

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.388/14/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000198788-16
Impugnação: 40.010134722-91
Impugnante: Fast Shop S/A
IE: 062389780.02-91
Proc. S. Passivo: Cael Kalinowski Souza Matta/Outro(s)
Origem: DF/Contagem

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - RECOLHIMENTO A MENOR DE ICMS/ST - RESOLUÇÃO N° 3.166/01. Constatada a entrada em estabelecimento mineiro, decorrente de operações interestaduais, de mercadorias sujeitas à substituição tributária com recolhimento a menor de ICMS/ST, em razão de apropriação indevida de créditos do imposto, tendo em vista benefício fiscal concedido unilateralmente aos fornecedores, sem aquiescência do CONFAZ, em desrespeito à Lei Complementar n° 24/75 e Resolução n° 3.166/01. Crédito tributário reformulado pelo Fisco. Exigências de ICMS/ST e Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei n° 6.763/75. Infração caracterizada em parte.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - RECOLHIMENTO A MENOR DE ICMS/ST - BASE DE CÁLCULO. Imputação fiscal de recolhimento a menor de ICMS devido por substituição tributária, incidente sobre as operações subsequentes com mercadorias constantes do item 29, Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02 relativo a produtos eletrônicos, eletroeletrônicos e eletrodomésticos, adquiridos em outras Unidades da Federação, com recolhimento a menor do imposto devido no momento da entrada em território mineiro, nos termos dos arts. 14 e 46, inciso II da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02, dada a apuração incorreta da base de cálculo, em decorrência de cálculo incorreto e da não utilização da MVA ajustada. Exigências de ICMS/ST e Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei n° 6.763/75. Infração caracterizada.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - ARQUIVO ELETRÔNICO - FALTA DE ENTREGA/ENTREGA EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO - EFD. Constatada a entrega em desacordo com a legislação, no prazo e na forma legal, de arquivos eletrônicos referentes à totalidade das operações de entrada e de saída de mercadorias ou bens e das aquisições e prestações de serviços realizadas, relativos à emissão de documentos fiscais e à escrituração de livros fiscais, conforme previsão nos arts. 44, 46, 50 e 54 do Anexo VII do RICMS/02. Exigência da Multa Isolada prevista no art. 54, inciso XXXIV da Lei n° 6.763/75. Infração caracterizada.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - ARQUIVO ELETRÔNICO - FALTA DE ENTREGA/ENTREGA EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO - SINTEGRA. Constatada a entrega em desacordo com a legislação, no prazo e na

forma legal, de arquivos eletrônicos referentes à totalidade das operações de entrada e de saída de mercadorias ou bens e das aquisições e prestações de serviços realizadas, relativos à emissão de documentos fiscais e à escrituração de livros fiscais, conforme previsão nos arts. 10 e 11 e 39, todos do Anexo VII do RICMS/02. Exigência da Multa Isolada prevista no art. 54, inciso XXXIV da Lei nº 6.763/75. Infração caracterizada.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre as seguintes irregularidades:

1) recolhimento a menor de ICMS/ST incidente em operações de entrada de produtos eletrônicos constantes dos itens 25 e 29, Parte 2, Anexo XV do RICMS/02, no período de janeiro de 2010 a dezembro de 2011, em decorrência de:

- estorno de crédito inferior ao devido, nas aquisições interestaduais provenientes do Estado de São Paulo, em face de benefício fiscal não autorizado pelo CONFAZ e de utilização de alíquota efetiva de saída inferior à prevista na legislação tributária;

- apuração e totalização de valores originais de ICMS/ST inferiores aos devidos, no período de dezembro de 2010;

- falta de aplicação do coeficiente de ajustamento previsto no § 5º do art. 19, Anexo XV do RICMS/02 (MVA ajustada) para determinação da base de cálculo do ICMS/ST em operações de entrada interestadual de produtos eletrônicos, referentes ao mês de janeiro de 2011.

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

2) falta de escrituração/escrituração irregular de livro Registro de Entradas e livro Registro de Apuração do ICMS, no período de janeiro a dezembro de 2010.

Exigência da Multa Isolada prevista no art. 54, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 6.763/75, correspondente a 1.000 UFEMG por livro.

