

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.536/10/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000156362-57
Impugnação: 40.010121984-04
Impugnante: DMA Distribuidora S/A
IE: 062678368.17-17
Proc. S. Passivo: Luiz Cláudio Marinho Martins/Outro(s)
Origem: DF/BH-4 - Belo Horizonte

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO - RESOLUÇÃO n° 3.166/01. Constatado o recolhimento a menor de ICMS, em face da apropriação de parcela de imposto não cobrada e não paga ao Estado de origem, decorrente de benefícios fiscais concedidos isoladamente, sem amparo em convênio celebrado no âmbito do CONFAZ, em desacordo com a regra estabelecida no parágrafo único do art. 1º e inciso I do art. 8º, ambos da Lei Complementar n° 24/75; e parágrafo único do art. 62 do RICMS/02 c/c a Resolução n° 3.166/01. Crédito tributário reformulado pelo Fisco. Legítimas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no inciso II do art. 56 e Multa Isolada prevista no inciso XXVI do art. 55, ambos da Lei n° 6.763/75. Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Da Autuação

O lançamento em exame refere-se ao aproveitamento indevido de créditos de ICMS pela Autuada, no período de abril de 2004 a dezembro de 2006, destacados em notas fiscais, cujos remetentes situam-se em outras unidades da Federação, beneficiários de incentivos fiscais não reconhecidos em convênios celebrados no âmbito do CONFAZ, portanto, em desacordo com a legislação tributária de regência do ICMS.

Após a recomposição da conta gráfica da empresa autuada apurou-se não recolhimento ou recolhimento a menor de ICMS no período de setembro a outubro de 2004; janeiro a abril e julho a dezembro de 2005 e janeiro a dezembro de 2006.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação prevista no inciso II do art. 56 da Lei n° 6.763 II e Multa Isolada capitulada no inciso XXVI do art. 55 da mesma lei.

O Fisco instruiu o processo com os seguintes documentos:

- Termo de Início da Ação Fiscal – TIAF (fls. 02);
- Auto de Infração – AI (fls. 03/05);
- Demonstrativo de Correção Monetária e Multas – DCMM (fls. 06/07);
- Relatório Fiscal (fls. 08/10);

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- Anexo I – Demonstrativo de Crédito Tributário (fls. 11/12);
- Anexo II – Demonstrativo de Apuração da Multa Isolada (fls. 12);
- Anexo III – Verificação Fiscal Analítica – Recomposição Conta Gráfica ICMS (fls. 13/15);
- Anexo IV – Demonstrativo do Crédito do ICMS a Estornar por Utilização em Desacordo com a Resolução 3166/01 (fls.16/170);
- Telas extraídas do SINTEGRA referentes dados cadastrais de empresas remetentes constando a atividade econômica das mesmas (fls. 172/226);
- Cópias do livro de Registro de Entradas, por amostragem (dezembro de 2005) (fls. 228/318);
- cópias do livro Registro de Apuração do ICMS (fls. 320/361);
- consultas de DAPI (fls. 363/398);
- cópias de Notas Fiscais de aquisição interestadual de mercadorias, por amostragem (fls. 400/498).

Da Impugnação

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por intermédio de seu procurador regularmente constituído, Impugnação de fls. 499/523, onde alega, preliminarmente, que o feito fiscal está baseado em presunção, pois a Fiscalização não cuidou de demonstrar, objetivamente, se os seus fornecedores, realmente aproveitaram algum benefício fiscal concedido pelo ente federado de origem.

Argumenta que a Fiscalização não realizou qualquer diligência para demonstrar o real e efetivo aproveitamento do benefício fiscal pelos seus fornecedores.

Requer a produção de prova pericial, apresentando quesitos e nomeando assistente técnico. E, alternativamente, pede que seja adotado neste processo o mesmo procedimento observado nos PTA's ns. 01.000149789.95 e 01.000154711.51, envolvendo as mesmas partes, nos quais os autos foram baixados em diligência para que a Impugnante pudesse obter junto a seus fornecedores a declaração de que estes não usufruíram do benefício fiscal apontado pela Fiscalização.

