

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.724/15/3ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000235607-87
Impugnação: 40.010137205-20
Impugnante: Sandvik Mining And Construction do Brasil S/A
IE: 062208348.01-62
Proc. S. Passivo: Sacha Calmon Navarro Coêlho/Outro(s)
Origem: DF/BH-3 - Belo Horizonte

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – DIFERIMENTO – REGIME ESPECIAL – CARGA TRIBUTÁRIA EFETIVA. Constatado recolhimento a menor do ICMS em razão de aproveitamento indevido de crédito do imposto uma vez que a Autuada não estornou os créditos relativos às operações de saída com carga tributária efetiva de 2% (dois por cento), em desacordo com o previsto em Regime Especial, vigente à época dos fatos geradores. Exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXVI, majorada em 100% (cem por cento), nos termos do art. 53, §§ 6º e 7º, todos da Lei nº 6.763/75.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre o recolhimento a menor do ICMS, apurado mediante recomposição da conta gráfica, nos meses de maio, junho, julho e outubro de 2013 em razão do aproveitamento indevido de créditos de ICMS no período de 01/01/09 a 30/11/11, uma vez que a Autuada não efetuou o estorno de créditos de ICMS relativos às operações de saída com carga tributária efetiva de 2% (dois por cento), conforme previsto no Regime Especial PTA nº 16.000233027.43.

Exigências de ICMS, apurado mediante recomposição da conta gráfica, Multa de Revalidação, capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVI, ambos da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e, por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 127/141. E, requer a procedência da impugnação.

A Fiscalização, em manifestação de fls. 282/288, refuta as alegações da Defesa. Requer a procedência do lançamento.

A Assessoria do CC/MG, em parecer de fls. 293/303, opina pela procedência do lançamento.

DECISÃO

Os fundamentos expostos no parecer da Assessoria do CC/MG foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e, por essa razão, passam a compor o presente Acórdão, salvo pequenas alterações.

Conforme relatado, a autuação versa sobre o recolhimento a menor do ICMS, em razão do aproveitamento indevido de créditos de ICMS, no período de 01/01/09 a 30/11/11, uma vez que a Autuada não efetuou o estorno de créditos de ICMS relativos às operações de saída com carga tributária efetiva de 2% (dois por cento), conforme previsto no Regime Especial PTA nº 16.000233027.43, aproveitou, inclusive, no mês de outubro, a título de crédito extemporâneo, as aquisições de energia elétrica do período de novembro de 2009 a novembro de 2011, conforme Comunicado de Crédito Extemporâneo (fls. 40/44).

A Contribuinte, intimada, informou que “passou a fazer o estorno do ICMS do Regime Especial, referente à saída com alíquota de ICMS de 2% (dois por cento) somente após o mês de referência de dezembro de 2011”.

Assim, mediante recomposição da conta gráfica, foi apurado ICMS a recolher nos meses de maio, junho, julho e outubro de 2013, resultando nas exigências de ICMS, da Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVI, ambos da Lei nº 6.763/75.

Cabe inicialmente informar que a Autuada é detentora do Regime Especial PTA nº 16.000233027.43 (fls. 46/53), em conformidade com o disposto no Protocolo de Intenções nº 115/06, que lhe concede tratamento tributário diferenciado nos seguintes termos:

Art. 7º Fica autorizado o diferimento de 88,89% (oitenta e oito inteiros e oitenta e nove centésimos por cento) do pagamento do ICMS incidente nas saídas, em operações internas destinadas a contribuintes do imposto, dos produtos industrializados relacionados no Anexo II, promovidas pela Sandvik, de forma que a carga tributária efetiva resulte em 2% (dois por cento). (Grifou-se).

Trata o Protocolo de Intenções nº 115/06, celebrado entre o Estado de Minas Gerais e o Grupo Sandvik, do qual a Autuada é subsidiária, em sua Cláusula Décima, do seguinte 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 SANDVIK seguinte tratamento tributário:

(...)

