

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.740/12/2ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000165817-74
Impugnação: 40.010128053-78
Impugnante: Arcelormittal Tubarão Comercial S/A
IE: 067405435.00-96
Proc. S. Passivo: Sacha Calmon Navarro Coêlho/Outro(s)
Origem: DF/Betim

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 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 c/c 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 nos da Resolução nº 3.166/01. Exigências fiscais de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXVI da Lei nº 6.763/75. Crédito tributário rerratificado pelo Fisco, nos termos do inciso VIII do art. 149 do Código Tributário Nacional.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – FALTA DE REGISTRO DE LIVRO FISCAL – FALTA DE AUTENTICAÇÃO. Constatada a escrituração dos livros Registro de Entradas, Registro de Saída e Registro de Apuração de ICMS, sem autenticação da Repartição Fiscal. Exigência da Multa Isolada capitulada no art. 54, II da Lei nº 6.763/75. Entretanto, em razão de a legislação tributária não mais exigir o registro do livro fiscal na Repartição Fazendária, aplica-se a retroatividade benigna da lei tributária consoante alínea “b”, inciso II do art. 106 do Código Tributário Nacional (CTN), exclui-se a aplicação da penalidade.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação, mediante a conferência de documentos e livros fiscais, da prática das seguintes irregularidades por parte da Autuada:

1) deixar de recolher o ICMS, apurado mediante recomposição da conta gráfica, no período de abril/06 a fevereiro/08, no valor original de R\$ 13.598.996,56, em virtude de apropriação indevida de créditos referentes a aquisições de mercadorias oriundas do Estado de Santa Catarina, com incentivo fiscal não reconhecido em

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

convênios celebrados no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), portanto, em desacordo com a legislação do imposto.

Exigências de ICMS, multa de revalidação e da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVI da Lei nº 6.763/75.

2) deixar de registrar na Repartição Fazendária os livros de Registro de Entrada, Registro de Saída e registro de Apuração do ICMS, dos anos de 2006, 2007 e 2008, com exigência da Multa Isolada capitulada no art. 54, II da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e, por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 217/259.

Novamente se manifesta nos autos às fls. 409/411 e junta documentos às fls. 413/736.

Conforme fls. 739/740, o Fisco solicita à Autuada a apresentação da declaração do Fisco de Santa Catarina, original ou cópia autenticada.

A cópia autenticada é juntada às fls. 742/743.

Às fls. 744, o Fisco solicita informações ao estabelecimento de CNPJ 03.795.031/0001-74.

Assim, a Autuada junta documentos aos autos, conforme fls. 746/765.

Às fls. 766/1.110, há uma série de intimações do Fisco, com respostas dos intimados e apresentação de documentos.

Posteriormente, conforme fls. 1.113/1.462, o Fisco rerratifica o lançamento, nos termos do inciso VIII do art. 149 do Código Tributário Nacional (CTN), e junta documentos, sob a alegação de que o benefício utilizado não foi o PRODEC, mas, sim, créditos presumidos por entrada de mercadorias no estabelecimento da fornecedora da Autuada, benefícios esses também concedidos sem aprovação do CONFAZ.

A Autuada é notificada da rerratificação do crédito tributário, conforme fls. 1.463.

Conforme informado pelo Fisco no termo de rerratificação (fls. 1.116), as cópias das notas fiscais (por amostragem) que embasam o lançamento, são as constantes às fls. 39/1130.

Após a rerratificação do crédito tributário, a Autuada, inconformada, apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 1.472/1.497 dos autos.

O Fisco, em manifestação de fls. 1.613/1.645, refuta as alegações da Defesa.

A Assessoria do CC/MG, em parecer de fls. 1.651/1.677, opina, em preliminar, pela rejeição das prefaciais arguidas e, no mérito, pela procedência parcial do lançamento, nos termos da rerratificação do lançamento promovida pelo Fisco.

DECISÃO

Da Preliminar

19.740/12/2ª

Da Prefacial de Nulidade do Auto de Infração

A Impugnante se insurge contra o procedimento de rerratificação do lançamento efetuado pelo Fisco, sustentando que deveria ter sido cancelado o presente Auto de Infração (AI) e, eventualmente, lavrado outro.

Não concorda com o fato de a rerratificação ter mantido a mesma numeração e data do AI anterior, acrescentando que o Fisco teria feito uma revisão de ofício sem previsão no art. 149 do CTN.

