

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 3.867/12/CE Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000160634-12
Recurso de Revisão: 40.060126084-96, 40.060126172-23
Recorrente: PROCOMP Indústria Eletrônica Ltda
IE: 596837677.05-35
Fazenda Pública Estadual
Recorrida: Fazenda Pública Estadual, PROCOMP Indústria Eletrônica Ltda
Proc. S. Passivo: Sacha Calmon Navarro Coêlho/Outro(s)
Origem: DF/Pouso Alegre

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – CRÉDITO PRESUMIDO. Constatado que o contribuinte apropriou crédito presumido relativo a saídas para não contribuintes do ICMS. Não houve observância do Protocolo de Intenções e do Regime Especial pela Recorrente para usufruir de tal benefício. Corretas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXVI, ambos da Lei nº 6.763/75. Inexistência das hipóteses previstas no art. 100 do CTN que justifiquem a exclusão das penalidades, juros de mora e atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo relativo às urnas eletrônicas destinadas ao Tribunal Superior Eleitoral. E, também, por se tratar de lançamento de ofício, deve ser aplicada a contagem de prazo da decadência nos termos estabelecidos pelo art. 173, inciso I do CTN. Reformada a decisão da Câmara “a quo” para restabelecer as exigências fiscais. Recurso de Revisão nº 40.060126084-96 prejudicado quanto à sua análise, por desistência da Recorrente. Recurso de Revisão nº 40.060126172-23 conhecido à unanimidade e provido pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a apropriação de crédito presumido no período de maio a dezembro de 2004 no valor de R\$ 15.419.193,81 (quinze milhões quatrocentos e dezenove mil cento e noventa e três reais e oitenta e um centavos), em desacordo com o previsto na legislação e no Regime Especial nº 16.000103847.20, do qual a Recorrente/Autuada é beneficiária.

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

Constata-se que a apuração do crédito tributário foi feita no exercício de 2004, por meio de análise da escrita fiscal e de Verificação Fiscal Analítica, conforme disposto no art. 194, RICMS/02.

Destaca-se que a Recorrente/Autuada é signatária de Protocolo de Intenções firmado com o Estado de Minas Gerais, em 30/09/03, e detentora do Regime Especial

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

16.000103847.20, concedido pela Superintendência de Tributação, em 27/08/04 (fls. 16/31).

Foram estornados os créditos presumidos apropriados indevidamente e compensados com os créditos normais de entrada.

Da Decisão Recorrida

Apreciando o lançamento, a 2ª Câmara, em sessão realizada no dia 10 de novembro de 2009, por meio da decisão consubstanciada no Acórdão nº 18.529/09/2ª, pelo voto de qualidade, julgou parcialmente procedente o lançamento, para excluir as exigências relativas aos fatos geradores anteriores a 28/05/04 e, ainda, para excluir a imposição de penalidades e cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo, nos termos do art. 100 do CTN, relativo às urnas eletrônicas destinadas ao Tribunal Superior Eleitoral.

Das Razões da Recorrente/Autuada

Inconformada, a Recorrente/Autuada interpõe, tempestivamente, Recurso de Revisão (fls. 1827/1841), por intermédio de procurador regularmente constituído.

Cita um breve relato dos acontecimentos, com o entendimento de que o Protocolo de Intenções nº 093/03 celebrado com o Estado de Minas Gerais estava sob a égide da legislação vigente e que, segundo a qual, inexistia a obrigatoriedade de que as saídas fossem destinadas a contribuinte para fins de uso do crédito presumido.

Por este motivo, no seu entendimento, não se aplicam as inovações inseridas pelo Decreto nº 43.617 de 29/03/03, com a alteração da redação do art. 75 da Parte Geral do RICMS/02, onde foi acrescentada a expressão “destinados a estabelecimento de contribuinte do imposto” no inciso X e adicionado o inciso XI.

Diz que, em 19 de abril de 2004, por força de uma encomenda de 75.222 (setenta e cinco mil duzentas e vinte duas) urnas eletrônicas, decorrentes de licitação promovida pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE), a empresa, requereu formalmente um Regime Especial, mencionando que desenvolvia atividade de fabricação e comércio atacadista de produtos eletrônicos, eletromecânicos, periféricos para máquinas eletrônicas, peças e equipamentos eletrônicos e de informática em geral, sob o CNAE 3021000.

Destaca que entre a data da apresentação do requerimento do Regime Especial e a data de sua concessão (27/08/04), o inciso X do art. 75 do RICMS/02 sofreu nova alteração pelo Decreto nº 43.835 de 20/07/04, passando a prever a concessão de crédito presumido quando o destinatário dos produtos fosse “órgão da Administração Pública Estadual ou Municipal Direta, suas fundações e autarquias”.

