do imposto, a Impugnante diz concordar parcialmente com a imputação, argumentando apenas que foram emitidas notas fiscais complementares (fls. 406/407) em relação às notas fiscais 050455 e 050543.

No que tange à irregularidade apontada referente a saídas de mercadorias para não-contribuintes, alega que não há razões para negar o fato, que ocorreu por erro material na hora de destacar a alíquota.

No tocante às saídas para contribuinte com atividade encerrada, alega que há, neste ponto, uma inversão de valores, sendo que cabe ao Estado o devido Poder de Polícia no sentido de fiscalizar aqueles contribuintes que, de alguma forma, estejam com suas atividades paralisadas ou mesmo encerradas. Argumenta que a empresa vendedora não tem condições de agir no sentido de investigar se o comprador encontra-se em dia com suas obrigações junto à Fazenda Pública, principalmente se este contribuinte encontra-se em outro Estado da Federação. Transcreve ementa do acórdão nº 8.882/90/1ª/CC/MG e excertos doutrinários.

Requer, ao final, a procedência da Impugnação.

O Fisco, em manifestação de fls. 418/435, refuta as alegações da defesa.

Argumenta que a simples leitura da alínea “b”, do item 4, do art. 29 da Lei 6.763/75 encerra qualquer possibilidade de a Autuada pleitear a manutenção do crédito

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

do imposto estornado, relativo ao serviço de comunicação utilizado no período de janeiro/2001 a agosto/2003, visto que a mesma não se enquadra como estabelecimento prestador de serviço de comunicação e tampouco realizou operações de exportação de mercadoria ou serviço no período fiscalizado.

Acrescenta que também não gera direito de crédito a entrada de energia elétrica, no período janeiro/2001 a dezembro/2002, porque não foi objeto de operação subsequente de saída de energia elétrica, não foi consumida em processo de industrialização, e a Impugnante não realizou operações de exportação de mercadorias ou serviço no período fiscalizado.

Ressalta que a empresa autuada, nos estabelecimentos matriz e filial, não industrializa produtos de ferro e aço, estando cadastrada no CNAE-F 5159-4/03, comércio atacadista de produtos siderúrgicos e metalúrgicos, exceto para construção, correspondendo ao CAE 43.6.1.10-5 – comércio atacadista de produtos siderúrgicos e metalúrgicos (lingotes, placas, palanquilhas, chapas, barras, vergalhões, arames, tubos, canos, trilhos, perfis, cilindros, etc.), citado no auto de infração.

Assevera que o acórdão nº. 9.701/92/1ª/CC/MG, mencionado na peça impugnatória, não guarda qualquer relação com o trabalho fiscal.

Alega que o trabalho técnico mencionado no item 8 da peça impugnatória - Laudo de Avaliação de fls. 408 - efetivamente não esclarece qual operação realizada no estabelecimento é conceituada como industrialização nos termos do inciso II do artigo 222 do RICMS/1996 e 2002, quais os equipamentos utilizados, etc., podendo ser entendido simplesmente como variação no consumo de energia elétrica entre a parte operacional e a administrativa.

Informa que o próprio contribuinte deixou de apropriar os créditos relativos aos serviços de comunicação e consumo de energia elétrica, a partir de setembro/2003, tão logo tomou conhecimento das vedações legais, quando do desenvolvimento de outro trabalho fiscal, relacionado com a conferência de registro de notas fiscais, objeto do Termo de Autodenúncia nº 05.000065339.91, de 13.10.2003 (fls. 436).

Cita decisão do STF relativa à matéria em questão (fls. 437/441).

Relativamente ao aproveitamento de imposto não cobrado por outra UF, em decorrência de concessão de incentivo ou benefício fiscal, argumenta que esse procedimento contraria o disposto no artigo 1º, c/c artigo 2º da Resolução 3.166, de 11.07.2001.

