

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.727/14/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000162784-27
Impugnação: 40.010126145-30
Impugnante: Unibrás Transportes Ltda - ME
IE: 223344437.00-09
Proc. S. Passivo: Umberto João de Rezende Daimond/Outro(s)
Origem: DF/Divinópolis

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO - RESOLUÇÃO Nº 3.166/01. Constatado recolhimento a menor de ICMS em face da apropriação de parcela do imposto não cobrado e não pago 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 e 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. Corretas as exigências fiscais de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXVI da Lei nº 6.763/75.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre recolhimento a menor de ICMS, em virtude de aproveitamento indevido de créditos do imposto, pela Autuada, no período de abril de 2004 a setembro de 2005, proveniente de registros de notas fiscais de entradas, relacionadas às fls. 16, 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, conforme indicado no Item 17.1, do Anexo Único da Resolução SEF nº 3.166/01.

Exigências de ICMS, Multas de Revalidação e Isolada, previstas respectivamente nos arts. 56, inciso II e 55, inciso XXVI da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 72/90, contra a qual a Fiscalização manifesta-se às fls. 103/109.

A Autuada apresentou às fls. 91, e depois às fls. 126, cópia da “Declaração de não utilização do crédito presumido”, com o conteúdo que a empresa remetente não utilizava o benefício fiscal a ela concedido, fornecida pela Secretaria de Estado da Fazenda do Estado do Sergipe.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A 2ª Câmara de Julgamento, em sessão realizada em 02/03/10, defere juntada de documento protocolado na Administração Fazendária e abre vista à Fiscalização (fls. 122).

Para dirimir todas as dúvidas relacionadas à utilização do benefício fiscal, a Fiscalização pediu o encaminhamento à Secretaria de Estado da Fazenda do Estado do Sergipe, a solicitação de conferência fiscal, para que a empresa Ematex do Nordeste Ltda apresentasse a documentação que comprovasse a não utilização de benefícios fiscais.

Nesse sentido, foi solicitado Avulso de Conferência nº 0203.0004.10, por meio de Ofício nº 0533/2010/DGP/SUFIS, à Secretaria de Estado da Fazenda de Sergipe, conforme fls. 169/172, para que fossem apresentados documentos da empresa Ematex do Nordeste Ltda.

Atendendo parcialmente o pedido, há juntada de documentos às fls. 173/225.

Foi efetuada uma nova solicitação desses documentos, conforme Ofício nº 11/2011/GAB/DEFIS, para Secretaria de Estado da Fazenda de Sergipe às fls. 236.

Há nova juntada de documentos de fls. 234/523.

A Fiscalização manifesta-se às fls. 525/526, pedido pela procedência do lançamento.

Aberta vista a Autuada às fls. 536, que não se manifesta.

DECISÃO

Conforme relatado, a autuação versa sobre recolhimento a menor de ICMS, em virtude de aproveitamento indevido de créditos do imposto pela Autuada, proveniente de registros de notas fiscais de entradas, relacionadas às fls. 16, 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.

Exigências de ICMS, Multas de Revalidação e Isolada, previstas respectivamente nos arts. 56, inciso II e 55, inciso XXVI da Lei nº 6.763/75.

As operações em questão estão inseridas no item 17.1 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.

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*:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

Assim, a Lei Complementar nº 24/75, recepcionada pela Constituição Federal de 1988, constitui meio apropriado para regulamentação dos ditames constitucionais, *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 art. 155 da Constituição da República, observado o disposto nos §§ 4º a 6º.

§ 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 a Fiscalização e os contribuintes para dar cumprimento ao citado 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.

Importante destacar que o princípio da não cumulatividade não foi alterado por resolução estadual, pois a referida norma, reiterando, é de caráter meramente operacional, não inova no mundo jurídico, apenas orienta a Fiscalização e os contribuintes relativamente aos benefícios fiscais concedidos sem edição de Convênio, obrigatório nos estritos termos, transcritos, da Constituição Federal e da Lei Complementar nº 24/75.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Dessa forma, na apreciação dos aspectos da legalidade da Resolução nº 3.166/01, pelo disposto na citada legislação, conclui-se pela inexistência de conflito entre a resolução, a lei complementar e o RICMS/02.

E, quanto à suposta inconstitucionalidade da Resolução nº 3.166/01, o Supremo Tribunal Federal, analisando norma de igual conteúdo jurídico, o Comunicado CAT 36/04, editado pela Secretaria de Estado de Fazenda de São Paulo, decisão monocrática do Ministro Gilmar Mendes, entendeu que o referido comunicado é um ato administrativo despido de normatividade, ou seja, não é ato normativo autônomo, geral e abstrato e, portanto, não pode ser submetido à análise abstrata de sua constitucionalidade, conforme jurisprudência do STF, negando provimento à Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.350-6/SP.

O Ministro Gilmar Mendes deixou consignado:

DECIDO. A PRESENTE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE NÃO MERECE SER CONHECIDA. COM EFEITO, O COMUNICADO CAT-36/2004, DA COORDENADORIA DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA DO ESTADO DE SÃO PAULO, CONSTITUI MERO ATO ADMINISTRATIVO DESPIDO DE NORMATIVIDADE, ISTO É, NÃO É ATO NORMATIVO AUTÔNOMO, GERAL E ABSTRATO E, PORTANTO, NÃO PODE SER SUBMETIDO À FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DE SUA CONSTITUCIONALIDADE, CONFORME A CONSOLIDADA JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE (ADI nº 2.626/DF, REL. MIN. SYDNEY SANCHES, DJ 5.3.2004; ADI nº 2.714/DF, REL. MIN. MAURÍCIO CORRÊA, DJ 27.2.2004; ADI nº 2.387/DF, [...]).