III. diferimento parcial do ICMS devido nas operações internas de saída das mercadorias resultantes de vendas, nos termos do art. 8º do RICMS, aprovado pelo Decreto 43.080, de 2002,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

conforme detalhamento da linha de fornecimento e classificações fiscais definidos em Regime Especial, de forma que a carga tributária efetiva seja de 2% (dois por cento). (Grifou-se).

Da análise dos fatos apresentados, verifica-se que o Estado de Minas Gerais concede à Impugnante, por meio do Regime Especial retrocitado, em relação às operações internas de saídas de mercadorias resultantes de vendas, um benefício fiscal traduzido na forma de “diferimento parcial”, com o objetivo de se obter uma carga tributária efetiva de 2% (dois por cento).

Assim, a Autuada deveria fazer o estorno dos créditos do ICMS apropriados, relativos às saídas das mercadorias com carga efetiva de 2% (dois por cento), ou seja, dos equipamentos por ela industrializados, destinados a contribuintes localizados no Estado de Minas Gerais, conforme descrito no art. 7º do citado regime especial.

Quando da assinatura do Regime Especial com o Estado de Minas Gerais, a beneficiária tinha conhecimento do compromisso firmado, ou seja, de ter uma carga tributária efetiva de 2% (dois por cento). No entanto, adotou uma forma de apuração que não resultava na carga tributária efetiva de 2% (dois por cento), mas sim, em saldo credor de ICMS, conforme demonstra a Fiscalização:

- as saídas internas eram tributadas utilizando alíquota de 2% (dois por cento);
- o creditamento do ICMS relativo às aquisições de mercadorias era integral.

O regime de tributação concedido à Autuada é especial e, portanto, diferenciado, objetivando obter uma carga tributária efetiva de 2% (dois por cento), não se cogitando, assim, que a regra geral relativa ao diferimento, de manutenção dos respectivos créditos, seja aplicada no presente caso. O diferimento foi utilizado no regime apenas como instrumento para alcance da carga tributária efetiva estipulada.

Assim, se a Autuada deixa de efetuar o estorno do imposto creditado quando ocorre saída de mercadorias resultantes de vendas, com o diferimento parcial do imposto, não se obterá a carga tributária efetiva, contrariando o disposto no art. 7º do Regime Especial PTA nº 16.000233027.43, do qual é signatária.

O tratamento tributário concedido ao Contribuinte prevê carga tributária efetiva no percentual de 2% (dois por cento). Para alcançar o resultado vislumbrado em Protocolo, a Consulente deveria proceder à divisão entre o débito relativo à operação e o respectivo valor faturado. Desta forma, não são admitidos créditos relacionados à operação, sob pena de se obter resultado líquido (carga tributária efetiva) inferior à 2%.

Destaque-se a Autuada formulou Consulta à Superintendência de Tributação da Secretaria de Estado da Fazenda de Minas Gerais sobre o assunto, que se manifestou nestes exatos termos:

CONSULTA DE CONTRIBUINTE Nº 106/13

PTA Nº: 16.000470843-63

CONSULENTE: Sandvik Mining and Construction do Brasil S/A

ORIGEM: Vespasiano – MG

ICMS – REGIME ESPECIAL – CARGA TRIBUTÁRIA EFETIVA – VEDAÇÃO AO CRÉDITO– A concessão de diferimento (parcial) com o fim de fazer incidir carga tributária efetiva em percentual determinado sobre operação de saída implica, necessariamente, na vedação aos respectivos créditos, ressalvada apenas a hipótese de previsão expressa em sentido contrário no texto do próprio regime.

EXPOSIÇÃO:

A Consulente, com apuração de ICMS por débito e crédito, está obrigada a emissão de nota fiscal eletrônica desde 01/04/10.

Aduz ter o objeto social a comercialização, inclusive importação, de ferramentas em geral, de produtos de metal duro, de equipamentos de perfuração e de máquinas, peças e transportadores de minérios em geral.

