

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 4.876/17/CE Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000260559-94
Recurso de Revisão: 40.060140737-43, 40.060140595-62
Recorrente: 2ª Câmara de Julgamento
Açotel Indústria e Comércio Ltda
IE: 367469504.05-15
Recorrida: Açotel Indústria e Comércio Ltda, Fazenda Pública Estadual
Proc. S. Passivo: Marcelo Braga Rios/Outro(s)
Origem: DF/Juiz de Fora

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - CRÉDITO PRESUMIDO. Constatado aproveitamento indevido de crédito presumido de ICMS, concedido mediante Regime Especial de Tributação nº 286/2011, visto que as operações de vendas e transferências das mercadorias perfis “simples” e “enrijecido” (NCM 72.16.9100), não se encontravam inseridas entre as mercadorias autorizadas no referido Protocolo e, ainda, em razão da exclusão do estabelecimento autuado do referido regime especial, a partir de 16/01/13. Exigências de ICMS e Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada, prevista no art. 55, inciso XXVI da mesma lei. Entretanto, uma vez que a Contribuinte só foi cientificada da alteração introduzida pelo Primeiro Termo Aditivo do RET nº 286/2011 em 16/01/13, e em razão da constatação de erro material na indicação no Protocolo da NCM 72.16.3100, devem ser excluídas as exigências correspondentes ao período de 02 a 15/01/13. Reformada em parte a decisão anterior.

Recurso de Revisão 40.060140595-62 conhecido e não provido à unanimidade. Recurso de Revisão 40.060140737-43 conhecido à unanimidade e parcialmente provido pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação das seguintes irregularidades:

- aproveitamento indevido de crédito presumido de ICMS, no período de 02/01/13 a 15/01/13, concedido mediante Regime Especial de Tributação nº 286/2011, de modo que a carga tributária efetiva fosse de 2% (dois por cento), nas vendas de produtos industrializados, relacionados na Cláusula Primeira do Protocolo de Intenções nº 074/2010, visto que as operações de vendas e transferências das mercadorias perfis “simples” e “enrijecido” (NCM 72.16.9100), não se encontravam inseridos entre as mercadorias autorizadas no referido Protocolo, nem de seu Termo Aditivo de 14/07/11;

- aproveitamento indevido de crédito presumido de ICMS, no período de 16/01/13 a 30/09/14, em razão da exclusão do estabelecimento autuado do referido regime especial, a partir de 16/01/13.

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

A 2ª Câmara de Julgamento, em decisão consubstanciada no Acórdão nº 20.963/16/2ª, pelo voto de qualidade, julgou parcialmente procedente o lançamento, para: 1) excluir as exigências correspondentes ao período de 02 a 15/01/2013; 2) determinar que na apuração do crédito tributário se proceda o abatimento dos valores relativos ao ICMS referente às saídas da indústria com destino ao Centro de Distribuição; 3) cancelar todas as exigências de juros e multas, com base no art. 100, parágrafo único do CTN. Vencidos, em parte, os Conselheiros José Luiz Drumond (Relator) e Fernando Luiz Saldanha, que excluía apenas as exigências mencionadas no item 1. Designado relator o Conselheiro Carlos Alberto Moreira Alves (Revisor). Conforme art. 163, § 2º do RPTA, esta decisão estará sujeita a Recurso de Revisão, interposto de ofício pela Câmara, ressalvado o disposto no § 4º do mesmo artigo.

Inconformada, a Recorrente interpõe, tempestivamente e por seu representante legal, o Recurso de Revisão de fls. 449/460, requerendo, ao final, seu conhecimento e provimento.

Também, mediante declaração na decisão, a 2ª Câmara de Julgamento interpõe, de ofício, Recurso de Revisão.

Em sessão realizada em 19/08/17, a Câmara Especial, em preliminar, à unanimidade, conhece dos Recursos de Revisão e, ainda, em preliminar, à unanimidade, converte o julgamento em diligência de fls. 488/489.

A Superintendência de Tributação manifesta-se em atendimento à diligência às fls. 523/534 e a Fiscalização às fls. 536/544.

A Recorrente/Autuada manifesta-se às fls. 553/562.

Por fim, a Fiscalização manifesta-se às fls. 575/585.

DECISÃO

Da Preliminar

Superadas as condições de admissibilidade capituladas no art. 163, inciso I do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, uma vez que a decisão recorrida foi tomada pelo voto de qualidade, são cabíveis os Recursos de Revisão interpostos.

Do Mérito

Cumprido de início ressaltar que, nos termos do art. 168 do RPTA, o Recurso de Revisão admitido, interposto pela Recorrente/Autuada, devolve à Câmara Especial o conhecimento da matéria nele versada.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Registra-se, também, que esta decisão engloba o reexame da matéria, cuja decisão foi contrária à Fazenda Pública Estadual, inclusive aquela não decidida pelo voto de qualidade, nos termos do disposto no § 2º do art. 163 c/c o parágrafo único do art. 168, todos do RPTA.

