

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 4.837/17/CE Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000478817-96
Recurso de Revisão: 40.060143560-79
Recorrente: Metalquip Indústria Metalúrgica Ltda.
CNPJ: 03.939466/0001-45
Recorrida: Fazenda Pública Estadual
Proc. S. Passivo: Flávia Fernanda Benetti Castro/Outro(s)
Origem: DFT/Uberaba

EMENTA

RECURSO DE REVISÃO - NÃO CONHECIMENTO - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA. Não comprovada a divergência jurisprudencial prevista no art. 163, inciso II do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, não se configurando, por conseguinte, os pressupostos de admissibilidade para o recurso.

Recurso de Revisão não conhecido à unanimidade.

RELATÓRIO

Versa o presente lançamento acerca das seguintes imputações fiscais relativas ao período de janeiro de 2012 a dezembro de 2015:

1) falta de retenção e recolhimento do ICMS devido por substituição tributária incidente nas operações de venda a diversos contribuintes estabelecidos em Minas Gerais de mercadorias sujeitas à sistemática de substituição tributária sem os respectivos recolhimentos;

2) consignação de forma equivocada da classificação fiscal NBM/SH 8432.90.00, enquanto o Fisco estadual aponta como correta a classificação NBM/SH 7307 (com incidência do imposto por substituição tributária, nos termos do subitem 18.1.52 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02 vigente à época da ocorrência do fato gerador).

Cumprir destacar que a Autuada está estabelecida em outra unidade da Federação e não possui inscrição de substituto tributário em Minas Gerais.

Exigências de ICMS/ST e das Multas de Revalidação e Isolada previstas na Lei nº 6.763/75, respectivamente, nos arts. 56, inciso II c/c o § 2º, inciso I e 55, inciso XXXVII. A penalidade isolada foi majorada em 50% (cinquenta por cento) em razão de reincidência, nos termos do art. 53, §§ 6º e 7º da Lei nº 6.763/75.

A 3ª Câmara de Julgamento, em decisão consubstanciada no Acórdão nº 22.395/17/3ª, à unanimidade, julgou parcialmente procedente o lançamento para que seja deduzido na apuração do ICMS/ST, em relação às mercadorias enquadradas pelo

Fisco na NBM/SH 7307, o ICMS/operação própria devido para o estado de São Paulo com a aplicação da alíquota interestadual sobre o valor total das mercadorias, nos termos do disposto no art. 20, inciso I da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02, nos termos do parecer da Assessoria do CC/MG.

Inconformada, a Autuada interpõe, tempestivamente, por meio de procurador regularmente constituído, o Recurso de Revisão de fls. 221/229.

Afirma, ainda que de forma vaga, que a decisão recorrida revela-se divergente das decisões proferidas nos seguintes Acórdãos citados no recurso: 19.672/12/2ª e 22.167/16/3ª.

Requer, ao final, o conhecimento e provimento do Recurso de Revisão.

A Assessoria do CC/MG, em Parecer de fls. 236/246, opina em preliminar, pelo não conhecimento do Recurso de Revisão interposto e, no mérito, pelo seu não provimento.

DECISÃO

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

Dos Pressupostos de Admissibilidade

Superada a condição de admissibilidade referente ao rito processual, capitulada no inciso II do art. 163 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, cumpre verificar o atendimento, também, da segunda condição estatuída no citado dispositivo legal, relativa à divergência jurisprudencial.

Esclareça-se, inicialmente, que a Recorrente não indicou, de forma precisa a decisão divergente em relação àquela proferida pela Câmara *a quo*, limitando-se a mencionar (fls. 221) que a tempestividade e o rito ordinário já bastariam para a admissibilidade do recurso, o que já configura a razão de decidir pelo não conhecimento do recurso, à luz do que dispõe o inciso I do art. 165 do RPTA, veja-se:

SEÇÃO IX

DO RECURSO DE REVISÃO

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 dos Poderes do Estado ou no Diário Eletrônico da Secretaria de Estado de Fazenda, nas seguintes hipóteses:

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

II - no caso de PTA submetido ao rito ordinário, quando a decisão recorrida seja divergente,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

quanto à aplicação da legislação tributária, de outra proferida por câmara do Conselho de Contribuintes.

(...)