Informa ser detentora do Regime Especial contido no PTA n° 16.000232978-98, concedido em outubro de 2009, com base em Protocolo de Intenções firmado em 2006, que lhe concede diferimento de ICMS nas operações de importação, aquisição e saída internas de mercadorias.

Afirma que, em novembro de 2011, o regime foi alterado de ofício pela SEF/MG, dispondo em seu art. 8º que a Consulente deveria efetuar o estorno do imposto creditado sempre que ocorresse saída com o pagamento do imposto parcialmente diferido na forma do art. 7º (88,89% do ICMS), hipótese em que o estorno seria proporcional ao benefício.

Alega que a alteração de ofício realizada pela SEF/MG foi efetuada sem respaldo no citado Protocolo de Intenções e que o benefício nele previsto, diferimento parcial, não obrigaria a Consulente ao estorno dos créditos de ICMS, conforme art. 8º c/c art. 70, inciso II e § 1º, todos do RICMS/02.

Sustenta que a necessidade de estorno proporcional dos créditos de ICMS somente seria exigível a partir de novembro de 2011, quando a redação do art. 8º foi alterada para consignar forma expressa tal exigência.

Com dúvida quanto à interpretação da legislação, formula a presente consulta.

CONSULTA:

1 – Está correto o entendimento da Consulente de que o art. 8º do Regime Especial contido no PTA n° 16.000232978-98 é inaplicável, haja vista as disposições regulamentares vigentes?

2 - Caso contrário, estando a Consulente obrigada a efetuar o estorno proporcional dos créditos de ICMS, a partir de quando (data de recebimento do regime reformulado ou retroativamente) e como deverá ser calculado o estorno?

RESPOSTA:

1 e 2 - A Consulente é detentora de Regime Especial de tributação formalizado inicialmente através dos PTA's nº 16.000233027-43 e 16.000232978-98, cujas disposições foram consolidadas neste último. O Regime Especial foi concedido com fundamento no art. 8º, Parte Geral, e item 41, alínea "a", Parte 1, Anexo II do RICMS/02, bem como no Protocolo de Intenções nº 115/2006, sendo que os questionamentos formulados referem-se apenas ao diferimento previsto no art. 7º do Regime em exame.

O Protocolo de Intenções firmado entre a Consulente e o Estado de Minas Gerais previa, para suas operações internas de venda com as mercadorias a serem especificadas em regime, a incidência de uma carga tributária efetiva de ICMS de 2%, por meio da concessão de diferimento parcial nestas operações.

O texto do Regime definiu as mercadorias abrangidas e autorizou o diferimento parcial, definindo o seu percentual (88,89%), de forma que a carga tributária efetiva sobre a operação fosse de 2%.

Como o tratamento tributário concedido previa carga tributária efetiva em determinado percentual, para alcançar o resultado vislumbrado em Protocolo a Consulente deveria proceder à divisão entre o débito relativo à operação e o respectivo valor faturado. Desta forma, **não eram admitidos créditos relacionados à operação, sob pena de se obter resultado líquido (carga tributária efetiva) inferior à 2%.**

O Regime de tributação concedido à Consulente é especial e, portanto, diferenciado, objetivando a uma carga tributária efetiva de 2%, não se cogitando, assim, que a regra geral relativa ao diferimento, de manutenção dos respectivos créditos, seja aplicada no presente caso. O diferimento foi utilizado no Regime apenas como instrumento para alcance da carga tributária efetiva estipulada.

Assim, a Consulente não poderia aproveitar créditos de ICMS relacionados aos produtos industrializados cujas saídas foram tributadas conforme o art. 7º do Regime Especial. Os créditos aproveitados indevidamente pela Consulente deverão ser estornados em sua integralidade, observado o procedimento previsto nos

arts. 207 a 211 do Decreto Estadual nº 44.747/2008 – Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA).

