

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.628/11/1ª Rito: Sumário  
PTA/AI: 01.000170182-91  
Impugnação: 40.010130188-76  
Impugnante: Nutritional S/A Indústria e Comércio de Alimentos  
IE: 041379216.00-67  
Proc. S. Passivo: Arthur Carlos Peralta Neto  
Origem: DF/Poços de Caldas

### **EMENTA**

**CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO - RESOLUÇÃO 3.166/01 - Constatado recolhimento a menor de ICMS em face da apropriação de parcela do imposto não cobrado e não pago ao Estado de origem destacado em notas fiscais de fornecedores de outras unidades da Federação, beneficiados com incentivos fiscais em seus Estados de origem, sem amparo em convênios celebrados no âmbito do CONFAZ. Procedimento fiscal respaldado no art. 155, 2º e inciso XII, alínea "g" da Constituição Federal, art. 1º, parágrafo único e art. 8º, inciso I, ambos da Lei Complementar nº 24/75. Crédito vedado nos termos do art. 62, § 1º do RICMS/02. Corretas as exigências fiscais de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXVI da Lei nº 6.763/75. Lançamento procedente. Decisão unânime.**

### **RELATÓRIO**

A autuação versa sobre o aproveitamento indevido de créditos de ICMS, no período de 01/01/10 a 31/12/10, pela Autuada, provenientes de registros de notas fiscais de entradas, com os respectivos Documentos Auxiliares da Nota Fiscal Eletrônica relacionados às fls. 28/41, relativas às entradas decorrentes de operações interestaduais cujo remetente está beneficiado com incentivos fiscais não reconhecidos em convênios celebrados no âmbito do CONFAZ, portanto, em desacordo com a legislação tributária de regência do ICMS.

Exigem-se ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXVI da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por representante legal, Impugnação às fls. 97/119 e documentos de fls. 120/149, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 154/163.

Em sua defesa, a Impugnante alega que, em razão do princípio da não cumulatividade, tem ela direito de creditar-se do valor do ICMS destacado nas notas fiscais, conforme informado por seus fornecedores.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Alega, ainda, que vedações ou limitações a essa apropriação são inconstitucionais. Colaciona julgado do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais para corroborar sua alegação.

Salienta que, pelo princípio da legalidade e pelo disposto nos arts. 122 e 128 do Código Tributário Nacional (CTN), o ICMS supostamente pago a menor na origem é de responsabilidade do Remetente.

Afirma que não há protocolo ou convênio que atribua tal responsabilidade tributária à Impugnante, na qualidade de contribuinte mineiro.

Sustenta que agiu de acordo com a lei e não pode ser chamada a responder por supostas ilegalidades ou inconstitucionalidades cometidas pelo Poder Público, na chamada “guerra fiscal” entre unidades da Federação.

Cita que o próprio Estado mineiro, no RICMS/02, art. 75, inciso XXVI, também assegura crédito presumido, de valor equivalente ao imposto devido, a estabelecimentos industriais fabricantes nas saídas de farinha de trigo. Traz julgados em defesa de sua tese.

Aduz que não há comprovação de irregularidades em sua escrituração contábil, já que o próprio Auto de Infração (AI) menciona que os dados foram obtidos mediante conferência de livros e documentos fiscais e que, desta forma, os registros de apuração de ICMS obedeceram à legislação regulamentar aplicável.

Assevera que não descumpriu obrigação acessória e tampouco agiu com dolo, fraude ou incorreu em sonegação fiscal, portanto não lhe seria aplicável a multa isolada.

Expõe que o valor de 50% (cinquenta por cento) de multa isolada é exorbitante e caracteriza ofensa ao princípio constitucional do não confisco, devendo, caso subsista o AI, ser reduzida a parâmetros adequados.

Por fim, pede pela improcedência do lançamento e, sucessivamente, que seja anulada a aplicação da multa isolada.

O Fisco, por seu turno, explica que não cabe à via administrativa julgar sobre a constitucionalidade de norma ou ato normativo, em razão de expressa previsão legal.

Aduz que a forma utilizada para conceder o crédito presumido pelo Estado de origem das mercadorias afronta os mandamentos expressos na Constituição da República Federativa do Brasil (CF/88) e contraria o disposto na Lei Complementar nº 24/75.

Afirma que a Impugnante tem direito ao crédito decorrente do imposto efetivamente pago pelo Remetente e não àquela parcela provinda de benefício fiscal concedido ao arrepio dos mandamentos constitucionais e legais. Para corroborar o exposto, colaciona julgados.