NO PREÂMBULO DO CAT-36/2004, ESTÁ EXPRESSO QUE SE TRATA SE ATO AMPARADO DIRETAMENTE EM NORMAS LEGAIS, ESPECIFICAMENTE, NO ART. 36, § 3º, DA LEI ESTADUAL 6.374, DE 1º DE MARÇO DE 1989, E NOS ARTS. 1º E 8º, I, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 24, DE 7 DE JANEIRO DE 1975, E APENAS INDIRETAMENTE NAS NORMAS CONSTITUCIONAIS DOS ARTS. 155, § 2º, I E XII, "G" E 170, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

ADEMAIS, O REFERIDO COMUNICADO, COMO EXPLICA A COORDENADORIA DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA DO ESTADO DE SÃO PAULO, TEM POR ESCOPO UNICAMENTE PRESTAR ESCLARECIMENTOS AOS CONTRIBUINTES PAULISTAS, ASSIM COMO TRAÇAR ORIENTAÇÕES PARA A ATUAÇÃO DOS AGENTES FISCAIS DE RENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, ESTANDO, PORTANTO, DESVESTIDO DE NORMATIVIDADE SUFICIENTE PARA FIGURAR COMO OBJETO DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE.

ANTE O EXPOSTO, NEGO SEGUIMENTO À PRESENTE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ART. 21, § 10, RISTF). PUBLIQUE-SE. BRASÍLIA, 3 DE FEVEREIRO DE 2006. MINISTRO GILMAR MENDES RELATOR.

Por outro lado, analisando matéria sobre créditos concedidos sem edição de convênio, o STF entende não afrontar o princípio da não cumulatividade do ICMS a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

inadmissão do crédito oriundo de tributo convertido em incentivo fiscal, conforme agravo regimental transcrito a seguir:

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 TRIBUTOS 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 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, 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).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 entrados no estabelecimento:

(...)

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

A Autuada apresentou às fls. 91, e depois às fls. 126, cópia da “Declaração de não utilização do crédito presumido”, de que a empresa remetente não utiliza o benefício fiscal a ela concedido, fornecido pela Secretaria de Estado da Fazenda do Estado do Sergipe.

Como já apresentado, foi proposto pela 2ª Câmara de Julgamento, medidas no sentido de trazer mais informações para o processo, na busca da verdade material.

Para dirimir todas as dúvidas relacionadas à utilização do benefício fiscal, a Fiscalização pediu o encaminhamento à Secretaria de Estado da Fazenda do Estado do Sergipe, a solicitação de conferência fiscal, para que a empresa Ematex do Nordeste Ltda apresentasse a seguinte documentação:

- cópias dos livros Registro de Apuração, Registro de Saídas e Registro de Entradas;
- cópias de demonstrativos de apuração do ICMS apresentados ao Fisco sergipano;
- cópias de documentos de arrecadação de ICMS;
- cópias dos seguintes registros contábeis determinados pelo art. 4º da Resolução do CDI nº 78/04 de 04/05/04:

Resolução do Conselho de Desenvolvimento Industrial - CDI nº 78/04

Art. 4º - O Apoio Fiscal será registrado na contabilidade da empresa reenquadrada, diretamente em conta criada especialmente para esse fim, com a denominação de “Apoio Fiscal - PSDI - Governo do Estado de Sergipe”, dentro do subgrupo “Reserva de Capital” do grupo “Patrimônio Líquido”;

Nesse sentido, foi solicitado Avulso de Conferência nº 0203.0004.10, por meio de Ofício nº 0533/2010/DGP/SUFIS, à Secretaria de Estado da Fazenda de Sergipe, conforme fls. 169/172, para que fossem apresentados documentos da empresa Ematex do Nordeste Ltda.

Atendendo parcialmente o pedido, há juntada de documentos às fls. 173/225.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Foi efetuada uma nova solicitação desses documentos, conforme Ofício nº 11/2011/GAB/DEFIS, para Secretaria de Estado da Fazenda de Sergipe às fls. 236.

A Secretaria de Estado da Fazenda de Sergipe no documento de remessa, de fls. 235, informou, que por já haver transcorrido o período decadencial, o contribuinte estaria desobrigado de fornecer as informações solicitadas. Assim, não foram obtidos do emitente, os registros contábeis determinados pelo art. 4º da Resolução do CDI nº 78/04.

Entretanto, apesar de não terem sido enviados esses documentos, a farta documentação fornecida pela Secretaria de Estado da Fazenda de Sergipe, foi suficiente para o deslinde da questão, conforme apresentado a seguir.

Por meio do exame do espelho dos livros Registro de Apuração de ICMS de 2004 e 2005, fls. 245/269, foi verificado o lançamento dos valores referentes ao Programa Sergipano de Desenvolvimento Industrial - PSDI, comprovando, como já demonstrado nos autos, que o emitente é não apenas signatário, mas usufrui dos benefícios desse programa. Este lançamento é determinado pelo § 2º do art. 13 da Portaria SEFAZ nº 1.454, de 19/12/03 às fls. 533.

Resta, portanto, comprovado que o emitente é beneficiário do Programa Sergipano de Desenvolvimento Industrial - PSDI, por meio das Resoluções de nº. 59/01, 78/04, 75/05 e 76/08, contrariamente às informações apresentadas na “Declaração de não utilização do crédito presumido”, de fls. 91 e 126, motivo pelo qual estão corretas as exigências fiscais do presente lançamento.

Corretas, as exigências fiscais referentes ao ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVI, ambos da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

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;

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.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros Maria Vanessa Soares Nunes (Revisora), Marco Túlio da Silva e Marcelo Nogueira de Moraes.

Sala das Sessões, 27 de novembro de 2014.

**Antônio César Ribeiro
Presidente / Relator**

M/T

CC/MIG