

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.626/17/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000661121-31
Impugnação: 40.010143032-21
Impugnante: Sevimol Indústria e Comércio de Ferro e Aço Ltda
IE: 480320853.02-04
Proc. S. Passivo: Rinaldo Maciel de Freitas
Origem: DF/Uberlândia

EMENTA

CRÉDITO TRIBUTÁRIO - DECADÊNCIA - Comprovado nos autos que se encontra decaído o direito da Fazenda Pública Estadual de formalizar o crédito tributário nos termos do art. 150 § 4º do Código Tributário Nacional relativo ao período anterior a 29/12/11, cancelam-se as exigências fiscais referentes a tal período.

BASE DE CÁLCULO - REDUÇÃO INDEVIDA - RECOLHIMENTO A MENOR DE ICMS. Constatou-se a redução indevida da base de cálculo do imposto ao amparo indevido do disposto no item 9, Parte 1, Parte 2, ambos do Anexo IV do RICMS/02, o que resultou em recolhimento a menor de ICMS. Em relação às operações internas, constata-se que as mercadorias comercializadas não se enquadram na descrição da legislação, e também a referida benesse não se aplica às operações interestaduais. Corretas as exigências de ICMS e da Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

SUSPENSÃO - DESCARACTERIZAÇÃO - FALTA DE RETORNO NO PRAZO REGULAMENTAR. Imputação fiscal de remessas de mercadorias para industrialização, sem retorno no prazo regulamentar. A Fiscalização descaracterizou a suspensão do imposto nos termos do item 1, Anexo III do RICMS/02. Exigências de ICMS e da Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75. Contudo, tratando-se de remessa de mercadoria para industrialização por conta e ordem de terceiros, a nota fiscal de retorno da mercadoria anteriormente remetida para industrialização será destinada ao adquirente da mercadoria, e não à Autuada (fornecedora), nos termos do disposto no art. 302 do Anexo IX do RICMS/02. Exclusão das exigências fiscais.

ICMS - FALTA DE RECOLHIMENTO - VENDA PARA ENTREGA FUTURA – FALTA DA EMISSÃO DA NOTA FISCAL DE VENDA. Constatada a falta de emissão de nota fiscal de saída de mercadoria referente à operação de venda para entrega futura. Inobservância das disposições contidas no art. 306, Parte 1 do Anexo IX do RICMS/02. Legítimas as exigências de ICMS e multa de revalidação.

NOTA FISCAL - FALTA DE DESTAQUE DO ICMS. Constatada a falta de recolhimento de ICMS em razão da ausência de destaque do imposto em notas fiscais relativas a operações de venda de mercadorias destinadas para outra unidade da Federação e, também, em nota fiscal de mercadoria não sujeita à

substituição tributária. Corretas as exigências fiscais de ICMS e da Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

ALÍQUOTA DE ICMS - APLICAÇÃO INCORRETA - DESTINATÁRIO NÃO CONTRIBUINTE DO IMPOSTO - OPERAÇÃO INTERESTADUAL. Constatado o recolhimento a menor do ICMS, em razão de aplicação incorreta da alíquota de 7% (sete por cento) e 12% (doze por cento) nas vendas interestaduais destinadas a não contribuintes do imposto, em detrimento da aplicação da alíquota interna de 18% (dezoito por cento). Inobservância do disposto no art. 42, inciso II, alínea “a”, subalínea “a.2” e § 12º do referido artigo, do RICMS/02, conforme redação vigente no período autuado. Corretas as exigências de ICMS e da Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

Decadência parcialmente reconhecida. Decisão pelo voto de qualidade.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre as seguintes irregularidades imputadas à Autuada relativas ao período de 01/01/11 a 31/12/11:

- redução indevida da base de cálculo do ICMS, prevista no item 9 c/c a Parte 2 do Anexo IV do RICMS/02, em operações com o CFOP 5152 – transferência de mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros, não elencadas na referida Parte 2;

- redução indevida da base de cálculo do ICMS, prevista no item 9 c/c a Parte 2 do Anexo IV do RICMS/02, em operações internas com mercadorias não elencadas na referida Parte 2 e, também em operações interestaduais para as quais não há previsão de aplicação da referida benesse;

- descaracterização da suspensão do imposto, nos termos do item 1.1, Anexo III do RICMS/02, nas remessas de mercadorias para industrialização (CFOP 5924 – remessa para industrialização por conta e ordem do adquirente da mercadoria, quando esta não transitar pelo estabelecimento do adquirente – CST 50 – suspensão), tendo em vista a falta de retorno no prazo regulamentar;

- falta de recolhimento de ICMS em relação às operações com CFOP 5922 (lançamento efetuado a título de simples faturamento decorrente de venda para entrega futura), para as quais não foram localizadas as notas fiscais de venda da mercadoria;

- falta de consignação da base de cálculo do ICMS em notas fiscais e, conseqüentemente, falta do recolhimento do ICMS devido nas operações, emitidas com CST 60 (ICMS cobrado anteriormente por substituição tributária) em operações com mercadoria classificada na NCM/SH 7216.3200, não sujeita ao recolhimento do imposto por substituição tributária (não listada na Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02);

- falta de destaque e recolhimento de ICMS em operações interestaduais, em cujas notas fiscais constou o CFOP 6403 (venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária) e CST 060 (ICMS cobrado anteriormente por substituição tributária);

- aplicação incorreta da alíquota do ICMS nas saídas de mercadorias destinadas a não-contribuintes (isentos e construtoras), em operações interestaduais.

Segundo a Fiscalização, as exigências correspondem ao ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75, e da Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso VI da citada lei c/c o art. 215, inciso VI, alínea “f” do RICMS/02.