Ressalta-se que os fundamentos expostos, em parte, no acórdão recorrido e no voto vencido do Conselheiro José Luiz Drumond, foram utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e, por essa razão, passam a compor o presente acórdão, salvo pequenas alterações e acréscimos necessários.

Conforme relatado, a autuação versa sobre a constatação das seguintes irregularidades:

- aproveitamento indevido de crédito presumido de ICMS, no período de 02/01/13 a 15/01/13, concedido mediante Regime Especial de Tributação nº 286/2011, de modo que a carga tributária efetiva fosse de 2% (dois por cento), nas vendas de produtos industrializados, relacionados na Cláusula Primeira do Protocolo de Intenções nº 074/2010, visto que as operações de vendas e transferências das mercadorias perfis “simples” e “enrijecido” (NCM 72.16.9100), não se encontravam inseridos entre as mercadorias autorizadas no referido Protocolo, nem de seu Termo Aditivo de 14/07/11;

- aproveitamento indevido de crédito presumido de ICMS, no período de 16/01/13 a 30/09/14, em razão da exclusão do estabelecimento autuado do referido regime especial, a partir de 16/01/13.

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

Cabe inicialmente contextualizar a discussão dos autos.

Em 29/06/10, a Açotel Indústria e Comércio Ltda firmou com o Estado de Minas Gerais o Protocolo de Intenções nº 074/2010, amparado no art. 225 da Lei nº 6.763/75, em que foi concedido à Açotel, o mesmo tratamento dispensado à sua atividade em outras unidades da Federação, fixando os compromissos da Autuada e também do Estado de Minas Gerais.

Consta de sua Cláusula primeira o objetivo do Protocolo (fls. 76/81), qual seja, viabilizar a expansão, pela Açotel, de sua unidade industrial situada no município de Juiz de Fora e a instalação de um centro de distribuição, neste Estado, discriminando em sua Cláusula Décima o tratamento tributário dispensado à Autuada:

Protocolo de Intenções nº 074 de 29/06/10:

Seção I

Do objetivo

Cláusula primeira: o presente Protocolo de Intenções, doravante denominado PROTOCOLO, tem por objetivo viabilizar a expansão, pela AÇOTEL, de sua unidade industrial situada no município de Juiz de Fora e a instalação de um centro de distribuição, neste Estado, destinados respectivamente à produção e comercialização de:

(...)

Subseção II

Do Tratamento Tributário

Cláusula décima: O Estado, nos termos da legislação, observado o disposto na Lei Complementar nº 101, de 2000, e em Regime Especial, concederá à ACOTEL o seguinte tratamento tributário:

(...)

VII - Regime Especial de Tributação - RET, prevendo a concessão de crédito presumido, nas operações próprias da AÇOTEL, implicando carga tributária efetiva de 2% (dois por cento) nas vendas dos produtos industrializados relacionados na Clausula primeira, **realizadas por centro de distribuição da AÇOTEL, neste Estado**, nos termos do art. 225 da Lei nº 6763, de 26 de dezembro de 1975, em razão de benefícios fiscais concedidos pelo Estado do Rio de Janeiro, conforme a Lei nº 5.636, de 6 de janeiro de 2010.

VIII - Regime Especial de Tributação - RET, prevendo a concessão de crédito presumido, nas operações próprias da AÇOTEL, implicando carga tributária efetiva de 3,5% (três vírgula cinco por cento) nas vendas de bobinas galvalume ou zincalume, pré-pintadas ou não, NCM's 7210.6100 e 7210.7010, respectivamente, importadas para comercialização, nos termos do inciso III do "caput" desta clausula, **realizada por centro de distribuição da AÇOTEL, neste Estado**, em razão de benefícios fiscais concedidos pelo Estado de Santa Catarina, conforme a Lei nº 13.992, de 15 de fevereiro de 2007, nos termos do artigo 225 da Lei nº 6763 de 26 de dezembro de 1975.

(...)

Paragrafo Sexto: Para fruição do tratamento tributário previsto nos incisos VII e VIII do "caput" desta clausula:

- I- a AÇOTEL implantará um centro de distribuição de sua titularidade, neste Estado;
- I. o centro de distribuição da AÇOTEL atuará na condição de distribuidor da totalidade dos produtos fabricados por sua unidade industrial, neste Estado, para todo o território nacional;
- II. a produção industrial da AÇOTEL será destinada ao seu respectivo centro de distribuição, na forma do disposto na subalínea "a.1'", item 31, Parte 1, Anexo II do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 43.080 de 2002;
- III. nas operações internas com mercadorias sujeitas à substituição tributária, a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

alíquota incidente na operação própria da AÇOTEL será reduzida para 12% (doze por cento), quando a legislação estabelecer percentual superior, nos termos do § 13, artigo 42, Parte Geral do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 43.080 de 2002;

- IV. fica vedado o aproveitamento de créditos pelo estabelecimento industrial e centro de distribuição.

