

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.174/11/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 02.000215241-96
Impugnação: 40.010127445-65, 40.010127422-52 (Coob.)
Impugnante: Hipermarcas S/A
CNPJ: 02.932074/0010-82
Decminas Distribuição e Logística S.A. (Coob.)
IE: 186348354.00-86
Proc. S. Passivo: Eduardo Jacobson Neto/Outro(s)/Marcelo Tostes de Castro
Maia/Outro(s)(Coob.)
Origem: P.F/Evandro Ferreira da Cruz - Uberaba

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOR ICMS/ST - RESOLUÇÃO 3166/01. Constatou-se que a remetente das mercadorias, fez a retenção e recolhimento a menor o ICMS devido por substituição tributária, em razão de dedução indevida de parcela do ICMS da operação própria, não cobrada e não paga ao Estado de origem, em razão de benefício fiscal concedido sem aquiescência do CONFAZ, contrariando as disposições da LC nº 24/75, do RICMS/02 e da Resolução nº 3.166/01. Eleição correta da destinatária como responsável tributária solidária em face do descumprimento do dever legal pela remetente das mercadorias, com fundamento no § 18 do art. 22 da Lei nº 6.763/75 c/c o art. 15 do Anexo XV do RICMS/02. Corretas as exigências de ICMS/ST e Multa de Revalidação em dobro, capitulada no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso I da Lei nº 6.763/75. Lançamento procedente. **Decisão unânime.**

RELATÓRIO

A autuação versa sobre recolhimento a menor do ICMS/ST, constatado na fiscalização de trânsito de mercadorias pelo Posto de Fiscalização “Evandro Ferreira da Cruz”, situado na Rodovia MG 427, km 40, município de Conceição das Alagoas/MG.

Cinge-se especificamente às Notas Fiscais Eletrônicas nºs 28875 e 28876, acompanhadas dos respectivos DANFes (Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica), emitidos pela Autuada no estado de São Paulo e destinados à contribuinte mineiro, em virtude de apuração incorreta do imposto devido, 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).

Exige-se o ICMS/ST e multa de revalidação.

Inconformadas, a Coobrigada e a Autuada apresentam, tempestivamente e por procuradores regularmente constituídos, Impugnações às fls. 15/25 e 47/76, respectivamente.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Às fls. 156 dos autos consta Termo de Intimação, remetido à Autuada determinando a apresentação em dez dias de:

1 – livro de Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências – RUDFTO;

2 – declaração, firmada pelo contabilista responsável pela escrita da Impugnante, informando se o mesmo aplica para cálculo do ICMS o disposto no Decreto nº 51.598/07 do Estado de São Paulo, ou seja, se é utilizado o crédito presumido previsto no decreto.

Às fls. 158/164 dos autos, a Impugnante em resposta apresenta cópia de partes do livro RUDFTO e com relação à declaração solicitada informa sobre a impossibilidade de apresentá-la, argumentando pela falta de amparo legal a defender a pretensão do Fisco.

O Fisco às fls.167/172 promove a juntada de ofício recebido instruído com as cópias do livro RUDFTO solicitado, no qual consta expressamente a opção exercida pela Impugnante concernente à utilização do crédito presumido conforme disposto no Decreto Paulista de nº 51598/07.

Em função da juntada de novos documentos abre-se então nova oportunidade de manifestação à Impugnante que reitera os argumentos já apresentados nos autos, às fls. 177/191.

O Fisco se manifesta às fls. 194/208 e 209/216.

DECISÃO

Da Preliminar

Analisando a situação dos autos, realmente não há que se falar em nulidades sejam elas por falta de fundamentação ou motivação do Auto de Infração e dos trabalhos fiscais ou mesmo por cerceamento de defesa ou desrespeito aos preceitos e garantias legais relativas ao procedimento.

O Auto de Infração e o trabalho fiscal foram lavrados e conduzidos seguindo todas as disposições legais aplicáveis.

O Auto de Infração 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 prevista 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.

A fundamentação encontra-se lançada de forma clara, concisa e regular no corpo do próprio Auto de Infração, enquanto a motivação reside no próprio poder fiscalizatório da autoridade competente.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante de tais fundamentos é que restam afastados os argumentos relacionados às nulidades processuais ou legais suscitadas, constatada a regularidade do feito fiscal.