O Regime Especial, já citado, foi deferido e concedido pela Superintendência de Legislação Tributária em 27/08/04, consignando de forma expressa a celebração do Protocolo de Intenções já mencionado e as informações prestadas quanto a sua atividade, especialmente, quanto à confecção dos Coletores Eletrônicos de Votos encomendados pelo TSE.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Argumenta ainda, que de acordo com o Protocolo de Intenções e o Regime Especial com o respectivo parecer em que deu a sua concessão, foi divulgada de forma clara e expressa que o Regime Especial abrange os Coletores Eletrônicos de Votos decorrentes de licitação encomendados pelo TSE, sendo que a Secretaria de Estado de Fazenda (SEF) levou em consideração esta atividade.

Por estes motivos, alega não haver razão para que a SEF desconhecesse este fato, pois o TSE é único e integra a Administração Pública Federal, com sede em outra unidade da Federação e não é contribuinte do ICMS. Com base na interpretação conjunta dos documentos acordados, da legislação vigente no curso da obtenção do Regime Especial e nos estritos termos das tratativas que a levaram a postular o regime tributário diferenciado, de ser signatária do Protocolo de Intenções nº 93/03 e beneficiária do Regime Especial nº 16.000103847-20, que foi reconhecido e utilizado o crédito presumido nas operações de saída de urnas eletrônicas para o TSE.

Por estas razões, alega que agiu nos estritos termos do que foi acordado com o Estado de Minas Gerais, entendendo ser insubsistente o feito fiscal.

Afirma que o Acórdão recorrido reconheceu a decadência para a constituição do ICMS relativo aos fatos geradores ocorridos até 28/05/04, de acordo com a regra prevista no art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional devendo, portanto, ser mantido este posicionamento.

Cita as causas que motivaram a celebração e a concessão-fornecimento de urnas eletrônicas ao TSE, que era de destinar mercadorias, neste caso, urnas eletrônicas a qualquer ente, independente de ser ou não contribuinte, para assegurar o imposto e, que por se tratar de urnas eleitorais, resta claro que a destinação não poderia ser outra que para “não contribuintes”.

Argumenta que, por estas razões, não teria sentido firmar um Protocolo de Intenções se não fosse para garantir o crédito de ICMS na produção de urnas eleitorais, que certamente seriam destinadas para eleições e, conseqüentemente, para não contribuintes, permanecendo com direito ao crédito do imposto.

Alega, quanto à interpretação do Regime Especial, que deve-se observar as suas próprias cláusulas e os dispositivos da legislação tributária vigente à época, e que as limitações e condições fixadas nos documentos pactuados com o Estado, como regra especial prevalecem sobre as limitações e condições previstas na legislação ordinária, mesmo que estabelecidas em momento posterior à celebração do Protocolo de Intenções e do Regime Especial.

Argumenta que o Estado, conhecedor das suas intenções no plano tributário, deveria buscar renegociar os pontos alterados e que, caso entendesse que o regime acordado seria prejudicial ou inconveniente aos interesses da Fazenda Pública, o Estado unilateralmente deveria tê-lo cassado ou alterado.

Pelo fato de o Estado não tê-la procurado para renegociar ou cassar o regime especial, evidencia que ele nunca quis mudar o acordo firmado, concluindo que o Agente Fiscal autuante é quem está desrespeitando e descumprindo o pactuado no Regime Especial ao não compreender o seu alcance e negar-lhe vigência.

Alega a inconstitucionalidade do inciso X do art. 75 do RICMS/02, quanto à parte que trata das operações com órgão da administração pública, sendo que o legislador do Estado de Minas Gerais violou o art. 152 da Constituição Federal uma vez que estabeleceu tratamento tributário diferenciado em virtude do destino das mercadorias, vedando a fruição da tributação reduzida para as saídas interestaduais destinadas a órgãos da administração pública da União e de outros entes federados.

Por fim, requer a reforma do Acórdão nº 18.529/09, da 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, para afastar a exigência da integralidade do ICMS, por entender que agiu nos estritos termos do favor que lhe foi concedido e, caso entenda como legítima a exigência do ICMS, requer o afastamento da exigência relativa aos fatos geradores ocorridos até 05/10/04, data da ciência da concessão do Regime Especial já mencionado.

Do Recurso de Revisão Interposto pela Fazenda Pública

Não obstante a decisão ter-se dado pelo voto de qualidade e ser desfavorável à Fazenda Pública Estadual, tornando necessário o reexame da matéria pela Câmara Especial, a Fazenda Pública Estadual, nos termos do disposto nos §§ 3º e 4º do art. 163 do Regulamento do Processo e Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, interpôs Recurso de Revisão (fls. 1.847/1.856), alegando, no tocante à decisão do acórdão, os seguintes pontos:

- a data da assinatura do protocolo ocorreu em 30/09/03, que é posterior a publicação do Decreto nº 43.617, assinado em 29/09/03;

- o *caput* da cláusula sexta do protocolo refere-se à Lei Complementar nº 101/00, que trata do conhecimento pela Recorrida/Autuada dos limites objetivos para a concessão do benefício;