No mérito, a Impugnante argui, em suma, a ilegalidade e inconstitucionalidade das restrições impostas pela Resolução nº 3.166/01 e transcreve ementas de decisões do Supremo Tribunal Federal, que entende dar-lhe respaldo.

Sustenta que o Estado de destino não pode restringir o aproveitamento de crédito regularmente destacado em documento fiscal e que o Estado de Minas Gerais deveria ingressar com Ação Direta de Inconstitucionalidade contra os benefícios fiscais concedidos aos contribuintes de outros Estados da Federação sem amparo em convênio.

Identifica no Anexo IV do Auto de Infração, mediante trabalho desenvolvido por perito contábil, valores cobrados em duplicidade, utilização de base de cálculo divergente e apuração de notas fiscais com equívoco de demonstração.

Protesta pela apresentação completa do laudo pericial, em 45 (quarenta e cinco) dias, considerando que até aquele momento não teria sido possível concluí-lo.

Alega que as multas aplicadas mostram-se contrárias ao princípio da razoabilidade e têm caráter confiscatório. Também, argui a ilegalidade da taxa *Selic*.

Pede, ao final, a nulidade do lançamento fiscal pela ausência de comprovação dos fatos e, ainda:

- que a Fiscalização seja intimada a demonstrar quais os benefícios concedidos aos fornecedores dos entes de origem e seu efetivo aproveitamento;
- o deferimento da prova pericial;
- a improcedência do lançamento;
- que sejam excluídas ou reduzidas as multas aplicadas, com base no permissivo legal, e excluída a taxa *Selic* do cômputo dos juros moratórios.

Da Manifestação Fiscal

A Fiscalização, ao manifestar-se às fls. 606/623, acata as constatações apontadas no “Laudo Pericial Contábil” juntado pela Impugnante, no que tange à cobrança em duplicidade nos meses de novembro e dezembro de 2006 e à utilização de base de cálculo divergente da lançada no LRE, e procede à reformulação das exigências.

Esclarece que não ocorreu o estorno indevido de crédito apontado no laudo pericial, visto que se trata apenas da alíquota permitida, sem as casas decimais, que passou de 1.8% para 2% em função de arredondamento.

Quanto à alegada exclusão do item 8.1 da Resolução nº 3.166/01, pela revogação de decreto editado pelo Estado de São Paulo, diz que a Impugnante não observou que o benefício concedido foi apenas reposicionado naquele regulamento.

Em virtude dos equívocos apontados, a Fiscalização promove a conferência de todos os cálculos efetuados na planilha e reformula o crédito tributário, conforme demonstrativo inserido às fls. 609 e anexos I a IV de fls. 624/788.

Menciona a existência de autuações idênticas para as empresas do grupo – DMA Distribuidora S/A e Via Brasil Comércio e Indústria Ltda. – Autos de Infração nº 01.000149789.95, de 02.06.2005, 01.000154711.51, de 27.11.2006 e 01.000156576.02 de 13.09.2007.

Não concorda com a alegação da Autuada de que cabe à Fiscalização demonstrar a efetiva utilização pelos fornecedores dos benefícios fiscais concedidos pelo estado de origem e põe-se contrária à realização da prova pericial.

Cita decisão do CC/MG e dos tribunais que consideraram ilegítimos os créditos decorrentes de aquisições amparadas por benefícios fiscais irregularmente concedidos na origem.

Pede que seja julgado parcialmente procedente o lançamento, conforme reformulação efetuada às fls. 609 e anexos I a IV de fls. 624/788.

Da Instrução processual

É reaberto o prazo de 10 (dez) dias à Impugnante, que comparece aos autos alegando, em síntese, que a autuação carece de nova reformulação, uma vez que ainda subsistem irregularidades quando se contrapõe o lançamento ora impugnado e o texto da Resolução nº 3.166/01, conforme demonstrado na impugnação apresentada e no laudo pericial anexado.

Insiste que o art. 372 do Regulamento de São Paulo foi revogado e que a Fiscalização efetuou o lançamento, referente ao exercício de 2006, utilizando como parâmetro o item 8.1 da Resolução nº 3.166/01, sem observar este fato.