Art. 165. Relativamente ao Recurso de Revisão interposto com fundamento no art. 163, II, será observado o seguinte:

I - a petição indicará de forma precisa a decisão divergente, cujo acórdão tenha sido publicado no máximo há 5 (cinco) anos da data da publicação da decisão recorrida, sob pena de ser declarado deserto;

(...) (grifou-se)

Contudo, a parte final do recurso (fls. 227/228) cita dois acórdãos (22.167/16/3^a e 19.672/12/2^a) que alega a Recorrente demonstrarem em casos análogos a improcedência do lançamento.

Ainda que a petição não tenha indicado de forma precisa a decisão divergente, da análise do inteiro teor das decisões citadas no recurso constata-se também não caracterizada a requerida divergência jurisprudencial, em função dos seguintes fatos:

Quanto ao Acórdão nº 19.672/12/2^a

Após análise dos autos e inteiro teor do referido acórdão (Acórdão nº 19.672/12/2^a), constata-se não caracterizada a requerida divergência jurisprudencial.

Com efeito, no caso analisado pela Câmara *a quo*, foi imputado à Recorrente a falta de retenção e recolhimento do ICMS/ST, em relação a operações por ela praticadas com contribuintes mineiros, com classificação equivocada das mercadorias comercializadas no código NBM/SH 8432.90.00 (classificação para a qual não havia previsão de aplicação de substituição tributária), quando o correto seria a classificação NBM/SH 7307, correspondente a acessórios para tubos (por exemplo, união, cotovelos, luvas) de ferro fundido, ferro ou aço, sujeitos ao recolhimento do imposto por substituição tributária, conforme Protocolo ICMS nº 32/09 e subitem 18.1.52 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02.

Após analisar toda a matéria, baseando-se inclusive em solução dada à Consulta de Contribuintes nº 027/13, formulada pela própria Recorrente, a Câmara *a quo* aprovou o feito fiscal, por entender que a correta classificação fiscal que deveria ter sido adotada seria a inerente ao código NBM/SH 7307, cujas mercadorias estavam efetivamente sujeitas ao regime de substituição tributária.

Não se discutiu, portanto, a condição de substituta tributária da Recorrente, e sim se as mercadorias, de acordo com sua correta classificação fiscal, estavam ou não sujeitas à substituição tributária.

Em apertada síntese, esse foi o cerne da matéria analisada pela Câmara *a quo*, o que pode ser observado através dos seguintes excertos do acórdão recorrido:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DECISÃO RECORRIDA

ACÓRDÃO Nº 22.395/17/3ª

DECISÃO:

“... CONFORME RELATADO, A AUTUAÇÃO VERSA SOBRE A IMPUTAÇÃO FISCAL DE FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO ICMS/ST DEVIDO PELA ORA IMPUGNANTE, SEDIADA EM SÃO PAULO, CONTRIBUINTE SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO POR FORÇA DO PROTOCOLO ICMS N. 32/09, REFERENTE ÀS REMESSAS DE MERCADORIAS A CONTRIBUINTES MINEIROS, NOS MESES DE JANEIRO DE 2012 A DEZEMBRO DE 2015.

ACUSA AINDA A FISCALIZAÇÃO QUE A DEFENDENTE NÃO EFETUOU A RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO ICMS/ST EM RELAÇÃO A REMESSAS DE MERCADORIAS PARA AS QUAIS CONSIGNA NAS NOTAS FISCAIS, EQUIVOCADAMENTE, A NBM/SH 8432.90.00 QUE CORRESPONDE A PARTE DE PEÇAS PARA MÁQUINAS E APARELHOS DE USO AGRÍCOLA, HORTÍCOLA OU FLORESTAL (CLASSIFICAÇÃO FISCAL PARA QUAL NÃO HÁ PREVISÃO DE APLICAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA E POSSUI REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO NO OPERAÇÃO PRÓPRIA DO REMETENTE) EM DETRIMENTO À CLASSIFICAÇÃO FISCAL CORRETA DA MERCADORIA, QUAL SEJA, A NBM/SH 7307, CORRESPONDENTE A ACESSÓRIOS PARA TUBOS (POR EXEMPLO, UNIÃO, COTOVELO, LUVAS) DE FERRO FUNDIDO, FERRO OU AÇO, SUJEITOS AO RECOLHIMENTO DO IMPOSTO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA CONFORME PROTOCOLO ICMS 32/09 E SUBITEM 18.1.52 DA PARTE 2 DO ANEXO XV DO RICMS/02, COM REDAÇÃO VIGENTE NO PERÍODO AUTUADO.