Ressalta que a matéria encontra-se fundamentada na CF/88, conforme art. 155, § 2º, incisos I, “b”, e XII, “g”; na Lei Complementar nº 24/75, que dispõe sobre a necessidade de celebração e ratificação de convênios pelos Estados e Distrito Federal, para a concessão de benefícios fiscais e também na legislação mineira, no § 5º do art. 28 da Lei 6.763/75 e no § 2º do artigo 62 dos RICMS de 1996 e 2002. Transcreve comentário a respeito da matéria e ementa de decisão do STF.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Esclarece que os valores estornados compreendem créditos relativos a imposto que não foi cobrado dos fornecedores estabelecidos no Estado do Espírito Santo, em função de benefício concedido às operações com produtos de ferro ou aço, classificados nas posições da NBM/SH – 7214, 7215 e 7216, pelo Decreto n.º. 4.460/1999, editado naquele Estado.

Alega que o Acórdão do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º. 240.395-0/RS, de 28.05.2002, citado no item 9 da impugnação não guarda qualquer relação com o presente caso. Acrescenta que, de igual maneira, a citação de parte do diálogo entre os Ministros do STF, no extenso voto do Ministro Nelson Jobim, inserido no Acórdão do Recurso Extraordinário n.º. 212.209-2/RS, de 23.06.1999, não esclarece que o início da conversa é uma nota fiscal de fatura de energia elétrica, que o Ministro Marco Aurélio tinha em mãos e que o cerne da questão é se o montante do imposto (ICMS) integra ou não a base de cálculo do imposto.

Alega, ainda, que o artigo 128 do CTN, transcrito na peça impugnatória, refere-se exclusivamente à figura da “Substituição Tributária”, também não se aplicando ao presente caso.

No tocante ao aproveitamento de créditos decorrentes de documentos fiscais declarados inidôneos, relaciona, às fls. 427, os motivos que determinaram a inidoneidade dos referidos documentos fiscais.

Discorre sobre os dispositivos legais que disciplinam a compensação do imposto, ressaltando que a vedação aos créditos decorrentes de documentos fiscais inidôneos vem expressa no inciso V, do art. 70, do RICMS/96.

Alega que os efeitos da declaração de inidoneidade são “ex tunc”.

Diz que o estorno dos créditos está correto, já que a Impugnante não comprovou que o imposto devido pelo emitente foi pago e transcreve ementa de decisão do TJ/MG nesse sentido, bem como do CC/MG.

Com relação ao estorno de crédito de ICMS decorrente da entrada de veículo objeto de arrendamento mercantil (fls. 279/280), argumenta que o procedimento do Fisco encontra respaldo no art. 367 do Anexo IX do RICMS/96, vez que a empresa arrendadora não possui inscrição no Cadastro de Contribuintes deste Estado. Cita acórdão n.º 284/00/6ª/CC/MG.

Relativamente às saídas de mercadorias sem destaque e recolhimento do imposto, afirma que as notas fiscais 050668 e 050669 apensadas na peça impugnatória (fls. 406/407), tidas como complementares das notas fiscais 050455 e 050543, na verdade, complementam as notas fiscais 050026 e 050114, não relacionadas no trabalho fiscal, conforme observações inseridas no campo próprio. Para comprovação, anexa os documentos de fls. 447 e 448.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim sendo, afirma que a Autuada reconhece integralmente as exigências relacionadas com saídas sem destaque e recolhimento do imposto e saídas interestaduais para não-contribuintes, com aplicação incorreta da alíquota do imposto.

No tocante às saídas interestaduais para contribuintes com atividade encerrada, também com aplicação incorreta da alíquota do imposto, assegura que o caso enquadra-se na hipótese prevista na CF/88, em seu art. 155, § 2º, inciso VII, alínea “b”, ressaltando que a norma encontra-se reproduzida no § 1º do artigo 12 da Lei 6.763/75.

Argumenta que “se o adquirente não se encontra como contribuinte do imposto, ou seja com inscrição regular no Estado destinatário, torna-se impossível a aplicação do disposto no inciso VIII do artigo supracitado, referente ao imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, devido ao Estado de localização do destinatário, logicamente, porque ao declarar não-habilitado ou cancelada a situação cadastral do contribuinte, comprovadamente o contribuinte não mais exercia atividades no endereço cadastrado, tendo o fisco esgotado todas as possibilidades de localização do titular ou sócios, seja no endereço residencial ou através do contabilista, para regularização da inscrição estadual”.

