

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 3.634/10/CE Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000162917-84
Recurso de Revisão: 40.060127843-75
Recorrente: Fazenda Pública Estadual
Recorrida: Athos Farma Sudeste S.A
IE: 062778912.01-90
Proc. S. Passivo: Adriana Regina Leão de Souza Souto/Outro(s)
Origem: DF/Belo Horizonte - DF/BH-4

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - MEDICAMENTOS/PRODUTOS FARMACÊUTICOS - RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS/ST – CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO - BENEFÍCIO FISCAL SEM CONVÊNIO - RESOLUÇÃO N.º 3.166/01. Constatou-se recolhimento a menor do ICMS/ST em decorrência da dedução do imposto relativo à operação própria do remetente que não foi cobrado e pago pelos remetentes às Unidades da Federação de origem, em razão de benefício fiscal que lhes fora concedido unilateralmente, sem aquiescência do CONFAZ, em desrespeito à Lei Complementar n.º 24/75. Corretas as exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação, capitulada no art. 56, inciso II da Lei n.º 6.763/75. Contudo, a Multa Isolada prevista no inciso XXVI do art. 55 da Lei n.º 6.763/75 não é aplicável à espécie, devendo ser mantida sua exclusão na forma da decisão recorrida. Recurso não conhecido. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

Da Autuação

Versa o presente lançamento acerca da imputação fiscal de recolhimento a menor do ICMS devido por substituição tributária, no período de 1º de janeiro a 31 de dezembro de 2007, em face do aproveitamento indevido do total dos créditos de ICMS que, apesar de destacados em notas fiscais de mercadorias recebidas em transferência de outros estabelecimentos da mesma empresa, não foram recolhidos integralmente na origem, em função de benefícios concedidos nos estados do Espírito Santo, Rio de Janeiro e Distrito Federal, em desacordo com a legislação de regência do ICMS.

Exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação e Multa Isolada, ambas previstas na Lei n.º 6.763/75, respectivamente, nos arts. 56, inciso II e 55, inciso XXVI.

Da Decisão Recorrida

Em decisão consubstanciada no Acórdão n.º 18.767/10/2ª (fls. 488/500), por maioria de votos, a 2ª Câmara de Julgamento, julgou parcialmente procedente o lançamento, para excluir a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVI da Lei n.º

6.763/75. Vencido, em parte, o Conselheiro Edwaldo Pereira de Salles, que o julgava procedente.

Do Recurso da Fazenda Pública Estadual

Inconformada, a Fazenda Pública Estadual interpõe, tempestivamente, por intermédio de procuradora legalmente habilitada, o Recurso de Revisão de fls. 503/509, em síntese, aos fundamentos seguintes:

- a decisão da 2ª Câmara de Julgamento que julgou parcialmente procedente o lançamento, cancelando a exigência da Multa Isolada, prevista no art. 55, inciso XXVI da Lei n.º 6.763/75, entendendo-a inaplicável à espécie, merece ser reformada, pois é, nesta parte, manifestamente ilegal e contrária às provas dos autos, contrariando ainda a jurisprudência predominante deste órgão;

- o recurso se dirige especificamente contra a exclusão da multa isolada;

- a decisão da Câmara merece reparo, pois, conforme demonstram os paradigmas, tratando de caso semelhante, a multa isolada aplicada é perfeitamente cabível, uma vez tratar-se de creditamento irregular de ICMS;

- para atender ao disposto na legislação de regência, indica os Acórdãos n.ºs 17.574/07/2ª e 17.902/06/3ª;

- os acórdãos apontados como paradigmas reconheceram, em situação semelhante, a possibilidade de se aplicar a multa isolada no caso em questão, por estar certa a ocorrência de aproveitamento indevido de crédito;

- a divergência entre as soluções jurídicas encontradas pela decisão recorrida e pelos paradigmas para a mesma questão de fato fica evidenciada pelas ementas e fundamentos dos acórdãos recorrido e paradigmas;

- em situações análogas, o órgão julgador aplicou diferentemente a legislação tributária: embora tenha, em ambos os casos, concluído pela existência da irregularidade fiscal, fez isso, no caso dos autos, não com relação ao creditamento, entendendo ser legítima a apropriação dos créditos, embora em desacordo com a legislação;

- a autuação fiscal pauta-se no entendimento de que a Autuada recolheu o ICMS a menor em face do aproveitamento indevido de crédito, ou seja, efetivou-se creditamento irregular, uma vez que exercida a opção pelo crédito presumido por outros estabelecimentos do contribuinte, esta opção deveria ter sido estendida ao estabelecimento localizado no território mineiro, conforme prevê a legislação;

- fica demonstrado que a decisão recorrenda deixou de aplicar dispositivo legal que, necessariamente deveria ser levado em consideração no exame da matéria.

Ao final, pede o conhecimento e provimento do Recurso.