EXIGÊNCIAS DE ICMS/ST E DAS MULTAS DE REVALIDAÇÃO E ISOLADA CAPITULADAS NA LEI N.º 6.763/75, RESPECTIVAMENTE, NOS ARTS. 56, INCISO II, C/C O §2º, INCISO I E 55, INCISO XXXVII.

[...]

AS MERCADORIAS RELATIVAS ÀS NCMS, OBJETO DESTE LANÇAMENTO, ENCONTRAM-SE LISTADAS NOS SEGUINTE ITENS DO ANEXO ÚNICO DO PROTOCOLO ICMS N.º 32/09:

16.	40.09	Tubos de borracha vulcanizada não endurecida, mesmo providos dos respectivos acessórios (por exemplo, juntas, cotovelos, flanges, uniões) para uso na construção civil
52.	73.07	Acessórios para tubos (inclusive uniões, cotovelos, luvas ou mangas), de ferro fundido, ferro ou aço

[...]

A EXIGÊNCIA DO ICMS/ST DA IMPUGNANTE FUNDAMENTA-SE NO DISPOSTO NOS ART. 22, INCISO II DA LEI N.º 6.763/75, ART. 12 DA PARTE 1 DO ANEXO XV DO RICMS/02 E CLÁUSULA PRIMEIRA DO PROTOCOLO ICMS N.º 32/09, *IN VERBIS*:

[...]

MENCIONA-SE NÃO HAVER CONTROVÉRSIA NOS PRESENTES AUTOS SOBRE O ENQUADRAMENTO DO PRODUTO AUTUADO NA NBM/SH 40.09 (MANGUEIRAS HIDRÁULICAS).

A CONTROVÉRSIA CINGE-SE AO ENQUADRAMENTO DAS DEMAIS MERCADORIAS OBJETO DAS EXIGÊNCIAS FISCAIS, ÀS QUAIS SÃO ENQUADRADAS PELO FISCO NA NBM 7307, LISTADAS NO SUBITEM 18.1.52 DA PARTE 2 DO ANEXO XV DO RICMS/02, A SEGUIR REPRODUZIDO, CONFORME REDAÇÃO VIGENTE NO PERÍODO AUTUADO, E NO ITEM 52 DO ANEXO ÚNICO DO PROTOCOLO ICMS N.º 32/09.

A IMPUGNANTE, POR SUA VEZ, ENTENDE QUE TAIS MERCADORIAS ENQUADRAM-SE NA NBM/SH 8432.90.00 QUE CORRESPONDE A PARTE DE PEÇAS PARA MÁQUINAS E APARELHOS DE USO AGRÍCOLA, HORTÍCOLA OU FLORESTAL (CLASSIFICAÇÃO FISCAL PARA QUAL NÃO HÁ PREVISÃO DE APLICAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA E POSSUI REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO NO OPERAÇÃO PRÓPRIA DO REMETENTE) E QUE TAL NBM NÃO É ALVO DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PELO PROTOCOLO ICMS N.º 32/09. ASSIM, RECOLHEU CORRETAMENTE O IMPOSTO PARA SÃO PAULO.

[...]

FRISA QUE OS PRODUTOS POR ELA COMERCIALIZADOS TÊM CLASSIFICAÇÃO FISCAL QUE SE SUBSUMEM À NCM 84.32 DA TIPI E AS PEÇAS COMERCIALIZADAS SÃO REVELADAS COMO “PARTES” SUSCETÍVEIS DE USO AGRÍCOLA, NÃO SE TRATANDO DE “ACESSÓRIOS PARA TUBOS” QUE SE ENQUADRAM NA NCM 7307.

CONTUDO, NÃO É POSSÍVEL ACOLHER A TESE DE DEFESA.

[...]

DESTACA A FISCALIZAÇÃO QUE, BUSCANDO DIRIMIR A DÚVIDA QUANTO AOS PROCEDIMENTOS E CLASSIFICAÇÃO FISCAL ADOTADA, A IMPUGNANTE EFETUOU JUNTO AO DOLT/SUTRI/SEF/MG A CONSULTA DE CONTRIBUINTE N.º 027/13, CUJA RESPOSTA REFORÇOU O ENTENDIMENTO DEFENDIDO NESTE LANÇAMENTO.