Relaciona, às fls. 433/434, os documentos em questão, apontando, detalhadamente, as irregularidades verificadas.

Finalizando, observa que a Impugnante não se manifestou a respeito do aproveitamento indevido de crédito de ICMS referente às notas fiscais 3094, 3095, 3144 e 3286 (fls. 288, 289, 291 e 293), emitidas sem destaque do imposto e com a seguinte observação: “ESTE DOCUMENTO NÃO TRANSFERE CRÉDITO DE ICMS - CAT 09/99”.

Requer a procedência do lançamento.

Em razão da juntada dos documentos de fls. 436/450, foram abertas vistas dos autos à Autuada, pelo prazo de 5 (cinco) dias, nos termos do art. 113 da CLTA/MG.

A Autuada, por intermédio de procurador regularmente constituído, comparece às fls. 455/475. Repete os argumentos apresentados na Impugnação, aduzindo, em acréscimo, que:

- ao contrário do que afirma a Delegacia Fiscal de Divinópolis, a empresa tem como finalidade, entre outras, conforme pode ser verificado da juntada de sua última alteração contratual, “...indústria de pregos, telhas galvanizadas e perfis ...”, portanto, perfeitamente compatível com o permissivo legal da letra “c”, do art. 29 da Lei 6.763/75. O simples erro de cadastro no CNAE não pode alterar a verdade dos fatos;

- a jurisprudência trazida pelo Fisco (fls. 425) não se presta no presente caso, haja vista se tratar de ADIN de um membro da Federação contra o Estado do

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Maranhão. Também o citado Decreto nº 4.460/1999 do Estado do Espírito Santo, citado às fls. 426 dos autos, não é o suficiente para determinar se o contribuinte gozou realmente do benefício;

- a Lei Complementar 24/75 recepcionada pela Constituição Federal extrapolou ao permissivo constitucional;

- o art. 128 do CTN, ao contrário do sustentado pelo Fisco, não se refere exclusivamente à figura da substituição tributária, mas, ao contrário, estabelece normas gerais de responsabilidade tributária.

Requer a procedência da Impugnação.

O Fisco se pronuncia às fls. 477/478, argumentando que “não foi apresentada nenhuma prova de que o estabelecimento, no período fiscalizado, realizou industrialização de mercadorias, o que seria uma inverdade, pois, a partir de dezembro de 1999, toda a industrialização passou a ser executada pela empresa “Ciaço Centro Industrial do Aço Ltda EPP”, inscrição estadual nº 223.057205.0080, estabelecida no mesmo complexo indústria/comércio, com desmembramento de atividades: industrialização na CIAÇO, comercialização na COFEPE.”

No tocante aos demais argumentos aduzidos pela Impugnante, entende que o assunto encontra-se esgotado com a Manifestação de fls. 422/427.

Requer a procedência do lançamento.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 482/495, opina pela procedência do lançamento.

A 2ª Câmara de Julgamento, em sessão realizada aos 08/03/05, deliberou proferir o Despacho Interlocutório de fls. 496, dirigido ao Sujeito Passivo, determinando a adoção das seguintes providências:

- 1) comprovar a prática de industrialização no período objeto da autuação;
- 2) comprovar a cassação dos benefícios fiscais outorgados pelo Estado do Espírito Santo às empresas ali instaladas (Resolução 3166/01).

A Impugnante comparece às fls. 500/503, juntando os documentos de fls. 504/517.

Para comprovar a prática de industrialização, junta cópias autenticadas dos termos de abertura e encerramento de seus livros “Registro de Apuração de IPI”, assim como catálogos dos produtos fabricados, quais sejam, telhas e perfis metálicos (fls. 508/517).

Relativamente aos benefícios fiscais outorgados pelo Estado do Espírito Santo, explica que a cessação do benefício do crédito presumido concedido pelo inciso

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

XIII, do artigo 102, do RICMS, deu-se a partir de 1º de janeiro de 2003, conforme Decreto 1090-R, de 25 de outubro de 2002 (fls. 504/507).