Do Mérito

Conforme já mencionado, a autuação epigrafada versa sobre recolhimento a menor do ICMS/ST, constatado na fiscalização de trânsito de mercadorias pelo Posto de Fiscalização “Evandro Ferreira da Cruz”, situado na Rodovia MG 427, km 40, município de Conceição das Alagoas/MG.

Cinge-se especificamente às Notas Fiscais Eletrônicas nºs 28875 e 28876, acompanhadas dos respectivos DANFEs (Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica), emitidos pela Autuada no Estado de São Paulo e destinada à contribuinte mineiro, em virtude de apuração incorreta do imposto devido, 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).

Tais fatos se deram, em função de que a Autuada, remetente das mercadorias, usufrui de benefício fiscal concedido sem amparo em convênios celebrados no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ, conforme Decreto nº 51.598, de 23/02/07, do Estado de São Paulo, sendo o crédito do imposto vedado nos termos do art. 1º, parágrafo único da Resolução nº 3.166/01 e art. 62, § 1º do RICMS/02 de Minas Gerais. Procedimento fiscal respaldado no art. 155 da Constituição Federal, § 2º, inciso XII, alínea “g” e arts. 1º, parágrafo único e 8º, inciso I, ambos da Lei Complementar nº 24/75.

A hipótese dos autos não trata exatamente de apropriação direta de créditos, mas de mera dedução do imposto pago relativamente à operação própria, para o fim de cálculo do ICMS/ST referente às operações subsequentes com a mesma mercadoria.

Cabe destacar, que o imposto a recolher a título de substituição tributária é o valor da diferença entre o imposto calculado mediante aplicação da alíquota fixada para as operações internas sobre a base de cálculo definida para a ST, e o incidente na operação própria do remetente corretamente destacado na correspondente nota fiscal.

Em outras palavras, o cálculo do imposto devido a título de ST pressupõe a dedução do valor do ICMS efetivamente cobrado pelo Estado de origem, relativamente à operação própria do remetente, mas tal dedução não se trata, rigorosamente, de apropriação de crédito do imposto, embora a este se equipare, assegurando-se assim a observância da regra da não cumulatividade no regime de substituição tributária.

Inicialmente, cumpre frisar que a regra jurídico-constitucional da não cumulatividade, tal como prevista no art. 155, § 2º, inciso I da Constituição Federal de 1988, ao estabelecer a compensação de débitos com créditos, pressupõe que os valores a serem compensados com o imposto devido em cada operação tenham sido regularmente cobrados nas operações anteriores, ainda que por outro Estado.

É incontroverso nos autos que os valores destacados nas notas fiscais a título de ICMS relativo às operações próprias da Autuada não foram integralmente recolhidos

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

na origem, e, portanto, inadmissível a sua dedução integral no cálculo do ICMS/ST devido a Minas Gerais, como defende a Impugnante.

Importante destacar que, o princípio da não cumulatividade não foi alterado por resolução estadual, nem tampouco se encontra prejudicada de fato, 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 transcritos.

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

O art. 155, § 2º, inciso XII, 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.

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 clara 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,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 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.

Restou demonstrado claramente nos autos a opção exercida pela Impugnante pelo benefício fiscal previsto pelo Decreto nº 51598/07 do Estado de São Paulo.

Ao contrário daquilo que alega a Impugnante o referido decreto não institui apenas um sistema diferenciado de apuração dos tributos devidos, mas de fato cria um benefício fiscal com a redução da carga tributária incidente.

O decreto dispõe de forma solar acerca da redução da alíquota do imposto a ser considerada nas hipóteses ali previstas, dentre as quais se encontra a situação dos autos.

A despeito da restrição pela utilização de qualquer outro crédito conforme afirma a Impugnante, é fato inquestionável a redução proporcionada na alíquota aplicável, e diante de tal fato irregular a concessão do benefício fora do âmbito do CONFAZ, o que em última instância valida o trabalho Fiscal.

É vedado aos Estados concederem, unilateralmente, benefício fiscal de qualquer natureza que importe na redução do montante do imposto devido, máxime quando se tratar de operação interestadual cujo destinatário seja contribuinte do imposto, isto é, quando a operação for apta a gerar créditos para o destinatário, evitando assim a transferência para o Estado de destino do ônus financeiro do benefício. Somente poderão fazê-lo, portanto, com a aquiescência dos demais, nos termos de convênio previamente celebrado para tal finalidade.

