

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.646/12/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000171222-26
Impugnação: 40.010130646-49
Impugnante: Companhia Brasileira de Distribuição
IE: 062129784.77-83
Proc. S. Passivo: Maria Helena Tavares de Pinho Tinoco Soares/Outro(s)
Origem: DF/BH-2 - Belo Horizonte

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - OPERAÇÃO SUBSEQUENTE COM REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Constatado o aproveitamento indevido de crédito de ICMS em razão de apropriação integral do imposto destacado nas notas fiscais referente às aquisições de mercadorias cujas saídas subsequentes ocorreram amparadas com o benefício da redução da base de cálculo. Infração caracterizada nos termos dos arts. 31, § 1º e 32, inciso IV da Lei nº 6.763/75 e dos arts. 70, § 1º e 71, inciso IV do RICMS/02. Corretas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada do art. 55, inciso XXVI, majorada em 50% (cinquenta por cento) nos termos do art. 53, §§ 6º e 7º, todos da Lei nº 6.763/75. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação, no período de janeiro de 2007 a dezembro de 2009, de recolhimento a menor do ICMS decorrente do aproveitamento indevido de crédito em razão da Autuada ter apropriado integralmente o imposto referente à entrada de mercadorias, de operações interestaduais, cujas saídas ocorreram com redução da base de cálculo. Infração fundamentada nos arts. 31, § 1º e 32, inciso IV da Lei nº 6.763/75 e arts. 70, § 1º e 71, inciso IV, Parte Geral, e ao subitem 19.4 da Parte 1 do Anexo IV do RICMS/02.

Exige-se ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVI, majorada em 50% (cinquenta por cento) nos termos do art. 53, §§ 6º e 7º, todos da Lei nº 6763/75.

O processo encontra-se devidamente instruído com o Auto de Início de Ação Fiscal - AIAF (fl. 02); Auto de Infração - AI (fls. 04/05); Relatório Fiscal anexo ao AI (fls. 08/10); Planilhas com o "Estorno de Crédito de ICMS", conforme subitem 19.4 da Parte 1 do Anexo IV do RICMS/02 (fls. 12/358); Demonstrativo do ICMS estornado e da multa isolada (fl. 360); cópias de notas fiscais, separadas por amostragem, e respectivas cópias do livro Registro de Entradas (fls. 362/448); cópia gravada em CD, com respectivos recibos de entrega, do livro Registro de Apuração do ICMS e do Registro de Entradas dos exercícios de 2007 a 2009 (fls. 450/501); cópia do Acórdão nº 18.658/08/3ª (fls. 503/509).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 515/560, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 596/616.

A 2ª Câmara de Julgamento exara o despacho interlocutório de fls. 625, o qual não foi cumprido pela Autuada.

DECISÃO

Versa a presente autuação da constatação fiscal de recolhimento a menor do ICMS, no período de janeiro de 2007 a dezembro de 2009, decorrente do aproveitamento indevido de crédito em razão de apropriação integral do imposto referente à entrada de mercadorias, de operações interestaduais, cujas saídas ocorreram com redução da base de cálculo.

O imposto devido foi demonstrado pelo Fisco nas planilhas de fls. 11 a 358, em que relaciona as notas fiscais objeto de estorno, indicando, dentre outros dados, a descrição das mercadorias, o valor da base de cálculo, o valor do ICMS aproveitado e o permitido pela legislação e o valor do imposto estornado.

O Fisco também anexou aos autos, por amostragem, cópias das notas fiscais acompanhadas de cópias do livro Registro de Entradas demonstrando o creditamento integral do ICMS na entrada das mercadorias juntando, ainda, cópia gravada em CD dos livros Registro de Apuração do ICMS e Registro de Entradas dos exercícios de 2007 a 2009 (fls. 450/501), com respectivos recibos de entrega.

Correto o estorno exigido uma vez que, a legislação de regência do tributo, em se tratando de saídas de mercadorias amparadas com redução de base de cálculo, restringe a apropriação de créditos decorrentes das respectivas entradas, na proporção da redução do imposto na saída.