Entretanto, a partir da data de ciência da alteração de ofício introduzida no texto do Regime em novembro de 2011, o procedimento da Consulente deverá ser outro, na medida em que poderá efetuar o estorno na proporção do benefício concedido (88,89%), em razão da autorização expressa contida no art. 8º, que criou exceção à regra da carga tributária efetiva.

Ressaltamos que a realização do estorno proporcional é admissível apenas em decorrência de autorização expressa contida no próprio Regime e somente para as operações realizadas a partir da ciência de sua previsão, vez que a tributação da operação por meio de carga tributária efetiva implica na vedação a qualquer crédito.

O estorno proporcional dos créditos relacionados às operações de saída amparadas pelo benefício previsto no art. 7º do Regime Especial contido no PTA nº 16.000232978-98, realizadas a partir do conhecimento da Consulente da alteração de ofício, deverá ser efetuado nos termos do art. 8º, *caput* e §§ 1º e 2º, do citado Regime.

Vale acrescentar que, a partir de 1º de setembro de 2012, foi alterada a redação do art. 7º do Regime Especial, nos seguintes termos:

Art. 7º Fica autorizado o diferimento de 88,89% (oitenta e oito inteiros e oitenta e nove centésimos por cento) do pagamento do ICMS devido nas vendas, em operações internas destinadas a contribuintes do imposto, dos produtos industrializados relacionados no Anexo IV e mencionados na cláusula primeira do Protocolo de Intenções, promovidas pela Sandvik, de forma que resulte em destaque do imposto equivalente a 2% (dois por cento).

Parágrafo único. É facultado à Sandvik utilizar o multiplicador de 0,02 (dois centésimos) para cálculo do imposto.

A nova redação do dispositivo não mais utiliza a expressão carga tributária efetiva, estando mais adequada à possibilidade de aproveitamento de créditos prevista no art. 8º.

(...)

DOT/DOLT/SUTRI/SEF, 27 de maio de 2013.

Destacou-se

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, resta claro que a Contribuinte, no período de 01/01/09 a 30/11/11, cujos créditos foram estornados pela Fiscalização, não poderia aproveitar créditos de ICMS relacionados aos produtos industrializados cujas saídas foram tributadas conforme o art. 7º do Regime Especial, devendo os créditos aproveitados indevidamente ser estornados em sua integralidade.

A alegação da Autuada de que a obrigação ao estorno do ICMS somente foi inserida no Regime Especial em 28/11/11, razão pela qual a glosa dos créditos e a multa isolada são descabidos, não procede.

De fato, o Regime Especial PTA nº PTA nº 16.000232978-98 foi alterado em 28/11/11 (fls. 269/278), tendo sido introduzindo o art. 8º, que assim dispõe:

Art. 8º:

A SANDVIK deverá efetuar o estorno do imposto creditado sempre que ocorrer saída com pagamento do imposto diferido na forma do artigo anterior, hipótese em que o estorno será proporcional ao benefício.

Porém, esse artigo, reforça que o crédito do ICMS deverá ser estornado em sua totalidade, no período anterior à alteração e não, proporcionalmente ao benefício do diferimento parcial de 88,89% (oitenta e oito inteiros e oitenta e nove centésimos por cento), estando previsto o seu estorno proporcional somente após a alteração expressa no regime especial.

A Impugnante argumenta ainda, que, na hipótese subsidiária de se considerar que o diferimento aplicado às operações da Impugnante configura uma espécie de isenção parcial do ICMS, conforme previsto no art.71, inciso IV do RICMS/02, ainda assim, apenas o montante dos créditos equivalentes à parcela diferida poderia ser objeto de exigência do estorno, e não todos os créditos relativos à operação, como quer o Fisco.

No entanto, tal argumento não pode ser acatado.

Conforme resposta à Consulta de Contribuinte nº 106/13, já transcrita, o estorno proporcional é admissível apenas em decorrência de autorização expressa contida no próprio Regime e somente para as operações realizadas a partir da ciência ao Consulente, uma vez que a tributação da operação por meio de carga tributária efetiva implica na vedação a qualquer crédito.