Como já mencionado, a prévia celebração de convênio constitui pressuposto essencial à concessão válida de créditos presumidos (isenções ou quaisquer outros benefícios fiscais do ICMS), a teor do disposto no parágrafo único, III, do art. 1º da Lei Complementar nº 24/75, *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:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

III - à concessão de créditos presumidos.

O art. 8º da mesma lei complementar não deixa dúvida de que a inobservância dos seus dispositivos, isto é, a concessão de benefícios sem a celebração prévia de convênio, acarreta, além da nulidade do ato concessivo, a ineficácia do crédito atribuído ao estabelecimento destinatário da mercadoria. Confira-se:

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.

Observe-se que, nos termos do dispositivo retro transcrito, as consequências da concessão irregular dos benefícios são de natureza distinta: a nulidade do ato, e a ineficácia do crédito.

Por derradeiro, em relação à alegada impropriedade do AI diante da ausência de enunciação do Decreto nº 51598/07 na Resolução nº 3166/01, melhor sorte não assiste à Impugnante.

O parágrafo único do art. 1º da Resolução nº 3.166/01 abrange todos os atos normativos não citados no Anexo Único, ficando, portanto, demonstrado que o rol ali encartado é meramente exemplificativo, conforme dispositivo abaixo transcrito:

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.

Parágrafo único - **O crédito do ICMS relativo a qualquer entrada de mercadoria oriunda de outra unidade da Federação somente será admitido**, ou deduzido para os efeitos do Micro Geraes, **na conformidade do disposto no caput, ainda que as operações estejam beneficiadas por incentivos decorrentes de atos normativos não listados no Anexo Único desta Resolução.**(grifou-se).

A responsabilidade do destinatário mineiro está prevista no art. 22, §§ 18, 19 e 20 da Lei nº 6.763/75, bem como no art. 15 do Anexo XV, do RICMS/02, cujo prazo para o pagamento está estipulado no art. 46, inciso II do Anexo XV do mesmo regulamento, *in verbis*:

Lei 6.763/75:

Art. 22 - Ocorre a substituição tributária, quando o recolhimento do imposto devido pelo:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 18 - Nas hipóteses em que fique atribuída ao alienante ou remetente a condição de contribuinte substituto, não ocorrendo a retenção ou ocorrendo retenção a menor do imposto, a responsabilidade pelo imposto devido a título de substituição tributária caberá ao estabelecimento destinatário neste Estado.

§ 19 - Nas hipóteses do § 18 deste artigo, independentemente de favores fiscais ou de regime de recolhimento, o estabelecimento varejista será responsável pelo recolhimento da parcela devida ao Estado.

§ 20 - A responsabilidade prevista nos §§ 18 e 19 deste artigo será atribuída ao destinatário da mercadoria desacompanhada do comprovante de recolhimento do imposto, nos casos em que a legislação determine que seu vencimento ocorra na data de saída da mercadoria.

Anexo XV do RICMS/MG:

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.

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.14,15,63-A,75 e 110-A desta Parte;

Quanto as alegações da Coobrigada de que agiu de boa-fé, tem-se que infrações independem da intenção do agente, conforme estatuído pelo art. 207 da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

Art. 207- Constitui infração toda ação ou omissão voluntária ou involuntária, que importe em inobservância, por parte da pessoa física ou jurídica, de norma estabelecida por lei, por regulamento ou pelos atos administrativos de caráter normativo destinados a complementá-los.

Quanto ao caráter confiscatório e inconstitucional da multa de revalidação, alegado pela Coobrigada, não se encontra na competência do Conselho de Contribuintes a declaração de inconstitucionalidade nem a negativa de aplicação de ato normativo, nos termos do art. 182, inciso I da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

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

1 - a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

em relação à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda, nos termos do § 2º. do art. 146;

A multa de revalidação exigida no Auto de Infração está prevista no art. 56, inciso II, § 2º, inciso I da Lei nº 6.763/75.

Em razão disso, a infração praticada pela Autuada e a responsabilidade da coobrigada estão perfeitamente tipificadas, com subsunção do fato à norma jurídica, em perfeita consonância com o princípio da legalidade tributária.

Assim, sem razão às Impugnantes em todas as suas alegações.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. No mérito, também à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Pela Autuada, sustentou oralmente o Dr. Fabrizio Caldeira Landim e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Eder Sousa. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Ivana Maria de Almeida (Revisora) e Fernando Luiz Saldanha.

Sala das Sessões, 02 de maio de 2011.

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente

Carlos Alberto Moreira Alves
Relator