RELATA A FISCALIZAÇÃO QUE **A AUTUADA, INCONFORMADA COM A SOLUÇÃO DADA A CONSULTA POR ELA APRESENTADA, SIMPLEMENTE A DESCONSIDEROU, MANTENDO O MESMO POSICIONAMENTO E A MESMA CLASSIFICAÇÃO FISCAL ANTERIORMENTE ADOTADA, PARA OS DOCUMENTOS FISCAIS EMITIDOS APÓS A PUBLICAÇÃO DA RESPOSTA DA REFERIDA CONSULTA.**

[...]

A SEGUIR, PELA IMPORTÂNCIA PARA O CASO EM TELA, SERÃO REPRODUZIDOS EXCERTOS DA RESPOSTA DA CONSULTA DE CONTRIBUINTES N.º 027/13:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

CONSULTA DE CONTRIBUINTE Nº 027/2013

PTA Nº: 16.000457512-49

CONSULENTE: METALQUIP INDÚSTRIA METALÚRGICA LTDA.

ORIGEM: CATANDUVA – SP

[...]

CONSULTA:

OS PRODUTOS DE FABRICAÇÃO DA CONSULENTE CLASSIFICADOS NOS CÓDIGOS 8432.90.90 E 7307.19.00 DA NBM/SH - CONEXÕES HIDRÁULICAS DE ALTA PRESSÃO, PROJETADOS, ELABORADOS E FABRICADOS DE ACORDO COM ESPECIFICAÇÕES DAS INDÚSTRIAS DE MÁQUINAS E IMPLEMENTOS AGRÍCOLAS, ESTÃO SUJEITOS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA NAS OPERAÇÕES COM EMPRESAS SEDIADAS EM MINAS GERAIS, MESMO QUE OS ITENS NÃO SEJAM UTILIZADOS, EM MOMENTO ALGUM, NA CONSTRUÇÃO CIVIL, MAS, SIM, EM REVENDAS E OFICINAS DE MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS AGRÍCOLAS?

RESPOSTA:

[...]

DESTAQUE-SE QUE A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, DISCIPLINADA NO ANEXO XV DO RICMS/02, APLICA-SE EM RELAÇÃO A QUALQUER PRODUTO INCLUÍDO EM UM DOS CÓDIGOS DA NBM/SH RELACIONADOS NA PARTE 2 DO REFERIDO ANEXO, DESDE QUE INTEGRE A RESPECTIVA DESCRIÇÃO. LOGO, ESTANDO O PRODUTO CLASSIFICADO NO CÓDIGO DA NBM/SH CITADO EM SUBITEM DA REFERIDA PARTE 2 E, CUMULATIVAMENTE, ENQUADRANDO-SE NA DESCRIÇÃO CONTIDA NESTE MESMO SUBITEM, APLICA-SE O REFERIDO REGIME.

[...]

DESSE MODO, PERCEBE-SE QUE AS MERCADORIAS FABRICADAS PELA CONSULENTE **NÃO SÃO CONSIDERADAS COMO PARTES EXCLUSIVAS DE MÁQUINAS, MAS, SIM, PARTES E ACESSÓRIOS DE USO GERAL, DENTRE OS QUAIS SE ENQUADRAM OS ARTEFATOS DAS POSIÇÕES 73.07, 73.12, 73.15, 73.17 OU 73.18,** BEM COMO OS ARTEFATOS SEMELHANTES DE OUTROS METAIS COMUNS, COMO O FERRO FUNDIDO, O FERRO E AÇO, COBRE, NÍQUEL, ALUMÍNIO, CHUMBO, ZINCO, ESTANHO, TUNGSTÊNIO (VOLFRÂMIO), ETC, CONFORME NOTA 2, ALÍNEA “A”, DA SEÇÃO XV DA TIPI.

[...]

DESSE MODO, **AS MERCADORIAS QUE A CONSULENTE CLASSIFICA NO CÓDIGO 8432.90.90 DA NBM/SH NÃO PODEM SER CLASSIFICADAS NA POSIÇÃO 84.32** CORRESPONDENTE ÀS MÁQUINAS E APARELHOS DE USO AGRÍCOLA, HORTÍCOLA OU FLORESTAL, PARA PREPARAÇÃO OU TRABALHO DO SOLO OU PARA CULTURA, **POIS, COMO VISTO, SÃO**

CONSIDERADAS PARTES E ACESSÓRIOS DE USO GERAL, E, COMO TAIS, DEVEM SER CLASSIFICADAS NA POSIÇÃO 73.07 DA NBM/SH, ESTANDO, ASSIM, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA POR ESTAREM RELACIONADAS NO SUBITEM 18.1.52, PARTE 2, DO ANEXO XV DO RICMS/02, BEM COMO NO ANEXO ÚNICO DO PROTOCOLO ICMS 32/09.