Contudo, não obstante estar capitulada no Auto de Infração – AI a Penalidade Isolada retro, verifica-se que os valores a ela referentes não constam do Demonstrativo do Crédito Tributário de fls. 05/07 e no Demonstrativo de Correção Monetária e Multas – DCMM (fls. 127), portanto referida penalidade não foi exigida nestes autos.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 77/86, contra a qual a Fiscalização manifesta-se às fls. 107/123.

A Assessoria do CC/MG exara a diligência de fls. 132, em relação à qual a Fiscalização manifesta-se às fls. 133/134 e colaciona aos autos a mídia eletrônica de fls. 135 contendo cópias dos DANFES objeto do AI e cópia do RET nº 45.000005526-66.

Devidamente intimada da juntada dos documentos (fls. 138), a Impugnante não se manifesta.

A Assessoria do CC/MG, em Parecer de fls. 140/169, opina, por não reconhecer a decadência do direito da Fazenda Pública de formalizar o crédito tributário em relação ao período de 01/01/11 a 18/12/11 e pela procedência do parcial do lançamento para que sejam excluídas as exigências fiscais referentes à irregularidade de descaracterização da suspensão do imposto por não restar demonstrada nos autos tal hipótese.

Registre-se, por oportuno, que a elaboração do parecer da Assessoria do CC/MG decorre do disposto no art. 146, parágrafo único, inciso II do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, c/c inciso II do art. 2º da Resolução nº 4.335 de 22/06/11.

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, não obstante estar capitulada no Auto de Infração – AI a Penalidade Isolada prevista no art. 54, inciso VI, da Lei nº 6.763/75, verifica-se que os valores a ela referentes não constam do Demonstrativo do Crédito Tributário de fls. 05/07 e no Demonstrativo de Correção Monetária e Multas – DCMM (fls. 127), portanto referida penalidade não foi exigida nestes autos, podendo a Fiscalização exigí-la em outro AI.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Inicialmente, a Impugnante, alega ter recebido o AIAF no dia 19/12/16. Em consequência, pleiteia o reconhecimento da prescrição do direito de ação da Fazenda Pública exigir o crédito tributário referente aos fatos geradores ocorridos no período de 01/01/11 a 18/12/11, com base no art. 174 do CTN (*vide* fls. 84/85 dos autos).

O pleito da Defesa foi analisado como se este se referisse à decadência do direito de a Fiscalização constituir o crédito tributário, tendo em vista que este é de natureza contenciosa e, encontrando-se ainda em fase administrativa, não está definitivamente constituído.

Com relação à decadência, estabelece o § 4º do art. 150 do CTN que, se a lei não fixar prazo à homologação, ele será de 5 (cinco) anos, contados da ocorrência do fato gerador, e expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública tenha se pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito tributário.

Constitui regra geral, no entanto, que ao lançamento de ofício, aplica-se o prazo decadencial de cinco anos e a forma de contagem fixada no art. 173, inciso I do CTN.

Em decisão de 19/10/10, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) manifestou-se pela aplicabilidade do art. 173, inciso I do CTN na hipótese da apuração do ICMS, como decidido no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.199.262-MG, com a seguinte ementa:

AGRG NO RECURSO ESPECIAL Nº 1.199.262 - MG

RELATOR: MINISTRO HUMBERTO MARTINS

AGRAVANTE: TELEMAR NORTE LESTE S/A

ADVOGADO: SACHA CALMON NAVARRO COELHO E OUTRO(S)

AGRAVADO: ESTADO DE MINAS GERAIS

PROCURADOR: GLEIDE LARA MEIRELLES SANTANA E OUTRO(S)

EMENTA - PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. DEDUÇÃO DE ICMS DOS INSUMOS. COMBUSTÍVEL E LUBRIFICANTE. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. PROPORÇÃO A SER APURADA EM LIQUIDAÇÃO DA SENTENÇA.

SÚMULA 306/STJ. ICMS. CREDITAMENTO INDEVIDO DO IMPOSTO. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. APLICAÇÃO DA REGRA PREVISTA NO ART. 173, I, DO CTN.

1. A QUESTÃO QUE ENVOLVE A NATUREZA DE INSUMO DE COMBUSTÍVEIS CONSUMIDOS NA ATIVIDADE-FIM DA EMPRESA, PRESTADORA DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES E, BEM ASSIM, A INTERPRETAÇÃO DO ART. 20 DA LEI COMPLEMENTAR N. 87/96, QUANDO DIRIMIDA A PARTIR DE ARGUMENTOS DE NATUREZA EMINENTEMENTE FÁTICA, NÃO PODE SER

REEXAMINADA POR ESTE TRIBUNAL ANTE O ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ.

2. É SABIDO E CONSABIDO QUE ESTA CORTE, UMA VEZ RECONHECIDA A SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA, TEM DEIXADO AO JUIZ DA EXECUÇÃO, EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA, QUE MENSURE A PROPORÇÃO DE ÊXITO DE CADA UMA DAS PARTES LITIGANTES. ESSE JUÍZO DE PROPORCIONALIDADE SOMENTE SERÁ POSSÍVEL SE A FIXAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DOS HONORÁRIOS OBSERVAR UM MESMO CRITÉRIO PARA AUTOR E RÉU.

3. 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.

AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

VISTOS, RELATADOS E DISCUTIDOS OS AUTOS EM QUE SÃO PARTES AS ACIMA INDICADAS, ACORDAM OS MINISTROS DA SEGUNDA TURMA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: "A TURMA, POR UNANIMIDADE, NEGOU PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL, NOS TERMOS DO VOTO DO SR MINISTRO RELATOR)."

