

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.639/12/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000173709-63
Impugnação: 40.010132007-71
Impugnante: Sul Ferro e Aço Comercial Ltda
IE: 001507617.00-84
Origem: DF/Uberlândia

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – RECOLHIMENTO A MENOR DE ICMS/ST - RESOLUÇÃO N° 3.166/01. Constatado o 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 remessa de mercadoria de fornecedor de outra Unidade da Federação, beneficiado com incentivo fiscal em seu Estado 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, art. 62, § 1º do RICMS/02 e da Resolução nº 3.166/01. Corretas as exigências de ICMS/ST e a Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre o recolhimento a menor de ICMS/ST pelo Sujeito Passivo, na entrada de mercadorias cujas notas fiscais foram listadas no Anexo 2, em operações interestaduais, no período de 01/01/10 a 31/12/11.

As mercadorias estão sujeitas à substituição tributária, conforme item 18, Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02. O fornecedor possui benefício fiscal concedido pelo Estado do Pará, conforme Anexo 1. A legislação paraense concede crédito presumido, calculado sobre o débito fiscal do ICMS, na percentagem de 86,166% (oitenta e seis vírgula cento e sessenta e seis por cento), nas saídas interestaduais de ferro gusa e aço, resultando em uma carga tributária líquida de 1,66% (um vírgula sessenta e seis por cento).

A Impugnante, ao receber as mercadorias, efetuou o pagamento do ICMS/ST, apropriando-se indevidamente do crédito relativo à operação própria, por aplicar no cálculo a alíquota interestadual de 12% (doze por cento), conforme demonstrado no Anexo 2.

Exigem-se ICMS/ST, e a Multa de Revalidação, prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, a Impugnante apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 23/69, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 101/111.

DECISÃO

Os fundamentos expostos na Manifestação Fiscal foram utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e, por esta razão, passam a compor o presente Acórdão, salvo pequenas alterações.

Da Preliminar

A Impugnante alega que faltam os pré-requisitos indispensáveis à autuação, condenando o procedimento fiscal à nulidade, na medida em que inexistem nos autos o Auto de Início de Ação Fiscal - AIAF e a Ordem de Serviço. Porém, como se pode notar às fls. 02 dos autos, consta o Auto de Início de Ação Fiscal nº 10.000002037.82, contendo o devido registro do nº 08.120001209.41 da Ordem de Serviço.

A Impugnante alega que não teria sido lavratura do termo de encerramento de fiscalização, conforme previsto no art. 196 do CTN, o que afetaria a segurança jurídica tributária entre o Fisco e o contribuinte. Contudo, não há tal obrigatoriedade de lavratura do termo de encerramento da fiscalização após a lavratura do Auto de Infração no art. 196, parágrafo único do CTN, nem mesmo no Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08.

Quanto à afirmação da Impugnante de que teria havido cerceamento do direito de defesa, quando houve a descrição genérica e imprecisa da pretensa conduta omissiva, esta deve ser afastada, uma vez que o relatório fiscal, presente nos autos às fls. 06/07, descreve de forma clara os fatos constatados. Na planilha presente no Anexo 2 do relatório, às fls. 12, é mostrado claramente que a Impugnante se utilizou da totalidade do crédito destacado em cada nota fiscal para calcular o ICMS/ST devido em cada operação.

Nesta planilha, encontram-se detalhados os cálculos utilizados pela Impugnante; em contraposição, são demonstrados os cálculos corretos que deveriam ter sido utilizados nas operações.

Os valores efetivamente pagos se encontram comprovados no Anexo 3 do relatório fiscal, juntamente com as cópias das notas fiscais de entrada, às fls. 13/21.

Nas argumentações trazidas ao processo, a Impugnante demonstra ter tido perfeita ciência do que é acusada, não lhe cabendo razão na sua arguição de cerceamento de defesa.

A Impugnante afirma que o lançamento teria sido apoiado em mera presunção, já que o Fisco não junta aos autos a prova de que o benefício fiscal é irregular, nem de que o ato que concedeu o benefício fiscal é ilegal. Em resposta, consta no Anexo 1, às fls. 09/11, a Resolução nº 001, de 27 de janeiro de 2010, na qual o Estado do Pará concede, em seu art. 3º, inciso II, o benefício fiscal irregular à empresa Siderúrgica Norte Brasil S/A – SINOBRÁS, fornecedora da Impugnante. Tal benefício não foi objeto de convênio do CONFAZ.

