

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.655/10/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000163887-29
Impugnação: 40.010126824-38
Impugnante: Stoque Mercantil Ltda
IE: 702482834.00-00
Proc. S. Passivo: Mônica Rosa Pereira/Outro(s)
Origem: DF/Uberlândia

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO - RESOLUÇÃO 3.166/01 - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - RECOLHIMENTO ICMS/ST A MENOR. Constatado recolhimento a menor de ICMS/ST em virtude de utilização, na apuração do imposto, pelo fornecedor de outro Estado, de crédito do imposto não cobrado na origem, devido a benefício fiscal concedido sem amparo em convênios celebrados no âmbito do CONFAZ. Procedimento fiscal respaldado no art. 155 da Constituição Federal, § 2º, inc. XII, alínea "g" e arts. 1º, parágrafo único e 8º, inc. I, ambos da Lei Complementar nº 24/75. Crédito vedado nos termos no art. 62, § 1º do RICMS/02 e Resolução nº 3.166/01. Corretas as exigências de ICMS-ST e Multa de Revalidação em dobro prevista no art. 56, inc. II, § 2º, inc. II da Lei nº 6.763/75. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Da Autuação

A autuação versa sobre recolhimento a menor de ICMS/ST, constatado em auditoria fiscal na escrituração do Autuado, especificamente nas notas fiscais de aquisições efetuadas no Estado de São Paulo, em virtude de apuração incorreta do imposto, uma vez que o remetente das mercadorias utilizou, no cálculo do imposto a ser recolhido por substituição tributária, crédito do imposto à alíquota de 12% (doze por cento). O remetente das mercadorias é usufrutuário de benefício fiscal concedido sem amparo em convênios celebrados no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ, listado no item 8.3 da Resolução SEF nº 3.166/01, sendo o crédito do imposto vedado nos termos no art. 62, § 1º do RICMS/02. Procedimento fiscal respaldado no art. 155 da Constituição Federal, § 2º, XII, alínea "g" do inc. XII e arts. 1º, parágrafo único e 8º, inc. I, ambos da Lei Complementar nº 24/75.

Exige-se ICMS-ST e Multa de Revalidação em dobro prevista no art. 56, inc. II, § 2º, inc. II da Lei nº 6.763/75.

O Fisco instruiu o processo com o Auto de Início da Ação Fiscal – AIAF (fls. 02); Auto de Infração – AI (fls. 03/04); Demonstrativo de Correção Monetária e Multas – DCMM (fls. 05); Relatório Fiscal (fls. 06/08); Relação das notas fiscais com o

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ICMS/ST recolhido a menor (fls. 09/11 e 73/74) e cópias das notas fiscais objeto da autuação com recolhimentos parciais do ICMS/ST (fls. 12/72 e 75/138).

Da Impugnação

Inconformado, o Autuado apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 142/156, alegando resumidamente que:

- parte da capitulação legal, § 18 do art. 22 do RICMS/ 02 e o inc. XVIII do art. 96 do mesmo diploma, presentes no AI foram colocados de forma errônea, acarretando cerceamento do exercício da ampla defesa e, conseqüentemente, nulidade do lançamento do crédito tributário;

- a responsabilidade pelos cálculos e recolhimentos inerentes ao ICMS/ST é da Remetente, Sakura Nakya Alimentos Ltda, que os realizou utilizando corretamente a MVA e alíquota de 12% (doze por cento) deduzindo o imposto referente às suas operações próprias, destacado nos documentos fiscais que acobertaram as operações;

- o ICMS por ser um tributo plurifásico e não cumulativo, compensa-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias com o montante destacado na anterior. Assim sendo, o procedimento da Remetente coaduna-se com o disposto na Carta Magna pelo princípio da não cumulatividade e que o creditamento é pelo total destacado;