- como a Recorrida/Autuada é uma indústria, o motivo de ter firmado o Protocolo de Intenções refere-se ao propósito de obter benefícios, ainda que eventualmente não se aplique à determinada operação. Porém, há inúmeras outras operações e que, a maioria é certamente realizada com comerciantes, inclusive aqueles que concorrem e ganham licitações junto a órgãos públicos federais, onde não havia qualquer garantia de que a indústria é que seria a licitante escolhida. E, mesmo assim, continua a usufruir os demais tratamentos previstos no protocolo;

- apesar da alteração da legislação, por meio de Decreto nº 43.617/03, citado anteriormente, a Recorrida/Autuada apresentou um pleito de Regime Especial, onde deixa claro que produziria “urnas” que seriam destinadas ao TSE, que jamais foi contribuinte do ICMS;

- o pedido de Regime Especial faz referência à confecção de coletores “em face de encomenda, decorrente da licitação promovida pelo TSE”, entretanto, em nenhum momento a Recorrida/Autuada faz referência ao fato de que seria ela, a indústria vencedora da licitação, e sequer fala em aquisição, mas em encomenda. Destaca-se que encomenda não é feita por órgão público, que pratica licitação, portanto, conclui-se que a Recorrida/Autuada não afirmou que seria ela quem iria fornecer urnas diretamente para o TSE, e, mesmo se tivesse feito, o regime especial não poderia conceder o benefício não previsto na legislação.

Faz, logo em seguida, algumas observações sobre o Protocolo e o Regime Especial no sentido de que eles não contemplam as operações em comento, não havendo, portanto, motivo para excluir a exigência e, nem mesmo parcialmente, com base no art. 100 do CTN.

Aduz, quanto à decadência, que o acórdão recorrido não aponta qualquer argumento para ter preterido a aplicação do art. 173, inciso I do CTN. E, quanto à aplicação do art. 150 do CTN, a atividade sujeita à homologação referida no seu *caput* limita-se à antecipação do pagamento, à parcela recolhida e, não, à apuração do imposto.

Pede, por fim, que o recurso seja admitido, conhecido e provido, restabelecendo-se integralmente as exigências fiscais.

Das Contrarrazões da Recorrente/Autuada ao Recurso da Fazenda Pública Estadual

A Recorrente/Autuada, tempestivamente, por intermédio de procurador regularmente constituído, contrarrazoa o recurso da Fazenda Pública Estadual (FPE) (fls. 1.860/1.870), alegando, em síntese, que agiu nos estritos termos do que foi acordado com o Estado de Minas Gerais, e a insubsistência do feito fiscal, contrapondo as razões expostas pela FPE.

Ao final requer:

- a extinção do processo sem apreciação de mérito, entendendo que a integralidade da exigência fiscal discutida no processo perdeu o seu objeto em razão da edição da Lei nº 18.550/09, que convalidou as suas operações;
- caso o processo não seja extinto, o recebimento das contrarrazões ao recurso de revisão do Estado de Minas Gerais e confirmação da decisão recorrida;
- caso não seja extinto o processo, ratificar o que foi alegado no recurso de revisão interposto, para que reforme o acórdão recorrido afastando a exigência da integralidade do ICMS sobre o fornecimento de urnas eletrônicas ao TSE, sob pena de afronta ao art. 58 do RPTA, ao art. 20 do Regime Especial já mencionado, ao art. 16 da Lei Estadual nº 13.515/00 e ao art. 152 da Constituição Federal. Ou, caso seja entendida como legítima a exigência de ICMS, que afaste a exigência relativa aos fatos geradores ocorridos até 05/10/04, que é a data da ciência da concessão do regime especial, em atenção ao disposto no seu art. 20.

Dos Novos Documentos Apresentados pela Fazenda Pública Estadual

A Fazenda Pública Estadual (FPE), considerando a busca da verdade material e o informalismo que regem o procedimento administrativo e seus princípios constitucionais, junta documentos às fls. 1873/1925, relativos à subsídios para defesa do presente crédito tributário.

A documentação acima citada, em resumo, informa que no estabelecimento onde seria implantada a unidade industrial da Recorrente/Autuada, não havia qualquer indício de atividade industrial. Foram apresentadas fotografias e outras provas obtidas por

Audidores Fiscais da Receita Federal, relativas ao período de agosto de 2005 a maio de 2006, na qual, supostamente, a atividade de industrialização era terceirizada.

A Superintendência Regional da Fazenda de Varginha, que enviou a referida documentação para a Advocacia Geral do Estado, alega que a Recorrente/Autuada não investiu os 22 (vinte e dois) milhões acordados com o Estado para a implantação de sua unidade industrial, conforme citado no acórdão recorrido.