No entanto, há de se ressaltar que o procedimento de rerratificação levado a efeito pelo Fisco se baseou no que expressamente prevê o inciso III do art. 145 c/c inciso VIII do art. 149, ambos do CTN, nos seguintes termos:

CTN

Art. 145. O lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo só pode ser alterado em virtude de:

(...)

III - iniciativa de ofício da autoridade administrativa, nos casos previstos no artigo 149.

Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

(...)

VIII - quando deva ser apreciado fato não conhecido ou não provado por ocasião do lançamento anterior;

(...)

Parágrafo único. A revisão do lançamento só pode ser iniciada enquanto não extinto o direito da Fazenda Pública.

No presente PTA, a revisão de ofício derivou de fatos novos não conhecidos pelo Fisco no momento da lavratura do Auto de Infração original, por se tratar de documentos e livros fiscais de contribuinte estabelecido em outro Estado, obtidos por meio de intimação à Autuada, em decorrência do relatado em sua impugnação.

Desse modo, a rerratificação do lançamento está plenamente fundamentada, sendo observado pelo Fisco, inclusive, o disposto no parágrafo único do art. 149 do CTN.

Acrescente-se que a questão levantada, pela Impugnante, a respeito da manutenção da numeração e data do AI original não encontra qualquer amparo na legislação tributária. É de se notar que o procedimento de rerratificação não importa em novo lançamento, mas em uma revisão do mesmo lançamento, o que enseja a manutenção da mesma numeração e data.

No tocante, especificamente à data, ressalte-se que esta se restringe ao Demonstrativo de Correção Monetária e Multas (DCMM), tendo o Fisco observado o

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

prazo decadencial, para fins da revisão do lançamento, com base na data da intimação da rerratificação promovida.

Por todo o exposto, rejeita-se a prefacial arguida.

Do Mérito

Inicialmente, a Autuada às fls. 1.481/1.482 afirma que, como a ciência da rerratificação deu-se somente em 14/12/11, todo o crédito tributário relativo ao período de abril a novembro de 2006 está decaído, ao argumento de que nos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, a regra aplicável é a do art. 150, § 4º do CTN.

Entretanto, em se tratando de lançamento de ofício, referente a obrigações inadimplidas pelo contribuinte, o prazo decadencial está previsto no art. 173, inciso I do CTN.

Por sua vez, o § 4º do art. 150 do mesmo código, arguido pela Impugnante, trata da hipótese de homologação tácita no prazo de 5 (cinco) anos da parcela da obrigação principal apurada e declarada.

Assim, a extinção do crédito tributário de que trata o § 4º do art. 150 mencionado se refere à parcela apurada e declarada ao Fisco, mas não recolhida no prazo de 5 (cinco) anos nele previsto (crédito de natureza não contenciosa).

Conforme fls. 23 do PTA, a Autuada fora notificada do lançamento inicialmente em 04/08/10.

Posteriormente, conforme fl. 1.463 do PTA e informado pela Autuada às fls. 1.467, essa é notificada da rerratificação em 14/12/11.

Cabe frisar que, após a reformulação do crédito tributário, conforme recomposição da conta gráfica da Autuada (fls. 1.238 e 1.319) e demonstrativo do crédito tributário às fls. 1.322, o lançamento refere-se ao período de abril/06 a setembro/07.

Assim, no caso dos autos, para efeito de aplicação do art. 173, I do CTN, relativamente às infrações menos recentes (de abril de 2006), o termo inicial do prazo decadencial é 01/01/07, ou seja, o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, ficando extinto o direito de lançar somente a partir de 01/01/12, data posterior à notificação da rerratificação, que se deu em 14/12/11.

Desse modo, não encontra guarida a postulação da Impugnante de decadência do direito de a Fazenda Pública lançar parcela do presente crédito tributário.

Portanto, conforme já relatado, feita a rerratificação do lançamento, a autuação versa sobre a constatação de que a Autuada deixou de recolher ICMS, apurado mediante recomposição da conta gráfica, em virtude de apropriação indevida de créditos referentes a aquisições de mercadorias oriundas do Estado de Santa Catarina, com incentivos fiscais (créditos presumidos) não reconhecidos em convênios celebrados no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Outra infração apurada foi a falta de registro na Repartição Fazendária dos livros Registro de Entrada, Registro de Saída e registro de Apuração do ICMS, dos anos de 2006, 2007 e 2008.