Cabe lembrar que, em matéria de redução de base de cálculo, o Supremo Tribunal Federal tem entendimento firmado no sentido de que tal benefício tem a consideração de isenção parcial, que está expresso, dentre outras, na seguinte decisão:

AI 565666 AGR / RS - RIO GRANDE DO SUL

AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO

RELATOR(A): MIN. ELLEN GRACIE

EMENTA

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ICMS. CESTA BÁSICA. LEI 8.820/89 DO RS. SISTEMA DE BASE DE CÁLCULO REDUZIDA. CONFIGURAÇÃO DE ISENÇÃO FISCAL PARCIAL. 1. O PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (RE 174.478/SP, REL. P/ O ACÓRDÃO O MIN. CEZAR PELUSO, DJ 30.09.2005), AO APRECIAR QUESTÃO SIMILAR À DESTES AUTOS, ASSENTOU QUE A REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO ICMS CORRESPONDERIA A UMA ISENÇÃO PARCIAL, POSSIBILITANDO O ESTORNO PROPORCIONAL DO TRIBUTO, E QUE TAL COMPENSAÇÃO NÃO AFRONTA O PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE. 2. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Esse entendimento, salvo determinação contrária da própria legislação, implica, necessariamente, na observação pelo contribuinte do estorno de crédito ao qual se refere a alínea “b” do inciso II do § 2º do art. 155 da Constituição da República, *in verbis*:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

§ 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

(...)

II - a isenção ou não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação:

(...)

b) acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores; (grifou-se)

Ora, no caso presente, a legislação estadual é precisamente clara quanto às obrigações a serem observadas pelo contribuinte, especialmente quanto ao estorno dos créditos, proporcionalmente à redução de base de cálculo concedida às respectivas saídas de mercadoria. Veja-se o disposto nos arts. 31 e 32 da Lei nº 6.763/75:

Art. 31 - Não implicará crédito para compensação com o imposto devido nas operações ou nas prestações subseqüentes:

(...)

§ 1º - Salvo determinação em contrário da legislação tributária, quando a operação ou a prestação subseqüente estiver beneficiada com redução da base de cálculo, o crédito será proporcional à base de cálculo adotada.

Art. 32 - O contribuinte deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado sempre que o serviço tomado ou a mercadoria ou o bem entrado no estabelecimento:

(...)

IV - for objeto de operação ou prestação subseqüente com redução da base de cálculo, hipótese em que o estorno será proporcional à redução;

Com idêntico teor se apresentam os arts. 70, § 1º e 71, inciso IV do RICMS/02.

Mais especificamente, em relação ao caso em tela, o subitem 19.4 da Parte 1 do Anexo IV do RICMS/02 busca simplificar a apuração do imposto, determinando que a parte aproveitável do crédito não poderá exceder a 7% (sete por cento) para os produtos da cesta básica:

RICMS/02

Anexo IV

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Parte 1

(...)

19.4 - Na hipótese de aquisição de mercadoria referida neste item, com carga tributária superior a 7% (sete por cento), estando a operação subsequente beneficiada com a redução, o adquirente deverá efetuar a anulação do crédito de forma que a sua parte utilizável não exceda a 7% (sete por cento) do valor da base de cálculo do imposto considerada na aquisição da mercadoria, exceto relativamente aos seguintes produtos:

(...)

Alega a Impugnante que a não cumulatividade foi instituída pela CF/88 e, sendo assim, somente ela poderia estabelecer as suas exceções, que estariam restritas às operações ou prestações abrangidas por isenção ou não incidência do ICMS.

Entretanto, sob esse aspecto, como já explicitado, a ela não assiste razão, pois as saídas com redução de base de cálculo se amoldam aos preceitos constitucionais.

A Impugnante argumenta ainda que o Estado de Minas Gerais, enquanto for signatário do Convênio ICMS nº 128/94, está compelido a obedecer suas regras, quais sejam, exigir carga tributária mínima de ICMS sobre os produtos da cesta básica em 7% (sete por cento) e não exigir o estorno proporcional dos créditos ao montante do imposto devido na saída. Também não assiste razão a essa argumentação uma vez que, o § 1º da Cláusula primeira do citado convênio estabeleceu a possibilidade ao conveniente de proceder ou não à exigência do estorno. A norma é facultativa e não impositiva, veja-se:

CONVÊNIO ICMS 128/94

Cláusula primeira Ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a estabelecer carga tributária mínima de 7% (sete por cento) do ICMS nas saídas internas de mercadorias que compõem a cesta básica.

§ 1º Ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a não exigir a anulação proporcional do crédito prevista no inciso II do artigo 32 do Anexo Único do Convênio ICM 66/88, de 14 de dezembro de 1988, nas operações de que trata o caput desta cláusula. (grifou-se)

Vale ressaltar que, por força das disposições contidas no art. 110, inciso I do RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo.