Em seguida, a FPE volta a defender a não aplicabilidade da decadência pelo art. 150, § 4º do CTN, conforme a decisão recorrida, mas sim, pelo art. 173, inciso I da mesma lei. E, que também não é aplicável o art. 100 do CTN, por entender que a Recorrente não observou as normas complementares previstas, pois o regime especial é claro ao não conceber a apropriação de crédito presumido em operações cujos destinatários não são contribuintes.

Da Manifestação da Recorrente/Autuada

Diante dos novos documentos apresentados pela FPE, a Recorrente/Autuada, por intermédio de procurador regularmente constituído, manifesta-se às fls. 1928/1932, alegando em síntese que a discussão versada nos autos diz respeito exclusivamente ao aproveitamento indevido de créditos nas operações de saída para não contribuintes, não havendo que se admitir ou permitir que seja inovado o objeto do Auto de Infração e polêmica de fato debatido nos autos. Argumenta ainda, que as informações trazidas posteriormente a lavratura do Auto de Infração, não abalam o seu direito e, tampouco, devem influenciar o julgamento do caso dos autos por serem totalmente dissociadas das infrações em debate neste processo.

Pede, ao final, pelo reconhecimento da total inconsistência das informações respondidas e ratifica o que foi alegado tanto no recurso (fls. 1827/1841) quanto nas contrarrazões (fls. 1860/1870).

Do Pedido de Diligência pela Câmara Especial

A Câmara Especial, em sessão realizada no dia 16 de abril de 2010, decide em preliminar, por unanimidade, pela retirada do processo de pauta e, encaminhá-lo à Superintendência da Receita Estadual para análise dos fatos à luz da Lei nº 18.550/09.

Da Análise da Subsecretaria da Receita Estadual quanto ao Novo Tratamento previsto na Lei nº 18.550/09

A Subsecretaria da Receita Estadual, por meio da Superintendência de Fiscalização (SUFIS), pronuncia-se por meio de uma Nota Técnica (fls. 1937/1941) a respeito da análise do caso em comento, quanto ao novo tratamento descrito na Lei nº 18.550, que entrou em vigor a partir de 1º/11/09, que alterou a redação do art. 32 –A , no qual, prevê crédito presumido nas saídas do industrial fabricante para contribuinte, clínica, hospital, profissional médico ou órgãos da administração pública de qualquer esfera, suas fundações e autarquias. Destaca-se que na legislação vigente anteriormente, o crédito presumido estava restrito aos órgãos da administração pública estadual e municipal.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Destaca que o motivo da autuação é devido a um dos destinatários das operações de saída efetuados pela Recorrente/Autuada ser o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), que por ser órgão da administração pública da esfera federal, anteriormente, não estava enquadrado no direito ao crédito presumido.

Em seu parecer conclui que, as operações destinadas ao TSE, atenderiam em parte as premissas da Lei nº 18.850/09, pois o citado destinatário é órgão da administração pública federal. Entretanto, este tratamento não poderia ocorrer com aplicação retroativa porque a Recorrente/Autuada não desistiu do recurso administrativo, condição prevista no parágrafo único do art. 3º desta lei. Uma vez, que não desistiu de suas defesas apresentadas no Conselho de Contribuintes de Minas Gerais, e, ainda, mesmo que atendesse a esta condição, haveria outro fato, teria de ser decidido pelo Conselho, quanto a sua condição de ser ou não industrial fabricante.

Em continuidade às conclusões, entende que as demais operações destinadas ao Banco do Brasil, ATP Serviço para sistema Financeiro e à Alfa Arrendamento Mercantil, que estas não atendem ao novo tratamento, por não se tratarem de órgãos públicos, fundações ou autarquias.

Da Conversão do Julgamento em Diligência

A Câmara Especial, em sessão realizada no dia 11 de novembro de 2011, decide em preliminar, por unanimidade, em deferir requerimento de juntada de instrumento de procuração. Também, em preliminar, a unanimidade, em deferir juntada de Memorial apresentado da Tribuna. Ainda, em preliminar, por maioria de votos, em converter o julgamento em diligência para que o Fisco verifique o enquadramento do Contribuinte à Lei nº 18.550/09, em face dos documentos juntados da Tribuna (Memorial).

Em seguida, vista à Impugnante e também para informar expressamente se desiste de seu recurso, na parte que entende sujeita à Lei nº 18.550/09.

Do Memorial da Recorrente

No Memorial apresentado (fls. 1949/2013), a Recorrente/Autuada, em síntese requer que:

- seja reconhecida a aplicabilidade ao caso da Lei nº 18.550/09, convalidando o crédito presumido realizado em razão das vendas para o TSE no período autuado;
- dê oportunidade à Recorrente/Autuada o direito de desistir do Recurso de Revisão na parte relativa aos créditos presumidos do TSE;
- decrete a extinção definitiva das exigências relativas ao creditamento presumido efetuado em decorrência das suas vendas para o TSE, aplicando ao caso concreto o comando inserto no art. 1º da Lei nº 18.550/09, na parte em que conferiu nova redação ao art. 32-A da Lei nº 6.763/75;
- quanto às demais exigências reitera o pedido constante no recurso de revisão para sua exclusão integral, tanto com base na decadência parcial, quanto com fulcro na norma específica firmada entre a Recorrente/Autuada e o Estado de Minas Gerais.