Das Contrarrazões

A Recorrida apresenta, por procuradores regularmente constituídos, suas contrarrazões às fls. 515/518, resumidamente aos fundamentos seguintes:

- transcreve o inciso XXVI do art. 55 da Lei n.º 6.763/75, para sustentar que a multa isolada deverá ser aplicada nos casos em que ocorrer apropriação de crédito em

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

desacordo com a legislação, ou seja, referido dispositivo refere-se ao lançamento do imposto na escrita fiscal do destinatário da mercadoria;

- não é isto o que ocorre no presente caso;

- conforme consta no item “Relatório” do Auto de Infração, apesar de ter havido o emprego da expressão “*aproveitou indevidamente o total dos créditos*”, nota-se pela descrição da suposta infração que ocorreu, na verdade, a dedução do imposto pago na operação própria do remetente, tendo em vista tratar-se de apuração de ICMS devido por substituição tributária, o qual possui natureza especial;

- percebe-se, portanto, que o dispositivo mencionado que determina a aplicação da multa isolada não se aplica ao caso concreto, conforme bem explicado pelo acórdão recorrido, “*eis que diz respeito exclusivamente às hipóteses de apropriação de créditos*” relativas à sistemática normal apuração do imposto, sendo que a infração fiscal em análise refere-se à forma de apuração da base de cálculo do ICMS devido por substituição tributária;

- a matéria já foi apreciada pelo CC/MG inúmeras vezes, havendo vários precedentes no mesmo sentido;

- por não estar em perfeita sintonia com a suposta infração cometida, a multa isolada deverá ser excluída.

Ao final, pede seja o Recurso interposto julgado improcedente, mantendo-se a decisão recorrida excluindo-se a multa isolada da infração.

Do Parecer da Assessoria do CC/MG

A Assessoria do CC/MG se manifesta às fls. 520/527 pelo conhecimento e provimento do Recurso.

DECISÃO

Compete à Câmara a análise, em sede recursal, do lançamento consubstanciado no Auto de Infração em epígrafe o qual versa acerca da imputação fiscal de recolhimento a menor do ICMS devido por substituição tributária, no período de 1º de janeiro a 31 de dezembro de 2007, em face do aproveitamento indevido do total dos créditos em ICMS que, apesar de destacados em notas fiscais de mercadorias recebidas em transferência de outros estabelecimentos da empresa, não foram recolhidos integralmente na origem, em função de benefícios concedidos nos estados do Espírito Santo, Rio de Janeiro e Distrito Federal, em desacordo com a legislação de regência do ICMS.

Consta também do Auto de Infração que os itens infringidos da Resolução n.º 3.166/01 são: 1.22; 5.5; 5.11; 7.3; 7.4.

Exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação e Multa Isolada, ambas previstas no art. 55, inciso XXVI e, incisos II do art. 56 da Lei n.º 6.763/75.

Contudo, a Multa Isolada prevista no inciso XXVI do art. 55 da Lei n.º 6.763/75, foi excluída pela Câmara “*a quo*” que a considerou inaplicável à espécie.

Da Preliminar de Cabimento

Inicialmente cumpre analisar a preliminar de cabimento do presente recurso nos termos do art. 163 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos do Estado de Minas Gerais – RPTA/MG, aprovado pelo Decreto n.º 44.747/08, que assim determina:

**“SEÇÃO IX
DO RECURSO DE REVISÃO**

Art. 163. Das decisões da Câmara de Julgamento cabe Recurso de Revisão para a Câmara Especial, no prazo de 10 (dez) dias contados da intimação do acórdão, mediante publicação da decisão no órgão oficial, nas seguintes hipóteses:

.....
II - no caso de PTA submetido ao rito ordinário, quando a decisão recorrida seja divergente, quanto à aplicação da legislação tributária, de outra proferida por câmara do Conselho de Contribuintes;

§ 1º Não ensejará recurso de revisão:

I - a decisão tomada pelo voto de qualidade, relativa à:

- a) questão preliminar, exceto a referente à desconsideração do ato ou negócio jurídico;
- b) concessão de dedução de parcela do crédito tributário escriturada ou paga após a ação fiscal;

II - a decisão relativa ao cancelamento ou redução de multa isolada, pelo órgão julgador, conforme estabelecido em lei.

.....”

Superada, de plano, a condição de admissibilidade referente ao rito processual, capitulada no inciso II do art. 163 do RPTA/MG, acima transcrito, cumpre verificar o atendimento, também, da segunda condição estatuída no citado dispositivo legal, relativa à divergência jurisprudencial.

Após análise dos autos e inteiro teor dos acórdãos indicados como divergentes, é possível verificar não assistir razão à Recorrente, eis que a decisão recorrida refere-se a situação que não se coaduna com aquelas apresentadas nos acórdãos indicados como paradigmas.

A ora Recorrente sustenta que os Acórdãos n.º 17.574/07/2ª e 17.902/06/3ª são divergentes quanto à aplicação da legislação tributária se confrontados com a decisão recorrida que excluiu a Multa Isolada do inciso XXVI do art. 55 da Lei n.º 6.763/75.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O Acórdão n.º 17.574/07/2ª trata do aproveitamento de indevido de crédito relativo às saídas em operações interestaduais de produtos de fabricação própria nos termos do § 2º do inciso IV do art. 75 da Parte Geral do RICMS/02.

