

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.891/12/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000172425-07
Impugnação: 40.010131200-93
Impugnante: Girafer Indústria e Comércio de Ferro e Aço Ltda
IE: 186420762.00-39
Proc. S. Passivo: Rodrigo de Castro Lucas/Outro(s)
Origem: DF/Contagem

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO - RESOLUÇÃO N° 3.166/01. Constatado recolhimento a menor de ICMS, em face da apropriação de parcela de imposto não cobrada e não paga 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, 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 e da Resolução nº 3.166/01. Exige-se ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXVI da Lei nº 6.763/75. Entretanto, devem ser excluídas as exigências relativas às operações oriundas do Rio de Janeiro, por ausência de comprovação da fruição do benefício fiscal apontado. Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre o aproveitamento indevido de créditos de ICMS, no período de janeiro de 2007 a dezembro de 2010, provenientes de registros de notas fiscais de entradas, relacionadas às fls. 22/24, relativas às entradas decorrentes de operações interestaduais cujos remetentes estão beneficiados com incentivos fiscais não reconhecidos em convênios celebrados no âmbito do CONFAZ, portanto, em desacordo com a legislação tributária de regência do ICMS.

O Fisco fez a recomposição da conta gráfica (fls. 15/18).

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação (MR) capitulada no inciso II do art. 56 e Multa Isolada (MI) prevista no inciso XXVI do art. 55, ambos da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 242/266, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 377/390.

A 2ª Câmara de Julgamento determina as medidas (diligência e despacho interlocutório) de fl. 394, solicitando comprovação para o Fisco e para a Impugnante da

fruição do benefício fiscal pelos declarantes estabelecidos no Rio de Janeiro e Espírito Santo, respectivamente.

Em resposta à solicitação referida, tanto a Impugnante (fls. 398/400) quanto o Fisco (fls. 415/418) não apresentam a documentação solicitada.

DECISÃO

Da Preliminar

1. Da arguição de cerceamento de defesa

A Impugnante argui o cerceamento de defesa sob a alegação de que o Fisco não incluiu no campo “Infringências” do Auto de Infração os dispositivos da Resolução nº 3.166/01 referentes aos benefícios fiscais irregulares concedidos pelo Estado do Paraná, o que teria prejudicado o exercício pleno de seu direito de defesa.

No entanto, conforme fl. 19, compõe o Auto de Infração o Anexo 2, no qual consta relacionado, corretamente, todos os itens do Anexo Único da Resolução nº 3.166/01 relativos aos benefícios fiscais irregulares apontados pelo Fisco no presente lançamento.

Ressalte-se que todos os anexos que compõe o Auto de Infração foram recebidos pela Autuada no momento de sua intimação pessoal, conforme declaração de fl. 4.

Desse modo, tendo em vista que os autos contêm todos os elementos necessários ao exercício pleno do direito de defesa da Autuada, rejeita-se a arguição referida.

2. Do pedido de perícia

A Impugnante pleiteia a produção de prova pericial como forma de comprovação de suas alegações, por entender necessária para elucidação de eventuais obscuridades do processo.

Para tanto formula os quesitos de fls. 262.

Segundo a doutrina *“em casos em que o julgamento do mérito da causa depende de conhecimentos técnicos de que o magistrado não dispõe, deverá ele recorrer ao auxílio de um especialista, o perito, que dispondo do conhecimento técnico necessário, transmitirá ao órgão jurisdicional seu parecer sobre o tema posto à sua apreciação”* (Alexandre Freitas Câmara; *Lições de D. Processual Civil*), ou seja, somente deverá haver perícia quando o exame do fato probando depender de conhecimentos técnicos ou especiais e essa prova tiver utilidade diante dos elementos disponíveis para exame.

Vale citar, a propósito, decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais abordando a questão:

SE A MATÉRIA TRATADA NOS AUTOS VERSAR SOBRE QUESTÃO EMINENTEMENTE DE DIREITO, QUANTO AO RECONHECIMENTO OU NÃO DA PERCEPÇÃO DE DIFERENÇA SALARIAL, DECORRENTE DA CONVERSÃO DE URV, DESNECESSÁRIA A REALIZAÇÃO DE PROVA

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PERICIAL CONTÁBIL, A QUAL PODERÁ SER REALIZADA, ACASO NECESSÁRIO, EM SEDE DE EXECUÇÃO. A PROVA PERICIAL SOMENTE SE APRESENTA NECESSÁRIA QUANDO A INFORMAÇÃO DEPENDER DA OPINIÃO DE ESPECIALISTA NA MATÉRIA QUE ESCAPA DO UNIVERSO DE CONHECIMENTO DO JULGADOR, HIPÓTESE ESSA NÃO CARACTERIZADA NO CASO VERTIDO. ASSIM, INDEFERE-SE O PEDIDO (PROCESSO NÚMERO 1.0024.05.661742-6/001(1), RELATOR: CÉLIO CÉSAR PADUANI, TJMG). (GRIFOU-SE)

A perícia, por se tratar de prova especial, só pode ser admitida quando a apuração do fato em litígio não se puder fazer pelos meios ordinários de convencimento.

Todavia, o exame pericial, no caso sob exame, mostra-se absolutamente desnecessário na medida em que o quesito proposto foi suplantado pela medida da 2ª Câmara de Julgamento de fl. 570, a qual foi prolatada observando-se o critério do ônus da prova.