Da Nova Manifestação do Fisco

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O Fisco manifesta-se às fls. 2015/2029 alegando, primeiramente, que as regras para apropriação de crédito presumido não foram cumpridas, uma vez que, a Representação Administrativa realizada pela Receita Federal, evidencia que no estabelecimento da Recorrente não se fabricava nada, portanto, estava em desacordo com o Protocolo de Intenções e o Regime Especial.

Em seguida, discorre sobre a decadência no sentido de que o prazo deve ser contado com base no art. 173, inciso I do CTN, por se tratar de lançamento de ofício, e cita várias decisões com o mesmo entendimento.

Quanto à exclusão das multas, juros e atualização monetária mediante previsão no parágrafo único do art. 100 do CTN, reitera seus argumentos de que somente seria cabível se configurada a observância pela Recorrente/Autuada das normas complementares elencadas nos incisos do artigo citado.

Destaca, que não houve por parte da Administração Fazendária a expedição de nenhum ato autorizando ou instruindo a Recorrente/Autuada a apropriar-se do crédito presumido nas saídas para não contribuintes. Pelo contrário, o único ato administrativo existente, que é o Regime Especial nº 16.000103847.20, deixa claro no art. 5º, incisos I e II, às fls. 1.754, que o crédito presumido não pode ser apropriado nas saídas para não contribuintes.

No tocante ao enquadramento à Lei nº 18.550/09, entende que esta lei não atinge o presente lançamento, pois houve omissão de ICMS e a lei não pode retroagir, de acordo com o art. 106 do CTN, pois a ação da Recorrente/Autuada resultou em falta de pagamento do ICMS. Além disso, a convalidação de atos e fatos pretéritos provocaria a extinção do crédito tributário, e não existe esta hipótese no art. 156 do CTN.

Outro motivo, também alegado pelo Fisco, é que a Recorrente/Autuada, à época dos fatos, não desempenhava a atividade de industrial fabricante, condição imprescindível para a fruição do benefício fiscal, estabelecido no art. 1º, inciso II da Lei nº 18.550/09.

Da Nova Manifestação da Recorrente/Autuada

Em decorrência da manifestação fiscal supramencionada, a Recorrente/Autuada manifesta-se às fls. 2043/2046, alegando que, tanto a manifestação fiscal de fls. 2015/2029 quanto os documentos juntados às fls. 2030/2036, não têm o condão de alterar a conclusão pela aplicabilidade da Lei nº 18.550/09 no presente PTA. Destaca, que os argumentos do Fisco quanto à inaplicabilidade da lei, são improcedentes, pois é incompreensível a alegação fiscal de premissa de que só poderia utilizar-se da lei se não houvesse omissão de pagamento do ICMS devido.

Quanto às alegações de que não seria estabelecimento industrial, entende que a discussão não cabe neste Auto de Infração e que foi lançada intempestivamente pelo Estado no intuito de impedir a aplicação da lei. E, mesmo que se entenda desta forma, já se encontra provado nos autos que são desenvolvidas atividades industriais, conforme apontado no seu cartão de CNPJ, declarado pela Receita Federal, de acordo com o PTA nº 10660.001901/2006-01, sendo que no julgamento constatou-se que a atividade desenvolvida pela empresa é de fabricação de urnas eletrônicas.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Por fim, requer o que foi pedido anteriormente.

DECISÃO

Dos Pressupostos de Admissibilidade

Deve-se, inicialmente, analisar o cabimento dos presentes recursos nos termos do art. 163 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos do Estado de Minas Gerais (RPTA), aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, que dispõe:

RPTA

Art. 163. Das decisões da Câmara de Julgamento cabe Recurso de Revisão para a Câmara Especial, no prazo de 10 (dez) dias contados da intimação do acórdão, mediante publicação da decisão no órgão oficial, nas seguintes hipóteses:

I - quando a decisão da Câmara de Julgamento resultar de voto de qualidade proferido pelo seu Presidente;

(...).

Verifica-se do estabelecido na legislação acima, em confronto com a decisão consubstanciada no Acórdão nº 18.529/09/2ª, ora recorrido, ser cabível o recurso interposto, uma vez que a decisão foi tomada pelo voto de qualidade.

A Recorrente apresenta na Tribuna, pedido de desistência do Recurso de Revisão, o qual é deferido pela Câmara, restando, portanto, prejudicada a sua apreciação.

Diante disto, atendida a condição regulamentar, é cabível o Recurso de Revisão interposto pela Fazenda Pública.