A Autuada reconhece essa irregularidade e efetua o pagamento com as reduções previstas na legislação, no dia 29/08/13, conforme tela do SICAF às fls. 203 do Auto de Infração.

3) entrega em desacordo com a legislação tributária e com a intimação do Fisco, de arquivos eletrônicos Sintegra, no exercício de 2010, e de arquivos eletrônicos EFD, no exercício de 2011, previstos no Anexo VII do RICMS/02.

Exige-se Multa Isolada prevista no art. 54, inciso XXXIV da Lei nº 6.763/75, correspondente a 5.000 UFEMG por período.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 160/195 e requer, ao final, a procedência da peça de defesa.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O Fisco acata, em parte, as alegações da Impugnante, promovendo a alteração do crédito tributário no que tange à alíquota interna aplicável às saídas de celulares e *smartphones* no período de 01/01/10 a 24/06/10 (fls. 207/217).

Devidamente intimada (fls. 222/223), a Impugnante comparece aos autos (fls. 224/225), ocasião em que reitera as argumentações lançadas na peça de defesa.

O Fisco, em Manifestação de fls. 227/239, refuta as alegações da Impugnante e requer a procedência do lançamento remanescente.

O PTA esteve na 2ª Câmara de Julgamento, em sessão do dia 22/01/14, ocasião em que se decidiu pelo retorno dos autos à Assessoria do CC/MG para elaboração de parecer, em função do disposto no inciso II do art. 2º da Resolução nº 4.335 de 22 de julho de 2011.

Em 28 de fevereiro de 2014, a presidência do CC/MG exarou despacho no qual determinou a inclusão do PTA em pauta de julgamento em função de ter restado apenas 4 (quatro) irregularidades para serem analisadas pela 2ª Câmara de Julgamento, considerando que parte do crédito tributário, referente a uma das irregularidades apuradas foi quitado, não havendo, portanto, autorização legal para que a Assessoria do CC/MG elabore parecer de mérito.

DECISÃO

Versa o presente lançamento sobre apuração e recolhimento a menor do ICMS devido a título de substituição tributária, em razão de a Autuada ter deixado de estornar créditos na proporção do benefício fiscal concedido pelo estado de origem das notas fiscais, sem amparo do CONFAZ, e pelo uso de alíquota efetiva de saída inferior à prevista na legislação tributária, com a apuração do ICMS/ST em valores inferiores aos devidos e também, por ter deixado de aplicar a MVA ajustada na entrada de mercadorias sujeitas à ST interna.

Decorre, ainda, o presente lançamento do descumprimento de obrigação acessória atinente à escrituração incorreta de livros fiscais e entrega em desacordo com a legislação de arquivos eletrônicos Sintegra e EFD.

As irregularidades serão abordadas por tópicos a seguir.

a) Estorno de crédito inferior ao devido

Trata-se da apuração do ICMS/ST devido nas aquisições de aparelhos celulares e *smartphones* provenientes do Estado de São Paulo, com a glosa de parte do crédito pela operação própria em decorrência da concessão irregular de benefício fiscal no estado de origem.

A Autuada recebeu mercadorias do Estado de São Paulo com destaque de ICMS na nota fiscal com alíquota interestadual de 12% (doze por cento). Ao dar saída nessas mercadorias aplicou, erroneamente, a redução de base de cálculo prevista no art. 43 da Parte Geral e item 56 do Anexo XV, ambos do RICMS/02, o que resultou em uma alíquota de saída equivalente a 7% (sete por cento). Por esse motivo, creditou-se

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

apenas de 7% (sete por cento) pelas entradas, em cumprimento ao disposto no item 56.3 do Anexo XV do RICMS/02.

O benefício fiscal concedido unilateralmente pelo Estado de São Paulo, previsto no Decreto paulista nº 51.624/07, prevê um crédito presumido de 7% (sete por cento) sobre o valor da operação. Portanto, a empresa mineira teria direito a um crédito de 5% (cinco por cento) sobre o valor das notas fiscais beneficiadas pelo citado decreto, apresentadas, por amostragem às fls. 58/65. Como a Autuada aproveitou apenas 7% (sete por cento) desse crédito, o Fisco, por sua vez, estornou 2% (dois por cento) do crédito.

