

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.800/12/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000169564-17
Impugnação: 40.010129634-37
Impugnante: Ideal Distribuidora Ltda - EPP
IE: 702731013.00-07
Origem: DF/Uberlândia

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - RECOLHIMENTO A MENOR DE ICMS/ST – RESOLUÇÃO Nº 3166/01 – BASE DE CÁLCULO. Constatado recolhimento a menor do ICMS devido por substituição tributária na entrada em território mineiro de mercadorias adquiridas de contribuinte estabelecido em outra unidade da Federação, nos termos do art. 14 e art. 46, inciso II, Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02, em decorrência de aproveitamento indevido de créditos concedidos irregularmente, conforme Resolução nº 3.166/01 e de utilização de MVA (Margem de Valor Agregado) incorreta, não ajustada. Irregularidade apurada por meio da análise das informações prestadas ao Fisco pela própria Autuada, mediante Termo de Auto Denúncia. Infração caracterizada. Exigências de ICMS/ST e Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Da Autuação

A autuação refere-se ao período de junho a setembro de 2010, e, versa sobre recolhimento a menor do ICMS devido por substituição tributária na entrada em território mineiro de mercadorias adquiridas de contribuinte estabelecido em outra unidade da Federação, nos termos do art. 14 e art. 46, inciso II, Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02, em decorrência de aproveitamento indevido de créditos concedidos irregularmente, conforme Resolução nº 3.166/01 e de utilização de MVA (Margem de Valor Agregado) incorreta, conforme demonstrado no Anexo I.

Exigências de ICMS/ST e Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

A irregularidade foi constatada por meio da análise de informações prestadas pela própria Impugnante mediante Termo de Autodenúncia 05.000211603.18 de 31/11/10.

O processo encontra-se instruído com Auto de Início de Ação Fiscal – AIAF (fls. 02); Auto de Infração – AI (fls. 04/05); Demonstrativo de Correção Monetária e Multas – DCMM (fls. 06); Recibo de devolução de documentos à Autuada (fls. 09); Relatório Fiscal (fls. 10/11); Anexo 1-Planilha de conferência do ICMS/ST referente à autodenúncia (fls. 12/15); Termo de Autodenúncia (fls. 16); Anexo 2- Notas fiscais de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

entrada objeto da autodenúncia (fls. 19/23); Cópias das notas fiscais de entrada com o cálculo do ICMS/ST devido (fls. 24/185).

Da Impugnação

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu representante legal, Impugnação às fls. 189/193, com documentos juntados às fls. 194/203, alegando, em síntese, o que se segue:

- não entendeu “absolutamente nada”, pois não consta no Auto de Infração o motivo que ensejou o pagamento a menor do ICMS devido por substituição tributária;

- não há resposta nos autos sobre a repercussão da denúncia espontânea no presente lançamento e na convicção de que teria ocorrido pagamento a menor do imposto;

- não pode adivinhar qual é a acusação fiscal, nem saber se a denúncia espontânea foi omissa ou incompleta;

- os anexos informados nos autos trazem apenas números, que não estão atrelados a uma explicação jurídica certa do pagamento a menor do ICMS;

- os documentos que recebeu não repercutem no entendimento de que ocorrera pagamento a menor do ICMS devido por substituição tributária.

Ao final, aduz que está “... *juntando documentos afetos às operações consideradas como pagas a menor...*” e requer a declaração de nulidade do Auto de Infração pelo cerceamento do direito de defesa à vista da ineficiência da peça fiscal.

Da Manifestação Fiscal

A Fiscalização, em manifestação de fls. 208/212, refuta os argumentos da defesa alegando em síntese o que se segue.

No tocante ao fato de a Impugnante não ter entendido a origem da acusação fiscal, explica a forma como o trabalho foi desenvolvido e o motivo que ensejou as exigências fiscais de ICMS/ST, que é relativo à MVA (margem de valor agregado) adotada para apurar a base de cálculo ICMS/ST, que deveria ter sido ajustada no caso das operações em que a alíquota interna fosse maior que a interestadual, conforme §5º do art. 19 do Anexo XV do RICMS/02 e à utilização indevida, no cálculo do imposto, de valores que não foram efetivamente recolhidos na origem por se tratar de crédito presumido concedido irregularmente.

Menciona, em seguida, o procedimento adotado para o cálculo do crédito tributário que compreende tanto os relatórios do Auto de Infração quanto as planilhas em anexo, que devem ser analisadas em conjunto para o entendimento das exigências fiscais.

Aduz que durante a conferência fiscal a Impugnante foi cientificada sobre o benefício do remetente e que, apesar de alegar que o remetente não usufruiu do referido benefício, nada apresentou para comprovar sua arguição.