Finalizando, contesta a aplicação da Resolução 3.166/01 a fatos geradores ocorridos entre os anos de 1999 a 2002.

A Fiscalização se pronuncia às fls. 519, aduzindo que procedem os argumentos apresentados pela Impugnante relativamente à cessação dos benefícios fiscais outorgados pelo Estado do Espírito Santo, a partir de 1º de janeiro de 2003, entendendo indevidos os estornos dos créditos dessa natureza, referentes ao exercício de 2003.

Ressalta que a exigência indevida ocorreu porque, somente em 16/12/2004, a Resolução 3.166/01 foi devidamente alterada pela Resolução 3.607/04, com inclusão do período de vigência dos benefícios fiscais.

Argumenta que, com referência à comprovação da prática de industrialização, limitou-se, a Impugnante, a juntar cópias autenticadas de abertura e encerramento dos Livros de Apuração do IPI e catálogos dos produtos comercializados (telhas e perfis metálicos).

Anexa, às fls. 520/527, cópia do “Contrato de Comodato” celebrado entre a Autuada e a empresa CIAÇO – Centro Industrial do Aço Ltda, buscando comprovar que os equipamentos e instalações industriais da Autuada estão cedidos a essa empresa, que seria quem, realmente, pratica a industrialização.

A Auditoria Fiscal determina que seja reformulado o crédito tributário, excluindo-se as exigências consideradas indevidas, conforme manifestação do Fisco às fls. 519, o que foi providenciado conforme planilhas de fls. 529/557.

A Autuada é devidamente cientificada das alterações procedidas (fls. 558/559), sendo-lhe concedido o prazo de 10 (dez) dias para vista, pagamento ou parcelamento do crédito tributário com as reduções previstas na legislação, não tendo havido qualquer manifestação.

A Auditoria Fiscal determina a realização de nova Diligência (fls. 561), que resulta na manifestação do Fisco às fls. 591 e em nova reformulação do crédito tributário, conforme demonstrativos de fls. 562/590, com a exclusão do estorno do crédito de ICMS da energia elétrica.

Devidamente notificada (fls. 593/594), a Autuada, mais uma vez, não se manifesta.

A Auditoria Fiscal retifica seu entendimento anterior (fls. 596/598) opinando pela procedência parcial do lançamento, conforme reformulações do crédito tributário procedidas pelo Fisco.

DECISÃO

DO MÉRITO

Ressalta-se, inicialmente, que os fundamentos expostos no Parecer da Auditoria Fiscal foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e, por esta razão, passarão a compor o presente Acórdão, salvo pequenas alterações.

1- Do Aproveitamento Indevido de Crédito:

Conforme planilhas de fls. 10/42, são inúmeras as razões dos estornos efetuados pelo Fisco, como se passa a demonstrar:

a) Consumo de energia elétrica e utilização de serviços de comunicação

Em decorrência das Leis Complementares 102/2000 e 114/2002, novas regras foram introduzidas na Lei Complementar nº 87/96 relativamente ao aproveitamento de crédito de energia elétrica e serviço de comunicação.

Filiando-se à nova sistemática, a Lei 6.763/75 foi alterada, ficando o § 5º do artigo 29 com a seguinte redação:

“§ 5º - Para o efeito de aplicação deste artigo, será observado o seguinte:

(...)

4) darão direito a crédito:

(...)

b - a utilização de serviço de comunicação:

b.1 - no período entre 1º de agosto de 2000 a 31 de dezembro de 2006:

b.1.1 - por estabelecimento prestador de serviço de comunicação, na execução de serviço dessa natureza;

b.1.2 - por estabelecimento que promova operação que destine mercadoria ao exterior ou que realize prestação de serviço para o exterior, na proporção destas em relação às operações e prestações totais;

b.2 - a partir de 1º de janeiro de 2007, por qualquer estabelecimento;

c - a entrada de energia elétrica no estabelecimento:

c.1 - no período entre 1º de agosto de 2000 a 31 de dezembro de 2006:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

c.1.1 - que for objeto de operação subsequente de saída de energia elétrica;

c.1.2 - que for consumida no processo de industrialização;

c.1.3 - cujo consumo resulte em mercadoria ou serviço objeto de operação ou de prestação para o exterior, na proporção destas em relação às operações e prestações totais;

c.2 - a partir de 1º de janeiro de 2007, em qualquer hipótese.”