(Destacou-se).

Assim, foi editado o Regime Especial de Tributação nº 286/2011, de 11/07/11, tendo como signatários o estabelecimento industrial (I.E. 367.469504.04-42) e o Centro de Distribuição (I.E. 367.469504.04-42), ora autuado, nos mesmos termos estabelecidos no Protocolo de Intenções 074/2010 (fls. 82/87):

Regime Especial/PTA Nº 16.000407839-24

Regime Especial de Tributação nº 286/2011

Art. 11 - Fica assegurado à Açotel CD, crédito presumido:

I - de modo que a carga tributária efetiva seja de 2% (dois por cento) nas vendas de produtos industrializados, relacionados na Cláusula primeira do Protocolo de Intenções, recebidos da Açotel Indústria, vedado o aproveitamento de créditos relacionados com estas operações pelos estabelecimentos identificados em epígrafe, inclusive aqueles já escriturados nos livros fiscais;

(...)grifou-se.

Contudo, em 14/07/11, foi assinado o Primeiro Termo Aditivo ao Protocolo de Intenções nº 074/2010 (fls. 88/91), alterando a Cláusula primeira, para incluir novos itens (mercadorias) a serem abarcados pelos benefícios do Protocolo, assim como a redação dos incisos III e IV da Cláusula segunda (Dos compromissos da Açotel), para alterar o caput e o inciso VII e incluir os incisos IX e X na Cláusula Décima, bem como alterar os parágrafos 6º e 7º da mesma, no sentido de excluir o Centro de Distribuição do Protocolo de Intenções nº 074/2010.

A Cláusula décima ficou assim redigida:

Primeiro Termo Aditivo de 14/07/11

(...)

Cláusula décima: O Estado, nos termos da legislação, observado o disposto na Lei Complementar nº 101, de 2000, e em Regime Especial, concederá à ACOTEL o seguinte tratamento tributário:

(...)

VII - Regime Especial de Tributação - RET, para a concessão de crédito presumido, implicando carga tributária efetiva de 2% (dois por cento) para o

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ICMS devido nas vendas internas e interestaduais dos produtos industrializados relacionados no inciso I da Cláusula primeira, vedado o aproveitamento de quaisquer outros créditos relacionados a essas operações, em razão de benefícios fiscais concedidos pelo Estado do Rio de Janeiro, conforme a Lei nº 5.636, de 6 de janeiro de 2010, nos termos do art. 225 da Lei nº 6763, de 26 de dezembro de 1975;

Clausula Segunda - da Ratificação - ficam mantidas e inalteradas as demais cláusulas e condições do Protocolo, **desde que não conflitantes com as disposições do presente Primeiro Termo Aditivo.**

(Destacou-se).

Observe-se que o inciso VII da Cláusula Décima, com a nova redação deste Primeiro Termo Aditivo, foi alterado, retirando-se a menção de que “nas vendas dos produtos industrializados relacionados na Cláusula Primeira, realizadas por centro de distribuição da AÇOTEL ...”, eliminando-se a necessidade de que as vendas fossem realizadas exclusivamente pelo CD.

Em razão da alteração introduzida pelo Primeiro Termo Aditivo, foi reformulado o Regime Especial de Tributação nº 286/2011 em 12/12/12 (fls. 92/99), constando como signatário apenas o estabelecimento industrial, conforme estabelecimento identificado às fls. 92, ficando assim disposto no art. 10, que trata do crédito presumido:

Regime Especial/PTA Nº 16.000407839-24

Regime Especial de Tributação nº 286/2011

Art. 10 - Fica assegurado **à Açotel**, crédito presumido:

I - de modo que a carga tributária efetiva seja de 2% (dois por cento) nas vendas de produtos industrializados, relacionados no Anexo II deste Regime, vedado o aproveitamento de créditos relacionados com estas operações pelo estabelecimento identificado em epígrafe, inclusive aqueles já escriturados nos livros fiscais;

(...)grifou-se.

Destaque-se ainda os arts. 24 e 26 do RET 286/2011:

Art. 24 A AÇOTEL fica obrigada ao cumprimento das obrigações previstas neste Regime durante o período de sua vigência, podendo a ele renunciar mediante requerimento à autoridade fiscal concedente, protocolizado na repartição fazendária a que estiver circunscrita.

(...)

Art. 26 Este Regime Especial, ora reformulado, entra em vigor na data da ciência à AÇOTEL de seu deferimento e produzirá efeitos até 31 (trinta e

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

um) de julho de 2013, podendo ser prorrogado por ato do Superintendente de Tributação, desde que requerido antes do término de sua vigência e que perdure a situação motivadora de sua concessão, após avaliação do cumprimento de todas as suas condições.

(Grifou-se).