Com relação a irregularidade de apropriação indevida de crédito, cabe frisar que o estorno do crédito tem por base legal o disposto na Constituição Federal de 1988, na Lei Complementar nº 24/75, bem como no RICMS/02 c/c a Resolução nº 3.166/01.

Dispõe a Constituição Federal de 1988, em seu art. 155, § 2º, incisos I e XII, alínea "g":

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 acrescidos)

A Lei Complementar nº 24/75, recepcionada pela Constituição Federal de 1988, prescreve:

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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§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.

(...)

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. (grifou-se)

(...)

O § 5º do art. 28 da Lei nº 6.763/75 reproduz as referidas normas:

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.

(...)

§ 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.

Da mesma forma, os §§ 1º e 2º, do art. 62 do RICMS/02, nos seguintes termos:

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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Efeitos de 15/12/2002 a 31/12/2011 - Redação original:

§ 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, nos seguintes termos:

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 a regra da não cumulatividade não foi alterada por resolução estadual, pois a referida norma estadual de caráter meramente operacional não inova no mundo jurídico, apenas orienta o Fisco e os contribuintes relativamente aos benefícios fiscais concedidos sem edição de Convênio, obrigatório nos estritos termos da Constituição Federal, acima transcritos.

A lei complementar constitui meio apropriado para regulamentação dos ditames constitucionais, atribuição esta que lhe foi conferida pela própria Constituição, nos termos da alínea "g" do inciso XII do § 2º de seu art. 155.

Ao analisar matéria sobre créditos concedidos sem edição de convênio, 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 egrégio 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, 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).

Nessa toada, 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

Acrescente-se que, a partir de 1º de janeiro de 2012, o Estado de Minas Gerais, por ato de liberalidade, concedeu ao contribuinte mineiro a possibilidade de se creditar do imposto destacado no documento fiscal relativo à operação ou prestação ocorrida até a data em que o incentivo ou benefício fiscal ilegal for divulgado na Resolução nº 3.166/01, consoante § 7º do art. 28 da Lei nº 6.763/75, nos seguintes termos:

§ 7º Na hipótese de que trata o § 5º deste artigo, fica o destinatário mineiro autorizado a apropriar o crédito decorrente de operação ou prestação ocorrida até a data em que o incentivo ou benefício for divulgado em resolução do Secretário de Estado de Fazenda, exceto nas seguintes hipóteses, nos termos do regulamento:

I - entrada decorrente de operação de transferência;

II - entrada decorrente de operação promovida por empresa interdependente;

III - demais situações em que o destinatário mineiro comprovadamente tenha ciência do incentivo ou benefício fiscal concedido ao remetente.

Saliente-se que o legislador condicionou a aplicação de tal norma à sua regulamentação, a qual ocorreu por meio da introdução dos §§ 4º a 6º ao art. 62 do RICMS/02, com vigência a partir de 1º de janeiro de 2012:

§ 4º Na hipótese de que trata o § 1º, fica o destinatário mineiro autorizado a apropriar o crédito decorrente do recebimento de mercadorias ou serviços em operações ou prestações interestaduais, realizadas a partir de 1º de janeiro de 2012 até o dia imediatamente anterior à data em que o incentivo ou benefício for divulgado na resolução a que se refere o § 2º.

§ 5º A autorização de que trata o § 4º aplica-se também em relação à apropriação de crédito, assim considerada a dedução do imposto destacado no documento fiscal de aquisição para cálculo do ICMS a ser recolhido a título de substituição tributária, na hipótese em que o substituto tributário for o contribuinte mineiro nas operações interestaduais, observado o disposto no § 6º.

§ 6º O disposto nos §§ 4º e 5º não se aplica:

I - na entrada decorrente de operação de transferência;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

II - na entrada decorrente de operação ou prestação promovida por estabelecimento de empresa interdependente;

III - para dedução do imposto devido pela operação própria no cálculo do ICMS/ST realizado pelo contribuinte substituto de outro Estado nas operações interestaduais com destinatário mineiro, por ter o remetente substituto ciência do incentivo ou benefício fiscal concedido pelo Estado onde está situado seu estabelecimento;

IV - nas demais situações em que o destinatário mineiro comprovadamente tenha ciência do incentivo ou benefício fiscal concedido ao remetente. (grifou-se)

Em se tratando de ato de liberalidade, coube ao regulamentador da norma especificar as condições para o creditamento do imposto, sendo uma delas a que a operação tenha ocorrido somente a partir de 1º de janeiro de 2012, nos termos do § 4º do art. 62 do RICMS/02.