Protesta pela apresentação da versão completa e final do laudo até a data do julgamento e pede que a impugnação seja julgada procedente.

A Fiscalização manifesta-se novamente, às fls. 800/804, onde refuta a necessidade de nova reformulação com base no item 8.1 da Resolução nº 3.166/01, enfatizando, uma vez mais, que o dispositivo que previa o benefício foi apenas reposicionado no regulamento.

Diz que é meramente protelatório o pedido formulado pela Autuada, de concessão de prazo de 45 (quarenta e cinco) dias para apresentação da versão completa do laudo, pois até a data da sua segunda impugnação já havia transcorrido 3 (três) meses e nada foi acrescentado aos autos.

Reitera seu pedido anteriormente formulado.

Posteriormente, a Autuada junta às fls. 806/818 e 821 declarações de fornecedores e a Fiscalização, após examiná-las diz que são declarações de próprio punho dos fornecedores e que, por si só, não se prestam a elidir o feito, carecendo que se anexasse a elas outros documentos, como por exemplo, cópias das escriturações contábeis e fiscais, acompanhadas das cópias de comprovantes de recolhimento integral do ICMS com a ratificação do Fisco de origem, o que tornariam inquestionáveis as declarações citadas.

Destaca que, com exceção da declaração do Frigorífico Tangará, os demais fornecedores declarantes não possuem documentos fiscais relacionados ao estorno do crédito de ICMS, demonstrados no Anexo IV, fls. 634/786 dos autos. Portanto, não compõem o crédito tributário exigido na peça fiscal em questão.

Novamente a Autuada promove a juntada aos autos (fls. 843) de declaração de fornecedor e sobre ela a Fiscalização informa que não contém a identificação mínima do fornecedor e que apenas pela identificação do cartório, pode-se concluir que é contribuinte estabelecido no Município de Contagem, MG, quando as exigências são relativas a operações interestaduais.

Ressalta que a Defendente não observou que o fornecedor mineiro declarante não possui documentos fiscais relacionados ao estorno do crédito de ICMS nas operações interestaduais, demonstrados no Anexo IV, fls. 634/786 dos autos, não compondo assim, o crédito tributário exigido na peça fiscal em questão.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Mais uma vez a Autuada junta declarações de seus fornecedores de que não usufruíram de benefício fiscal apontado na Res. nº 3.166/01 (fls. 850/856).

A Fiscalização, por seu turno, informa que, excetuando-se a declaração do fornecedor Bom Charque Ltda., todas as outras foram feitas por contribuintes que não possuem documentos fiscais relacionados ao lançamento de que trata os autos.

A 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em sessão realizada no dia 26 de agosto de 2008, acordou, em preliminar, à unanimidade, em deferir requerimento de juntada de documentos apresentados por ocasião da sustentação oral. Também em preliminar, por maioria de votos, em exarar despacho interlocutório para que a Impugnante envidasse esforços, buscando juntar aos autos cópias autenticadas dos livros fiscais dos remetentes, de forma a comprovar a não utilização dos benefícios fiscais, conforme declarações juntadas aos autos, com vistas à Fiscalização, em seguida.

Novas declarações são trazidas aos autos e são juntadas cópias do livro Registro de Saídas do Frigorífico Tangará e são atendidos os pedidos de prorrogação de prazos, formulados pela Impugnante, para cumprimento do interlocutório.

Comparecendo aos autos (fls. 929/936), a Impugnante menciona a dificuldade de se produzir as provas, no caso dos autos, considerando a existência de fornecedores em várias unidades da Federação e requer a juntada no processo de cópias autenticadas de notas fiscais, alegando que tais documentos comprovam que os contribuintes deram saída aos produtos mediante a aplicação de alíquota cheia.

Junta laudo pericial (1228/1245) que aponta que o trabalho fiscal apresentaria equívocos, posto que teria efetuado a glosa de créditos de ICMS, a partir 01/01/06, quando a carga tributária teria observado o Convênio CONFAZ nº 89/05; e que os itens 5.2, 8.1 e 8.2 da Res. nº 3.166/01 encontram suporte em legislação revogada.