Reforça que o argumento de que desconhecia a origem das exigências é incabível, pois, na época do levantamento fiscal a Impugnante teve a chance de

complementar a autodenúncia, mas abriu mão de fazê-lo, embora orientada a esse respeito.

Pede por fim pela legitimidade do lançamento.

Da Instrução Processual

A 3ª Câmara de Julgamento, em sessão realizada no dia 21/07/11, converteu o julgamento em diligência para que a Autuada tivesse vista da manifestação fiscal pelo prazo de 30 (trinta) dias, tendo em vista a preliminar suscitada em sua impugnação.

Intimada (fls. 218/219), a Autuada solicita prorrogação do prazo por mais 20 (vinte) dias, de acordo com documento de fls. 220/222, o que foi deferido (fls. 224/226).

Dentro do prazo concedido, a Autuada se manifesta às fls. 227/231 e anexa a documentação de 232/261, alegando, quanto à decisão da 3ª Câmara de Julgamento, que o correto seria declarar a nulidade do Auto de Infração ou determinar a concessão de prazo de 30 (trinta) dias para aditamento da impugnação ou recolhimento do crédito tributário com as benesses legais.

No tocante ao aproveitamento indevido de créditos em razão da Resolução nº 3.166/01, alega que com a documentação anexada demonstra-se que a empresa capixaba Reheem do Brasil Comércio e Distribuição de Ar Condicionado e Aquecimento Ltda., CNPJ nº 10755792/0002-49, não usufruiu de qualquer benefício fiscal exarado pelo Estado do Espírito Santo, conforme livro Registro de Apuração do ICMS devidamente registrado na SEFAZ/ES e pede que seja retirado o crédito tributário advindo deste fornecedor.

O Fisco intima novamente a Impugnante para, no prazo de 15 (quinze) dias, juntar declaração formal do Fisco do Estado do Espírito Santo, conforme fls. 263/264.

A Impugnante novamente solicita dilação do prazo, por 65 (sessenta e cinco) dias, para atendimento. O Fisco concede 30 (trinta) dias (fls. 269/270), os quais foram seguidos de outro pedido de prorrogação por novos 30 (trinta) dias, nos moldes dos documentos de fls. 271/272, o qual foi indeferido pelo Fisco, dando ciência à Impugnante às fls. 274/275.

Da nova Manifestação Fiscal

O Fisco se manifesta às fls. 279/282 fazendo inicialmente considerações quanto à importância da análise em conjunto do Relatório do Auto de Infração e dos documentos apensos para entendimento trabalho.

Alega que a Impugnante é contumaz na ilicitude em comento, haja vista várias autuações, além de valores relativos a alguns meses de 2010 e 2011 comprovadamente não pagos, ainda em fase de levantamento fiscal.

Afirma que, como as atividades da Impugnante consistem em grande parte de venda de mercadorias para órgãos públicos, mediante processos licitatórios, e que sempre necessita de certidão negativa de débitos, normalmente busca suspender as

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

exigências fiscais com defesas protelatórias postergando ao máximo o cumprimento de sua obrigação principal.

Alega que os livros Registro de Saídas do fornecedor do Espírito Santo Reehem do Brasil Comércio e Distribuição de Ar Condicionado e Aquecimento Ltda., apresenta-se somente o extrato exclusivo das operações destinadas à Impugnante, não relacionando as demais movimentações realizadas, e que também não é possível afirmar com necessária convicção que o remetente de fato não usufruiu de nenhum benefício fiscal naquele Estado, haja vista as apropriações efetivadas nos meses em tese, sob a classificação “1.949”, conforme documentos de fls. 253/256.

Conforme cálculos percentuais relativos à classificação fiscal “1.949” (fls. 280), afirma que tais lançamentos induzem à existência de benefícios de créditos presumidos, por não denotar relação de normalidade que a grande maioria das escriturações fiscais apresenta.

Por este motivo, intimou a Impugnante a apresentar no prazo de 15 (quinze) dias a declaração formal original do Fisco do Estado do Espírito Santo de que a respectiva empresa fornecedora não se achava autorizada e nem usufruía do benefício pertinente ao crédito presumido concedido à revelia do CONFAZ.

Descreve, logo em seguida, os pedidos da Impugnante de dilação do prazo para apresentação da declaração, sendo que até o momento a referida prova documental não foi anexada.

Quanto à margem de valor agregado – MVA, refuta com os mesmos argumentos da manifestação fiscal anterior.

Por fim, ratifica inteiramente a manifestação fiscal anterior, pedindo que seja julgado procedente o lançamento.

DECISÃO

Da Preliminar

A Impugnante alega que não entendeu “absolutamente nada” do lançamento, pois não consta no Auto de Infração o motivo que ensejou o pagamento a menor do ICMS devido por substituição tributária.