Do Mérito

A autuação versa sobre o aproveitamento indevido de créditos presumidos de ICMS, no período de maio a dezembro de 2004, por estar em desacordo com o Protocolo de Intenções firmado com o Estado de Minas Gerais, o Regime Especial concedido pela Superintendência de Fiscalização e art. 75, incisos X e XI do RICMS/02.

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

Neste lançamento, com base no art. 194 do RICMS/02, foi realizada verificação fiscal analítica no qual foram estornados os créditos presumidos referentes às saídas para não contribuintes e concedido o crédito normal relativo às entradas que ensejaram essas saídas.

Repisa-se que a Recorrente/Autuada é signatária de Protocolo de Intenções firmado com o Estado de Minas Gerais em 30/09/03, e, detentora do Regime Especial 16.000103847.20, concedido pela Superintendência de Tributação, em 27/08/04 (fls. 16/31).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O Regime Especial mencionado concede à Recorrente/Autuada diferimento no pagamento de ICMS nas aquisições internas e na importação de mercadorias, nos termos do art. 8º e dos itens 41 e 48 da Parte 1 do Anexo II, todos do RICMS/02, e assegura crédito presumido de valor equivalente ao imposto devido na operação de saída de mercadorias de sua produção relacionadas na cláusula primeira do Protocolo de Intenções e na Parte 5 do Anexo XII do RICMS/02.

Ocorre que, tanto o Protocolo de Intenções firmado com o Estado, quanto o Regime Especial concedido, que estabelecem apropriação de crédito presumido de forma que a carga tributária resulte em 3,50% (três inteiros e cinquenta centésimos por cento), o seu cumprimento está submetido à condição das saídas serem destinadas a contribuintes do imposto, conforme art. 75, incisos X e XI do RICMS/02, *in verbis*:

Art. 75. Fica assegurado crédito presumido:

(...)

Efeitos de 30/09/2003 a 20/07/2004 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 5º, ambos do Dec. nº 43.617, de 30/09/2003:

X - ao estabelecimento industrial fabricante, de valor equivalente ao imposto devido na operação de saída de produtos relacionados na Parte 5 do Anexo XII, **destinados a estabelecimento de contribuinte do imposto, observando-se o seguinte:**

Efeitos de 21/07/2004 a 31/10/2009 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 6º, ambos do Dec. nº 43.835, de 20/07/2004:

X - ao estabelecimento industrial fabricante, de valor equivalente ao imposto devido na operação de saída de produtos relacionados na Parte 5 do Anexo XII, **destinados a estabelecimento de contribuinte do imposto**, clínica, hospital, profissional médico, exceto veterinários, ou a órgão da Administração Pública Estadual ou Municipal Direta, suas fundações e autarquias, observando-se o seguinte:

(...)

Efeitos de 30/09/2003 a 31/10/2009 - Acrescido pelo art. 3º e vigência estabelecida pelo art. 5º, ambos do Dec. nº 43.617, de 30/09/2003.

XI - ao estabelecimento industrial, **nas saídas destinadas a contribuinte do imposto**, dos produtos recebidos com o diferimento de que trata o item 48 da Parte 1 do Anexo II deste Regulamento, sem que os mesmos tenham sido submetidos a qualquer processo de industrialização, exceto o acondicionamento, de forma que a carga tributária resulte em 3,50% (três inteiros e cinquenta centésimos por cento), observando-se o seguinte: (Grifou-se)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O art. 5º do Regime Especial 16.000103847-20 também prevê esta hipótese, a seguir:

Regime Especial 16.000103847.20

Art. 5º Fica assegurado ao beneficiário deste Regime crédito presumido:

I - de valor equivalente ao imposto devido na operação de saída das mercadorias de sua produção, relacionadas na Cláusula primeira do Protocolo de Intenções e constantes na Parte 5 do Anexo XII do RICMS, destinadas a estabelecimento contribuinte do imposto; (Grifou-se)

A Recorrente/Autuada realizou operações de saídas de mercadorias para o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), órgão da Administração Pública Federal, Banco do Brasil S/A instituição financeira, e ATP Tecnologia e Produtos S/A, prestadora de serviços de informática, que não são contribuintes do imposto por não realizarem com habitualidade operação de circulação de mercadorias sujeitas ao imposto.

Sendo assim, não poderia apropriar-se do crédito presumido, em decorrência da vedação do art. 75, inciso X do RICMS c/c art. 5º, inciso I do Regime Especial.

Acrescente-se que, por se tratar de disposição da legislação relativa à concessão de benefício fiscal, deve ser interpretada literalmente, por imposição de regra específica constante no art. 111 do CTN, *in verbis*:

Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

(...)

II - outorga de isenção;

Observa-se também, que entre a data de apresentação do requerimento do Regime Especial e a data de sua concessão, o art. 75, inciso X do RICMS/02 sofreu alteração nos termos do Decreto nº 43.835 de 20/07/04. A nova redação, passou a prever a utilização de crédito presumido nas saídas de produtos para clínica, hospital, profissional médico, exceto veterinários, ou a órgãos da Administração Pública Estadual ou Municipal Direta, o que não ocorre em relação ao TSE que é um órgão pertencente à esfera federal.