[...]

NO ENTANTO, É IMPORTANTE ATER-SE À RESPOSTA DADA À PRÓPRIA IMPUGNANTE NA CONSULTA POR ELA FORMULADA (CONSULTA DE CONTRIBUINTE N.º 027/13) PELA QUAL LHE É ORIENTADO QUE, “AS MERCADORIAS QUE A CONSULENTE CLASSIFICA NO CÓDIGO 8432.90.90 DA NBM/SH NÃO PODEM SER CLASSIFICADAS NA POSIÇÃO 84.32 CORRESPONDENTE ÀS MÁQUINAS E APARELHOS DE USO AGRÍCOLA, HORTÍCOLA OU FLORESTAL, PARA PREPARAÇÃO OU TRABALHO DO SOLO OU PARA CULTURA, POIS, COMO VISTO, SÃO CONSIDERADAS PARTES E ACESSÓRIOS DE USO GERAL, E, COMO TAIS, DEVEM SER CLASSIFICADAS NA POSIÇÃO 73.07 DA NBM/SH, ESTANDO, ASSIM, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA POR ESTAREM RELACIONADAS NO SUBITEM 18.1.52, PARTE 2, DO ANEXO XV DO RICMS/02, BEM COMO NO ANEXO ÚNICO DO PROTOCOLO ICMS 32/09”. ASSIM, POR TRATAR-SE DE PRODUTOS DESTINADOS A USO GERAL, CONSIDERA-SE INAPLICÁVEL A CITADA ALÍNEA “C” DA REGRA 3 DAS NOTAS EXPLICATIVAS DO SISTEMA HARMONIZADO – NESH.

[...]

CONFORME RELATADO, AS MERCADORIAS OBJETO DAS EXIGÊNCIAS EM EXAME ENCONTRAVAM-SE LISTADAS NA PARTE 2 DO ANEXO XV DO RICMS/02, NO PERÍODO AUTUADO, NOS SEGUINTE SUBITENS 18.1.52 (NCM 7307) E 18.1.16 (NCM 4009).” (GRIFOU-SE)

De modo diverso, no caso concreto apreciado na decisão indicada no recurso (Acórdão nº 19.672/12/2ª), não houve, em momento algum, qualquer questionamento ou análise sobre classificação fiscal de mercadorias (NBM/SH) para fins de averiguação se determinado produto estava ou não sujeito à substituição tributária.

O que ocorreu, no caso em questão, foi outro equívoco, desta vez do próprio Fisco, que atribuiu incorretamente ao Sujeito Passivo, em desacordo com o disposto no art. 222, § 3º do RICMS/02, a condição de substituto tributário, responsabilizando-o pela falta de retenção e recolhimento do imposto devido a este estado, em relação às operações subsequentes com o produto hipoclorito de sódio, no momento da saída deste do seu estabelecimento, quando, na verdade, o imposto seria devido na entrada da mercadoria em seu estabelecimento, nas hipóteses previstas nos arts. 14 e 15 do Anexo XV do RICMS/02 (hipóteses em que o contribuinte remetente não é substituto tributário ou, sendo o substituto, não promova a retenção do imposto devido a este estado).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Era fato incontroverso que o produto hipoclorito de sódio estava sujeito à substituição tributária, mas a exigência do imposto devido a este estado, pelos motivos expostos na decisão, havia sido feita de forma inadequada pelo Fisco.

Em função disso, a 2ª Câmara de Julgamento julgou improcedente o lançamento, garantindo ao Fisco, porém, o direito de promover “*nova ação fiscal tendente a promover a apuração do imposto devido, tendo por base as entradas da mercadoria em tela, desde que observado o prazo decadencial para tanto*”.

DECISÃO CITADA

ACÓRDÃO Nº 19.672/12/2ª

DECISÃO:

“... O PRESENTE LANÇAMENTO TRATA DA COBRANÇA DO ICMS/ST CALCULADO NA SAÍDA DO HIPOCLORITO DE SÓDIO DO ESTABELECIMENTO AUTUADO.