Com relação à comprovação da prática de industrialização no período objeto da autuação, constatou o Fisco, em resposta à diligência determinada às fls. 561, que a Autuada continuou utilizando parte do galpão industrial cedido em comodato à empresa CIAÇO – Centro Industrial do Aço Ltda, figurando como responsável pelo pagamento de todas as faturas de energia elétrica, razão que levou o Fisco a excluir as exigências fiscais decorrentes do estorno do crédito do ICMS da energia elétrica.

b) Documentos fiscais declarados inidôneos

As notas fiscais em apreço (fls. 274, 281, 283 e 285) foram declaradas inidôneas através de Atos Declaratórios expedidos por autoridades administrativas da SEF/MG (fls. 276 e 287), pelos seguintes motivos: “impressão de documentos fiscais sem a devida autorização” e “inexistência de fato do estabelecimento”. Note-se que os atos foram publicados em data anterior à da lavratura do TIAF.

Os efeitos da declaração de inidoneidade, ao contrário do que alega a Impugnante, são “ex tunc”, pois não é o Ato em si que gera a inidoneidade do documento fiscal, ele apenas a constata e declara como fato preexistente que é.

Com efeito, o Ato Declaratório consiste em ato de reconhecimento de uma situação preexistente, não cria nem estabelece coisa nova, explicita a existência do que já existia, possuindo natureza declaratória e não natureza normativa, como pretende a Impugnante.

Assim, considerados inidôneos os documentos em questão, nos termos do art. 134, incisos I e II, do RICMS/96 (vigente à época), o imposto neles destacado não pode implicar crédito para compensação, vez que “o direito ao crédito, para efeito de compensação com débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido a mercadoria, está condicionado à idoneidade da documentação e, se for o caso, à escrituração nos prazos e condições estabelecidos na legislação”, conforme dispõem os artigos 23 da LC 87/96, 30 da Lei 6.763/75 e 69 do RICMS/96.

Correto, portanto, o estorno efetuado, já que em se tratando de documento inidôneo, a única exceção contemplada na legislação **está condicionada à prova concludente de que o imposto tenha sido corretamente recolhido** (art. 70, inciso V, do RICMS/96), **prova esta não produzida nos autos.**

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Não se discute, no caso, a efetividade das operações referentes às notas fiscais declaradas inidôneas, mas sim a legitimidade do aproveitamento dos valores destacados. Nesse sentido, irrelevante o fato da efetiva ocorrência das operações. De qualquer forma, vale destacar alguns fatores que levam à conclusão de que não ocorreu circulação física das mercadorias:

- conforme consulta de fls. 442/443, a empresa “Distribuidora Amabile Ltda” tem como atividade o comércio atacadista de móveis, enquanto que a mercadoria supostamente vendida é tela soldada;

- as consultas ao cadastro do DETRAN de fls. 444/445 evidenciam que as placas consignadas nas notas fiscais de fls. 281, 283 e 285 referem-se a veículos de passageiros;

- o carimbo apostado na nota fiscal nº 000775 (fls. 285) foi declarado inidôneo em 24/03/2000, por motivo de dano (fls. 446).

Legítimas, portanto, as exigências de ICMS, MR e MI capitulada no 55, inciso X da Lei 6763/75.

c) Veículo objeto de arrendamento mercantil - empresa arrendadora inscrita em outra UF

Trata-se de estorno de crédito do imposto destacado na nota fiscal nº 064058 (fls. 279), referente à entrada de veículo objeto de arrendamento mercantil, sendo a empresa arrendadora não inscrita no Cadastro de Contribuintes deste Estado.

