

Acórdão: 17.764/07/2^a Rito: Sumário
Impugnação: 40.010121475-91
Impugnante: Cominas Comercial Minas de Baterias Ltda
Coobrigado: Transportadora Bitury Ltda
PTA/AI: 02.000212930-03
Inscr. Estadual: 062392162.00-90
Origem: DF/ Teófilo Otoni

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - BATERIA AUTOMOTIVA - RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS/ST - ABATIMENTO INDEVIDO - RESOLUÇÃO 3.166/01. Constatado recolhimento a menor do ICMS/ST, pela Autuada, em função do abatimento indevido do valor integral do ICMS destacado nas notas fiscais de aquisição das baterias, por ser o remetente das mesmas, sediado no Estado de Pernambuco, beneficiário de incentivo fiscal concedido sem amparo em convênio celebrado no âmbito do CONFAZ, contrariando a legislação de regência do imposto. Infração caracterizada nos termos dos artigos 14 e 46, do Anexo XV, do RICMS/02. Legítimas as exigências de ICMS/ST e Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, da Lei 6763/75.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA - COOBRIGADA - EXCLUSÃO. Exclusão da Coobrigada do pólo passivo da obrigação tributária, por falta de tipificação legal.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a aquisição pela Impugnante de baterias automotivas com recolhimento a menor do ICMS/ST, em face do abatimento indevido do valor integral do ICMS destacado nas notas fiscais de aquisição, por ser o remetente da mercadoria, sediado no Estado de Pernambuco, beneficiário do incentivo fiscal concedido sem amparo em convênio celebrado no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ, contrariando a legislação tributária vigente.

Exige-se ICMS e a Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu representante legal, Impugnação às fls. 14 a 27, nos termos seguintes:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- que, sendo a operação realizada com cláusula CIF, a responsabilidade até a entrega da mercadoria ao adquirente com toda a documentação a ela inerente é da alienante, não podendo em nada se imiscuir nos procedimentos ocorridos até o recebimento do produto, inclusive em relação ao ICMS/ST supostamente não recolhido, que seria de responsabilidade da remetente;

- que as notas fiscais emitidas pelo vendedor/remetente contêm a cobrança do ICMS-ST sob o pálio do Protocolo ICMS nº 36/2004, que explicitamente invoca em seu bojo a aplicação subsidiária da norma do Convênio ICMS nº 81/93, pelo qual é o vendedor qualificado como “sujeito passivo por substituição”, a ele sendo atribuído o dever de recolhimento do imposto ao Estado destinatário;

- que houve irregularidades no lançamento, afrontando a ampla defesa e o contraditório, uma vez que estão ausentes no Auto de Infração a indicação da forma como se chegou à base de cálculo e à alíquota de ICMS (recolhimento a menor) utilizados, bem como o Termo de Conclusão de Fiscalização, elementos obrigatórios e indispensáveis;

- que a remetente não está sujeita aos termos da Resolução nº 3.166/01, porquanto não goza, atualmente, de incentivo fiscal relativo a baterias automotivas, concedido pelo Estado de Pernambuco;

- por fim, requer, em preliminar, a declaração de nulidade do Auto de Infração, em virtude dos vícios formais demonstrados e, no mérito, a procedência da Impugnação.

O Fisco se manifesta às fls. 53 a 55, refuta cada uma das alegações da Impugnante, assevera que o Auto de Infração foi lavrado com a observância da legislação que rege a matéria e, ao final, requer a procedência do lançamento.

DECISÃO

Da Preliminar

De plano, rejeitam-se as prefaciais de nulidade do Auto de Infração lavrado, argüidas pela Impugnante, sob a alegação de existência de supostas irregularidades do referido ato, quais sejam:

- a) – falta de indicação no Auto de Infração da forma como se chegou à base de cálculo e à alíquota de ICMS (recolhimento a menor) utilizados;
- b) – inexistência do Termo de Conclusão de Fiscalização.

Com efeito, o mencionado Auto de Infração foi lavrado com observância das normas concernentes à formação e tramitação do Processo Tributário Administrativo, contidas na Consolidação da Legislação Tributária e Administrativa do

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Estado de Minas Gerais (CLTA/MG), aprovada pelo Decreto 23.780, de 10 de agosto de 1984.

Esclareça-se, por oportuno, que o lançamento foi levado a efeito por autoridade administrativa constitucionalmente competente para a prática do ato, tendo sido devidamente citados os dispositivos relativos às infringências e penalidades aplicadas, bem como elaborado o Demonstrativo do Crédito Tributário, fazendo, ainda, parte integrante do processo o DCMM (Demonstrativo de Correção Monetária e Multas), as cópias dos documentos fiscais e da GNRE (fls. 06/10), os quais foram enviados à Impugnante.

O Auto de Infração, portanto, contém todas as informações e elementos necessários e suficientes ao esclarecimento da imputação objeto do presente feito fiscal. A propósito, os próprios argumentos trazidos pela Impugnante no bojo de sua peça defensiva, por si só, demonstram que houve o necessário entendimento, pela mesma, da acusação que lhe foi imputada.