Portanto, os vícios de lançamento apontados pela Impugnante não foram constatados nos autos, e sim os requisitos ditados pela legislação tributária de forma a

assegurar a validade do lançamento. Da mesma forma, os documentos que comprovam os fatos alegados estão anexados aos autos, não se configurando qualquer violação ao direito de defesa da Impugnante.

Diante disso, afigura-se bem instruído o Auto de Infração, de modo a possibilitar pleno conhecimento da natureza da infração arguida, motivo pelo qual rejeita-se a preliminar de nulidade do lançamento.

Do Mérito

O Auto de Infração em comento está pautado na Resolução nº 3.166/01, especificamente em obediência ao disposto no seu art. 1º, parágrafo único, conforme a seguir:

RESOLUÇÃO Nº 3.166, DE 11 DE JULHO DE 2001

(MG de 12/07/2001 e ret. em 13/07/2001)

Veda a apropriação de crédito do ICMS nas entradas, decorrentes de operações interestaduais, de mercadorias cujos remetentes estejam beneficiados com incentivos fiscais concedidos em desacordo com a legislação de regência do Imposto.

O SECRETÁRIO DE ESTADO DA FAZENDA, no uso de suas atribuições, e tendo em vista o disposto no artigo 225 da Lei nº 6.763, de 26 de dezembro de 1975, e (...)

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).

Não obstante, a Impugnante defende que a autuação baseia-se em ilegal limitação do princípio constitucional da não cumulatividade. E aponta como únicas exceções constitucionais ao princípio da não-cumulatividade: a isenção e a não-incidência.

O sujeito passivo defende seu direito ao crédito de ICMS pelo valor total constante nas notas fiscais de entrada, imposto este destacado na operação anterior,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

sendo irrelevante sua efetiva cobrança ou não. Fundamenta sua defesa na ideia de que o crédito presumido conferido ao fornecedor na etapa anterior não altera a natureza jurídica do crédito dela decorrente; e ainda menos faz com que a operação se enquadre em hipótese de não incidência ou isenção.

Com efeito, a legislação sobre o assunto é clara e precisa quanto ao princípio da não cumulatividade, ao direito de apropriação ao crédito e vedações decorrentes de apropriações indevidas, não exigindo esforço de interpretação além do método literal ou gramatical, conforme abaixo:

Constituição Federal

Art. 155 -

(...)

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.

A Lei Complementar n.º 24/75, recepcionada pela Constituição Federal de 1988, dispõe sobre a necessidade de convênios para concessão de quaisquer incentivos ou favores fiscais ou financeiro-fiscais:

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:

I - à redução de base de cálculo;

II - à devolução total ou parcial, direta ou indireta, condicionada ou não, do tributo, ao contribuinte, a responsável ou a terceiros;

III - à concessão de créditos presumidos;

IV - a 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;

V - às prorrogações e às extensões das isenções vigentes nesta data.

O § 2º do art. 2º é taxativo:

Art. 2º -

(...)

§ 2º - A concessão de benefícios dependerá sempre de decisão unânime dos Estados representados; a sua revogação total ou parcial dependerá de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

aprovação de quatro quintos, pelo menos, dos representantes presentes.

E conclusivo o art. 8.º:

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.

Portanto, as normas aplicam-se a todas as Unidades da Federação, donde a impossibilidade de qualquer delas, isoladamente, conceder qualquer benefício a seus contribuintes, mormente quando possa repercutir em prejuízo de outro ente tributante, como na espécie.

Conclui-se que, o ato que concedeu incentivo fiscal ilegal na operação antecedente não pode ser reconhecido como uma norma válida e vigente, como pretende a Impugnante em sua defesa.

A legislação mineira, regulamentando o assunto, apresenta os seguintes dispositivos:

RICMS/02

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. (Grifou-se)

§ 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.

No mesmo sentido, dispõe o art. 68, *caput*:

Art. 68 - O crédito corresponderá ao montante do imposto corretamente cobrado e destacado no documento fiscal relativo à operação ou à prestação. (Grifou-se)

O que transparece claro, portanto, é que a parcela do crédito presumido outorgado constitui-se imposto não cobrado e não pago, não gerando crédito ao adquirente da mercadoria.