Afirma que o caso em tela não trata de atribuição de responsabilidade tributária, como alega a Impugnante, mas, sim, de responsabilidade originária por recolhimento a menor do tributo, decorrente de violação da lei.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assevera que há irregularidades na escrituração dos livros da Impugnante, uma vez que houve afronta ao comando constante nos arts. 71, inciso VI e 62, § 1º, ambos do RICMS/02.

Alega que as multas aplicadas estão expressamente previstas na Lei nº 6.763/75 e possuem caráter objetivo, não podendo falar-se, portanto, em confisco.

Informa que o permissivo legal não se aplica ao presente caso em razão de expressa vedação constante do art. 53, § 5º, item 5 da retomencionada lei.

Ao final, colaciona julgados do Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais (CC/MG) e pugna pela procedência do lançamento.

### **DECISÃO**

A autuação versa sobre apropriação indevida de créditos de ICMS, em face de concessão de benefício irregular na origem, concedido sem respaldo em acordo celebrado no âmbito do CONFAZ.

Assim, baseia-se o AI no estorno do crédito indevidamente apropriado e na cobrança de multa de revalidação e de Multa Isolada, capitulada no art. 55, inciso XXVI da Lei nº 6.763/75.

Inicialmente, cabe esclarecer que não está no âmbito de competência do órgão julgador administrativo o questionamento da legalidade ou da constitucionalidade de normas infraconstitucionais, conforme o disposto no inciso I do art. 182 da Lei Estadual nº 6.763/75. Veja-se:

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;

Ademais o ato administrativo de lançamento do crédito tributário é procedimento vinculado e obrigatório, conforme dispõe CTN, no art. 142 e parágrafo único.

O estorno do crédito tem por base legal o disposto na Constituição Federal de 1988, Lei Complementar nº 24/75, RICMS/02 c/c a Resolução nº 3.166/01.

Dispõe a 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

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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. (grifos acrescentados)

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*:

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

Importante destacar que o princípio da não cumulatividade não foi alterado ou mitigado, uma vez que não há inovação. Os benefícios fiscais concedidos sem edição de convênio, obrigatório nos estritos termos da CF/88, não geram direito a crédito, conforme acima transcrito.

Sendo assim, 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 CF/88, que constitui limitação à autonomia dos Estados. O STF

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

explicita 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).

Quanto à alegação da Impugnante de que não existem irregularidades em sua escrituração fiscal, em razão de o AI ter sido lavrado com base na mesma, insta salientar que o RICMS/02 prescreve, expressamente, no inciso VI do art. 71, que o imposto 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.

Assim, cabia à Impugnante proceder ao estorno da parcela do ICMS beneficiada unilateralmente pelo Estado do Paraná e, no que tange à aplicação da multa isolada, destaca-se a perfeita sincronia entre o tipo nela descrito e a imputação fiscal, *in verbis*:

Art. 55 - As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II e IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

XXVI - por apropriar crédito em desacordo com a legislação tributária, ressalvadas as hipóteses previstas nos incisos anteriores - 50% (cinquenta por cento) do valor do crédito indevidamente apropriado;

Assim, o Estado do Paraná, ao beneficiar seus contribuintes com incentivos fiscais não ratificados pelos Estados, infringiu normas disciplinadoras do ICMS.

Sendo assim, nulo é o ato no montante do benefício fiscal concedido e ineficaz é o aproveitamento do crédito pelo estabelecimento adquirente da mercadoria, objeto da operação, regulada pelo benefício indevidamente concedido, o que torna correto o procedimento do Fisco.

Cabe ressaltar que, em se tratando de multa que está prevista na legislação estadual, efetivada nos exatos termos determinados pela Lei nº 6763/75 e o AI lavrado em estrito cumprimento das normas tributárias mineiras às quais se encontra o CC/MG adstrito em seu julgamento.

Dessa maneira, não há que se falar em violação ao princípio constitucional do não confisco.

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)

As demais alegações suscitadas pela Impugnante são insuficientes para elidir o lançamento.

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.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além

**CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

dos signatários, os Conselheiros Danilo Vilela Prado (Revisor) e Sauro Henrique de Almeida.

**Sala das Sessões, 06 de dezembro de 2011.**

**Mauro Heleno Galvão  
Presidente**

**Antônio César Ribeiro  
Relator**

AV

CC/MIG