SEGUNDO O PRÓPRIO FISCO, ÀS FLS. 17, A AUTUADA ADQUIRE A SOLUÇÃO AQUOSA DE HIPOCLORITO DE SÓDIO, VIA DE REGRA, EM OPERAÇÕES INTERESTADUAIS, E A INDUSTRIALIZA NOS TERMOS DA ALÍNEA “D” DO INCISO II DO ART. 222 DO RICMS/02, OU SEJA, ACONDICIONANDO-A EM EMBALAGENS COM DIFERENTES VOLUMES PARA COMERCIALIZAÇÃO.

DESSE MODO, A FISCALIZAÇÃO CONCLUIU QUE COMO O ESTABELECIMENTO AUTUADO PROMOVE A INDUSTRIALIZAÇÃO ALUDIDA, NÃO SERIA APLICÁVEL A ST NAS REMESSAS REALIZADAS POR CONTRIBUINTES LOCALIZADOS EM ESTADOS SIGNATÁRIOS DE PROTOCOLO OU NAS ENTRADAS DA MERCADORIA NO ESTABELECIMENTO DA IMPUGNANTE, NAS HIPÓTESES, CONFORME O CASO, DOS ARTS. 14 E 15 DA PARTE 1 DO ANEXO XV DO RICMS/02.

TAL CONCLUSÃO EMBASOU-SE NO DISPOSTO NO INCISO I DO ART. 18 DO MESMO ANEXO XV, CONFORME SE SEGUE:

ART. 18. A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA DE QUE TRATA ESTA SEÇÃO NÃO SE APLICA:

I - ÀS OPERAÇÕES, INCLUSIVE DE IMPORTAÇÃO E DE AQUISIÇÃO EM LICITAÇÃO PROMOVIDA PELO PODER PÚBLICO, QUE DESTINEM MERCADORIAS A ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL FABRICANTE DA MESMA MERCADORIA, ASSIM ENTENDIDA A CLASSIFICADA NO MESMO SUBITEM DA PARTE 2 DESTE ANEXO, HIPÓTESE EM QUE A RETENÇÃO DO IMPOSTO DEVIDO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA SERÁ REALIZADA NO MOMENTO DA SAÍDA DA MERCADORIA;

NO ENTANTO, O PRÓPRIO DISPOSITIVO RETROTRANSCRITO FAZ MENÇÃO À HIPÓTESE DE MERCADORIAS DESTINADAS A **ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL FABRICANTE DA MESMA MERCADORIA**. O CONCEITO DE ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL FABRICANTE ESTÁ EXPRESSAMENTE PREVISTO NO § 3º C/C INCISO II, AMBOS DO ART. 222 DO RICMS/02, *IN VERBIS*:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ART. 222. PARA OS EFEITOS DE APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO DO IMPOSTO:

(...)

II - INDUSTRIALIZAÇÃO É QUALQUER OPERAÇÃO QUE MODIFIQUE A NATUREZA, O FUNCIONAMENTO, O ACABAMENTO, A APRESENTAÇÃO OU A FINALIDADE DO PRODUTO OU O APERFEIÇOE PARA O CONSUMO, OBSERVADO O DISPOSTO NOS §§ 1º A 3º DESTE ARTIGO, TAIS COMO:

A) A QUE, EXERCIDA SOBRE MATÉRIA-PRIMA OU PRODUTO INTERMEDIÁRIO, IMPORTE EM OBTENÇÃO DE ESPÉCIE NOVA (TRANSFORMAÇÃO);

B) A QUE IMPORTE EM MODIFICAR, APERFEIÇOAR OU, DE QUALQUER FORMA, ALTERAR O FUNCIONAMENTO, A UTILIZAÇÃO, O ACABAMENTO OU A APARÊNCIA DO PRODUTO (BENEFICIAMENTO);

C) A QUE CONSISTA NA REUNIÃO DE PRODUTOS, PEÇAS OU PARTES E DA QUAL RESULTE UM NOVO PRODUTO OU UNIDADE AUTÔNOMA (MONTAGEM);

D) A QUE IMPORTE EM ALTERAR A APRESENTAÇÃO DO PRODUTO PELA COLOCAÇÃO DE EMBALAGEM, AINDA QUE EM SUBSTITUIÇÃO À ORIGINAL, SALVO QUANDO A EMBALAGEM COLOCADA SE DESTINE APENAS AO TRANSPORTE DE MERCADORIA (ACONDICIONAMENTO OU REACONDICIONAMENTO);

E) A QUE, EXERCIDA SOBRE PRODUTO USADO OU PARTE REMANESCENTE DE PRODUTO DETERIORADO OU INUTILIZADO, RENOVE OU RESTAURE O PRODUTO PARA UTILIZAÇÃO (RENOVAÇÃO OU RECONDICIONAMENTO);

(...)