A matéria encontra-se claramente disciplinada no art. 367 do Anexo IX do RICMS/96, que assim dispõe:

“Art. 367 - Na operação de arrendamento mercantil, o estabelecimento arrendatário do bem, contribuinte do imposto, poderá creditar-se do valor do imposto pago pela empresa arrendadora na aquisição do bem, desde que:

I - o bem tenha sido adquirido por estabelecimento de empresa arrendadora inscrita no Cadastro de Contribuintes deste Estado;

(...)”

Portanto, não tendo sido atendida a condição para fruição do benefício, legítimo o estorno efetuado.

d) Imposto não cobrado por outra UF, em decorrência de concessão de incentivo ou benefício fiscal

Constatou-se o aproveitamento indevido, no período de junho/1999 a dezembro/2003, de créditos de ICMS decorrentes de operações interestaduais com produtos de ferro ou aço, classificados nas posições 7214, 7215 e 7216 da NBM/SH,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

por serem os remetentes das referidas mercadorias beneficiários de incentivos fiscais concedidos sem amparo em convênio celebrado no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ.

O trabalho fiscal encontra-se amparado pela Resolução n.º 3.166, de 11/07/2001. O art. 1º da mencionada Resolução determina que:

"Art. 1º - O crédito do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) correspondente à entrada de mercadoria remetida a estabelecimento localizado em território mineiro, a qualquer título, por estabelecimento que se beneficie de incentivos indicados no Anexo Único, será admitido na mesma proporção em que o imposto venha sendo efetivamente recolhido à unidade da Federação de origem, na conformidade do referido Anexo."

O estorno proporcional foi efetuado de acordo com o disposto no itens 1.2, 1.3 e 1.4 do Anexo Único da referida Resolução.

Com relação aos benefícios fiscais, a Constituição Federal de 1988 determina em seu art. 155, inciso XII, alínea "g" que *"cabe à lei complementar regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados"*.

Consoante o inciso IV, do parágrafo único, do art. 1º, da Lei Complementar n.º 24, de 24.01.75, é necessária a celebração de convênios entre os Estados e o Distrito Federal para a concessão de benefícios fiscais.

A legislação tributária mineira considera não cobrada a parcela do imposto beneficiada com incentivos fiscais concedidos indevidamente, dispondo o seguinte:

RICMS/2002 -

"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 e intermunicipal e de comunicação com o montante cobrado nas anteriores, por este ou por outro Estado.

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

RICMS/96 -

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Efeitos de 30/07/99 a 11/11/2002 - Acrescido pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 2º, ambos do Dec. 40.508, de 29/07/99 - MG de 30:

“Parágrafo Único - 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.”

Portanto, o Estado do Espírito Santo ao conceder incentivos fiscais sem amparo em convênio celebrado no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ, infringiu normas disciplinadoras do ICMS, tornando, assim, nulo o ato do benefício fiscal e ineficaz o aproveitamento do crédito pelo estabelecimento adquirente da mercadoria objeto da operação regulada pelo benefício indevidamente concedido, conforme determinado pela Lei Complementar nº 24/75:

“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”.

Ressalte-se que o estorno dos créditos em questão não fere o princípio da não-cumulatividade como entende a Impugnante. A não-cumulatividade prevista no art. 155 da Constituição Federal de 1988 se opera através da compensação do imposto devido em cada operação com aquele **cobrado** na operação antecedente. Logo, se parcela do ICMS deixou de ser cobrada pelo Estado de origem da mercadoria, não pode esta parcela ser compensada em operações posteriores.

Neste item cumpre ressaltar, que a Autuada comprovou a cessação do benefício do crédito presumido concedido pelo inciso XIII, do artigo 102, do RICMS/ES, a partir de 1º de janeiro de 2003, conforme Decreto 1090-R, de 25 de outubro de 2002 (fls. 504/507), tendo sido excluídas, pelo Fisco, as exigências fiscais respectivas. Importante notar que foi devidamente mantido o estorno relativo ao período de junho/1999 a dezembro/2002, com fundamento no art. 62, parágrafo único, do RICMS/96, art. 62, § 1º, do RICMS/2002 e art. 1º da Resolução 3.166/01;

e) Imposto não destacado no documento fiscal

A glosa é referente às notas fiscais 3094, 3095, 3144 e 3286 (fls. 288, 289, 291 e 293), emitidas sem destaque do imposto e com a seguinte observação: “ESTE DOCUMENTO NÃO TRANSFERE CRÉDITO DE ICMS - CAT 09/99”.