Todas as operações de que trata o estorno de crédito no presente PTA ocorreram nos anos de 2006 a 2008, sendo inaplicável, portanto, a referida concessão.

Ademais, as operações oriundas do Estado de Santa Catarina, objeto do lançamento, tratam-se de transferências de mercadorias para o estabelecimento mineiro do mesmo contribuinte, o que se amolda à vedação expressa de que trata o inciso I do § 7º do art. 28 da Lei nº 6.763/75 c/c inciso I do § 6º do art. 62 do RICMS/02.

Observa-se que nas planilhas com a relação das notas fiscais objeto da glosa dos créditos de ICMS (fls. 1.123/1.237 e 1.240/1.318), o CNPJ do remetente é 03.795.031/0001-74, ao passo que o CNPJ da Autuada, destinatária mineira, é 03.795.031/0006-89.

A Autuada afirma, ainda, que o crédito presumido no Estado de Santa Catarina teria sido convalidado pelo CONFAZ, conforme o Convênio ICMS nº 17/94 (doc. 08).

Às fls. 1.605/1.608 do PTA, verifica-se que o doc. 08, trazido na impugnação da Autuada, trata-se do Convênio ICMS nº 17/94 (adesão do Estado de Santa Catarina ao Convênio ICMS nº 94/93) e do próprio Convênio ICMS nº 94/93 (autoriza o Estado do Rio Grande do Sul a conceder crédito presumido às indústrias consumidoras de aços planos).

Contudo, o Convênio ICMS nº 94/93 foi prorrogado apenas até 31 de dezembro de 1994, nos termos do inciso III da Cláusula primeira do Convênio ICMS nº 67/94:

Cláusula primeira. Ficam introduzidas as seguintes alterações no Convênio ICMS 94/93, de 10 de setembro de 1993:

(...)

III - o prazo de que trata a cláusula segunda fica alterado para 31 de dezembro de 1994. (grifou-se)

(...)

Desse modo, há mais de 17 (dezessete) anos o referido benefício fiscal deixou de ser autorizado pelo CONFAZ, não tendo qualquer procedência a alegação da Impugnante no sentido de sua validade.

A Impugnante discute que o crédito presumido concedido por Santa Catarina é calculado com base nas operações de entrada de mercadorias, acrescentando que o estabelecimento beneficiado, durante todo o período, manteve em sua escrita fiscal saldo credor do imposto, e que, portanto, o referido incentivo fiscal não teria efeito sobre a sua apuração do imposto.

Entretanto, cabe inicialmente esclarecer que a Constituição Federal, ao determinar que a concessão de benefícios fiscais relacionados com o ICMS só poderia ocorrer mediante deliberação dos Estados, intentava dois objetivos, quais sejam:

- dar efetividade à regra da não cumulatividade, ao garantir o direito de crédito apenas à parcela efetivamente cobrada nas operações anteriores pelo ente tributante; e
- resguardar o pacto federativo, de modo a evitar que os Estados entrassem no que hoje é denominado de “guerra fiscal”.

Nesse sentido, a Lei Complementar nº 24/75, em seu art. 8º, inciso I, determinou a nulidade do ato concessivo de benefício fiscal sem aprovação pelos demais Estados e a ineficácia do crédito fiscal atribuído ao estabelecimento receptor da mercadoria.

Desse modo, a discussão trazida pela Impugnante quanto à modalidade do benefício e a situação fiscal do estabelecimento incentivado é irrelevante, porquanto o que a legislação determina é o expurgo dos efeitos do incentivo fiscal irregular no imposto destacado nos documentos fiscais emitidos para acobertar suas operações.

Há nos autos comprovação da previsão na legislação tributária catarinense do benefício fiscal irregular, às fls. 1.641/1.643, e o seu efetivo registro nos livros fiscais do contribuinte beneficiado, conforme fls. 1.329/1.401.