- não é de sua competência fiscalizar o que ocorre dentro dos limites territoriais de outros Estados Federados e destaca que o art. 155 da Constituição Federal é claro quando excepciona os casos de isenção e não incidência para a vedação do crédito do imposto na compensação com as operações/prestações seguintes;

- por não conhecerem bem a legislação do Estado de São Paulo, as autoridades lançadoras do crédito tributário abordaram o tema como suposta compensação indevida do ICMS destacado. Como não houve a indicação de dispositivos legais da legislação paulista, o contencioso foi frustrado na tentativa de formulação de defesa mais vigorosa e mais contundente, violando o direito a ampla defesa (inc. LV do art. 5 da CF) e implicando a nulidade da exação;

- não pode ser alcançado pela Resolução nº 3.166/01 em virtude do princípio da não cumulatividade postulado na Carta da República. Além disso, é ilícito ao Estado destinatário de mercadorias se locupletar indevidamente do ICMS, mercê dos créditos legítimos concedidos pelos Estados de origem;

- a alíquota aplicada de 12% (doze por cento) é a correta; o ICMS apropriado é o coincidente com o destacado nos documentos; as notas fiscais acobertadoras das aquisições das mercadorias possuem todos os requisitos legais exigidos, são autênticas e idôneas; por tudo isto, a conduta do remetente não padece de mal algum.

Solicita seja julgada procedente a Impugnação, com a conseqüente determinação do cancelamento do Auto de Infração. Protesta por provar o alegado por todos os meios em direito admitidos, especialmente através da realização de diligência fiscal interlocutória com o concurso de Agentes Fiscais da SEFAZ-SP capazes de dar as explicações inerentes, perícia e juntada de documentos.

Da Manifestação Fiscal

O Fisco, em manifestação de fls. 166/177, refuta as alegações da defesa, argumentando sinteticamente o que se segue.

A capitulação legal apresentada na Peça Fiscal realmente apresentou um erro material. Durante a digitação, equivocadamente, foi elencado o inc. XVIII do art. 96 do RICMS quando na verdade devia-se constar o inc. XVII, como demonstrado claramente no Relatório Fiscal anexo ao Auto de Infração (fls. 06). No que se refere ao § 18 do art. 22 do Regulamento, o dispositivo nunca existiu e a previsão legal para o assunto consta no Anexo XV do RICMS/02.

O erro material acima não alterou em nada a narrativa dos fatos e muito menos influenciou a exigência do crédito tributário, pois o que foi detectado foram operações envolvendo substituição tributária que, em virtude de benefício fiscal concedido fora do âmbito do CONFAZ, acarretaram recolhimento a menor do imposto devido. Transcreve o art. 15 do anexo XV; os inc. IX e XIII do art. 16 da Lei 6.763/75; o art. 149 do CTN; e arts. 89 e 92 do RPTA, através dos quais se extrai a essência do trabalho fiscal.

Pela análise dos dispositivos citados, embora haja uma incorreção por parte da capitulação, esta se deu pelo excesso e não pela falta. Os dispositivos infringidos pelo Autuado estão muito claros e a exigência do ICMS/ST, assim como a aplicação das penalidades, estão dentro da estrita legalidade.

Não procede a alegação de que pela incorreção nos dispositivos mencionados ocorreu o cerceamento de defesa ampla, pois o Autuado foi validamente citado no processo e teve acesso a todos os documentos utilizados para a realização do trabalho, documentos os quais lhe foram fornecidos. Teve também o Autuado o tempo e a oportunidade para produzir provas no sentido de impugnar o presente trabalho e, antes mesmo da lavratura do AI, usufruiu da possibilidade de se denunciar.

Assim sendo, não cometeu nenhum excesso de exação no momento da lavratura do AI, apenas exigiu aquilo que é permitido na Legislação Estadual, razão pela qual requer seja julgada improcedente a preliminar de nulidade.