Assim, cientificado em 16/01/13, estaria o estabelecimento autuado, nos termos do art. 24 do RET, obrigado ao cumprimento das obrigações nele previstas, podendo a ele renunciar mediante requerimento à autoridade fiscal concedente, protocolizado na repartição fazendária a que estiver circunscrito. No entanto, assim não procedeu.

Revela-se equivocado o entendimento da Recorrente/Autuada de que, tendo recebido em janeiro de 2013 uma prorrogação do Regime Especial RET 286/2011, contemplando algumas modificações, inclusive a retirada de diversas referências ao Centro de Distribuição exclusivo, entendeu que este previa a extensão do crédito presumido nas vendas, independente do estabelecimento que as realizasse, indo de encontro aos anseios da Recorrente/Autuada.

Também não tem amparo legal a opção que fez, tendo em vista um pedido de alteração do Protocolo, ainda em análise, por manter suas operações inalteradas, até que o Estado indicasse em definitivo o fim da exclusividade do CD.

Nota-se que, tanto o primeiro Termo Aditivo ao Protocolo de Intenções nº 074/2010, quanto a reformulação do Regime Especial, ocorrida em 12/12/12, com ciência do Contribuinte em 16/01/13, deixaram bem claro que o estabelecimento da Recorrente/Autuada, Centro de Distribuição, não estava amparado pelo tratamento tributário previsto no RET 286/2011.

A Recorrente/Autuada aduz em seu recurso de forma enfática e reiterada a discrepância entre o protocolo de intenções e o regime especial vigente à época dos fatos, discordando do posicionamento fiscal, em especial, considerando que, segundo procura demonstrar em sua peça recursal, o ICMS recolhido no período objeto da autuação, se o estabelecimento industrial da Recorrente tivesse aplicado o crédito presumido, seria basicamente o mesmo.

E considerando todo o arrazoado de discordância com a situação de alteração do RET pela SUTRI/SEF, disposta na peça recursal, foi solicitada por esta Câmara Especial a diligência de fls. 488/489, no desiderato de esclarecimento sobre o correto tratamento tributário a que estaria submetida a Recorrente/Autuada no período elencado na autuação, levando-se em conta o PI, o RET, suas alterações e efeitos fiscais nas operações sob análise.

A Superintendência de Tributação atende à diligência solicitada, emite relatório elucidativo (fls. 523/534), o que é seguido pela complementação relacionada ao item 2 da medida, sob a responsabilidade da Fiscalização, sendo, após, acostadas as considerações da Recorrente/Autuada.

Do esclarecimento prestado pela SUTRI, importante destacar as respostas ao item 1 da diligência determinada pela Câmara Especial (fls. 531/532):

1) remeta os autos à Superintendência de Tributação para manifestação quanto:

1.a) Tratamento tributário vigente e válido no período autuado: 16/01/2013 a 30/09/2014:

a. no período de 16/01/2013 a 05/02/2014 o tratamento tributário vigente é o disposto na versão do Regime Especial de Tributação nº 286/2011, datada de 12/12/2012, (fls. 92/99);

b. no período de 06/02/2014 a 30/09/2014 o tratamento tributário vigente é o disposto na versão do Regime Especial de Tributação nº 286/2011, datada de 20/01/2014, (fls. 74/81);

c. nestas duas versões, o único estabelecimento alcançado pelo regime especial é o industrial, inscrição estadual 367.469.504-0442.

1.b) Vigência e validade do Segundo Termo Aditivo ao Protocolo de Intenções 074/2010 e seus reflexos no tratamento tributário expresso no RET 286/2011 e no imposto devido:

O Segundo Termo Aditivo ao Protocolo de Intenções 074/2010 não foi assinado pelas partes.

Enfatizamos que, pelas razões acima expostas, o Protocolo de Intenções é instrumento de natureza estratégica que expressa as intenções das partes (empresa e Estado) em consonância com as diretrizes da política de desenvolvimento industrial do Estado. O tratamento tributário previsto naquele instrumento somente será operacionalizado por meio de Regime Especial.

Dessa forma, a não assinatura do Termo Aditivo não produz efeitos sobre o tratamento tributário concedido no Regime Especial, que foi alterado com base em decisão da Comissão de Política Tributária da Estadual (CPT), conforme Encaminhamento DAI nº 133/2012 (fls. 497/498).

(Grifou-se).

O entendimento da SUTRI é claro no sentido de que, no período objeto da autuação, o único estabelecimento alcançado pelo regime especial é o industrial, inscrição estadual 367.469.504-0442 e que a não assinatura do Termo Aditivo não produz efeitos sobre o tratamento tributário concedido no Regime Especial.

Nesse contexto pertinente se faz destacar as seguintes considerações aduzidas pela Fiscalização às fls. 580/585:

(...)