Para melhor elucidação da questão, veja-se a ementa do citado Acórdão n.º 17.574/07/2ª:

“CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO PRESUMIDO – OPERAÇÃO INTERESTADUAL. CONSTADA A APROPRIAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO DE ICMS RELATIVO AS SAÍDAS EM OPERAÇÕES INTERESTADUAIS DE PRODUTOS DE FABRICAÇÃO PRÓPRIA NOS TERMOS DO § 2º, INCISO IV, ART. 75, PARTE GERAL DO RICMS/02. EXIGÊNCIA DE ICMS, MULTA DE REVALIDAÇÃO E MULTA ISOLADA CAPITULADA NO ART. 55, INCISO XXVI DA LEI 6.763/75. LANÇAMENTO PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.”

Em relação ao caso em tela, cumpre destacar que a decisão recorrida refere-se a recolhimento a menor do ICMS devido por substituição tributária. Ou seja, não se trata da mesma questão posta no acórdão cuja ementa esta acima transcrita.

Importante observar que, apesar de constar no Auto de Infração que o recolhimento indevido no caso dos presentes autos se deu em face do “*aproveitamento indevido de crédito*” o que a Câmara “a quo” corretamente considerou é que, em se tratando de imposto devido por substituição tributária, não se trata exatamente de aproveitamento do crédito, mas de uma técnica para apuração do imposto. Portanto, o que ocorreu no caso em análise foi a apuração do imposto devido pelo substituto tributário calculado com a dedução do imposto relativo à operação própria do remetente. Não se trata aqui de aproveitamento de crédito propriamente dito, sendo que, justamente por esta peculiaridade, não é aplicável a multa isolada que a Recorrente quer ver exigida.

Dessa forma, a decisão consubstanciada no Acórdão n.º 17.574/07/2ª, não está em sentido oposto a decisão tomada nos presentes autos, pois as matérias tratadas são distintas, merecendo decisões também diferentes.

No que se refere ao Acórdão n.º 17.902/06/3ª não se vislumbra a divergência suscitada, pois o que efetivamente ocorreu foi a apropriação indevida de crédito de ICMS pelo sistema normal de débito e crédito por contribuinte optante pelo crédito presumido, procedimento este vedado pelas normas estaduais que disciplinam a matéria.

Também neste caso a situação apresentada na decisão dita como paradigma não se relaciona com o caso dos autos como pode ser visto apenas pela leitura da ementa do citado Acórdão n.º 17.902/06/3ª, *in verbis*:

“PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE – RODOVIÁRIO DE CARGAS – CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO. CONSTATADO O APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITOS DE ICMS, NO PERÍODO DE MAIO A DEZEMBRO/2003, TENDO EM VISTA A INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NA ALÍNEA “B” DO INCISO V DO ARTIGO 75 DO RICMS/02, OU SEJA, O CONTRIBUINTE EFETIVOU

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ALTERAÇÃO DO CRITÉRIO DE APURAÇÃO DO IMPOSTO, DE OPTANTE PELO CRÉDITO PRESUMIDO, PARA O SISTEMA DÉBITO/CRÉDITO, ANTES DO TÉRMINO DO EXERCÍCIO FINANCEIRO E SEM AUTORIZAÇÃO DO SECRETÁRIO DE ESTADO DE FAZENDA. EXIGÊNCIAS DE ICMS, MULTA DE REVALIDAÇÃO E MULTA ISOLADA PREVISTA NO ART. 55, INCISO XXVI DA LEI 6.763/75, ESTA A PARTIR DE NOV/2003, NOS TERMOS DA LEI 14.699/03. INFRAÇÃO PLENAMENTE CARACTERIZADA. LANÇAMENTO PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.”

Verifica-se, portanto, que as situações são totalmente distintas, acarretando decisões necessariamente diferentes, não restando caracterizada a alegada divergência jurisprudencial.

Nesse sentido, conclui-se que as decisões não são divergentes quanto à aplicação da legislação tributária pertinente.

Desta forma, não foi atendida a segunda condição prevista no inciso II do art. 163 do RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08 (divergência jurisprudencial), frustrando a exigência de preenchimento cumulativo das condições, conforme previsto no referido dispositivo legal o que leva ao não conhecimento do recurso.

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, em preliminar, por maioria de votos, em não conhecer do Recurso de Revisão, por ausência de pressupostos. Vencidos os Conselheiros Mauro Heleno Galvão (Revisor) e Roberto Nogueira Lima, que dele conheciam. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. José Benedito de Miranda. Participaram do julgamento, além dos signatários e dos Conselheiros acima citados, os Conselheiros André Barros de Moura, José Luiz Drumond e Sauro Henrique de Almeida.

Sala das Sessões, 08 de outubro de 2010.

**Mauro Heleno Galvão
Presidente / Revisor**

**Luciana Mundim de Mattos Paixão
Relatora**