Assim, a Fiscalização promoveu o estorno dos créditos indevidamente apropriados, adotando, para a determinação dos valores dos créditos de ICMS a serem estornados, os valores declarados pela Contribuinte, conforme documentos acostados às fls. 74/106 dos autos.

Cabe destacar que esse é o entendimento da 1ª Câmara deste CC/MG, expresso no Acórdão nº 21.350/13/1ª, julgando matéria de idêntico teor de estabelecimento do mesmo grupo da Autuada. Veja-se:

ACÓRDÃO: 21.350/13/1ª

RITO: ORDINÁRIO

PTA/AI: 01.000187002-07

IMPUGNANTE: SANDVIK MGS S/A

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ORIGEM: DF/BH-3 - BELO HORIZONTE

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – DIFERIMENTO – REGIME ESPECIAL – CARGA TRIBUTÁRIA EFETIVA. CONSTATADO O APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITO DO IMPOSTO, DEVIDO À FALTA DE ESTORNO DE CRÉDITOS RELATIVOS ÀS OPERAÇÕES DE SAÍDA COM CARGA TRIBUTÁRIA EFETIVA DE 2% (DOIS POR CENTO), EM DESACORDO COM O PREVISTO EM REGIME ESPECIAL, VIGENTE À ÉPOCA DOS FATOS GERADORES. EXIGÊNCIA APENAS DA MULTA ISOLADA PREVISTA NO ART. 55, INCISO XXVI DA LEI Nº 6.763/75, DE ACORDO COM RECOMPOSIÇÃO DA CONTA GRÁFICA. CRÉDITO TRIBUTÁRIO REFORMULADO PELO FISCO. LANÇAMENTO PARCIALMENTE PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

Corretas as exigências de ICMS, apurado mediante recomposição da conta gráfica, multa de revalidação e da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVI da Lei nº 6.763/75, aplicada nos exatos termos do dispositivo, que assim prescreve:

Art. 55 - As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II a IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

XXVI - por apropriar crédito em desacordo com a legislação tributária, ressalvadas as hipóteses previstas nos incisos anteriores - 50% (cinquenta por cento) do valor do crédito indevidamente apropriado;

A multa isolada foi majorada em 100% (cem por cento), em razão da dupla reincidência, a partir de agosto de 2010, em consonância com o disposto no § 7º do art. 55 da Lei nº 6.763/75, em razão da reincidência conforme os documentos comprobatórios acostados aos autos pela Fiscalização, às fls. 64/67;

- PTA nº 01.000165030-72 – parcelado em 30/07/10,

- PTA nº 01.000165818-55 – parcelado em 30/07/10.

A reincidência decorre da prática de nova infração cuja penalidade seja idêntica àquela da infração anterior, pela mesma pessoa, contados da data em que houver sido reconhecida a infração anterior pelo sujeito passivo, seja na data do pagamento ou da decisão irrecorrível condenatória, nos termos do dispositivo legal supracitado.

As questões de cunho constitucional alegadas pela Impugnante (*princípios da capacidade contributiva, da razoabilidade, da proporcionalidade, da vedação ao confisco, etc.*) não serão aqui analisadas, uma vez que não compete a este órgão julgador, nos termos do art. 110, inciso I do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08.

Assim, corretas as exigências fiscais.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento, nos termos da parecer da Assessoria

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

do CC/MG. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. José Antônio Santos Rodrigues. Pela Impugnante, assistiu ao julgamento a Dra. Bruna Cristina Oliveira Fonseca Guimarães. Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros Cindy Andrade Morais (Revisora), Guilherme Henrique Baeta da Costa e Eduardo de Souza Assis.

Sala das Sessões, 10 de junho de 2015.

**Carlos Alberto Moreira Alves
Presidente / Relator**

CC/MG