Preliminarmente convém salientar a natureza jurídica dos institutos em questão: o Protocolo de Intenções, segundo a doutrina dominante, é definido como **“um acerto genérico que pode preceder um convênio definitivo ou um Instrumento Específico, a vigência não está vinculada a qualquer elemento ou requisito. Sua determinação fica a juízo da autoridade competente, com base nos critérios de conveniência e oportunidade. Quanto ao Regime Especial de Tributação trata-se de um instituto do Direito Tributário expressamente previsto no inciso I do artigo 100 do Código Tributário Nacional – CTN – Lei 5172/66 – Atos Normativos expedidos pela Autoridade Administrativa.** Por outro lado, o 1º Termo Aditivo devidamente assinado pelas partes envolvidas, já havia revogado a necessidade de que às operações de vendas deveriam ser realizadas por um centro de distribuição.

(...)

Também não há o que discutir a natureza jurídica do instrumento denominado “Protocolo de Intenções” (PI) e do “Regime Especial” (RE), uma vez que o PI, segundo a doutrina, tem a exclusiva função de aproximar as partes com o escopo de entabular futuramente um negócio, não tendo o poder de vinculação, não gerando direitos e obrigações, nem tão pouco a de aplicar sanções ao seu descumprimento. Quanto ao Regime Especial de Tributação, como dito anteriormente, é fonte do Direito Tributário previsto no artigo 100, inciso I do Código Tributário Nacional.

Já está cristalinamente demonstrado que o Regime Especial não foi analisado de forma isoladamente, como tenta demonstrar a defesa da autuada, visto que antes da reformulação do RET, datado 12/12/2012 e cientificado ao contribuinte em 16/01/2013, temos a elaboração do 1º Termo aditivo, datado de 14/07/2011, alterando e revogando dispositivos do PI, de 29/06/2010.

Posteriormente ocorreu a Deliberação da CPT, datado de 09/11/2012, exatamente na mesma linha do Protocolo e Aditivo, o encaminhamento DAI nº 133/2012 e por último, a reformulação do RET, cientificado ao contribuinte em janeiro de 2013.

(...)

Os argumentos apresentados pela Recorrente de não ter observado os termos do Regime Especial reformulado, reproduzidas nos parágrafos anteriores, não tem justificativa e nem amparo legal. A

impugnante ao confessar que optou por manter suas operações inalteradas, até que o Estado indicasse em definitivo o fim do CD, quando havia uma regra em vigor, demonstra total despeito pelo cumprimento da norma tributária.

Não deve ser acatado o argumento da defesa de que a versão submetida a deliberação do CPT em novembro de 2012, consistia em um documento preliminar que veio a sofrer modificações e ajustes nos anos seguintes. Isto porque é da competência da comissão decidir sobre o tratamento tributário pleiteado pelo contribuinte em Protocolo de Intenções a ser firmado com o Estado de Minas Gerais, de forma coordenada com os demais órgãos envolvidos no processo de sua celebração.

O Protocolo de Intenções é um instrumento que manifesta e documenta intenções, não tendo caráter vinculante e não gerando direitos e obrigações nomeio jurídico.

A recorrente reporta à afirmativa de que permanece em vigor o modelo indústria x CD, ponto de vista que não deve prosperar pois no primeiro Termo Aditivo, de 14/07/2011, a figura do CD foi suprimida.

(...)

Com a reformulação do RET – doc. de fls. 92 a 99, a pedido do contribuinte e por força da Deliberação CPT, de 09/11/2012, a **AÇOTEL CD**, deixou de ser beneficiária do Regime Especial de Tributação, migrando o benefício do crédito presumido para a AÇOTEL INDÚSTRIA, nos termos do artigo 10 do Regime Especial de Tributação, datado de 12/12/2012, e devidamente cientificado ao contribuinte em 16/01/2013, ficando assim, a nova redação:

Art. 10 Fica assegurado à **AÇOTEL**, crédito presumido:

I - de modo que a carga tributária efetiva seja de 2% (dois por cento) nas vendas dos produtos industrializados relacionados no anexo II deste Regime, vedado o aproveitamento de créditos relacionados com estas operações pelo estabelecimento identificado em epígrafe, inclusive aqueles já escriturados nos livros fiscais;

II - de modo que a carga tributária efetiva seja de 3,5% (três inteiros e cinco décimos por cento) nas vendas de Bobinas Galvalume ou Zinalume (NBM/SH:7210.61.00) e de Bobinas Galvalume pré-pintadas (NBM/SH: 7210.70.10), importadas com

diferimento do imposto para comercialização, vedado o aproveitamento de créditos relacionados com estas operações pelos estabelecimentos identificados em epígrafe, inclusive aqueles já escriturados nos livros fiscais.

III - De modo que a carga tributária seja de 3% (três por cento) das vendas dos produtos industrializados, relacionados no anexo III deste regime, vedado o aproveitamento de créditos relacionados com estas operações pelos estabelecimentos identificados em epígrafe, inclusive aqueles já escriturados nos livros fiscais.

(...)