Afirma que houve erro processual e de fato, e que a 3ª Câmara, ainda que sutilmente, teria reconhecido o vício, pois concedeu prazo de 30 (trinta) dias para que a Impugnante tivesse vista da manifestação fiscal, porém deveria ter aberto prazo para manifestação ou declarado a nulidade do lançamento.

Apesar do alegado pela Impugnante, vê-se que o trabalho fiscal decorreu de conferência, no âmbito da Delegacia Fiscal de Uberlândia, de sua denúncia espontânea, em relação ao imposto devido por substituição tributária pelas entradas de mercadorias em operações interestaduais no interstício de junho a setembro de 2010 no seu estabelecimento.

A análise foi realizada por nota fiscal, conforme se tem documentado nas respectivas cópias de fls. 24/187. Os valores componentes da autodenúncia R\$

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

125.107,70 (cento e vinte cinco mil, cento e sete reais e setenta centavos), estão individualmente discriminados na planilha reproduzida às fls. 19/23. Já os valores concebidos pelo Fisco constam da planilha às fls. 12/15.

O relatório do Auto de Infração (fls. 04) literalmente remete o leitor tanto ao Anexo 1 (fls. 12/15), quanto ao Relatório Fiscal de fls. 10/11, onde consta o detalhamento das exigências fiscais.

Os documentos se completam, formando um todo harmônico, na medida em que é impraticável a inserção integral de todos os dados pertinentes ao trabalho fiscal no campo destinado ao relatório do Auto de Infração.

Portanto, observa-se que o relatório do Auto de Infração e documentos que o acompanham contém todos os elementos necessários para a sua compreensão, com a devida apuração do crédito tributário.

Quanto às questões arguidas pela Impugnante relativas à decisão da 3ª Câmara em 21/07/11, trata-se de uma diligência, conforme previsão no art. 157 do RPTA, *in verbis*:

Art. 157. Não estando os autos devidamente instruídos, determinar-se-ão as medidas convenientes, convertendo-se o julgamento em diligência ou proferindo-se despacho interlocutório.

A abertura de vista da manifestação fiscal, pelo prazo de 30 (trinta) dias, determinada pela 3ª Câmara de Julgamento, associada aos elementos constantes do Auto de Infração e do relatório a ele anexado, afasta, por completo a nulidade do Auto de Infração arguida pela Impugnante e comprova que ela teve acesso a todos os elementos necessários para a completa compreensão do lançamento.

Diante do exposto, afastam-se as prefaciais arguidas.

Do Mérito

Trata-se o presente lançamento de recolhimento a menor de ICMS/ST no período de junho a setembro de 2010 em decorrência de aproveitamento indevido de créditos concedidos irregularmente, conforme Resolução nº 3.166/01 e de utilização de MVA (Margem de Valor Agregado) incorreta, conforme demonstrado no Anexo I.

As diferenças foram apuradas a partir de apresentação pela Impugnante do Termo de Autodenúncia 05.000211603.18 por meio do qual promoveu o parcelamento do ICMS/ST devido nas entradas interestaduais, onde foi constatado pagamento a menor do imposto.

Exige-se a diferença de ICMS/ST apurada, acrescida de multa de revalidação de 50% (cinquenta por cento) conforme art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

A base de cálculo do ICMS/ST apurado pela Impugnante, foi calculado nos termos do artigo 19, I, "b", 3, do Anexo XV do RICMS/02, com base na MVA (Margem de Valor Agregado) de 48,01% (quarenta e oito e um centésimo por cento)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

em grande parte das mercadorias, conforme disposto no item 45.5 da Parte 2 do Anexo XV, *in verbis*:

Art. 19. A base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária é:

I - em relação às operações subsequentes:

b) tratando-se de mercadoria que não tenha seu preço fixado por órgão público competente, observada a ordem:

3. o preço praticado pelo remetente acrescido dos valores correspondentes a descontos concedidos, inclusive o incondicional, frete, seguro, impostos, contribuições, royalties relativos a franquia e de outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, ainda que por terceiros, adicionado da parcela resultante da aplicação sobre o referido montante do percentual de margem de valor agregado (MVA) estabelecido para a mercadoria na Parte 2 deste Anexo e observado o disposto nos §§ 5º a 8º deste artigo;

PARTE 2 -Itens 45 a 48

DO ÂMBITO DE APLICAÇÃO DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, DAS MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME E DAS MARGENS DE VALOR AGREGADO

45. MÁQUINAS E APARELHOS MECÂNICOS, ELÉTRICOS, ELETROMECAÑICOS E AUTOMÁTICOS			
45.1 Âmbito de Aplicação da Substituição Tributária			
Subitem	Código NBM/NCM	Descrição	MVA (%)
45.1.5	8415.10.11	Aparelhos de ar-condicionado tipo Split System (elementos separados) com unidade externa e interna	48,01