Conclui-se, portanto, que a Recorrente/Autuada está em desconformidade com a condição necessária para usufruir o benefício.

O recurso interposto pela Fazenda Pública argumenta a aplicação do instituto da decadência utilizado pela decisão da 2ª Câmara, conforme art. 150, § 4º do CTN, onde foram excluídas as exigências relativas aos fatos geradores anteriores a 28/05/04.

No entanto, constitui regra geral que ao lançamento de ofício aplica-se a contagem fixada no art. 173, inciso I do CTN.

Destaca-se que à época não ocorreu o pagamento da parcela do imposto que ora é exigido, não sendo válida, portanto, a aplicação do dispositivo mencionado no acórdão recorrido.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Sobre o tema, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em decisão de 15/03/07, confirmou tal posição, em acórdão assim ementado (no que interessa ao caso em tela):

DIREITO TRIBUTÁRIO. PRAZO DECADENCIAL. CONVÊNIO 69/1998. ICMS/COMUNICAÇÃO. BASE DE CÁLCULO. ILEGALIDADE. CDA. PRESUNÇÃO RELATIVA DE CERTEZA E LIQUIDEZ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. EXECUÇÃO EMBARGADA. ART. 20, § 4.º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. NÃO HAVENDO PAGAMENTO DO TRIBUTO OU NÃO CARACTERIZANDO A HIPÓTESE DE HOMOLOGAÇÃO EXPRESSA OU TÁCITA PELA FAZENDA PÚBLICA DO LANÇAMENTO, NÃO SE APLICA O DISPOSTO NO ART. 150, § 4º, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL EM RELAÇÃO À DECADÊNCIA. INCIDE, NESTA SITUAÇÃO, A REGRA GERAL ESTABELECIDADA PELO ART. 173, INC. I, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, CONFORME A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (...). TJMG – PROC. N.º 1.0024.05.692077-0/001(1); RELATORA DESEMBARGADORA MARIA ELZA; PUB. 30/03/2007.

Naquela decisão, ao analisar exigência sobre serviço preparatório (de comunicação) não levado à tributação pelo ICMS (tributado pelo ISS), em que o contribuinte recolheu o saldo devedor mensal apurado, tal qual a situação ora em análise, entenderam os julgadores que não havendo o pagamento sobre aquela parcela, não há que se falar em homologação, mas sim, em lançamento de ofício, ensejando a aplicação da norma do art. 173, inciso I do CTN.

No mesmo sentido, decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça ao apreciar o Recurso Especial nº 448.416-SP, sob a relatoria do Ministro Otávio Noronha, cuja ementa assim expressa:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ICMS. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA. ARTS. 150, § 4º, E 173, I, DO CTN.

1. NA HIPÓTESE EM QUE O RECOLHIMENTO DOS TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO OCORRE EM DESCONFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL E, POR CONSEQUENTE, PROCEDE-SE AO LANÇAMENTO DE OFÍCIO (CTN, ART. 149), O PRAZO DECADENCIAL DE 5 (CINCO) ANOS, NOS TERMOS DO ART. 173, I, DO CTN, TEM INÍCIO NO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE ESSE LANÇAMENTO (DE OFÍCIO) PODERIA HAVER SIDO REALIZADO.

Aspecto interessante a anotar refere-se à fundamentação do *decisum*. Após abordar as hipóteses vinculadas ao § 4º do art. 150, o relator assim se posicionou:

OUTRA HIPÓTESE, ENTRETANTO, É AQUELA EM QUE O SUJEITO PASSIVO NÃO CUMPRE, OU CUMPRE DE MODO DIVERSO, COM SUAS OBRIGAÇÕES. ASSIM OCORRENDO, A ATIVIDADE A SER PRATICADA PELO FISCO NÃO PODERÁ SER CARACTERIZADA COMO MERA HOMOLOGAÇÃO, JÁ QUE ESTA PRESSUPÕE A EXISTÊNCIA DAS PROVIDÊNCIAS ADOTADAS PELO CONTRIBUINTE

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PASSÍVEIS DE CONFIRMAÇÃO PELA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. NESSE CASO, CABE AO FISCO, NA FORMA ESTABELECIDADA PELO ART. 149 DO CTN, PROCEDER AO LANÇAMENTO DE OFÍCIO, QUE É EXECUTADO TAMBÉM NOS CASOS DE OMISSÃO OU INEXATIDÃO DO SUJEITO PASSIVO NO CUMPRIMENTO DOS DEVERES QUE LHE FORAM LEGALMENTE ATRIBUÍDOS. COM EFEITO, EM TAIS CASOS, NÃO HÁ O QUE SE HOMOLOGAR.