Com os esclarecimentos da SUTRI, por demanda do Órgão Revisor, ficou definitivamente comprovado que a autuada não tinha autorização do Regime Especial, a partir de 16/01/2013, para apropriar-se do crédito presumido estabelecido no Regime Especial em tela e com o agravante de que fora devidamente cientificada.

Outro fato a ser especialmente observado é quanto a tributação ou seja, NÃO EXISTE AUTORIZAÇÃO DO REGIME ESPECIAL PARA A APLICAÇÃO DO CRÉDITO PRESUMIDO PARA AS OPERAÇÕES DE TRANSFERÊNCIAS. O CRÉDITO PRESUMIDO VALE SOMENTE PARA AS OPERAÇÕES DE VENDAS DOS PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS PELO MESMO (ART. 10 do RET) doc. de fls. 92/99 e 100/107.

Assim, do arrazoado complementar, em especial, o decorrente dos esclarecimentos prestados pela SUTRI/SEF, tem-se como escorreito o trabalho fiscal realizado à luz do RET alterado com o fim de ajustamento ao termo aditivo ao PI, com vigência estabelecida a partir de 16/01/13, data da ciência da alteração do procedimento especial concedido.

Entretanto, em relação à imputação de aproveitamento indevido de crédito presumido ICMS, no período de 02/01/13 a 15/01/13, uma vez que as mercadorias perfis “simples” e “enrijecido” (NCM 72.16.9100), não se encontram inseridas entre as mercadorias autorizadas no referido Protocolo, nem de seu Termo Aditivo de 14/07/11, deve ser mantida a decisão da Câmara *a quo* no sentido da exclusão do crédito tributário a elas relacionadas no referido período.

Conforme destacado na decisão recorrida, em 29/06/10, a Açotel Indústria e Comércio Ltda firmou com o Estado de Minas Gerais o Protocolo de Intenções nº 074/10 (cópia às fls. 76/81), tendo como o objetivo o disposto em sua Cláusula primeira:

Cláusula primeira: o presente Protocolo de Intenções, doravante denominado PROTOCOLO, tem por objetivo viabilizar a expansão, pela AÇOTEL, de sua unidade industrial situada no município de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Juiz de Fora e a instalação de um centro de distribuição, neste Estado, destinados respectivamente à produção e comercialização de:

Descrição do item	NCM*
Telhas de aço	7308.9090
Calhas	7326.90.00
Perfis <i>dry wall</i>	7308.9010

*Nomenclatura Comum do Mercosul

Posteriormente, em 14/07/11, foi firmado o Primeiro Termo Aditivo ao Protocolo de Intenções nº 074/10 (fls. 88/91), alterando a Cláusula primeira, passando a relacionar no rol das mercadorias produzidas e comercializadas pela Açotel novos itens (produtos), acompanhados de sua respectiva NBM/SH, sendo que no caso específico do produto “Perfil”, que é objeto da discussão dos autos, consta o seguinte:

Cláusula primeira: (...)

Descrição do item	NBM/SH*
Perfis <i>dry wall</i>	7308.90.10
Perfil Galvalume pré pintado	7308.90.10
Perfil raiado	7308.90.10
Perfil UDC	7216.31.00

*Nomenclatura Comum do Mercosul

O Regime Especial de Tributação nº 286/2011 (PTA nº 16.000407839-24, fls. 82/87), contemplando o Centro de Distribuição, ora autuado, autorizou, dentre outros benefícios, o crédito presumido, com redação vigente à data dos fatos autuados:

Art. 11 - Fica assegurado à Açotel CD, crédito presumido:

I - de modo que a carga tributária efetiva seja de 2% (dois por cento) nas vendas de produtos industrializados, relacionados na Cláusula primeira do Protocolo de Intenções, recebidos da Açotel Indústria, vedado o aproveitamento de créditos relacionados com estas operações pelos estabelecimentos identificados em epígrafe, inclusive aqueles já escriturados nos livros fiscais;

(...)

(Grifou-se).

Segundo a Fiscalização, os produtos “perfil simples” e “perfil enrijecido”, classificados na NBM/SH 7216.9100, constantes nas notas fiscais emitidas de vendas e transferências, para as quais a Autuada aplicou o tratamento tributário do crédito presumido, não se encontram inseridos no rol das mercadorias relacionadas na Cláusula

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

primeira do Protocolo de Intenções nº 074/2010, para as quais o art. 11 do RET nº 286/2011 retrotranscrito, autorizou o benefício do crédito presumido.

Com esse entendimento, a Fiscalização lavrou o presente Auto de Infração para estornar o crédito presumido utilizado pela Autuada, em relação a todas as notas fiscais de saída de vendas ou transferências que constavam os dois produtos.

A defesa da Autuada afirma que os produtos perfil simples e perfil enrijecido, os quais classificou no NCM 72.16.9100, são o próprio “Perfil UDC” de NBM/SH 7216.3100, relacionado na Cláusula primeira do Protocolo.