(...)

BRASÍLIA (DF), 19 DE OUTUBRO DE 2010 (DATA DO JULGAMENTO)

Porém, a decisão ora destacada foi levada novamente a apreciação, em embargos de divergência, quando se proferiu a seguinte decisão:

AGRG NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.199.262 – MG (2011/0036985-1)

RELATOR: MINISTRO BENEDITO GONÇALVES

AGRAVANTE: ESTADO DE MINAS GERAIS

PROCURADORA: FABIOLA PINHEIRO LUDWIG

AGRAVADO: TELEMAR NORTE LESTE S/A

ADVOGADO: SACHA CALMON NAVARRO COELHO E OUTRO(S)

EMENTA: TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. ICMS. DECADÊNCIA. PRAZO PARA A CONSTITUIÇÃO DE DÉBITO PELA FAZENDA ESTADUAL. PAGAMENTO A MENOR EM DECORRÊNCIA DE SUPOSTO

CREDITAMENTO INDEVIDO. APLICAÇÃO DO ART. 150, § 4º, DO CTN. MATÉRIA PACIFICADA EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 973.733/SC).

1. AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DECISÃO QUE DEU PROVIMENTO AOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PELOS QUAIS A CONTRIBUINTE SUSCITA DISSENSO PRETORIANO ACERCA DA CONTAGEM DO LAPSO DECADENCIAL PARA O LANÇAMENTO DE OFÍCIO TENDENTE A COBRAR AS DIFERENÇAS DE CRÉDITO DE TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO PAGO A MENOR EM DECORRÊNCIA DE CREDITAMENTO INDEVIDO.

2. A PRIMEIRA SEÇÃO DO STJ, NO JULGAMENTO DO RESP 973.733/SC, REALIZADO NOS TERMOS DO ART. 543-C E SOB A RELATORIA DO MINISTRO LUIZ FUX, SEDIMENTOU O ENTENDIMENTO DE QUE O ART. 173, I, DO CTN SE APLICA AOS CASOS EM QUE A LEI NÃO PREVÊ O PAGAMENTO ANTECIPADO DA EXAÇÃO OU, QUANDO, A DESPEITO DA PREVISÃO LEGAL, NÃO HÁ O PAGAMENTO, SALVO NOS CASOS DE DOLO, FRAUDE OU SIMULAÇÃO.

3. "[...] OCORRENDO O PAGAMENTO ANTECIPADO POR PARTE DO CONTRIBUINTE, O PRAZO DECADENCIAL PARA O LANÇAMENTO DE EVENTUAIS DIFERENÇAS É DE CINCO ANOS A CONTAR DO FATO GERADOR, CONFORME ESTABELECE O § 4º DO ART. 150 DO CTN" (AGRG NOS ERESP. 216.758/SP, REL. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, DJ 10.4.2006).

4. COM EFEITO, A JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA POR ESTA CORTE DIRIME A QUESTÃO JURÍDICA APRESENTADA A PARTIR DA EXISTÊNCIA, OU NÃO, DE PAGAMENTO ANTECIPADO POR PARTE DO CONTRIBUINTE. PARA ESSA FINALIDADE, SALVO OS CASOS DE DOLO, FRAUDE OU SIMULAÇÃO, DESPICIENDO SE MOSTRA INDAGAR A RAZÃO PELA QUAL O CONTRIBUINTE NÃO REALIZOU O PAGAMENTO INTEGRAL DO TRIBUTO.

5. A DEDUÇÃO AQUI CONSIDERADA (CREDITAMENTO INDEVIDO) NADA MAIS É DO QUE UM CRÉDITO UTILIZADO PELO CONTRIBUINTE DECORRENTE DA ESCRITURAÇÃO DO TRIBUTO APURADO EM DETERMINADO PERÍODO (PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE), QUE VEIO A SER RECUSADA (GLOSADA) PELA ADMINISTRAÇÃO. SE ESSE CRÉDITO ABARCASSE TODO O DÉBITO TRIBUTÁRIO A PONTO DE DISPENSAR QUALQUER PAGAMENTO, AÍ SIM, ESTAR-SE-IA, COMO VISTO, DIANTE DE UMA SITUAÇÃO EXCLUDENTE DA APLICAÇÃO DO ART. 150, § 4º, DO CTN.

6. NA ESPÉCIE, O ACÓRDÃO QUE JULGOU O RECURSO ESPECIAL FOI CLARO AO CONSIGNAR QUE HOUE PAGAMENTO A MENOR DE DÉBITO TRIBUTÁRIO EM DECORRÊNCIA DE CREDITAMENTO INDEVIDO. DESSA FORMA, DEVE-SE OBSERVAR O DISPOSTO NO ART. 150, § 4º, DO CTN.

7. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

Dessa forma, na esteira do mais recente provimento judicial, o prazo para a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário relativo a fatos geradores do período anterior a 29/12/11, deve levar em consideração o disposto no art. 150, § 4º do CTN.

Portanto, no presente caso, as exigências fiscais relativas a fatos geradores do período anterior a 29/12/11 encontram-se fulminadas pela decadência, uma vez que o Sujeito Passivo foi intimado da lavratura do Auto de Infração em 29/12/16 por meio de publicação no Diário do Executivo, conforme fls. 74.

Redução indevida da base de cálculo do ICMS em operações internas e interestaduais

Este item do lançamento cuida da constatação de que a Autuada reduziu, indevidamente, a base de cálculo do ICMS em operações de venda de mercadorias para terceiros e de transferência de mercadorias para estabelecimento de mesma titularidade, em operações internas e interestaduais.