A alegação da Impugnante de que pães integrais não podem ser considerados da cesta básica, também não procede. Na Parte 6 do Anexo IV do RICMS/02 a que se refere o item 19 da Parte 1, o item 28 relaciona a seguinte

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

mercadoria como beneficiária da base de cálculo: “*pão, assim considerado o alimento à base de farinha de trigo, água, fermento e sal ou açúcar*”.

Os produtos questionados pela Impugnante são compostos pelos ingredientes discriminados no item 28, ainda que possam conter outros ingredientes, e, portanto, são enquadrados no respectivo item.

No tocante às penalidades aplicadas, para as quais a Impugnante alega excesso de exação e caráter confiscatório, é de se considerar que o lançamento é vinculado à ocorrência, objetiva e legalmente prevista, e a sua cobrança é obrigatória, face ao disposto no § 1º do art. 142 do CTN, sob pena de responsabilidade funcional.

Acrescente-se que a Constituição Federal vigente (art. 150, IV) proíbe a cobrança de tributo com características de confisco e não de penalidade.

A multa de revalidação de 50% (cinquenta por cento) foi aplicada tendo em vista que o aproveitamento indevido dos créditos implicou em falta de recolhimento do imposto. Sempre que a ação fiscal contemplar a exigência de ICMS é imposta a cobrança desta penalidade.

Já a Multa Isolada, foi aplicada por se enquadrar na irregularidade detectada, hipótese prevista no art. 55, inciso XXVI da Lei nº 6.763/75, que dispõe:

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

(...)

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;

Saliente-se que a matéria em comento já foi objeto de julgamento por este Egrégio Conselho, figurando a própria Impugnante no polo passivo da obrigação tributária. Na autuação constante do PTA nº 01.000157210-50, a 3ª Câmara proferiu decisão favorável à Fazenda Pública Estadual, conforme Acórdão nº 18.658/08, a qual se reproduz:

ACÓRDÃO: 18.658/08/3ª

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – OPERAÇÃO SUBSEQÜENTE COM BASE DE CÁLCULO REDUZIDA – CONSTATADO O APROVEITAMENTO INTEGRAL DO CRÉDITO DE ICMS REFERENTE ÀS AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS CUJAS SAÍDAS SUBSEQÜENTES OCORREM COM REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. INFRAÇÃO CARACTERIZADA NOS TERMOS DOS ARTIGOS 31, § 1º E 32, INC. IV, DA LEI Nº 6.763/75 E DOS ARTIGOS 70, § 1º E 71, INC. IV, DO RICMS/96 E RICMS/02. MANTIDAS AS EXIGÊNCIAS DE ICMS, MULTA DE REVALIDAÇÃO E MULTA ISOLADA CAPITULADA NO ART. 55, INC. XXVI, DA LEI Nº 6.763/75. LANÇAMENTO PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

Essa circunstância ensejou o agravamento, de forma correta, da multa isolada, majorada em 50% (cinquenta por cento), face à constatação da reincidência, nos termos do § 6º do art. 53 da Lei 6763/75:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 6º Caracteriza reincidência a prática de nova infração cuja penalidade seja idêntica àquela da infração anterior, pela mesma pessoa, considerando-se em conjunto todos os seus estabelecimentos, dentro de cinco anos, contados da data em que houver sido reconhecida a infração anterior pelo sujeito passivo, assim considerada a data do pagamento da exigência ou da declaração de revelia, ou contados da data da decisão condenatória irrecorrível na esfera administrativa, relativamente à infração anterior.

No presente caso, é a data da decisão relativa ao Acórdão nº 18.658/08/3ª, proferida em 27/05/08, irrecorrível na esfera administrativa, o marco para aferição da reincidência.

Por fim, ressalte-se que, em 08/02/12, a 2ª Câmara exarou despacho interlocutório para que a Impugnante, no prazo de 10 (dez) dias do seu recebimento, demonstrasse que produtos considerados como pães especiais teriam sua saída tributada normalmente, sem o benefício da redução de base de cálculo.

Entretanto, tendo tido ciência do referido despacho, a Impugnante não se manifestou, quedando-se silente em relação à aventada regularidade nas operações relacionadas a esses produtos.

Desta forma, corretas as exigências fiscais, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Ricardo Wagner Lucas Cardoso e Carlos Alberto Moreira Alves.

Sala das Sessões, 16 de maio de 2012.

**Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente / Revisora**

**Luiz Geraldo de Oliveira
Relator**