Alega que, como o Perfil UDC constitui o produto de maior expressão nas vendas da empresa, significa que qualquer negociação envolvendo benefícios necessariamente englobaria tal mercadoria e que, na época do Protocolo, o único produto fabricado e comercializado pela Autuada na posição 72.16 foi o perfil “simples” e “enrijecido”, que ela classificou na subposição da NCM 72.16.9100.

Entende que a divergência seria apenas em relação à correta classificação do produto dentro da posição 72.16, sendo que o Protocolo classificou na 72.16.3100 e a Autuada na NCM 72.16.9100.

Sustenta que o produto não muda se é classificado nesta ou naquela NCM. E que o produto fabricado pela Autuada é o Perfil UDC simples ou enrijecido, previsto no Protocolo de Intenções, até porque não seria razoável pleitear a concessão de um crédito presumido para venda de uma mercadoria que não fosse industrializada ou comercializada pela Contribuinte.

Conforme reproduzido anteriormente, passou a constar da Cláusula primeira do Protocolo de Intenções, após a alteração promovida com primeiro termo aditivo em 14/07/11, os Perfis “dry wall”, “galvalume pré pintado”, e “raiado”, classificados na subposição 7308.90.10 da NCM/SH, e o Perfil UDC, classificado na 7216.31.00 da NBM/SH.

Os 03 (três) primeiros não foram objeto de divergência, apenas em relação ao último (Perfil UDC, NBM/SH 7216.31.00) encontra-se a controvérsia.

Com relação ao que é objeto da controvérsia, cumpre trazer as referidas classificações na Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM) constantes da TIPI:

72.16	Perfis de ferro ou aço não ligado.
(...)	
7216.3	Perfis em U, I ou H, simplesmente laminados, estirados ou extrudados, a quente, de altura igual ou superior a 80mm:
7216.31.00	Perfis em U
(...)	
7216.9	Outros:
7216.91.00	Obtidos ou acabados a frio a partir de produtos laminados planos
7216.99.00	Outros

Observa-se que, de acordo com a Tabela TIPI, classificam-se na NCM 7216.31.00 os “Perfis de ferro ou aço não ligado em U, simplesmente laminados, estirados ou extrudados, **a quente**”, e na posição 7216.91.00 “Outros perfis de ferro ou aço não ligados, obtidos ou acabados **a frio** a partir de produtos laminados planos”.

A Autuada alega que a principal diferença entre estas classificações é que na NCM 7216.31.00, as chapas são aquecidas para, então, serem dobradas, enquanto o classificado na NCM 7216.91.00, a chapa é dobrada por meio de força mecânica (a frio), o que possibilita a realização do processo em estabelecimentos como o da Autuada.

De fato, nas duas subposições há essa diferenciação argumentada pela Autuada, de que no primeiro caso o produto é perfilado a quente e no outro, a frio.

No entanto, o mais interessante que se extrai da alegação da Autuada é o de que o produto é obtido a partir do dobramento de chapa plana. E neste ponto é interessante observar que constam das informações transmitidas pela Autuada por meio de arquivos eletrônicos, grandes quantidades de aquisições de produtos planos (bobinas e chapas de aço).

Inclusive faz parte dos benefícios concedidos à Autuada no Protocolo de Intenções e Regime Especial de Tributação o diferimento do ICMS na aquisição desses produtos (bobinas e chapas de aço).

Assim, é forçoso reconhecer que, por ocasião da inserção da NCM relativa a esses produtos no PI, ocorreu erro material na designação do respectivo código, que, na realidade, deveria ser o de nº 7216.91.00, o que ainda se demonstra pela solicitação pela Autuada de alteração de nomenclatura do produto, protocolo SIARE 201.503.783.275-1, referida na análise de pedido de concessão de RE (RET – 036/2016 - fls. 464/465).

Dessa forma, tem-se que os perfis produzidos e comercializados pela Autuada, com a descrição de “perfil simples e enrijecido”, tratam-se do mesmo Perfil UDC (Perfil U dobrado de chapa) constante no Anexo I da Cláusula primeira do Primeiro Termo Aditivo ao Protocolo de Intenções nº 074/2010, cujo crédito presumido foi autorizado pelo art. 11 do Regime Especial de Tributação nº 286/2011, reproduzido anteriormente.

Quanto ao abatimento dos valores relativos ao ICMS referente às saídas da indústria com destino ao Centro de Distribuição, segundo a decisão recorrida, se o imposto exigido no PTA nº 01.000261282-74, lavrado contra o estabelecimento industrial, não for *apropriado no levantamento fiscal do CD, resultará num absurdo recolhimento de 18% (dezoito por cento) sobre todas as saídas promovidas pelo CD, quando na realidade, tal recolhimento deveria ocorrer somente sobre a eventual margem de agregação.*

No entanto, esse entendimento não merece prosperar, porque o trabalho fiscal no estabelecimento autuado foi no sentido de apurar o valor utilizado a título de crédito presumido sem amparo no Regime Especial de Tributação nº 286/2011. Não se verifica nos autos nenhuma ação da Fiscalização no sentido de auditar possíveis

créditos da Autuada, até porque nas notas fiscais de aquisições não consta o destaque do imposto.