Conforme disposto no art. 68 do RICMS/96, “o crédito corresponderá ao montante do imposto corretamente cobrado e destacado no documento fiscal relativo à operação ou prestação”. Portanto, correto o estorno efetuado.

Vale observar que a Impugnante não se manifestou sobre esta irregularidade.

2- Das saídas de mercadorias tributadas sem destaque e recolhimento do imposto

Conforme se vê das notas fiscais de fls. 127, 128, 131/135, 139/142 e 146, a Autuada deu saída a mercadorias tributadas, deixando, entretanto, de destacar e recolher o imposto devido.

A Impugnante concorda parcialmente com a imputação, argumentando em sua defesa que foram emitidas notas fiscais complementares (notas fiscais 050668 e 050669) em relação às notas fiscais 050455 e 050543.

Todavia, verifica-se que as notas fiscais 050668 e 050669 (fls. 406/407), conforme informação constante das mesmas, na verdade, complementam as notas fiscais 050026 e 050114, que não constituem objeto das exigências fiscais.

Portanto, resta caracterizada a infração, sendo legítimas as exigências de ICMS e MR.

3- Da aplicação incorreta da alíquota interestadual nas saídas de mercadorias para não-contribuinte do ICMS

A Constituição Federal/88, em seu art. 155, § 2º, inciso VII, determina que, em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, deverá ser adotada a alíquota interna quando o destinatário **não for contribuinte do imposto**. A alíquota interestadual será aplicada quando o destinatário **for contribuinte do imposto**, cabendo, nesse caso, ao Estado da localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual.

Na situação em apreço, o Fisco constatou que a Autuada utilizou indevidamente a alíquota interestadual em operações, com outros Estados, destinadas a pessoas (físicas e jurídicas) não inscritas no Cadastro de Contribuintes do imposto e a empresas com atividade encerrada.

Com relação às saídas destinadas a pessoas não inscritas no Cadastro de Contribuintes do imposto, a Autuada argumenta que a aplicação da alíquota interestadual se deu por “erro material”, reconhecendo, assim, a irregularidade apontada. Correta, portanto, a exigência do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual.

Da mesma forma, legítima é a exigência fiscal no tocante às saídas destinadas a empresas com atividade encerrada, vez que não há nos autos documentos que comprovem a condição de contribuinte desses destinatários, na data da emissão das notas fiscais. Com efeito, encontrando-se as empresas em questão em situação irregular, com as atividades encerradas, conforme demonstrado às fls. 433/434, não há

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

como considerá-las contribuintes do imposto, não tendo a Impugnante trazido aos autos quaisquer documentos que demonstrassem o contrário.

É evidente que não cabe aos contribuintes fiscalizar as empresas com as quais mantém relações comerciais, como enfatizou a Autuada, mas, para efeito de aplicação da alíquota do ICMS, devem eles certificar-se da condição de contribuintes, por parte de seus clientes localizados em outros Estados.

Cumprе esclarecer, por fim, que as questões levantadas pela defesa que versam sobre inconstitucionalidade ou negativa de aplicação de lei, decreto ou ato normativo deixaram de ser apreciadas, em face do disposto no art. 88, inciso I, da CLTA/MG.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, conforme reformulações do Crédito Tributário procedidas pelo Fisco às fls. 529 a 557 e 562 a 590. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Rinaldo Maciel de Freitas e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Célio Lopes Kalume. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Windson Luiz da Silva (Revisor) e Cláudia Campos Lopes Lara.

Sala das Sessões, 12/09/05.

Antônio César Ribeiro
Presidente

Mauro Rogério Martins
Relator