Ressalta-se que as transferências de mercadorias para estabelecimento de mesma titularidade, objeto deste item, somente ocorreram em operações internas (*vide* demonstrativo constante da mídia eletrônica de fls. 72 denominado de “Transferências internas”).

A redução indevida da base de cálculo do imposto, em operações internas, para terceiros contribuintes, encontra-se no demonstrativo “Outras internas” da referida mídia eletrônica.

Já a redução indevida da base de cálculo do imposto, em operações interestaduais, ocorreu para não contribuinte do imposto (*vide* mídia eletrônica de fls. 72, demonstrativo “Interestaduais”), para os quais aplicava-se à época dos fatos geradores a alíquota do imposto prevista para as operações internas, nos termos do disposto no art. 42, inciso II, alínea “a”, subalínea “a.2” e § 12º do referido artigo, do RICMS/02.

As exigências fiscais referem-se à diferença de ICMS apurada - diferença entre o ICMS destacado e o devido, acrescida da Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, da lei nº 6.763/75.

Importante destacar que a empresa autuada encontra-se inscrita no Cadastro de Contribuintes sob o CNAE-F principal nº 4679-6/04 (Comércio atacadista especializado de materiais de construção não especificados anteriormente).

Conforme se depreende dos argumentos da Defesa, em relação a este item do lançamento, é sustentado que é aplicável às operações a redução da base de cálculo do imposto prevista no item 9 da Parte 2 do Anexo IV do RICMS/02.

Entende a Impugnante que para as saídas promovidas pela indústria, conforme § 23 do art. 12 da Lei nº 6.763/75, para aplicação da redução da base de cálculo do imposto, basta que os produtos estejam incluídos no *rol* dos produtos. Sustenta a impossibilidade de se estabelecer diferença tributária em razão da origem e do destino da mercadoria, nos termos do art. 152 da CF/88.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Reporta-se ao disposto no art. 42, alínea “b”, subalínea “b.12” do RICMS/02, sustentando que a alíquota prevista para a mercadoria aplica-se independente de a saída ter se dado da indústria ou do comércio, citando o disposto no art. 155, § 4º, inciso IV, alíneas “a” e “b”, da CF/88. Assevera que as alíquotas do imposto serão uniformes em todo o território nacional, podendo ser diferenciadas por produto e não por setor.

Compulsando os demonstrativos de apuração das exigências fiscais, relativos às operações internas, constata-se que os produtos autuados são:

- cantoneiras – NCM 72162100;
- chapa articulada – NCM 72166910;
- telha galvanizada – NCM 73089090 e 73089010;
- cum galv. – NCM 73089010 e 73089090;
- barra chata – NCM 72149100;
- barra redonda Mecn – NCM 72149910;
- barra quadrada – NCM 72149990.

Já os CFOPS constantes das notas fiscais autuadas são:

- 5102: venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros;
- 5117: venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros, originada de encomenda para entrega futura;
- 5123: venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros remetida para industrialização, por conta e ordem do adquirente, sem transitar pelo estabelecimento do adquirente;
- 5152: transferência de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros.

Pois bem, no tocante à redução da base de cálculo do ICMS prevista no item 9 c/c a Parte 2, ambos do Anexo IV do RICMS/02, constata-se que, em relação a todas as mercadorias autuadas (acima listadas) elas não estão elencadas como beneficiárias de tal benesse, uma vez que a descrição e a NCM/SH delas não integram o referido rol.

Destaca-se que referida redução da base de cálculo do imposto está prevista no item 9 da Parte 1 do Anexo IV do RICMS/02 e aplica-se somente para as operações internas e com as mercadorias (descrição e NCM) listadas na Parte 2 do Anexo IV do RICMS/02, o que não é o caso das mercadorias ou operações objeto deste item do lançamento.

Lado outro, alega a Impugnante que os produtos, objeto deste item do lançamento, enquadram-se no disposto na alínea “b.12” do inciso I do art. 42 do RICMS/02:

Art. 42. As alíquotas do imposto são:
I - nas operações e prestações internas:
(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

b) 12 % (doze por cento), na prestação de serviço de transporte aéreo e nas operações com as seguintes mercadorias:

(...)

Efeitos de 31/07/03 a 31/12/15

b.12) ferros, aços e materiais de construção relacionados na Parte 6 do Anexo XII, em operações promovidas por estabelecimento industrial;

Vale destacar que no período autuado previa a subalínea “b.12”, inciso I, art. 42 do RICMS/02 a aplicação da alíquota de 12% (doze por cento) sobre as operações internas com ferros, aços e materiais de construção relacionados na Parte 6 do Anexo XII, desde que promovidas por estabelecimento industrial.

A condição de estabelecimento industrial é caracterizada quando o Contribuinte pratica operações definidas como industrialização, no próprio estabelecimento, enquanto atividade econômica principal.

No caso em exame, o estabelecimento autuado encontra-se inscrito no Cadastro de Contribuintes com a atividade principal do estabelecimento como comércio atacadista especializado de materiais de construção não especificados anteriormente (CNAE-F principal nº 4679-6/04) e a totalidade das operações ocorreram com o CFOP de mercadorias comercializadas (adquiridas de terceiros) pelo estabelecimento autuado.

Dessa forma, não se aplica às operações autuadas a alíquota do imposto no percentual de 12% (doze por cento), uma vez que o disposto na subalínea “b.12”, inciso I, art. 42 do RICMS/02 somente se aplicava nas saídas promovidas por industrial em relação às mercadorias relacionadas na Parte 6 do Anexo XII mencionado.