Essa situação levou o Fisco a promover a acusação de estorno inferior ao devido, mas no tocante a esse aspecto, na elaboração da “Planilha A” (fls. 20/26), retificada às fls. 208/215, eventuais equívocos praticados pela Autuada foram corrigidos, em decorrência da metodologia de cálculo adotada pelo Fisco.

Analisando a “Planilha A1”, apresentada às fls. 209/215 (retificação do crédito) percebe-se que o Fisco apurou a base de cálculo do imposto devido por substituição tributária, com aplicação da Margem de Valor Agregado (MVA), e sobre tal montante calculou o imposto devido com alíquota de 12% (doze por cento), deduzindo-se a título de operação própria o percentual de 5% (cinco por cento) sobre a base de cálculo do documento fiscal, em decorrência do crédito presumido de 7% (sete por cento) concedido pelo Estado de São Paulo.

Assim, remanescem nos autos as exigências de ICMS/ST em decorrência da apuração do imposto nas entradas das mercadorias, considerando a parcela debitada pelo remetente, mas sujeita ao benefício fiscal previsto no Decreto paulista nº 51.624/07.

Em relação à alíquota aplicável na saída das mercadorias, após a retificação do lançamento, o Fisco o estendeu a alíquota de 12% (doze por cento) para todo o período fiscalizado.

A discussão que remanesce, então, diz respeito à anulação do crédito determinada pela Lei Complementar nº 24/75 e a previsão contida na Resolução nº 3.166/01, uma vez afastada a tese de saída ao abrigo da redução da base de cálculo.

A matéria em discussão, ou seja, o aproveitamento indevido de créditos de ICMS, em virtude de serem os remetentes das mercadorias beneficiários de incentivos fiscais concedidos sem amparo em convênio celebrado no Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ, em desacordo, portanto, com a legislação que rege o imposto, constitui objeto de reiterados julgamentos no Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais, com decisões, em sua grande maioria, favoráveis ao Fisco, de modo a impedir a apropriação de tais créditos.

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, conforme se percebe pelos textos legais adiante transcritos:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 nº 24, de 24/01/75, recepcionada pela Constituição Federal de 1988, dispõe sobre a necessidade de convênios para concessão de quaisquer incentivos ou favores fiscais ou financeiro-fiscais, conforme disposto a seguir:

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.

(...)

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.

A Lei nº 6.763/75 dispõe em seu art. 28 que:

Art. 28 - 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 e intermunicipal e de comunicação com o montante cobrado nas anteriores por este Estado ou outra unidade da Federação.

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 5º Na hipótese do caput, não se considera cobrado, ainda que destacado em documento fiscal, o montante do imposto que corresponder a vantagem econômica decorrente de 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.

O Regulamento do ICMS de 2002, em consonância com os dispositivos da Lei Complementar nº 24/75 dispõe sobre a nulidade dos benefícios concedidos em desacordo com a legislação e estabelece que os eventuais créditos sejam estornados pelo estabelecimento destinatário.

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.

(...)

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.

Pelo que se depreende do art. 155, inciso XII, alínea "g" da Constituição Federal, a concessão de benefícios fiscais está disciplinada por lei complementar, no caso, a Lei complementar nº 24/75, com o intuito de manter o equilíbrio do pacto federativo e neutralizar a guerra fiscal entre os Estados da Federação, impedindo benefícios de uns em detrimento de outros.

Dessa forma, para que os benefícios fiscais relacionados ao ICMS atinjam a extraterritorialidade, é preciso que os dispositivos da citada Lei Complementar nº 24/75 sejam respeitados, no que tange a celebração de convênios. De acordo com o art. 8º, inciso I da mesma lei, as implicações da não observância são a nulidade do ato e a ineficácia do crédito fiscal atribuído ao estabelecimento destinatário da mercadoria.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Os benefícios concedidos pelos estados onde estão situados os fornecedores da Autuada, não tem origem em convênio celebrado pelos demais estados, desobrigando, assim, o Estado de Minas Gerais a suportar integralmente o crédito de ICMS.

Nesse caso, não se visualiza inobservância da regra da não cumulatividade, mas enriquecimento sem causa do contribuinte destinatário, que estaria a se apropriar de imposto não pago, a título de crédito, em prejuízo ao erário estadual.

A Resolução nº 3.166/01, norma operacional que orienta o Fisco e os contribuintes, para dar cumprimento ao disposto no art. 62, § 2º, retrocitado, disciplina a forma em que será admitido o crédito, não majorando e nem criando novos tributos.