O que se discute nesse momento não é o princípio da não cumulatividade, pois o assunto já está pacificado tanto no Conselho de Contribuintes quanto nos Tribunais espalhados pelas Unidades de Federação. Tem-se aqui operações envolvendo mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária que são oriundas de contribuinte inscrito em São Paulo, com retenção e recolhimento do imposto a menor do que deveria, em virtude de benefício fiscal, na modalidade de crédito presumido, concedido unilateralmente por aquele Estado, afrontando o disposto na Magna Carta e na legislação pátria Complementar. Transcreve art. 150 e 155 da Constituição Federal.

Pela análise dos dispositivos citados tem-se que o Estado de São Paulo, ao conceder o benefício fiscal na modalidade de crédito presumido, infringiu os institutos normativos vigentes. Ciente desse fato, o Estado de Minas Gerais ampliou a Resolução nº 3.166 de 11/07/01 com o objetivo de alcançar também tais operações. Transcreve art. 1º e item 8, da citada Resolução.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Não procede então, após quase dez anos de vigência da Resolução nº 3.166/01, a alegação do Autuado de que desconhece tal dispositivo ou que ele fere os princípios constitucionais, incluindo o da não cumulatividade do ICMS. Esse instituto coaduna com todos aqueles elencados em nossa Constituição no que se refere à concessão unilateral de benefícios fiscais, tais como a isonomia, livre concorrência entre outros.

É inaceitável também a propositura do Autuado de que a Resolução nº 3.166/01 não o alcança, pois não seria lícito ao Estado destinatário de mercadorias se locupletar indevidamente do ICMS, mercê dos créditos legítimos concedidos pelos Estados de origem. Cabe observar que os chamados créditos legítimos, na verdade não o são, principalmente em virtude do demonstrado anteriormente. Naturalmente que esse locupletamento não seria por parte do Estado de destino, mas sim pelos interessados naqueles negócios jurídicos, pois, beneficiados por incentivos fiscais concedidos à margem da legislação pertinente e vigente, criam vantagens sobre os concorrentes, não permitindo assim o desenvolvimento de uma sociedade igualitária e justa.

Quanto à responsabilidade do Impugnante em relação à diferença no cálculo do ICMS-ST, não há dúvidas de que ela também está prevista na legislação como demonstrada alhures e em conformidade com o art. 128 e 131 do CTN e art. 15 do Anexo XV do RICMS/02.

Em relação à competência do Autuado em fiscalizar o que ocorre dentro dos limites territoriais de outros Estados Federados, é claro que esse é seu dever, pois a partir do momento que decide efetuar negócios jurídicos além dos limites administrativos do Estado de Minas Gerais, faz-se necessário conhecer bem não só a legislação interna, mas a de todas as outras Unidades da Federação, principalmente em virtude da responsabilidade e da solidariedade tributária.

Nesse sentido, não cabe ao Fisco Mineiro indicar dispositivos da Legislação Paulista que os envolvidos no negócio jurídico tenham infringido, pois, nenhum deles incorreu em infrações à Legislação Paulista e sim à Mineira. Quanto aos dispositivos suscitados, eles estão presentes nessa peça fiscal e muito bem caracterizados.

Não há que se falar em frustração de tentativa de formulação de defesa mais vigorosa e mais contundente, uma vez que a legislação infringida está disponível no sítio da Secretaria de Fazenda do Estado de Minas Gerais de forma pública e acessível a todos. E ainda que o Autuado não tivesse condições de acesso à grande rede de comunicação (internet), poderia se dirigir ao atendimento a contribuintes ou tirar suas dúvidas pelo plantão fiscal, obtendo acesso a todas as informações necessárias.

Diante do exposto, requer o Fisco seja julgado procedente o lançamento. Além disso, opina pela improcedência do pedido de diligência fiscal interlocutória com o concurso de Agentes Fiscais da SEFAZ-SP e perícia, pois acredita possuir somente caráter protelatório.