Constam nos autos mais dois protocolos de documentos, que são cópias de livro Registro Saídas da Sadia S/A e Produtora de Charque Rosarial Ltda., oportunidade em que a Impugnante pede a exclusão dos valores relacionados às notas fiscais emitidas por estes contribuintes (fls. 1248/1249).

Em sua manifestação (fls. 1539/1543) a Fiscalização reitera seus argumentos sobre as declarações trazidas e ressalta as dilações de prazos processuais para juntada e documentos e que, apesar disto, os documentos trazidos foram ineficazes para comprovar as alegações da Autuada.

Argumenta que as cópias das notas fiscais e o registro no livro Registro de Saídas não têm força probante para elidir o crédito tributário e que em momento algum foram apresentados quaisquer documentos com a ratificação do Fisco de origem.

Diz que não procedem as alegações pertinentes à revogação dos itens 5.2, 8.1 e 8.2 da Res. nº 3.166/01. Acresce que são insubsistentes os argumentos de crédito aproveitado em observância do Convênio Confaz nº 89/05, a partir de 01/01/06, pois o crédito que está sendo glosado refere-se à parcela resultante da diferença entre os 7% destacados e o efetivamente aproveitado em função de benefício fiscal concedido indevidamente.

Destaca que, apesar da declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 13.212/01 e seu efeito *ex tunc*, os contribuintes alcançados pela previsão contida naquela norma usufruíram dos benefícios até o trânsito em julgado da ADIN. E, por seu turno, a Contribuinte não trouxe aos autos nenhuma prova em contrário.

Reitera que para toda a documentação anexada, não restou comprovado recolhimento integral do imposto na origem.

Pede pela procedência parcial do lançamento nos termos da reformulação efetuada às fls. 609 e 624/788

DECISÃO

1. Das Preliminares

1.1– Da Arguição de Nulidade

Preliminarmente, requer a defesa o acolhimento da arguição de nulidade do lançamento sob o fundamento de que o trabalho fiscal realizado estaria calcado somente em presunção.

Contudo, conforme se verifica, a preliminar arguida pela Impugnante é, também, questão de mérito, pois se discute ali, em sede meritória a legitimidade da presunção fiscal em face da Resolução nº 3166/01.

Assim, considerando que o tema em referência será discutido no mérito do trabalho, rejeita-se a prefacial arguida.

1.2 – Da Prova Pericial

A Impugnante pretende a realização de prova pericial para que o perito demonstre quais os benefícios fiscais concedidos pelos Estados de origem a cada um dos fornecedores listados no Anexo IV do Auto de Infração, relativamente a cada nota fiscal ali discriminada e para demonstrar se os remetentes das mercadorias usufruíram dos benefícios fiscais arguidos na peça fiscal.

Todavia, o Anexo IV retrocitado já menciona o período de referência, o item da Resolução nº 3.166/01 a que se refere o benefício, a unidade da Federação, o CNPJ do remetente, o nº da nota fiscal, a data de emissão, a descrição da mercadoria, o valor da base de cálculo, o valor do ICMS aproveitado, a alíquota utilizada, a alíquota permitida, o ICMS calculado e o valor do estorno.

Por outro lado, considerando-se os pressupostos constitucionais e legais relacionados à matéria e tendo em vista a legislação em vigor na data das operações, nos Estados de origem dos fornecedores, conclui-se que o ônus da prova, neste caso, é da Impugnante.

Caberia à Defendente comprovar que os remetentes das mercadorias não usufruíram dos benefícios fiscais concedidos pelos seus Estados de origem e isto não foi feito. Apesar dos prazos concedidos à Autuada e das suas dilações, não foram trazidos aos autos documentos que comprovem a não fruição dos benefícios concedidos unilateralmente.

Por estas razões, indefere-se o pedido de perícia.

Do Mérito

Conforme detalhado no relatório acima, a autuação versa sobre apropriação indevida de créditos de ICMS, em face de concessão de benefício irregular pelo Estado de origem, concedido sem respaldo em acordo celebrado no âmbito do CONFAZ.