Assim, não se pode falar em afronta a qualquer Princípio Constitucional, restando demonstrada a constitucionalidade e a legalidade do lançamento nos termos da legislação pertinente.

Ao apreciar a constitucionalidade de ato de mesma natureza (Comunicado CAT nº 36/04, editado pelo Estado de São Paulo) entendeu o Ministro do STF, Gilmar Mendes, que o referido comunicado é um ato administrativo despido de normatividade e não pode ser submetido à análise abstrata de constitucionalidade, negando provimento à Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.350-6/SP, com os seguintes fundamentos:

“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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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"

Segundo o STF, a “guerra fiscal” afronta o art. 155, § 2º, inciso XII, alínea “g” da Constituição Federal, que constitui limitação à autonomia dos estados. O STF deixa evidente a necessidade de convênio interestadual para concessão, por lei estadual, de benefícios fiscais, exarando a seguinte decisão na ADI-MC 2352/ES:

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).

Sustenta a Impugnante que a norma paulista não impõe ao estabelecimento a utilização do crédito presumido, mas apenas autoriza a sua utilização, destacando que o Fisco não comprovou a efetiva utilização do benefício pelos remetentes, não sendo possível à adquirente fazê-lo.

Alerta, ainda, que em decorrência da renúncia aos créditos fiscais, conforme determina a legislação em análise, não se sabe ao certo qual é o percentual de benefício fiscal.

O Decreto paulista nº 51.624/07 assim cuida do benefício:

"Art. 1º - O estabelecimento fabricante que promover saída tributada pelo ICMS (...) poderá, em substituição ao aproveitamento de quaisquer créditos, optar pelo crédito de importância equivalente à aplicação de 7,0% sobre o valor de sua operação de saída interestadual (...)

(...)

III - telefone celular atributo AB, tecnologia digital CDMA/AMPS/GSM/TDMA/WLL - 8525.20.22."

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Anteriormente ao decreto acima mencionado, vigia a Lei nº 47.092/02, com a seguinte redação:

"Art. 1º - Na saída dos produtos adiante indicados, classificados nos seguintes códigos da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema Harmonizado - NBM-SH, promovida pelo estabelecimento fabricante, este estabelecimento, em substituição ao aproveitamento de quaisquer créditos, poderá optar pelo crédito de importância equivalente à aplicação de 7% (sete por cento) sobre o valor de sua operação de saída (Lei 6.374/89, artigo 38, § 6º):

(...)

III- telefone celular atributo AB, tecnologia digital Dual CDMA/AMPS/GSM/TDMA/WLL - 8525.20.22."

Em decorrência da possibilidade de utilização do benefício, a SEF/MG incluiu na Resolução nº 3.166/01 o subitem 8.7, mediante a Resolução nº 3.607/04, produzindo efeitos a partir de 17/12/04, com a seguinte redação:

8.7	Monitor de vídeo com tubo de raios catódicos policromático, para computador - 8471.60.72; monitor de vídeo de LCD (Cristal Líquido) e PLASMA, para computador - 8471.60.74; telefone celular atributo AB, tecnologia digital Dual CDMA /AMPS/GSM/TDMA /WLL - 8525.20.22; terminal fixo de telefonia celular, tecnologia digital CDMA/WLL - 8525.20.23; terminal digital de processamento, com acesso WEB - 8471.50.10; unidade de disco para leitura de dados por meios ópticos (unidade de disco óptico - CD-Rom) - 8471.70.21; unidade de disco para leitura ou gravação de dados por meios ópticos (unidade de disco óptico - CD-R R/W) - 8471.70.29;	crédito presumido de 7% (art. 7º da Lei 47.092/02)	5% s/BC NF emitida pelo fabricante a partir de 18/09/2002
-----	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----------------------------------------------------	-----------------------------------------------------------

Como pode-se observar, o dispositivo que autoriza a inserção do subitem 8.7 na Resolução nº 3.166/01 possui o mesmo teor do Decreto nº 51.624/07-SP, vigente à época dos fatos geradores contemplados neste lançamento.