Os argumentos carreados aos autos pelo Fisco, bem como pela própria Impugnante em sua defesa, revelam-se suficientes para a elucidação das questões postas.

Assim, decide-se pelo indeferimento da prova requerida, com fundamento no art. 142, § 1º, II, “a” do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA) aprovado pelo Decreto 44/747/08:

Art. 142. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação, e será realizada quando deferido o pedido do requerente pela Câmara ou quando esta a determinar, observado o seguinte:

§ 1º Relativamente ao pedido de perícia do requerente:

II - será indeferido quando o procedimento for:

a) desnecessário para a elucidação da questão ou suprido por outras provas produzidas;

(...) (Grifou-se).

Do Mérito

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

As operações em questão estão inseridas nos itens 1.22, 7.2, 11.8, 11.9 e 11.10 do Anexo Único da Resolução nº 3.166/01, tendo sido os benefícios fiscais concedidos à revelia de convênio, motivo pelo qual o crédito é admitido apenas na proporção em que o imposto foi recolhido.

Assim, constitui o Auto de Infração no estorno do crédito indevidamente apropriado e na cobrança das multas cabíveis.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

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 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.

Acrescente-se que o STF entende não afrontar a regra 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 Supremo Tribunal Federal, a “guerra fiscal” afronta o art. 155, § 2º, XII, “g” da Constituição Federal, que constitui limitação à autonomia dos Estados. O Supremo deixa claro a necessidade de convênio interestadual para concessão 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, XII, 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).

O Regulamento do ICMS mineiro prescreve, expressamente, no inciso VI do art. 71, que o imposto não cobrado na origem deve ser estornado:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

A Impugnante se insurge contra o lançamento, argumentando que o Fisco não comprovou que os seus fornecedores gozavam de benefício fiscal irregular, invertendo indevidamente, segundo ela, o ônus da prova.

Junta, ainda, *e-mail* com declaração de funcionário de um dos fornecedores (Arcelor Mittal Brasil S/A), à fl. 278, afirmando que os estabelecimentos do Espírito Santo e do Rio de Janeiro não usufruem dos benefícios fiscais dos itens 1.22 e 7.2 do Anexo Único da Resolução nº 3.166/01, respectivamente.

No entanto, a indicação pelo Fisco da legislação do Estado de origem que concede o benefício fiscal irregular, conforme fl. 19, é suficiente para se aferir a concessão do incentivo nela previsto, exceto se na legislação constar expressamente a necessidade de ato normativo público prévio que conceda o benefício fiscal irregular.

Das legislações apontadas neste PTA, somente a do Rio de Janeiro (Lei nº 4.173/03 – arts. 2º; 16, § 1º e 25) prevê tal condição, o que motivou a 2ª Câmara de Julgamento a solicitar ao Fisco a juntada do decreto concessivo do benefício fiscal em relação ao fornecedor fluminense.

Diante da afirmação do Fisco de não ter sido possível localizar o referido ato, deve-se excluir as exigências (ICMS, MR e MI) relativas às operações oriundas do Estado do Rio de Janeiro.

Entretanto, no que tange aos demais fornecedores, em se tratando de benefício fiscal irregular presente na legislação do Estado concedente sem qualquer previsão de ato prévio para sua concessão, cabe ao contribuinte comprovar que o seu fornecedor não usufrui do incentivo maculado.

A simples juntada de *e-mail* com declaração de funcionário do fornecedor afirmando não ser beneficiário de benefício fiscal irregular não é suficiente para afastar as exigências fiscais. Porque, tratando-se de exigência de crédito tributário a ensejar a observância do princípio da indisponibilidade do bem público, não basta a simples afirmação do interessado para afastar a sua cobrança, pois que carente de fé pública.

Somente a declaração do Fisco de origem ou sua chancela em livros fiscais do fornecedor, posto que assim presente a presunção de veracidade, teria o condão de afastar a exigência de crédito tributário regularmente lançado.

Nesse sentido, a 2ª Câmara exarou o despacho interlocutório de fl. 394, dando nova oportunidade à Autuada para apresentação de documentação capaz de comprovar que o declarante estabelecido no Estado do Espírito Santo não usufrui do incentivo fiscal apontado pelo Fisco, medida da qual não se obteve resultado, conforme fls. 398/400.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, afiguram-se corretas as exigências de ICMS e da respectiva Multa de Revalidação prevista no inciso II do art. 56 da Lei nº 6.763/75 em relação às operações oriundas do Espírito Santo e do Paraná, bem como da multa isolada, a qual foi aplicada em perfeita sincronia entre o tipo nela descrito e a imputação fiscal, *in verbis*:

Lei nº 6.763/75

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:

(...)

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;

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. Também em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de cerceamento do direito de defesa. No mérito, ainda à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para excluir as exigências relativas às operações oriundas do Estado do Rio de Janeiro. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Rodrigo de Castro Lucas e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Marcelo Cássio Amorim Rebouças. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Sauro Henrique de Almeida (Revisor) e Fernando Luiz Saldanha.

Sala das Sessões, 28 de novembro de 2012.

André Barros de Moura
Presidente

Ricardo Wagner Lucas Cardoso
Relator