No tocante à fala da Defesa de que as exigências em exame repetem-se em outros PTAs (nº 01.000469671-15 e 01.000477859-24), convém registrar o que se segue:

O PTA de nº 01.000469671-15 refere-se a estabelecimento filial da Autuada (IE: 43320853.00-30), o período autuado inicia-se em 2015 e as irregularidades constatadas divergem das que ora se analisa. Examine-se:

Excertos do Parecer da Assessoria do CC/MG:

A autuação versa sobre as seguintes irregularidades constatadas a partir da análise, pela Fiscalização, dos arquivos magnéticos (formato SPED) e das notas fiscais eletrônicas emitidas pela Autuada nas operações de saída de mercadorias em transferência para estabelecimento atacadista de mesma titularidade situados neste estado, no período de março de 2015 a março de 2016:

1 - emissão de documento fiscal relativo à transferência de mercadorias (CFOP 5151) para estabelecimento atacadista de mesma titularidade, ao

abrigo indevido do diferimento do imposto (CST: 051), uma vez que referidos destinatários não se enquadravam no conceito de centro de distribuição exclusivo previsto no art. 222, inciso XIV, alínea "a", do RICMS/02, não atendendo, portanto, a condição para fruição da referida benesse conforme determina o §1º do art. 7º do Regime Especial de Tributação - RET nº 37/2014 (PTA: 45.000005526.66).

Exige-se o ICMS/operação própria, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75, e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXXVII da citada lei.

2 - falta de retenção e recolhimento do ICMS/ST em relação às mercadorias objeto das transferências para os estabelecimentos atacadistas de mesma titularidade (objeto das exigências de ICMS/operação própria no item 01), às quais estavam sujeitas ao recolhimento do imposto por substituição tributária relativo às operações subsequentes (*ST progressiva*).

Exige-se o ICMS/ST, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, c/c o §2º, I, da Lei nº 6.763/75, e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXXVII da citada lei.

Já o PTA de nº 01.000477859-24 refere-se ao estabelecimento matriz da Autuada (I.E. 480.320853-02-04) e versa sobre exigência de ICMS/ST. Examine-se o relatório do AI:

Da análise dos arquivos magnéticos e documentos fiscais eletrônicos emitidos pelos fornecedores e escriturados pela Autuada, foi detectada irregularidade relacionada a apuração e recolhimento do ICMS referente a substituição tributária - ICMS-ST, incidentes nas operações de aquisição interestadual de mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária, ou seja, as mercadorias elencadas nos itens 8 e 10 (antigos itens 18 e 22) da parte 2, do Anexo XV do Decreto 43.080/02 - RICMS. A Autuada deixou de observar tanto o que estabelece a Legislação vigente como o próprio Regime Especial (PTA nº 45.000004063-17) do qual é detentora, deixando de recolher ou recolhendo a menor, parcela de ICMS-ST que era de sua responsabilidade o recolhimento. Assim, o Fisco efetuou o Lançamento para exigir o ICMS-ST devido, com as devidas multas e seus acréscimos, incidentes nas operações de aquisição interestadual de mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária.

Constata-se, desse modo, que tais PTAS não se referem às exigências fiscais dos presentes autos.

No tocante aos demais argumentos da Defesa, convém destacar que a Fiscalização observou, para a apuração das exigências fiscais em exame, o disposto na legislação tributária deste estado, à qual este Conselho de Contribuintes encontra-se adstrito em seu julgamento, nos termos do disposto no art. 182, inciso I, da Lei nº 6.763/75.

Portanto, corretas as exigências fiscais.

Descaracterização da suspensão do imposto

Cuida este item do lançamento da descaracterização da suspensão do imposto, nos termos do item 1.1, Anexo III do RICMS/02, nas remessas de mercadorias para industrialização (CFOP 5924 – remessa para industrialização por conta e ordem do adquirente da mercadoria, quando esta não transitar pelo estabelecimento do adquirente – CST 50 – suspensão), tendo em vista a falta de retorno das mercadorias no prazo regulamentar.

As exigências fiscais referem-se ao ICMS e à multa de revalidação.

Verifica-se que a Fiscalização fundamenta este item do AI no art. 19 do RICMS/02 que disciplina as hipóteses de suspensão do imposto e no Anexo III, item 1, subitem 1.1 do citado diploma legal, que regulamenta o prazo de 180 (cento e oitenta) dias para o retorno das mercadorias remetidas para industrialização por encomenda, prazo este que pode ser prorrogado duas vezes por igual período, totalizando um prazo máximo de 540 (quinhentos e quarenta) dias, examine-se:

RICMS/02

Art. 19. A incidência do imposto fica suspensa nas hipóteses previstas no Anexo III ou e nas operações internas autorizadas mediante regime especial concedido pelo Diretor da Superintendência de Tributação (SUTRI).

Anexo III -

It. 1, Subit. 1.1: A mercadoria deverá retornar no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contado da respectiva remessa, prazo este que poderá ser prorrogado, a critério do Chefe da Administração Fazendária (AF) a que o remetente estiver circunscrito, por até igual período, admitindo-se nova prorrogação de até 180 (cento e oitenta) dias.

2. Se a mercadoria não retornar nos prazos estipulados, ficará descaracterizada a suspensão, considerando-se ocorrido o fato gerador do imposto na data da remessa, observando-se o seguinte:

a) no dia imediato àquele em que vencer o prazo para o retorno, o remetente deverá emitir nota fiscal com destaque do imposto, indicando, como destinatário o detentor da mercadoria, e o número, série, data e valor da nota fiscal que acobertou a saída efetiva da mercadoria;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

b) o imposto incidente na operação deverá ser recolhido em documento de arrecadação distinto, com os acréscimos legais.