Cabe destacar que com a edição da Resolução nº 3.166/01, ocorre a inversão do ônus da prova, pois a SEF/MG alerta aos adquirentes das mercadorias sobre a existência do benefício fiscal irregular, cabendo a eles fazer a prova da tributação integral pelo remetente.

Assim, como a Autuada é responsável tributária pelo recolhimento do ICMS/ST, devido no momento da entrada em seu estabelecimento, das mercadorias relacionadas na Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02 (item 25 – Produtos de Telefonia Móvel), por força do art. 14 do mesmo Anexo, cabe a ela calcular e recolher o ICMS nos moldes previstos na legislação. O dispositivo possui a seguinte redação:

Art. 14. O contribuinte mineiro, inclusive o varejista, destinatário de mercadoria relacionada na Parte 2 deste Anexo, em operação interestadual, é responsável pela apuração e pelo recolhimento do imposto devido a este Estado, a título de substituição tributária, no momento da entrada da mercadoria em território mineiro, quando a

responsabilidade não for atribuída ao alienante ou ao remetente.

Desse modo, ao realizar o cálculo do ICMS/ST sem considerar os efeitos dos benefícios fiscais ilegais sobre o imposto efetivamente cobrado na operação própria, a Autuada recolheu valor a menor a título de substituição tributária, sendo correta a exigência da parcela do ICMS/ST não recolhida e ensejando a aplicação da Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

b) Apuração e totalização de valores originais de ICMS/ST inferiores aos devidos

Ao analisar as operações realizadas no mês de dezembro de 2010, a partir de informações da Autuada, confrontadas com o Registro 54 do Sintegra, constatou-se o recolhimento a menor de ICMS/ST, conforme demonstrado na “Planilha B” (Anexo 2 do AI) às fls. 33/38.

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

c) Falta de aplicação da MVA ajustada para apuração da base de cálculo do ICMS/ST

Na verificação das operações realizadas no mês de janeiro de 2011, apurou-se que a Impugnante deixou de aplicar a MVA ajustada na apuração da base de cálculo do imposto devido na entrada interestadual de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, nos termos do § 5º do art. 19 do Anexo XV do RICMS/02, na qual configurou a relação de notas fiscais lançadas na “Planilha C” (Anexo 3 do AI) às fls. 41/44.

A única alegação da Impugnante em relação a esses dois itens do Auto de Infração diz respeito à inconstitucionalidade da substituição tributária “para frente”, não obstante reconheça tratar-se de procedimento usual das Unidades da Federação. Por esse motivo eles foram analisados em conjunto.

A alegação da Defesa não procede, pois o regime de substituição tributária encontra autorização no texto constitucional. A legislação que rege a espécie assim está posta:

Constituição Federal:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

§ 7º - § 7.º A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.

(...)

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (...);

(...)

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

(...)

XII - cabe à lei complementar:

(...)

b) dispôr sobre substituição tributária;

Lei Complementar nº 87/96:

Art. 6º - Lei estadual poderá atribuir a contribuinte do imposto ou a depositário a qualquer título a responsabilidade pelo seu pagamento, hipótese em que o contribuinte assumirá a condição de substituto tributário;

§ 1º - A responsabilidade poderá ser atribuída em relação ao imposto incidente sobre uma ou mais operações ou prestações, sejam antecedentes, concomitantes ou subsequentes (...)

§ 2º - A atribuição de responsabilidade dar-se-á em relação a mercadorias bens ou serviços previstos em lei de cada Estado;

Art. 7º - Para efeito da exigência do imposto por substituição tributária, inclui-se, também, como fato gerador do imposto, a entrada de mercadoria ou bem no estabelecimento do adquirente ou em outro por ele indicado.

Lei Estadual nº 6.763/75:

Art. 22 - Ocorre a substituição tributária quando o recolhimento do imposto devido pelo:

(...)

II - adquirente ou destinatário da mercadoria pelas operações subsequentes, ficar sob responsabilidade do alienante ou remetente da mercadoria;

(...)

§ 8º - A responsabilidade prevista neste artigo aplica-se:

1- conforme dispuser o regulamento, às operações e às prestações com as mercadorias e os serviços relacionados na Tabela "E" anexa a esta Lei e com outras mercadorias, bens e serviços indicados pelo Poder Executivo;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ainda que se trate de substituição tributária interna, caracterizada pela antecipação do recolhimento do imposto, essa regra constitui-se em modalidade reconhecida e validada pelo Poder Judiciário.