Acrescente-se que a questão de o crédito presumido irregular ser calculado com base nas operações de entrada não afasta o fato de que ele se presta a abater débito do imposto devido nas saídas de mercadorias do estabelecimento incentivado, ainda que da apuração final resulte saldo credor, porquanto tal saldo acumulado, em se tratando de um ativo do contribuinte, pode ser objeto de abatimentos de débitos em períodos futuros ou, ainda, de transferência para outros contribuintes, garantindo-lhe assim a fruição integral do benefício fiscal irregular.

O cálculo do percentual de crédito presumido consta das planilhas às fls. 1.239 e 1.320 do PTA.

Conforme informado às fls. 1.239, o Fisco considera que o crédito presumido utilizado em dezembro de 2006 trata-se de acumulado do período de julho a dezembro de 2006 e, assim, calcula o valor médio mensal do crédito presumido no período.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Por todo o exposto, afigura-se correto o estorno de crédito realizado no presente lançamento, com a cobrança do imposto, da respectiva multa de revalidação e da Multa Isolada capitulada no inciso XXVI do art. 55 da Lei nº 6.763/75, conforme a rerratificação do lançamento promovida pelo Fisco.

Quanto à Multa Isolada capitulada no inciso II do art. 54 da Lei nº 6.763/75, não obstante se constatar nos autos a conduta omissiva da Impugnante imputada pelo Fisco, há uma ressalva quanto à cobrança da penalidade.

Com efeito, assim dispõe a legislação:

Lei nº 6.763/75

Art. 16 - São obrigações do contribuinte:

(...)

II - manter livros fiscais devidamente registrados na repartição fazendária, bem como os documentos fiscais e arquivos com registros eletrônicos, na forma e no prazo previstos na legislação tributária;

(...)

Parte 1 - Anexo VII do RICMS/2002 (redação vigente ao tempo da infração)

Art. 37 - Os livros fiscais escriturados por PED, após encadernados, serão autenticados no prazo de 120 (cento e vinte) dias, contados da data do último lançamento, pela Administração Fazendária (AF) a que estiver circunscrito o contribuinte.

Sobre essa irregularidade, o Fisco exigiu a penalidade prevista no art. 54, inciso II da Lei nº 6.763/75, abaixo transcrita:

Art. 54 - As multas para as quais se adotará o critério a que se refere o inciso I do caput do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

II - por falta de livros fiscais devidamente registrados na repartição fiscal ou de livros fiscais escriturados por processamento eletrônico de dados devidamente autenticados - 500 (quinhentas) UFEMGs por livro;

(...)

Entretanto, o art. 3º do Decreto nº 45.542, de 3 de fevereiro de 2011, revogou o art. 37 da Parte 1 do Anexo VII do RICMS/02, não exigindo mais do contribuinte a autenticação dos livros fiscais escriturados por PED.

Desse modo, aplica-se ao caso o disposto na alínea “b” do inciso II do art. 106 do CTN, conforme se segue:

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo; (grifou-se).

Ressalte-se que o inciso II do art. 16 da Lei nº 6.763/75 vincula o cumprimento da obrigação ao disposto em regulamento, o qual não mais exige a sua obrigatoriedade, o que enseja a aplicação da retroatividade benigna da lei tributária e a consequente exclusão da penalidade aplicada.

A Autuada alega às fls. 1.493/1.495 e 1.497, em síntese, que as multas devem ser afastadas e/ou reduzidas, por atipicidade, ao argumento de que não houve aproveitamento indevido de créditos de ICMS e recolhimento a menor do imposto, e que as multas do art. 55, XXVI e do art. 56, II, ambos da Lei nº 6.763/75 são excessivas, violando o princípio do não confisco.

Alega também que as multas devem ser reduzidas por razões de boa-fé e equidade.

Contudo, as penalidades foram cominadas nos estritos termos da lei de regência do imposto, devendo ser mantidas como aplicadas pelo Fisco.

Com relação ao pedido de cancelamento ou redução das penalidades, nos termos do art. 53, § 3º da Lei nº 6.763/75, o benefício não pode ser aplicado ao caso presente porque a infração resultou em falta de pagamento do imposto e se refere a aproveitamento indevido de crédito, consoante itens 3 e 5 do § 5º do mesmo artigo.

Art. 53 - As multas serão calculadas tomando-se como base:

(...)