Vencido o prazo, de acordo com a Nota nº “2” do supratranscrito Anexo, fica de imediato descaracterizada a suspensão do ICMS, considerando-se ocorrido o fato gerador na data da remessa, sendo irrelevante, para fins de incidência do imposto nesta remessa, se houve ou não retorno posterior.

No caso dos autos, a Autuada promoveu operações ao abrigo da suspensão, que segundo o Fisco não retornaram ao estabelecimento autuado no prazo legal.

Relembra-se que nas notas fiscais autuadas consta o CFOP 5924 – remessa para industrialização por conta e ordem do adquirente da mercadoria, quando esta não transitar pelo estabelecimento do adquirente (*vide* DANFE às fls. 70).

Nota-se que nele consta, nas informações complementares, que a remessa para industrialização deu-se por conta de Yoshi Engenharia e Construções Ltda.

Ressalta-se que a Impugnante não trouxe aos autos qualquer argumento quanto a este item do lançamento.

Contudo, constata-se que as operações autuadas referem-se à remessa de mercadoria para industrialização, pela Autuada (fornecedora da mercadoria), por conta em ordem de terceiros (adquirente) sem que esta transite pelo estabelecimento encomendante, no caso o adquirente da mercadoria, cujos procedimentos deverão observar o disposto nos arts. 300 a 302, todos da Parte 1 do Anexo IX do RICMS/02. Examine-se:

CAPÍTULO XXXV Da Remessa Para Industrialização Quando a Mercadoria Não Deva Transitar pelo Estabelecimento do Encomendante

Art. 300. Nas operações em que um estabelecimento mandar industrializar mercadoria, com fornecimento de matéria-prima, produto intermediário ou material de embalagem adquiridos de outro, os quais, sem transitar pelo estabelecimento adquirente, forem entregues pelo fornecedor diretamente ao industrializador, será observado o disposto neste Capítulo.

Art. 301. O estabelecimento fornecedor deverá, observando as exigências do artigo 2º da Parte 1 do Anexo V:

I - emitir nota fiscal em nome do estabelecimento adquirente, na qual constarão também o nome, o endereço e os números de inscrição, estadual e no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ), do estabelecimento ao qual os produtos serão entregues, com a menção de que se destinam à industrialização;

II - efetuar, na nota fiscal mencionada no inciso anterior, o destaque do imposto, quando devido, que será aproveitado pelo adquirente como crédito, se for o caso;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

III - emitir nota fiscal, sem destaque do imposto, para acobertar o trânsito da mercadoria até o estabelecimento industrializador, mencionando o número, a série e a data da nota fiscal mencionada no inciso I e o nome, o endereço e os números de inscrição, estadual e no CNPJ, do adquirente, por cuja conta e ordem a mercadoria será industrializada, sendo utilizados os CFOP 5.924 ou 6.924, conforme o caso.

Efeitos de 1º/04/2008 a 29/01/2014

"III - emitir nota fiscal, sem destaque do imposto, para acobertar o trânsito da mercadoria até o estabelecimento industrializador, mencionando o número, a série e a data da nota fiscal mencionada no inciso I deste artigo e o nome, o endereço e os números de inscrição, estadual e no CNPJ, do adquirente, por cuja conta e ordem a mercadoria será industrializada."

Art. 301-A. O estabelecimento adquirente, encomendante da industrialização, deverá emitir Nota Fiscal, tendo como destinatário o estabelecimento industrializador, sem destaque do imposto, nos termos da suspensão do imposto prevista no item 1 do Anexo III, na qual constará, como natureza da operação, a expressão: "Remessa de mercadoria para a industrialização por encomenda", sendo utilizados os CFOP 5.901 ou 6.901, conforme o caso.

Art. 302. O estabelecimento industrializador deverá:

I - emitir nota fiscal, na saída do produto industrializado com destino ao adquirente, autor da encomenda, na qual constarão o nome, o endereço e os números de inscrição, estadual e no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ), do fornecedor e o número, a série e a data da nota fiscal por este emitida, o valor da mercadoria recebida para industrialização e o valor total cobrado do autor da encomenda, destacando deste o valor da mercadoria empregada;

II - indicar, na nota fiscal referida no inciso anterior, como natureza da operação, "Outras saídas - Retorno simbólico de mercadoria recebida para industrialização", com suspensão do imposto, sendo utilizados os CFOP 5.925 ou 6.925, conforme o caso;

Efeitos de 15/12/2002 a 29/01/2014

"II - efetuar, na nota fiscal referida no inciso anterior, o destaque do imposto, se devido, sobre o valor total cobrado do autor da encomenda, que será por este aproveitado como crédito, se for o caso."

III - consignar, na nota fiscal referida no inciso I, a expressão "Industrialização efetuada

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

para outra empresa”, com a utilização dos CFOP 5.125 ou 6.125, conforme o caso, destacando o valor do imposto, se devido, sobre o valor total cobrado do autor da encomenda, que será por este aproveitado como crédito, se for o caso.

Parágrafo único. O estabelecimento industrializador poderá emitir duas notas fiscais, **uma para o retorno simbólico da mercadoria, nos termos dos incisos I e II, e outra referente à industrialização, conforme disposto no inciso III.** (Grifos acrescidos).

Nesse diapasão, importante trazer à baila a seguinte resposta de Consulta de Contribuintes que bem esclarece os procedimentos a serem adotados na hipótese em exame:

CONSULTA DE CONTRIBUINTE Nº 216/2014

PTA Nº : 45.000005381-67

CONSULENTE: Atalaia Alimentos Ltda.