§ 3º CONSIDERA-SE INDUSTRIAL FABRICANTE AQUELE QUE REALIZA, EM SEU PRÓPRIO ESTABELECIMENTO, AS OPERAÇÕES REFERIDAS NAS ALÍNEAS “A” E “C” DO INCISO II DO CAPUT DESTE ARTIGO.

PELO EXPOSTO, O CONCEITO DE INDUSTRIAL FABRICANTE A QUE SE REFERE O INCISO I DO ART. 18 DA PARTE 1 DO ANEXO XV DO RICMS/02 NÃO ENGLOBA OS ESTABELECIMENTOS QUE PROMOVEM APENAS O ACONDICIONAMENTO DA MERCADORIA EM EMBALAGENS.

DESSE MODO, NO CASO DOS AUTOS, A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA É APLICÁVEL NAS ENTRADAS DA MERCADORIA NO ESTABELECIMENTO AUTUADO, E NÃO NAS SAÍDAS, COMO IMPUTADO PELO FISCO COM BASE NO ART. 12 DO ANEXO XV DO RICMS/02.

EM VERDADE, A RESPONSABILIDADE DA IMPUGNANTE PARA O RECOLHIMENTO DO ICMS/ST TEM PREVISÃO NOS ARTS. 14 OU 15 DO ANEXO XV REFERIDO, EM FUNÇÃO, RESPECTIVAMENTE, DA ATRIBUIÇÃO ORIGINÁRIA DA RESPONSABILIDADE OU EM

DECORRÊNCIA DA FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO PELO SEU FORNECEDOR, CONFORME O CASO.

ASSIM, A APURAÇÃO FISCAL FEITA COM BASE NAS SAÍDAS DA MERCADORIA DO ESTABELECIMENTO DA IMPUGNANTE NÃO TEM PREVISÃO LEGAL, MOTIVO PELO QUAL DEVE SER CONSIDERADA IMPROCEDENTE.

RESSALTE-SE QUE TAL DECISÃO NÃO PREJUDICA A PROMOÇÃO DE NOVA AÇÃO FISCAL TENDENTE A PROMOVER A APURAÇÃO DO IMPOSTO DEVIDO, TENDO POR BASE AS ENTRADAS DA MERCADORIA EM TELA, DESDE QUE OBSERVADO O PRAZO DECADENCIAL PARA TANTO.” (GRIFOU-SE)

Assim, como já afirmado, inexistente divergência jurisprudencial, e sim de decisões distintas, em função de circunstâncias fático-formais também distintas.

Quanto ao Acórdão nº 22.167/16/3ª

Após análise dos autos e inteiro teor do referido acórdão (Acórdão nº 22.167/16/3ª), constata-se também não caracterizada a requerida divergência jurisprudencial.

O Acórdão nº 22.167/16/3ª não retrata nenhuma divergência quanto à interpretação e aplicação da legislação tributária, o que pode ser observado mediante uma simples leitura das ementas das decisões confrontadas, *in verbis*:

DECISÃO CITADA

ACÓRDÃO Nº 22.167/16/3ª

EMENTA:

“RESTITUIÇÃO - ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE VALORES PAGOS INDEVIDAMENTE A TÍTULO DE ICMS/ST COM FUNDAMENTO NO ART. 18, INCISO IV DO ANEXO XV DO RICMS/02. TENDO EM VISTA QUE **RESTOU COMPROVADO NOS AUTOS QUE A MERCADORIA NÃO ESTÁ SUJEITA AO RECOLHIMENTO DO IMPOSTO PELO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA**, DEVE SER RESTITUÍDO O ICMS/ST.