Assim, houve a inclusão do item “29” no Anexo XV do RICMS/02, estabelecendo a substituição tributária interna e mediante os convênios que menciona, para os produtos eletrônicos, eletroeletrônicos e eletrodomésticos, relacionados nas planilhas “B” e “C” que compõem o Auto de Infração.

De igual modo, ao tratar da base de cálculo para apuração do ICMS/ST, o art. 19, § 5º do Anexo XV do RICMS/02 assim dispõe:

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

(...)

§ 5º Nas operações interestaduais com as mercadorias relacionadas na Parte 2 deste Anexo, quando o coeficiente a que se refere o inciso IV deste parágrafo for maior que o coeficiente correspondente à alíquota interestadual, para efeitos de apuração da base de cálculo com utilização de margem de valor agregado (MVA), esta será ajustada à alíquota interestadual aplicável, observada a fórmula “MVA ajustada = $\{[(1 + \text{MVA-ST original}) \times (1 - \text{ALQ inter}) / (1 - \text{ALQ intra})] - 1\} \times 100$ ”, onde:

I - MVA ajustada é o percentual, com duas casas decimais, correspondente à margem de valor agregado a ser utilizada para apuração da base de cálculo relativa à substituição tributária na operação interestadual;

II - MVA-ST original é o coeficiente, com quatro casas decimais, correspondente à margem de valor agregado prevista na Parte 2 deste Anexo;

III - ALQ inter é o coeficiente correspondente à alíquota interestadual aplicável à operação;

IV - ALQ intra é:

a) o coeficiente correspondente à alíquota interna estabelecida para a operação própria de contribuinte industrial ou importador substituto tributário relativamente ao ICMS devido nas operações subsequentes com a mercadoria; ou

b) caso a operação própria do contribuinte industrial a que se refere à alínea “a” esteja sujeita à redução de base de cálculo, o valor do multiplicador estabelecido na Parte 1 do Anexo IV.

Nesse caso, por tratar de mercadorias tributadas internamente pela alíquota de 18% (dezoito por cento), torna-se necessário a aplicação do ajuste da MVA, de modo a recompor a tributação do produto, complementando a incorporação do ICMS ao preço da mercadoria.

Além do mais, vale lembrar que a Impugnante vem recolhendo o ICMS/ST relativo às operações internas, sem intercorrências, desde o início de suas atividades, tratando-se os casos em destaque de evidentes incorreções na apuração do ICMS/ST.

Assim, revelam-se corretas as exigências de ICMS e a respectiva Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

d) Escrituração irregular de livros fiscais

Trata esse item de acusação fiscal de descumprimento de obrigação acessória, consubstanciada na escrituração de livro Registro de Entradas e livro Registro de Apuração do ICMS sem a discriminação dos valores relativos à substituição tributária interna na coluna “Observações” do LRE.

Exigência da penalidade prevista no art. 54, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 6.763/75.

Irregularidade reconhecida pelo Sujeito Passivo conforme manifestação de fls. 162 e rerratificação promovida pelo Fisco às fls. 207 dos autos, resultando em extinção do crédito tributário.

e) Transmissão de arquivos eletrônicos em desacordo com a legislação

Trata de acusação de transmissão de arquivos eletrônicos em desacordo com a legislação, mesmo após intimação, pelo que se exige a Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso XXXIV da Lei nº 6.763/75, correspondente a 5.000 (cinco mil) UFEMG por período.

Conforme explicitado no Relatório Fiscal (fls. 15/16) foram transmitidos os arquivos eletrônicos Sintegra relativos ao período de 2010 e EFD relativos a 2011, com inconsistências. Após intimações os arquivos foram retificados, porém permaneceram inconsistentes com relação aos Registros tipo 53, de janeiro a dezembro de 2010, nos campos 12 e 15. Com relação ao período de janeiro a dezembro de 2011, a Autuada deixou de retificar a EFD para incluir os códigos de ajustes previstos no Anexo VII do RICMS/02.

Cumprir destacar, conforme salientou o Fisco, que os arquivos com as incorreções encontram-se nas pastas “Arquivos Sintegra 01-2010 a 12-2010” e “Arquivos EFD 01-2011 a 12/2011”, do CD ROM (fls. 89), e que até a data de elaboração da manifestação fiscal não ocorreram novas retransmissões de arquivos magnéticos pela Autuada.