Descabida, também, a alegação de inexistência de Termo de Conclusão de Fiscalização. Ressalte-se que a irregularidade foi detectada e a ação fiscal foi levada a efeito por fiscalização de trânsito de mercadoria, tendo sido observados todos os procedimentos exigidos pela legislação de regência. Saliente-se, por oportuno, que não há previsão na legislação para lavratura de “Termo de Conclusão de Fiscalização” na modalidade de ação fiscal efetivada.

Do Mérito

Conforme relatado, cuida o presente feito fiscal das exigências de ICMS e da Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, da Lei 6.763/75, em virtude de ter a Impugnante adquirido baterias automotivas com recolhimento a menor do ICMS/ST, em face do abatimento indevido do valor integral do ICMS destacado nas notas fiscais de aquisição, por ser o remetente da mercadoria, sediado no Estado de Pernambuco, beneficiário de incentivo fiscal concedido sem amparo em acordo celebrado no âmbito do CONFAZ, portanto, em desacordo com a legislação que rege a matéria.

Foi constatado o trânsito de mercadoria (baterias automotivas) sujeita ao regime de substituição tributária, acobertadas pelas Notas Fiscais nº 002195 e 002196, emitidas por contribuinte estabelecido no Estado de Pernambuco.

Constam dos documentos acostados às fls. 07/08 dos autos que o ICMS devido, a título de substituição tributária, foi calculado e recolhido ao Estado de Minas Gerais.

Entretanto, na apuração do valor devido foi indevidamente deduzida parcela relativa a crédito correspondente ao imposto da operação própria do remetente, cujo valor não foi efetivamente pago ao Estado de origem, porquanto alcançado por benefício concedido sem respaldo em acordo celebrado no âmbito do CONFAZ.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A glosa da dedução do mencionado valor procedida pelo Fisco decorre do disposto na Constituição Federal, Lei Complementar 24/75, Regulamento do ICMS e Resolução nº 3.166/01, item 10.1.

Na 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."

Na Lei Complementar 24/75, recepcionada pela Constituição Federal de 1988, *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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§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.

(...)

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."

Tais mandamentos também fazem parte da Legislação Tributária do Estado de Minas Gerais, conforme parágrafos 1º e 2º do artigo 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 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."

Em cumprimento ao retrotranscrito art. 62, § 2º, foi editada a Resolução nº 3.166/01, disciplinando a forma em que será admitido o crédito referido, conforme se vê em seu art. 1º, *in verbis*:

"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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.”

A hipótese em exame está inserida no item 10.1 da mencionada Resolução, com as modificações introduzidas pela Resolução 3.282/02, em suas notas 26, 27 e 28, sendo indubitosa a admissão do crédito apenas na proporção em que o imposto foi recolhido ao Estado de origem.

Por outro lado, a Impugnante, na qualidade de destinatária da mercadoria (bateria automotiva) originada do Estado de Pernambuco, é responsável, por substituição tributária, pelo pagamento do imposto devido a esse Estado, devendo o recolhimento ser efetuado no momento da entrada da mercadoria no território mineiro, a teor do disposto nos artigos 14 e 46 do Anexo XV do RICMS/02, *in verbis*:

“**Art. 14** - O contribuinte mineiro, inclusive o varejista, destinatário de mercadoria relacionada na **Parte 2** deste Anexo, em operação interestadual, é responsável pela apuração e pelo recolhimento do imposto devido a este Estado, a título de substituição tributária, no momento da entrada da mercadoria em território mineiro, quando a responsabilidade não for atribuída ao alienante ou ao remetente.

Art. 46 - O recolhimento do imposto devido a título de substituição tributária será efetuado até:

(...)

II - o momento da entrada da mercadoria no território mineiro, nas hipóteses dos **arts. 14, 15 e 75** desta Parte;

(...)”

Cumprido esclarecer que o Estado de Pernambuco não é signatário do Protocolo 36/2004, ao contrário do afirmado pela Impugnante, não procedendo, pois, a alegação de que a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS-ST é atribuída ao remetente.

A inclusão da transportadora no pólo passivo da relação tributária afigura-se incorreta, uma vez que a sua responsabilidade advém de imposição legal, estando respaldada na norma contida no artigo 21, inciso II, alínea “g” da Lei 6.763/75, sendo que no caso em tela não foi este o dispositivo legal para tipificar sua conduta, estando assim irregular sua inclusão no pólo passivo desta demanda.

Desta forma, resta caracterizada a correção da desconsideração no cálculo do ICMS/ST dos créditos destacados nos documentos fiscais e não cobrados na origem,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

nos termos da Resolução nº 3.166/01, tendo em vista que os benefícios fiscais foram concedidos à revelia da legislação tributária.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a argüição de nulidade do Auto de Infração. No mérito, também à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para excluir a Coobrigada do pólo passivo da obrigação tributária, por falta de tipificação legal. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Antônio Leonart Vela (Revisor) e Edvaldo Ferreira.

Sala das Sessões, 20/11/07.

Luiz Fernando Castro Trópia
Presidente

Luiz Villela Vianna Neto
Relator

LVVN/EJ