IMPUGNAÇÃO PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.” (GRIFOU-SE)

DECISÃO RECORRIDA

ACÓRDÃO Nº 22.395/17/3ª

EMENTA (PARCIAL):

“SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - FALTA DE RETENÇÃO E DE RECOLHIMENTO DE ICMS/ST - MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO. ACUSAÇÃO FISCAL DE QUE A IMPUGNANTE, CONTRIBUINTE POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA NOS TERMOS DO PROTOCOLO ICMS N.º 32/09, SEDIADA NO ESTADO DE SÃO PAULO, PROMOVEU REMESSAS DE MERCADORIAS A CONTRIBUINTES MINEIROS, DE PRODUTOS LISTADOS NA PARTE 2 DO ANEXO XV DO RICMS/02 E NO REFERIDO PROTOCOLO,

SUJEITOS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, SEM A RETENÇÃO E O RECOLHIMENTO DO ICMS/ST DEVIDO. EXIGÊNCIAS DE ICMS/ST E DAS MULTAS DE REVALIDAÇÃO E ISOLADA PREVISTAS NA LEI N.º 6.763/75, RESPECTIVAMENTE, NOS ARTS. 56, INCISO II C/C O INCISO I DO §2º DO MESMO ARTIGO E 55, INCISO XXXVII. A PENALIDADE ISOLADA FOI MAJORADA EM RAZÃO DA CONSTATAÇÃO DE REINCIDÊNCIAS NOS TERMOS DO ART. 53, §§ 6º E 7º DA LEI N.º 6.763/75. **INFRAÇÃO CARACTERIZADA, NOS TERMOS DO ART. 12 DA PARTE 1 DO ANEXO XV DO RICMS/02 E PROTOCOLO ICMS N.º 32/09. CONTUDO, DEVE SER DEDUZIDO NA APURAÇÃO DO ICMS/ST, EM RELAÇÃO ÀS MERCADORIAS ENQUADRADAS PELO FISCO NA NBM/SH 7307, O ICMS/OPERAÇÃO PRÓPRIA DEVIDO PARA O ESTADO DE SÃO PAULO COM A APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA INTERESTADUAL SOBRE O VALOR TOTAL DAS MERCADORIAS, NOS TERMOS DO DISPOSTO NO ART. 20, INCISO I DA PARTE 1 DO ANEXO XV DO RICMS/02. CORRETAS, EM PARTE, AS EXIGÊNCIAS FISCAIS.” (GRIFOU-SE)**

Observe-se que, no acórdão citado no recurso, a decisão da 3ª Câmara de Julgamento foi no sentido de deferir o pedido de restituição de valor do ICMS/ST destacado em nota fiscal, uma vez que restou comprovado nos autos que a mercadoria (BIT BOTÃO R32 51MM RT300) não estava sujeita à substituição tributária, na operação específica retratada no documento fiscal.

Em sentido contrário, no caso analisado pela Câmara *a quo*, que não se tratava de pedido de restituição e sim de cobrança do ICMS/ST não retido e não recolhido pela Recorrente, foi demonstrado no processo que os produtos por ela comercializados, com a correta classificação fiscal, estavam efetivamente sujeitos à substituição tributária.

Nesse sentido, na própria ementa da decisão recorrida ficou expressamente consignado que a infração imputada à Recorrente estava devidamente caracterizada, nos termos do art. 12 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02 e do Protocolo ICMS nº 32/09.

Não se trata, portanto, de divergência quanto à interpretação ou aplicação da legislação tributária, e sim de decisões distintas, em função do conjunto probatório produzido nos respectivos processos.

Diante de todo o acima exposto, reputa-se não atendida a segunda condição prevista no inciso II do art. 163 do RPTA (divergência jurisprudencial), frustrando a exigência de preenchimento cumulativo das condições estabelecidas no referido dispositivo legal.

Por consequência, não se encontram configurados os pressupostos para admissibilidade do Recurso de Revisão.

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em não conhecer do Recurso de Revisão, por ausência de pressupostos legais de cabimento. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Carlos José da Rocha. Participaram do julgamento, além dos signatários, os

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Conselheiros Luciana Mundim de Mattos Paixão (Revisora), Eduardo de Souza Assis, Carlos Alberto Moreira Alves e Sauro Henrique de Almeida.

Sala das Sessões, 07 de julho de 2017.

**Manoel Nazareno Procópio de Moura Júnior
Presidente**

**Marco Túlio da Silva
Relator**

D

CC/MIG