Inclusive há de se observar que a parcela do crédito presumido indevidamente utilizada pela Autuada, ora estornada pela Fiscalização, tem como parâmetro de apuração os valores das operações de vendas dos produtos ocorridas no período autuado.

Ou seja, a partir do valor total dos débitos por saídas no período de apuração, a Autuada apurava um valor de crédito presumido de modo que a carga tributária efetiva das operações de vendas correspondesse a 2% (dois por cento) e informava esse valor no campo 67 (crédito presumido) da Declaração de Apuração e Informação do ICMS – DAPI (fls. 42/62). Exatamente com essa informação, qual seja, campo 67 da DAPI, que a Fiscalização trabalhou para apurar o crédito tributário exigido no presente Auto de Infração.

Dessa forma, a concessão de qualquer valor a título de crédito de ICMS com base nas exigências constantes no PTA nº 01.000261282-74, lavrado contra o estabelecimento industrial, fica condicionada ao pagamento do imposto pela indústria, quando a Autuada poderá se creditar, extemporaneamente, na forma prevista no art. 67, § 2º do RICMS/02.

Já no tocante à exclusão das multas e juros, o argumento aduzido foi de que *o Fisco tinha conhecimento da sistemática de apuração adotada pela Impugnante, tendo em vista que por diversas vezes foi solicitada a prorrogação do RET e todas foram deferidas*, e, ainda, de que as exigências das multas e juros devem ser canceladas porque *a Impugnante, em todos seus procedimentos, sempre se pautou em um ato normativo (Protocolo de Intenções assinado pelo chefe do Executivo Mineiro), bem como por práticas reiteradas da administração (procedimentos ratificados quando das prorrogações do RET)*, entendendo ser aplicável ao caso o disposto no art. 100, inciso III, c/c parágrafo único do CTN, *in verbis*:

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

(...)

III - as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas;

(...)

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.

(Grifou-se).

No entanto, no caso presente, não se verifica nenhuma prática reiterada da administração que possa atrair o dispositivo retromencionado, porque a prática reiterada pressupõe que a Contribuinte tenha agido em conformidade com a orientação do Fisco, e a conduta da Autuada foi justamente no sentido oposto, ou seja, a de se

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

utilizar do benefício do diferimento do ICMS em desacordo com as regras estabelecidas no Regime Especial de Tributação recebido em 16/01/13.

Ademais, como observado pela Fiscalização, uma vez que fora devidamente cientificada, iniciou-se a vigência do RET reformulado, devido a supremacia do interesse público, referendado no art. 26 do próprio regime especial, tendo ficado a Autuada, nos termos do art. 24 do RET, obrigada ao cumprimento das obrigações nele previstas, podendo a ele renunciar mediante requerimento à autoridade fiscal concedente, protocolizado na Repartição Fazendária a que estiver circunscrita. No entanto, manteve-se silente, como forma de se esquivar do pagamento do ICMS devido na operação de transferência das mercadorias.

Por fim, cabe destacar que a concessão e a prorrogação dos regimes especiais estão reguladas no RPTA – Regulamento dos Processos e dos Procedimentos Tributários Administrativos, em seus arts. 51, 53, 60 e 62, e não pressupõe auditoria da escrita fiscal da Contribuinte beneficiário do regime especial.

O § 1º do art. 53, estabelece quais as verificações a Fiscalização deve realizar visando subsidiar a prorrogação do regime, e o fato de tal análise não ter resultado naquele momento na identificação de alguma irregularidade, não significa atestado de sua inexistência.

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em conhecer dos Recursos de Revisão. No mérito, quanto ao Recurso nº 40.060140595-62 - Açotel Indústria e Comércio Ltda, à unanimidade, em lhe negar provimento. Quanto ao Recurso nº 40.060140737-43 - 2ª Câmara de Julgamento, pelo voto de qualidade, em lhe dar provimento parcial para restabelecer as exigências relativas ao ICMS referente às saídas da indústria com destino ao Centro de Distribuição e aos juros e multas. Vencidos, em parte, os Conselheiros Luciana Mundim de Mattos Paixão (Revisora), Carlos Alberto Moreira Alves e Vander Francisco Costa, que lhes negavam provimento, nos termos do acórdão recorrido. Pela Autuada, sustentou oralmente o Dr. Marcelo Braga Rios e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Célio Lopes Kalume. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Luciana Mundim de Mattos Paixão (Revisora), Eduardo de Souza Assis, Carlos Alberto Moreira Alves e Vander Francisco Costa.

Sala das Sessões, 25 de agosto de 2017.

Manoel Nazareno Procópio de Moura Júnior
Presidente

Luiz Geraldo de Oliveira
Relator

P