DECISÃO

Da Preliminar

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Não procedem as alegações de nulidade do Auto de Infração, pois o mesmo contém todos os elementos necessários para que se determine, com segurança, a natureza das infrações. A citação dos dispositivos infringidos e das penalidades está correta, foram observados todos os requisitos formais e materiais necessários para a atividade de lançamento previstos nos arts. 85 a 94 do RPTA/MG, aprovado pelo Decreto nº 44.747, de 03/03/08, combinados com o art. 142 de CTN, não tendo procedência a arguição de nulidade do presente AI. O PTA encontra-se totalmente embasado, trazendo as infrações cometidas, provas das mesmas e as penalidades aplicadas.

Do Mérito

Versa o presente contencioso sobre recolhimento a menor de ICMS/ST, constatado em auditoria fiscal na escrituração do Autuado, especificamente nas notas fiscais de aquisições efetuadas no Estado de São Paulo, em virtude de apuração incorreta do imposto, uma vez que o remetente das mercadorias utilizou, no cálculo do imposto a ser recolhido por substituição tributária, crédito do imposto à alíquota de 12% (doze por cento). O remetente das mercadorias é usufrutuário de benefício fiscal concedido sem amparo em convênios celebrados no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ, listado no item 8.3 da Resolução nº 3.166/01, sendo o crédito do imposto vedado nos termos no art. 62, § 1º do RICMS/02. O procedimento fiscal está respaldado no art. 155 da Constituição Federal, § 2º, XII, alínea "g" do inc. XII e arts. 1º, parágrafo único e 8º, inc. I, ambos da Lei Complementar nº 24/75.

A responsabilidade do destinatário mineiro está prevista no Regulamento do ICMS em seu Anexo XV, art. 15:

Art. 15 - O estabelecimento destinatário de mercadoria relacionada na Parte 2 deste Anexo, inclusive o varejista, é responsável pelo imposto devido a este Estado a título de substituição tributária, quando o alienante ou o remetente, sujeito passivo por substituição, não efetuar a retenção ou efetuar retenção a menor do imposto.

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

Art. 155 (omissis)

(...)

§ 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:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 24/75, recepcionada pela Constituição Federal de 1988, 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.

(...)

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 §§ 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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 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 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 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.

Importante destacar que o princípio da não cumulatividade não foi alterado por resolução estadual, pois a referida norma estadual de caráter meramente operacional não inova no mundo jurídico, apenas orienta o Fisco e os contribuintes relativamente aos benefícios fiscais concedidos sem edição de Convênio, obrigatório nos estritos termos da Constituição Federal, acima transcrita.

A lei complementar constitui meio apropriado para regulamentação dos ditames constitucionais, atribuição esta que lhe foi conferida pela própria Constituição.

Então a não cumulatividade do ICMS, prevista no dispositivo constitucional transcrito acima, se opera através da compensação do imposto devido em cada operação com aquele cobrado na operação antecedente. Assim, se alguma parcela do ICMS deixou de ser cobrada pelo Estado de origem da mercadoria, em função de incentivo/benefício fiscal, não pode esta parcela ser compensada em operações posteriores.

Neste sentido já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal:

“O CREDITAMENTO DO ICMS, SEGUNDO O PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE, DEVE CORRESPONDER AO VALOR EFETIVAMENTE PAGO PELO CONTRIBUINTE NA AQUISIÇÃO DA MERCADORIA”

(STF, RTJ, 155:284)

Como se depreende do texto acima, é necessário que o ICMS destacado nos documentos fiscais tenha sido cobrado na origem, exigência contida na legislação

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

estadual, precisamente no art. 71, inciso VI, Parte Geral do RICMS/02, transcrito abaixo:

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

(...)