De acordo com o Relatório Fiscal de fls. 08/10, a irregularidade foi apurada mediante conferência de livros, documentos fiscais e arquivos eletrônicos entregues pela Autuada, por meio do Sistema Integrado de Informações sobre Operações Interestaduais com Mercadorias e Serviços – SINTEGRA e foi feita a recomposição da conta gráfica (fls. 13/15).

O crédito estornado, em razão de benefícios fiscais concedidos unilateralmente, sem aquiescência do CONFAZ e explicitados na Resolução nº 3.166/01, pelas unidades da Federação dos emitentes das notas fiscais encontra-se detalhado no Anexo IV (fls. 16/170), posteriormente reformulado às fls. 634/786.

As operações em questão estão inseridas em diversos itens da Resolução nº 3.166/01 e estão descritas no Anexo IV, já citado, tendo sido os benefícios fiscais concedidos à revelia de convênio, motivo pelo qual o crédito é admitido apenas na proporção em que o imposto foi recolhido.

Desta forma, o lançamento refere-se ao crédito aproveitado indevidamente e na cobrança das multas cabíveis e seus consectários legais.

A forma utilizada pelos Estados de origem das mercadorias para conceder os benefícios fiscais a que se refere o Anexo Único da Resolução nº 3.166/01, contraria normas estabelecidas pela Constituição Federal, que determina que a concessão de benefícios fiscais deva ser deliberada entre os Estados-membros, conforme art. 155, inc. II, § 2º, inc. XII, "g", *in verbis*:

Art. 155 - Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

(...)

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

(...)

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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Importante destacar que a lei complementar constitui meio apropriado para regulamentação dos ditames constitucionais, atribuição esta que lhe foi conferida pela própria Constituição, conforme se constata.

O art. 155, § 2º, inciso XII, da CF/88 confere várias atribuições à lei complementar:

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.

A Lei Complementar nº 24, de 07/01/75 (LC nº 24/75), dispõe sobre a necessidade de convênios para concessão de quaisquer incentivos ou favores fiscais ou financeiro-fiscais. Examine:

Lei Complementar nº. 24/75.

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:

I - à redução da base de cálculo;

II - à devolução total ou parcial, direta ou indireta, condicionada ou não, do tributo, ao contribuinte, a responsável ou a terceiros;

III - à concessão de créditos presumidos;

IV - a 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, dos respectivos ônus. Assim, as Unidades da Federação de origem das mercadorias, ao beneficiarem seus contribuintes com incentivos fiscais não ratificados entre os Estados, infringiram normas disciplinadoras do ICMS, tornando nulo o ato dos benefícios fiscais e ineficaz o aproveitamento do crédito pelo estabelecimento adquirente das mercadorias, conforme determinação contida na citada lei complementar:

(.....)

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.

Por sua vez, a Lei nº 6763/75 assim dispõe sobre a matéria:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Lei nº 6.763/75:

Art. 5º - O Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS - tem como fato gerador as operações relativas à circulação de mercadorias e às prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

(...)

Art. 28 - 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 Estado ou outra unidade da Federação.

(...)

§ 5º - Na hipótese do caput, não se considera cobrado, ainda que destacado em documento fiscal, o montante do imposto que corresponder a vantagem econômica decorrente de 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.

Estes mandamentos encontram-se contemplados no RICMS/02:

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.

A Resolução nº 3.166/01, norma operacional que orienta o Fisco e os contribuintes, para dar cumprimento ao art. 62, § 2º, retrocitado, disciplina em seu art. 1º a forma em que será admitido o crédito, *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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

A Impugnante questiona a legitimidade da Resolução nº 3166/01. Todavia, pode-se ver, que a elaboração da referida resolução se deu em cumprimento de determinação expressa do Regulamento do ICMS mineiro, porém, seu verdadeiro fundamento de validade é a própria lei complementar acima mencionada, de onde deve ser extraída sua legitimidade como instrumento de controle administrativo adotado pelo Estado de Minas Gerais em defesa de seus interesses arrecadatários, evitando assim suportar, via créditos de ICMS ilegítimos (ainda que destacados em documentação fiscal), os efeitos decorrentes de benefícios inconstitucionalmente concedidos por outros Estados a seus contribuintes.