Entretanto, conforme Decreto nº 44.995 de 30/12/08, desde 01/01/09, cabe a observância do emprego da margem de valor agregado ajustada, conforme o §5º do já citado art. 19 do Anexo XV do RICMS/02, o que não fora feito pela Impugnante:

§ 5º Nas operações interestaduais com as mercadorias relacionadas nos itens 11, 14, 15, 18 a 24 e 29 a 41, da Parte 2 deste Anexo, quando a alíquota interna for superior à interestadual, para efeitos de apuração da base de cálculo com utilização de margem de valor agregado (MVA), esta

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

será ajustada à alíquota interestadual aplicável, observada a fórmula "MVA ajustada = $\{[(1 + \text{MVA-ST original}) \times (1 - \text{ALQ inter}) / (1 - \text{ALQ intra})] - 1\} \times 100$ ", (...)

(grifou-se)

O percentual original representativo da margem de valor agregado de diversos produtos que vigeu no período em questão, por força do Decreto nº 45.192 de 13/10/09, já era de 48,01% e aplicando-se o referido ajuste, na forma regulamentar, esse percentual passa a representar o equivalente a 58,84% (cinquenta e oito e oitenta e quatro centésimos por cento), conforme empregado pelo Fisco, tendo em vista a superioridade da alíquota interna em relação à interestadual.

O mesmo critério foi adotado em relação aos produtos com MVA diferente da acima demonstrada.

Ressalta-se que no tocante às mercadorias em que alíquota interna foi igual a interestadual não houve ajustamento da MVA.

Correto, portanto, o procedimento adotado pelo Fisco.

Outra questão diz respeito aos créditos apropriados pela Impugnante, decorrentes de fornecedores de outro Estado onde houve concessão de incentivo ou benefício fiscal em desacordo com o disposto na Lei Complementar nº 24 de 07/01/75 e art. 28, §5º da Lei nº 6.763/75.

Na planilha anexa à Autodenúncia, às fls. 19/23, constam diversas notas fiscais do fornecedor Reheem do Brasil Comércio e Distribuição de Ar Condicionado e Aquecimento Ltda., CNPJ nº 10755792/0002-49, sediado no Estado do Espírito Santo.

A Resolução nº 3.166/01, que disciplina a matéria, conforme subitem 1.22, cita que o percentual de crédito admitido em relação às operações provenientes de estabelecimento comercial atacadista sediado no Estado do Espírito Santo, desde 01/08/03, é de apenas 1% (um por cento), em decorrência de benefícios unilaterais concedidos à margem da legislação tributária por aquela unidade da Federação, conforme a seguir:

1- ESPÍRITO SANTO			
ITEM	MERCADORIA	BENEFÍCIO	CRÉDITO ADMITIDO/ PERÍODO
1.22	Estabelecimento Comercial Atacadista	Crédito presumido de 11% (Art. 107, XXI do RICMS, no período de 01/08/03 a 31/08/08, e art. 530-L-R-B, do RICMS/ES/02, a partir de 01/09/08) Vide Nota 34	1% s/BC NF emitida a partir de 01/08/03

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Impugnante foi intimada a apresentar documentos que comprovassem que o seu fornecedor não havia usufruído do benefício concedido por aquele Estado.

Em resposta, foram apresentados Livros Fiscais daquela empresa, incapazes de comprovar o que se pretendia. Novamente a Impugnante foi intimada para apresentar uma declaração formal do Fisco do Espírito Santo de que a referida empresa não usufruía do benefício.

Apesar da prorrogação do prazo para apresentação da declaração, a Impugnante não a apresentou e, portanto, não comprovou sua alegação de não utilização do benefício irregular pelo contribuinte capixaba.

Sobre o tema, 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 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 acrescidos)

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

§ 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 tem 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.

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

Contudo, os livros fiscais apresentados relativos ao fornecedor da Impugnante, conforme já mencionado, são insuficientes para a comprovação da não utilização do benefício, sendo correto o estorno do crédito realizado pelo Fisco para o cálculo da diferença do ICMS/ST.

Além da diferença do imposto, exigiu-se também Multa de Revalidação conforme art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75, senão veja-se:

Art. 56. Nos casos previstos no inciso III do artigo 53, serão os seguintes os valores das multas:

(...)

II - havendo ação fiscal, a multa será de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, observadas as hipóteses de reduções previstas nos §§ 9º e 10 do art. 53.

Corretas as exigências fiscais.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a prefacial arguida. No mérito, também à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Luiz Fernando Castro Trópia (Revisor) e André Barros de Moura.

Sala das Sessões, 08 de maio de 2012.

Maria de Lourdes Medeiros
Presidente

Fernando Luiz Saldanha
Relator