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

A Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça – STJ, em análise ao REsp 925794/MG, de 14/04/09, decidiu:

RESP 925794 / MG RECURSO ESPECIAL 2007/0004370-8

TRIBUTÁRIO - ICMS - VEDAÇÃO A CREDITAMENTO - AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS OU SERVIÇOS OBJETO DE INCENTIVOS FISCAIS ILEGÍTIMOS -POSSIBILIDADE - RECURSO ESPECIAL - CABIMENTO PELA ALÍNEA "B".

1. INVIÁVEL O CONHECIMENTO DE RECURSO ESPECIAL PELA ALÍNEA "B" DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL SE O TRIBUNAL LOCAL NÃO VALIDA A LEGISLAÇÃO LOCAL EM DETRIMENTO DA LEGISLAÇÃO FEDERAL.

2. NÃO OFENDE O ART. 19 DA LEI COMPLEMENTAR 87/96 ATO DE GOVERNO LOCAL (ARTS. 62, § 1º E 71, VI DO RICMS/MG) QUE RESTRINGE O CREDITAMENTO DE ICMS INCIDENTE SOBRE OPERAÇÕES INTERESTADUAIS COM BENS OU SERVIÇOS OBJETO DE INCENTIVO FISCAL CONCEDIDO EM VIOLAÇÃO ÀS DISPOSIÇÕES DA LEI COMPLEMENTAR 24/75. (GRIFO NOSSO).

3. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E, NESSA PARTE, NÃO PROVIDO.

Quanto à suposta inconstitucionalidade da Resolução nº 3.166/01, 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE (ADI Nº 2.626/DF, REL. MIN. SYDNEY SANCHES, DJ 5.3.2004; ADI Nº 2.714/DF, REL. MIN. MAURÍCIO CORRÊA, DJ 27.2.2004; ADI Nº 2.387/DF, [...]).

NO PREÂMBULO DO CAT-36/2004, ESTÁ EXPRESSO QUE SE TRATA SE ATO AMPARADO DIRETAMENTE EM NORMAS LEGAIS, ESPECIFICAMENTE, NO ART. 36, § 30, DA LEI ESTADUAL 6.374, DE 10 DE MARÇO DE 1989, E NOS ARTS. 10 E 80, I, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 24, DE 7 DE JANEIRO DE 1975, E APENAS INDIRETAMENTE NAS NORMAS CONSTITUCIONAIS DOS ARTS. 155, § 20, 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 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, § 10, 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 PRODICALIZAÇÃO 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).

Assim, o Estado de São Paulo, 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 o aproveitamento do crédito pelo estabelecimento adquirente da mercadoria objeto da operação regulada pelo benefício indevidamente concedido, o que torna correto o procedimento fiscal.

Desse modo, o contribuinte paulista, ao apurar ICMS/ST a ser retido para o Estado de Minas Gerais, não pode abater como crédito de imposto relativo à operação própria imposto não cobrado na origem, por vedação expressa do RICMS/02, art. 62, § 1º, dispositivo este respaldado no art. 155 da Constituição Federal, § 2º, inc. XII, alínea "g" e arts. 1º, parágrafo único e 8º, inc. I, ambos da Lei Complementar nº 24/75.

Corretas, portanto, as exigências fiscais referentes ao ICMS-ST e à Multa de Revalidação em dobro prevista no art. 56, inc. II, § 2º, inc. II da Lei nº 6.763/75.

Ao final da sua peça impugnatória, o Impugnante protesta pela produção de provas, inclusive realização de perícia, sem apresentação de quesitos (fls. 156). Todavia, tal pleito foi ignorado, visto que a indicação de quesitos pertinentes é condição essencial à apreciação desse instrumento de prova, conforme estabelece o art. 142, § 1º, inc. I, do RPTA/MG.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. No

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

mérito, também à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Sauro Henrique de Almeida (Revisor) e Luiz Fernando Castro Trópia.

Sala das Sessões, 23 de junho de 2010.

Roberto Nogueira Lima
Presidente

René de Oliveira e Sousa Júnior
Relator

CC/MIG