Importante destacar que o Supremo Tribunal Federal, analisando norma de igual conteúdo jurídico, o comunicado CAT 36/04, editado pela Secretaria de Estado de Fazenda de São Paulo, decisão monocrática do Ministro Gilmar Mendes, entendeu que o referido comunicado é um ato administrativo despido de normatividade, ou seja, não é ato normativo autônomo, geral e abstrato e, portanto, não pode ser submetido à análise abstrata de sua constitucionalidade, conforme jurisprudência do STF, negando provimento à Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.350-6/SP.

O Ministro Gilmar Mendes deixou consignado:

Decido. A presente ação direta de inconstitucionalidade não merece ser conhecida. Com efeito, o Comunicado CAT-36/2004, da Coordenadoria de Administração Tributária do Estado de São Paulo, constitui mero ato administrativo despido de normatividade, isto é, não é ato normativo autônomo, geral e abstrato e, portanto, não pode ser submetido à fiscalização abstrata de sua constitucionalidade, conforme a consolidada jurisprudência desta Corte (ADI nº 2.626/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 5.3.2004; ADI nº 2.714/DF, Rel. Min. Mauricio Corrêa, DJ 27.2.2004; ADI nº 2.387/DF, [...]).

No preâmbulo do CAT-36/2004, está expresso que se trata de ato amparado diretamente em normas legais, especificamente, no art. 36, § 3º, da Lei Estadual 6.374, de 1º de março de 1989, e nos arts. 1º e 8º, I, da Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, e apenas indiretamente nas normas constitucionais dos arts. 155, § 2º, I e XII, "g" e 170, IV, da Constituição Federal.

Ademais, o referido comunicado, como explica a Coordenadoria de Administração Tributária do Estado de São Paulo, tem por escopo unicamente prestar

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

esclarecimentos aos contribuintes paulistas, assim como traçar orientações para a atuação dos agentes fiscais de renda do Estado de São Paulo, estando, portanto, desvestido de normatividade suficiente para figurar como objeto de controle abstrato de constitucionalidade.

Ante o exposto, nego seguimento à presente ação direta de inconstitucionalidade (art. 21, § 1o, RISTF). Publique-se. Brasília, 3 de fevereiro de 2006. Ministro GILMAR MENDES Relator

Por outro lado, 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 abaixo transcrito:

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, 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.

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).

O regulamento do ICMS mineiro prescreve, expressamente, no inciso VI do art. 71, que o imposto creditado e não cobrado na origem deve ser estornado:

Art. 71 - O contribuinte deverá efetuar o estorno do imposto creditado sempre que o serviço tomado ou a mercadoria ou o bem entrado no estabelecimento:

(...)

VI - tiverem o imposto destacado na documentação fiscal não cobrado na origem, conforme disposto no § 1º do artigo 62 deste Regulamento.

A Impugnante alega a precariedade do levantamento fiscal pela falta de provas, uma vez que a Fiscalização não apurou e/ou comprovou que os remetentes fruíram do benefício.

No entanto, poderia a Impugnante ter provado que o imposto destacado nos documentos fiscais foi o efetivamente cobrado pelos Estados de origem.

Neste sentido, do relatório acima descrito, pode-se verificar as medidas tomadas pela Câmara de Julgamento, com a finalidade de trazer mais informações para os autos, buscando a verdade material e a concessão de todos os prazos requeridos pela Impugnante para a produção das provas necessárias.

Todavia, os documentos apresentados pela Autuada, quais sejam, declarações dos remetentes, em alguns casos, acompanhadas dos livros Registro de Saída, não são suficientes para elidir o feito fiscal e se mostra, assim, correta a utilização pela Fiscalização da presunção relativa veiculada pela Resolução nº 3.166/01.

Não obstante, a Fiscalização reformulou parcialmente as exigências, às fls. 609 e 624/788, considerando os equívocos apontados pela Impugnante no “Laudo Pericial Contábil” que anexou, naquilo que lhe assistia razão.