Salienta a Impugnante que o dispositivo sancionador determina que, em caso de entrega de arquivos em desacordo com a legislação, a multa aplicada deve ser por infração e, que nesse caso teria cometido apenas duas infrações no período fiscalizado, ou seja, ausência de retificação de arquivos eletrônicos Sintegra e ausência de retificação de arquivos eletrônicos EFD.

Sem razão a Autuada, no entanto, uma vez que está pacificado no CC/MG o entendimento de que a penalidade prevista no art. 54, inciso XXXIV da Lei nº 6.763/75 aplica-se por período.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A entrega mensal dos arquivos está prevista na legislação mineira, a teor do que dispõe o art. 11 do Anexo VII do RICMS/02, com a seguinte redação:

Art. 11 - A entrega do arquivo eletrônico de que trata o art. 10, observado o disposto no art. 39, todos desta Parte, será realizada mensalmente, mediante sua transmissão, via internet, para a Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais, até o dia 15 (quinze) do mês subsequente ao das operações e prestações."

O Ato Cotepe nº 09/08 (EFD) prevê a instituição do manual de orientação a ser seguido pelos contribuintes na configuração dos arquivos eletrônicos. Veja-se:

Art. 1º - Fica instituído, nos termos do Anexo Único deste ato, o Manual de Orientação do Leiaute da Escrituração Fiscal Digital, a que se refere a cláusula primeira do Convênio ICMS 143/06, de 15 de dezembro de 2006, que deve ser observado pelos contribuintes do ICMS e IPI para a geração de arquivos digitais.

O Manual de Orientação do Leiaute da Escrituração Fiscal Digital, na seção "4" determina a periodicidade da entrega dos arquivos EFD:

Seção 4 - Periodicidade das informações - Os arquivos da EFD-ICMS/IPI têm periodicidade mensal e devem apresentar informações relativas a um mês civil ou fração, ainda que as apurações dos impostos (ICMS e IPI) sejam efetuadas em períodos inferiores a um mês, segundo a legislação de cada imposto. (...) Os prazos para transmissão dos arquivos são definidos por legislação estadual.

Por sua vez, o art. 54 da Parte 1 do Anexo VII do RICMS/02 determina que a "transmissão do arquivo digital relativo à Escrituração Fiscal Digital será realizada utilizando-se do Programa a que se refere o art. 53" da mesma Parte, até o dia 25 (vinte e cinco) do mês subsequente ao período de apuração.

É obrigação do contribuinte transmitir, mensalmente, via internet, o arquivo eletrônico com a totalidade das operações de entrada e saída de mercadorias, conforme previsto nos arts. 10 e 11 do Anexo VII do RICMS/02, após verificar a sua consistência.

Portanto, restam comprovadas as irregularidades apontadas pelo Fisco, mantendo-se a Multa Isolada, por mês, capitulada no art. 54, inciso XXXIV da Lei nº 6.763/75.

No tocante ao permissivo legal, a Impugnante pede a aplicação do disposto no art. 53, § 13 da Lei nº 6.763/75, de modo a lhe garantir o reenvio dos arquivos eletrônicos, devidamente corrigidos.

Ocorre que conforme mencionado alhures, a Impugnante foi intimada por diversas vezes para proceder a correção dos arquivos eletrônicos, vide documentos de fls. 95/108, mas ficou-se inerte.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Tal postura demonstra conduta de resistência ao cumprimento da obrigação acessória, com implicações na obrigação principal, incompatível com a pretendida redução da penalidade em sede de permissivo legal (art. 53, §§ 3º e 13, da Lei nº 6.763/75).

Por fim, é imperioso afirmar que as alegações de conflito da legislação mineira e procedimento fiscal adotado com diretrizes constitucionais não foram objeto de deliberação, pois nos termos do art. 110 do RPTA não se incluem na competência desse órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco às fls. 207/217. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Thiago Corrêa Vasques e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. José Antônio Santos Rodrigues. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Guilherme Henrique Baeta da Costa (Revisor) e Fernando Luiz Saldanha.

Sala das Sessões, 25 de março de 2014.

Antônio César Ribeiro
Presidente

Marco Túlio da Silva
Relator

D