ORIGEM : Teófilo Otoni – MG

ICMS – INDUSTRIALIZAÇÃO POR ENCOMENDA COM ENTREGA À ORDEM – Nos casos de industrialização por encomenda com entrega diretamente ao cliente do encomendante, deve ser observado o procedimento relativo à venda à ordem previsto no art. 304 da Parte 1 do Anexo IX do RICMS/02, conforme determinação contida no art. 304-B do mesmo Anexo.

ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – INDUSTRIALIZAÇÃO ENCOMENDADA POR NÃO INDUSTRIAL – CRÉDITO PRESUMIDO – CARNES – A tributação das operações em exame foi modificada pelo Decreto nº 46.522/2014, com efeitos a partir de 04/06/2014, que alterou a regra constante do § 3º do art. 18 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02, de forma que no retorno da industrialização por encomenda, com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, os estabelecimentos não-industriais encomendantes (ressalvados aqueles descritos no § 6º do mesmo dispositivo) devem apurar o imposto devido a título de substituição tributária no momento da entrada da mercadoria em seu estabelecimento e não apenas os varejistas (regra vigente anteriormente).

EXPOSIÇÃO:

A Consulente, que apura o ICMS pela sistemática de débito e crédito, tem como atividade principal cadastrada nesta Secretaria de Estado de Fazenda o comércio atacadista de frutas, verduras, raízes, tubérculos, hortaliças e legumes frescos, classificada

na CNAE 4633-8/01, informando que exerce também o comércio atacadista de carnes bovinas, suínas e derivados (CNAE 4634-6/01).

Informa que, nas operações com gado, desde a compra do produtor rural até a entrega do produto pronto ao seu cliente, procede da seguinte maneira:

1º passo: Compra o gado para abate de produtor rural estabelecido neste Estado, que emite nota fiscal em nome da Consulente, mencionando que o gado será entregue para abate e processamento em abatedouro também estabelecido em Minas Gerais.

2º passo: Em seguida, a Consulente emite nota fiscal de simples remessa para industrialização ao abatedouro.

3º passo: Quando da saída do produto industrializado, o abatedouro emite duas notas fiscais, sendo a primeira a título de retorno simbólico à Consulente e a segunda de remessa por conta e ordem de terceiros, fazendo a entrega da carne industrializada diretamente ao seu cliente.

4º passo: Para concluir a operação, a Consulente emite nota fiscal de venda ao cliente, tributada pelo ICMS próprio, assim como pelo ICMS/ST, referente à carne industrializada entregue pelo abatedouro.

Fundamenta os três primeiros passos desse procedimento no Capítulo XXXV da Parte 1 do Anexo IX do Regulamento do ICMS (RICMS), aprovado pelo Decreto nº 43.080, de 13 de dezembro de 2002, e o último passo no item 19 da Parte 1 do Anexo IV e no item 43 da Parte 2 do Anexo XV do mesmo Regulamento.

Cita a previsão de crédito presumido do inciso IV do caput e inciso III do § 2º, ambos do art. 75 do RICMS/02, afirmando ter dúvida quanto à possibilidade de sua utilização na operação de venda dos produtos resultantes do abate.

Alude também o conceito de industrialização previsto no inciso II e parágrafo 1º do art. 222 do mesmo diploma legislativo, afirmando que a operação descrita enquadra-se neste conceito.

CONSULTA:

1 - Está correto o procedimento descrito (1º a 4º passos)?

(...)

RESPOSTA:

1 – Está parcialmente correto o procedimento descrito pela Consulente.

As operações descritas pela Consulente caracterizam remessa para industrialização sem que os insumos transitem pelo estabelecimento encomendante, sendo que a entrega do produto industrializado ocorrerá em local diverso do endereço do encomendante (contribuinte do imposto), cujos procedimentos deverão observar o disposto nos arts. 300 a 304 e no art. 304-B, todos da Parte 1 do Anexo IX do RICMS/02.

Inicialmente, o produtor rural (fornecedor da Consulente) emitirá duas notas fiscais, nos termos do art. 301 da Parte 1 do Anexo IX do RICMS/02.

Uma nota simbólica em nome da Consulente com destaque do imposto, quando devido, e informando o nome, o endereço e os números de inscrição, estadual e no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ), do estabelecimento ao qual os produtos serão entregues, com a menção de que se destinam à industrialização.

E outra nota para acobertar o trânsito da mercadoria até o estabelecimento industrializador, sem destaque do imposto, mencionando o número, a série e a data da nota fiscal supra, o endereço e os números de inscrição, estadual e no CNPJ da Consulente, por cuja conta e ordem a mercadoria será industrializada, sendo utilizado o CFOP 5.924.

A Consulente emitirá nota fiscal em nome do estabelecimento industrializador, sem destaque do imposto, nos termos da suspensão do imposto prevista no item 1 do Anexo III do RICMS/02, na qual constará, como natureza da operação, a expressão: “Remessa de mercadoria para a industrialização por encomenda”, sendo utilizado o CFOP 5.901, conforme art. 301-A da citada Parte 1 do Anexo IX.

Considerando que a Consulente determina ao industrializador a remessa da carne industrializada diretamente para o estabelecimento de seu cliente, ela deverá primeiramente efetuar a emissão da nota fiscal referida pelo inciso I do art. 304 da Parte 1 do Anexo IX do RICMS/02, com destaque do imposto, se devido (vide resposta aos itens 2 e 3), indicando-se, além dos requisitos exigidos, o nome, o endereço e os números de inscrição, estadual e no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ), do industrializador, que irá promover a remessa da mercadoria.