Da mesma forma, no julgamento de Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial o Ministro do STJ, o Relator Humberto Martins:

PROCESSO:

AGRG NO ARESP 76977 RS 2011/0191109-3

RELATOR(A):

MINISTRO HUMBERTO MARTINS

JULGAMENTO:

12/04/2012

ÓRGÃO JULGADOR:

T2 - SEGUNDA TURMA

PUBLICAÇÃO:

DJE 19/04/2012

EMENTA

TRIBUTÁRIO. CREDITAMENTO INDEVIDO DE ICMS. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. APLICAÇÃO DA REGRA PREVISTA NO ART. 173, I, DO CTN. PRECEDENTES.

1. A JURISPRUDÊNCIA DO STJ FIRMOU O ENTENDIMENTO NO SENTIDO DE QUE, HAVENDO CREDITAMENTO INDEVIDO DE ICMS, O PRAZO DECADENCIAL PARA QUE O FISCO EFETUE O LANÇAMENTO DE OFÍCIO É REGIDO PELO ART. 173, I, DO CTN, CONTANDO-SE O PRAZO DE CINCO ANOS, A PARTIR DO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE À OCORRÊNCIA DO FATO IMPONÍVEL, DONDE SE DESSUME A NÃO OCORRÊNCIA, *IN CASU*, DA DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO LANÇAR OS REFERIDOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS.

2. "NOS TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO, QUANDO OCORRE O RECOLHIMENTO EM DESCONFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL, DEVE A AUTORIDADE FISCAL PROCEDER AO LANÇAMENTO DE OFÍCIO (CTN, ART. 149), INICIANDO-SE O PRAZO DECADENCIAL DE CINCO ANOS NO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE O LANÇAMENTO PODERIA TER SIDO FEITO (ART. 173, I, DO CTN)." (REsp 973189/MG, REL. MIN. CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 04/09/2007, DJ 19/09/2007, P. 262). AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME.

Desta forma, o prazo para a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário relativo ao exercício 2004 somente expirou em 31/12/09, conforme disposto

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

no inciso I do mencionado art. 173, não ocorrendo a decadência relativamente ao crédito tributário exigido, uma vez que a Recorrente/Autuada foi regularmente intimada da lavratura do Auto de Infração em 28/05/09, às fls. 1686.

Portanto, são restabelecidas as exigências por se tratar de lançamento de ofício, devendo ser aplicada a contagem de prazo da decadência nos termos estabelecidos pelo art. 173, inciso I do CTN, sendo cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Outra questão abordada no recurso da Fazenda Pública, é quanto à exclusão das penalidades, cobrança de juros de mora e atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo relativo às urnas eletrônicas destinadas ao TSE, decidido pela 2ª Câmara conforme art. 100 do CTN, a seguir:

Art. 100. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos:

I - os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas;

II - as decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa, a que a lei atribua eficácia normativa;

III - as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas;

IV - os convênios que entre si celebrem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Parágrafo único. A observância das normas referidas neste artigo exclui a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo.

Entretanto, observa-se que não estão presentes nos autos quaisquer das hipóteses acima transcritas, para afastar as exigências. Conforme já mencionado, não houve observância do Regime Especial pela Recorrente/Autuada.

Portanto, restabelecem-se as exigências fiscais.

As questões relativas à convalidação da Recorrente/Autuada à Lei nº 18.550/09 não cabe a este Órgão Julgador, mas sim, à Repartição Fazendária competente da SEF/MG.

No tocante às arguições de caracterização da atividade do estabelecimento da Recorrente/Autuada de não ser industrial fabricante, conforme levantado pela Fazenda Pública, estas não foram consideradas por tratar-se de argumentos trazidos ao processo em momento posterior ao lançamento.

Acrescente-se que, esta discussão não foi imputada na lavratura do Auto de Infração, não sendo, reiterando, parte do lançamento.

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, quanto ao Recurso Nº 40.060126084-96 - Procomp Indústria Eletrônica Ltda, em preliminar, à unanimidade, em deferir a juntada do pedido de desistência do recurso efetuado pela

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Recorrente, restando prejudicada sua apreciação. Quanto ao Recurso Nº 40.060126172-23 - Fazenda Pública Estadual, em preliminar, à unanimidade, em conhecer do Recurso de Revisão e, no mérito, pelo voto de qualidade, em dar-lhe provimento. Vencidos os Conselheiros André Barros de Moura (Revisor), Luciana Mundim de Mattos Paixão e Sauro Henrique de Almeida, que lhes negavam provimento nos termos do acórdão recorrido. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros André Barros de Moura (Revisor), Luciana Mundim de Mattos Paixão, Ivana Maria de Almeida e Sauro Henrique de Almeida.

Sala das Sessões, 18 de maio de 2012.

Maria de Lourdes Medeiros
Presidente

Fernando Luiz Saldanha
Relator

CC/CMG