Quanto ao laudo juntado às fls. 1228/1245, que aponta equívocos no trabalho fiscal, relacionados à glosa de créditos de ICMS, a partir 01/01/06, sob o argumento de que a carga tributária teria observado o Convênio CONFAZ nº 89/05 e,

também, que os itens 5.2, 8.1 e 8.2 da Resolução nº 3.166/01 estariam amparados em legislação revogada, verifica-se que não procedem tais argumentos.

Com efeito, a Fiscalização demonstrou que os dispositivos pertinentes aos itens mencionados, foram tão somente reposicionados nos decretos editados pelos Estados de origem.

Da mesma forma são insubsistentes os argumentos de crédito aproveitado em observância do Convênio Confaz nº 89/05, a partir de 01/01/06, pois o crédito que está sendo glosado refere-se à parcela resultante da diferença entre os 7% destacados e o efetivamente aproveitado em função de benefício fiscal concedido indevidamente.

No que tange à multa isolada aplicada, destaca-se a perfeita sincronia entre o tipo nela descrito e a imputação fiscal.

Com relação ao pedido de cancelamento ou redução das penalidades, nos termos do art. 53, § 3º da Lei nº 6763/75, o benefício não pode ser aplicado ao caso presente, tendo em vista o disposto no § 5º, item 5 do artigo supracitado:

Art. 53

(...)

§ 3º- A multa por descumprimento de obrigação acessória pode ser reduzida ou cancelada por decisão do órgão julgador administrativo, desde que esta não seja tomada pelo voto de qualidade e que seja observado o disposto nos §§ 5º e 6º deste artigo.

§ 5º - O disposto no § 3º não se aplica aos casos: 5) de aproveitamento indevido de crédito; (grifou-se).

No tocante às arguições do caráter confiscatório e da falta de razoabilidade das multas aplicadas, ressalta-se que não se inclui na competência do Órgão Julgador a negativa de lei, decreto ou ato normativo, conforme o disposto no art. 182 da Lei nº 6.763/75, abaixo transcrito, e no art. 105 do Regulamento do Processo e Procedimentos Tributários Administrativos, aprovado pelo Decreto nº 44.747, de 03/03/08 (RPTA), com igual redação:

Lei nº 6.763/75

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

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

(...).

Quanto à alegação de ilegalidade na aplicação da Taxa *Selic*, ressalta-se que a cobrança de juros de mora está prevista no art. 226, da Lei nº 6.763/75, disciplinada pela Resolução da Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais nº 2.880 de 13/10/97.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Estabelece a resolução mencionada que os créditos tributários, quando não pagos nos prazos previstos em legislação específica, serão acrescidos de multa e juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC), estabelecida pelo Banco Central do Brasil.

Lei nº 6.763/75

Art. 226 - Sobre os débitos decorrentes do não-recolhimento de tributo e multa nos prazos fixados na legislação, incidirão juros de mora, calculados do dia em que o débito deveria ter sido pago até o dia anterior ao de seu efetivo pagamento, com base no critério adotado para cobrança dos débitos fiscais federais.

Resolução 2.880/97

Art. 1º - Os créditos tributários, cujos vencimentos ocorrerão a partir de 1º de janeiro de 1998, serão expressos em reais e, quando não pagos nos prazos previstos em legislação específica, acrescidos de multa e de juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC), estabelecida pelo Banco Central do Brasil.

Corretas, portanto, as exigências fiscais referentes ao ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVI, ambos da Lei nº 6.763/75, após a reformulação efetuada pela Fiscalização às fls. 609 e anexos I a IV de fls. 624/788.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do Auto de Infração. Também em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. No mérito, também à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco às fls. 609 e 624/788. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Henrique Machado Rodrigues de Azevedo e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Célio Lopes Kalume. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Edécio José Cançado Ferreira (Revisor) e Luciana Mundim de Mattos Paixão.

Sala das Sessões, 16 de março de 2010.

Mauro Heleno Galvão
Presidente

Maria de Lourdes Medeiros
Relatora