§ 3º - A multa por descumprimento de obrigação acessória pode ser reduzida ou cancelada por decisão do órgão julgador administrativo, desde que esta não seja tomada pelo voto de qualidade e que seja observado o disposto nos §§ 5º e 6º deste artigo.

(...)

§ 5º - O disposto no § 3º não se aplica aos casos:

(...)

3) em que a infração tenha sido praticada com dolo ou dela tenha resultado falta de pagamento do tributo;

(...)

5) de aproveitamento indevido de crédito;

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, por maioria de votos, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. Vencido o Conselheiro Sauro Henrique de Almeida (Revisor), que o considerava nulo.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No mérito, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da rerratificação procedida pelo Fisco às fls. 1113/1121 e, ainda, para excluir a Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso II da Lei nº 6763/75. Vencido, em parte, o Conselheiro Sauro Henrique de Almeida (Revisor), que o julgava improcedente. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Valter de Souza Lobato e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Soraia Brito de Queiroz Gonçalves. Participaram do julgamento, além dos signatários, e do Conselheiro vendido, o Conselheiro Fernando Luiz Saldanha.

Sala das Sessões, 18 de julho de 2012.

André Barros de Moura
Presidente

Ricardo Wagner Lucas Cardoso
Relator

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão:	19.740/12/2ª	Rito: Ordinário
PTA/AI:	01.000165817-74	
Impugnação:	40.010128053-78	
Impugnante:	Arcelormittal Tubarão Comercial S/A	
	IE: 067405435.00-96	
Proc. S. Passivo:	Sacha Calmon Navarro Coêlho/Outro(s)	
Origem:	DF/Betim	

Voto proferido pelo Conselheiro Sauro Henrique de Almeida, nos termos do art. 53 do Regimento Interno do CC/MG.

A autuação versa sobre a constatação, mediante a conferência de documentos e livros fiscais, da prática das seguintes irregularidades por parte da Autuada:

1) deixar de recolher o ICMS, apurado mediante recomposição da conta gráfica, no período de abril/06 a fevereiro/08, no valor original de R\$ 13.598.996,56, em virtude de apropriação indevida de créditos referentes a aquisições de mercadorias oriundas do Estado de Santa Catarina, com incentivo fiscal não reconhecido em convênios celebrados no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), portanto, em desacordo com a legislação do imposto.

2) deixar de registrar na Repartição Fazendária os livros de Registro de Entrada, Registro de Saída e registro de Apuração do ICMS, dos anos de 2006, 2007 e 2008, em razão de a legislação tributária não mais exigir o registro do livro fiscal na Repartição Fazendária, foi aplicada a retroatividade benigna da lei tributária consoante alínea "b", inciso II do art. 106 do Código Tributário Nacional (CTN), foi excluída a aplicação da penalidade.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

Esta acusação decorre do entendimento do Fisco, que a empresa adquiriu mercadorias com benefícios fiscais, não aprovadas em Convênio, nos termos da Resolução nº 3166/01, referente ao Programa de Desenvolvimento da Empresa Catarinense (PRODEC), regulamentado pela Lei nº 13.342/05.

Tem-se que, o PRODEC foi regulamentado pelo Decreto nº 1.490, de 14 de julho de 2000, que traz, em seu art. 23, as condições de formalização das operações nele descritas:

Art. 23 - A formalização das operações se dará por contrato, entre o Estado, o agente financeiro e a empresa incentivada, através de cláusulas adequadas e constante de instrumento autônomo, para cada modalidade de operação, de acordo com as normas usuais para financiamento de longo prazo,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

lastreada por garantias reais, constituídas de bens da empresa ou dos sócios, salvo quando a liberação dos recursos ocorrer na forma do § 6º do art. 16, e fidejussórias.

Destarte, que o Fisco partiu do pressuposto que tal formalização ocorreu, e que houve adesão, por parte da empresa no Estado de Santa Catarina, ao PRODEC, mas "data venia", contudo, sem demonstrar que a Impugnante teria aproveitado do referido benefício fiscal.

Nestes termos, nos autos o Fisco não prova que a empresa de fato valeu-se do referido benefício fiscal.

Importante destacar, que nas notas fiscais de saída de mercadoria, emitidas pelo estabelecimento de Santa Catarina (vide item 2.3 fls. 14 e 15) da Impugnante, informam destaque do ICMS - alíquota interestadual, na alíquota de 12% (doze por cento), tendo em vista se referirem a vendas interestaduais para contribuinte do imposto no Estado do destino.