Assim, ao destacar o imposto à alíquota de 12% (doze por cento), em operação interestadual, o remetente não o fazia sobre o valor corretamente cobrado,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

havendo, por conseguinte, um excedente que não deve ser suportado pelo Estado destinatário.

Sendo assim, não é possível dar razão à Impugnante quando esta afirma em sua impugnação que quando um Estado de origem abre mão da receita tributária que lhe compete, os efeitos de tal ato circunscrevem-se àquele Estado e seus contribuintes/administrados. Sob o ponto de vista econômico, o crédito do imposto destacado é suportado pelo ente da Federação do destino.

Desta forma, tais disposições bastam juridicamente para fundamentar a exigência do valor complementar de ICMS/ST, em face da concessão de benefício à revelia do CONFAZ.

Não obstante isso, a legislação mineira houve por bem determinar o estorno do valor de imposto destacado e não cobrado na origem, conforme disposição regulamentar:

RICMS/02

Art. 71 - O contribuinte deverá efetuar o estorno do imposto creditado sempre que o serviço tomado ou a mercadoria ou bem entrados no estabelecimento:

(...)

VI - tiveram o imposto destacado na documentação fiscal não cobrado na origem, conforme disposto no § 1º do art. 62 deste Regulamento.

Tem-se, então, uma gama de disposições, da CF/88, passando pela Lei Complementar n.º 24/75, pelo RICMS/02, até a Resolução n.º 3.166/01, a disciplinar a apropriação do crédito, vedando o correspondente a imposto não cobrado.

Cumpra ainda anotar que o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em decisão no Processo n.º 1.0079.06.290086-9/004(1) – Relator: Des. Alberto Vilas Boas - data do julgamento 26/05/09 e publicação em 23/06/09 – deliberou sobre a questão, adotando os fundamentos consignados no Acórdão n.º 298643.01, conforme excerto abaixo transcrito:

É DE SE VER QUE, NA VERDADE, A EDIÇÃO DA RESOLUÇÃO 3166, DE 11/07/2001, ALTERADA PELA RESOLUÇÃO 3209, DE 04/12/2001, NÃO TEM O CONDÃO DE INOVAR NO ORDENAMENTO JURÍDICO, PELO CONTRÁRIO, APENAS PRESERVA AS NORMAS TRIBUTÁRIAS, SEJAM ELAS CONSTITUCIONAIS OU INFRACONSTITUCIONAIS.

NA REALIDADE, NÃO SERIA MESMO DE SE CONCEBER QUE A ECONOMIA MINEIRA SE VISSSE AFETADA PELA UNILATERAL CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS FISCAIS POR OUTROS ESTADOS DA FEDERAÇÃO, O QUE TORNARIA LETRA MORTA OS PRECEITOS TRIBUTÁRIOS CONTIDOS NO ART. 150, § 6º E ART. 155, § 2º, XII, 'G' DA CARTA MAGNA, VIOLANDO TAMBÉM AS DISPOSIÇÕES CONTIDAS NA LEI COMPLEMENTAR 24/75, QUE EXIGEM

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A CELEBRAÇÃO DE CONVÊNIO ENTRE OS ESTADOS E O DISTRITO FEDERAL PARA QUE SE PROCEDA A DETERMINADAS GRACIOSIDADES FISCAIS.

NESSE COMPASSO, OS ATOS NORMATIVOS SUPRAMENCIONADOS NADA MAIS FIZERAM DO QUE ORIENTAR OS AGENTES FAZENDÁRIOS PARA QUE SE ACAUTELASSEM DIANTE DA POSSIBILIDADE DE APROPRIAÇÃO DE CRÉDITOS FISCAIS ILEGÍTIMOS, EVITANDO, ASSIM, QUE HOUVESSE APROVEITAMENTO DE VALORES QUE NÃO FORAM EFETIVAMENTE RECOLHIDOS AO FISCO.

Note-se, ainda, que a Impugnante não provou nos autos que seu fornecedor não teria se beneficiado pelo crédito presumido oferecido pelo Estado do Pará.

Por estas razões, está caracterizada a infração e corretas as exigências de ICMS/ST e multas contidas na peça fiscal.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. No mérito, também à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros René de Oliveira e Sousa Júnior e Orias Batista Freitas.

Sala das Sessões, 25 de setembro de 2012.

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

**Alexandre Périssé de Abreu
Relator**

T