Além do acima exposto, que *de per se* demonstra a aparência de legalidade da operação e, portanto, inviável a premissa estabelecida pela Fiscalização, a Autuada junta em anexo cópia dos livros de registro de apuração de abril de 2006 a fevereiro de 2008 (doc. 05); além disto, no AI consta cópia do registro de entradas dos exercícios 2006 a 2008 e registro de apuração - exercícios 2006 a 2008. Os livros demonstram terem todas as notas fiscais sido escrituradas com a alíquota interestadual normal e sem qualquer crédito suplementar por conta do referido Programa.

Tem-se ainda, que o referido Programa contestado pela Fiscalização do Estado de Minas Gerais e concedido pelo Estado de Santa Catarina concede benefícios financeiros ou fiscais sobre o ICMS a pagar da empresa, conforme consta da Lei 13.342, cabendo aqui destacar o art. 7º do referido texto legal, *in verbis*:

Art. 7º Os incentivos concedidos pelo PRODEC obedecerão os seguintes limites:

I - montante equivalente a até setenta e cinco por cento do valor do incremento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS gerado pelo empreendimento incentivado; (inciso alterado pela Lei nº 14.075, de 03.08.07 - DOE de 03.08.07)

I - até cento e vinte meses para fruição dos incentivos, contados a partir do início das operações do empreendimento incentivado; e

II - até quarenta e oito meses de carência para o início da amortização, contados a partir do início da fruição dos benefícios, devendo cada parcela liberada ser quitada ao final do prazo de carência. (inciso alterado pela Lei nº 14.075, de 03.08.07 - DOE de 03.08.07)

Considerando que a empresa é apenas geradora de saldo credor no momento (conforme declaração do Fisco Catarinense sobre as DIMEs da empresa, as fls. 396/397

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

dos autos), não haveria sentido em aderir e "aproveitar" dos benefícios do programa, pois não existiriam benefícios a aproveitar.

Alem de todo o exposto, e para que não paire dúvida em relação à não-adesão ao PRODEC, a Autuada protocolou petição na Secretaria de Estado da Fazenda de Santa Catarina, por meio da qual informa que recebeu Auto de Infração em Minas Gerais sobre matéria e requer, para fins de instruir defesa contra o Auto de Infração, uma DECLARAÇÃO NEGATIVA DE UTILIZAÇÃO DO PRODEC para os estabelecimentos das empresas sucedidas e sucessora.

Com isto, a petição foi apreciada, pelo Fisco de Santa Catarina, que se pronunciou da seguinte forma, as fls. 396/397 dos autos:

"Examinados os autos do processo referenciado, vê-se que o requerimento (14/0212006, fls. 02) de Regime Especial para beneficiar-se do prazo de 120 meses para recolhimento do ICMS correspondente à parcela do incentivo (PRODEC - Contrato n.º 009/2005) não obteve deferimento até o momento. O Contrato, de 25/08/2005, dispõe em suas Cláusulas Quarta, Sexta e Décima Segunda que a fruição (utilização) do benefício, bem como a contagem do seu prazo de vigência, dependem da expedição do Regime Especial por esta Secretaria.

Efetivamente, consta das "Declaração de ICMS e Movimento Econômico DIME", apresentadas em nome dessas três empresas titulares do estabelecimento a ser beneficiado (CCICMS/SC nos 254167136, 255224427 e 255633025), a apuração (mensal) de saldo credor do ICMS desde o ano de 2005 - e não consta, portanto, que tenha havido utilização do PRODEC (Prazo de 120 meses para recolhimento do tributo)." (grifou-se)."

Diante do exposto, pedindo mais uma vez "venia" aos votos vencedores, entendo que o Fisco de Santa Catarina não poderia ter sido mais claro, ou seja, que a impugnante não utilizou o referido benefício fiscal apontado pelo Fisco do estado de Minas Gerais.

Neste sentido não vejo como dar prosseguimento fiscal, devendo as exigências apontadas pela Fiscalização serem canceladas.

Isto posto, julgo improcedente o lançamento.

Sala das Sessões, 18 de julho de 2012.

Sauro Henrique de Almeida
Conselheiro