Posteriormente, o industrializador emitirá duas notas fiscais, observando o disposto nos arts. 302 e 304

(inciso II) da mencionada Parte 1 do Anexo IX. Uma nota fiscal em nome do cliente da Consulente, para acobertar o trânsito da mercadoria, sem destaque do imposto e indicando o número, a série e a data da nota fiscal tratada no parágrafo anterior, bem como o nome, o endereço e os números de inscrição, estadual e no CNPJ, do emitente desta mesma nota, informando ainda, como natureza da operação, a seguinte expressão “Remessa por conta e ordem de terceiros”.

E outra nota fiscal de retorno simbólico em nome da Consulente, informando: o nome, o endereço e os números de inscrição, estadual e no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ), do produtor rural e o número, a série e a data da nota fiscal por este emitida; o número, a série e a data da nota fiscal emitida na forma da alínea “a” do inciso II do citado art. 304; o valor da mercadoria recebida para industrialização, com suspensão do imposto nos termos do item 5 do Anexo III do RICMS/02, consignando o CFOP 5.925 e a expressão “Outras saídas – Retorno simbólico de mercadoria recebida para industrialização com entrega do produto final em local diverso do estabelecimento do destinatário”; e o valor total cobrado do autor da encomenda (vide inciso XIV, art. 43, Parte Geral do RICMS), com destaque do valor do imposto, se devido, consignando o CFOP 5.125 e a expressão “Industrialização efetuada para outra empresa com entrega do produto final em local diverso do estabelecimento do destinatário” – esta nota fiscal pode ser desmembrada em duas, uma referente ao retorno simbólico da mercadoria e outra referente à industrialização.

Neste sentido, vide Consultas de Contribuintes nos 190/2013 e 233/2013, disponíveis no sítio da Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais na internet.

(...)DOT/DOLT/SUTRI/SEF, 25 de Setembro de 2014. (Grifou-se).

Diante do exposto, constata-se que, nos termos do disposto no art. 302 do Anexo IX do RICMS/02, a nota fiscal de retorno da mercadoria anteriormente remetida para industrialização pela Autuada, por conta e ordem de terceiros, será destinada ao adquirente da mercadoria.

Assim, não se sustenta a acusação fiscal em exame, pelo que excluem-se as exigências fiscais.

Falta de recolhimento de ICMS em relação às operações com CFOP 5922

Este item do lançamento refere-se à acusação fiscal de falta de recolhimento de ICMS, tendo em vista que, em relação às operações com CFOP 5922 (lançamento

efetuado a título de simples faturamento decorrente de venda para entrega futura), não foram localizadas as operações de venda da mercadoria.

As exigências fiscais referem-se ao ICMS e à multa de revalidação.

O CFOP constante das notas fiscais objeto deste item do lançamento é o de nº 5922 (Lançamento efetuado a título de simples faturamento decorrente de venda para entrega futura - Classificam-se neste código os registros efetuados a título de simples faturamento decorrente de venda para entrega futura).

Destaca-se que o procedimento referente à venda para entrega futura encontra-se disciplinado nos arts. 305 a 307, Parte 1, Anexo IX do RICMS/02, com base no disposto no art. 40 do Convênio s/nº, de 15 de setembro de 1970.

Em termos operacionais, está prevista a emissão, no momento da celebração do negócio jurídico, de uma nota fiscal de simples faturamento, sem destaque do ICMS, que é facultativa, excetuada hipótese de venda por *show room*, em que é obrigatória a emissão dessa nota fiscal por determinação do § 2º do art. 305.

CAPÍTULO XXXVII Da Venda para Entrega Futura

Art. 305. Nas vendas para entrega futura, poderá ser emitida nota fiscal sem destaque do ICMS, mencionando-se no documento que a emissão se destina a simples faturamento, com o imposto sendo debitado por ocasião da efetiva saída da mercadoria.

§ 1º Se emitida a nota fiscal de que trata o caput deste artigo, as 1ª e 3ª vias da mesma, ou cópia do respectivo DANFE, serão entregues ao comprador.

§ 2º O estabelecimento *show room*, assim entendido aquele que exhibe mercadorias e realiza operações de venda em virtude da exibição, emitirá nota fiscal destinada a simples faturamento para todas as operações de venda para entrega futura, não se aplicando a faculdade de que trata o caput deste artigo.

Art. 306. Por ocasião da efetiva saída, global ou parcial, da mercadoria, o vendedor emitirá nota fiscal em nome do adquirente, com destaque do valor do imposto, quando devido, observado especialmente o disposto nos artigos 43, 44 e 50 deste Regulamento, indicando, além dos requisitos exigidos, como natureza da operação: "Remessa - entrega futura", e o número, a série, a data e o valor da nota fiscal emitida para fins de faturamento.

§ 1º Se no momento da saída da mercadoria tiver havido alteração no valor da operação, em decorrência de modificação do preço contratado, a nota fiscal será emitida com o novo valor, devendo essa circunstância ser consignada no documento fiscal.

§ 2º Por ocasião da escrituração, no livro Registro de Saídas, das notas fiscais de que trata este Capítulo, será mencionado o motivo da emissão. Art. 307. Sendo desfeita a venda antes da efetiva saída da mercadoria, o fato será formalmente comunicado à repartição fazendária a que o contribuinte estiver circunscrito. (Grifou-se).

No caso em exame, a Fiscalização acusa que a Autuada não emitiu a nota fiscal por ocasião da efetiva saída da mercadoria, nos termos do disposto no art. 306 retro, na qual deveria constar o destaque do imposto incidente na operação.

Na peça de defesa, não consta qualquer argumento quanto a este item do lançamento.

Não apresentada a nota fiscal com o destaque do imposto referente às notas fiscais autuadas, que se referem à venda para entrega futura, correta a Fiscalização em exigir o ICMS e a multa de revalidação.

Falta de consignação da base de cálculo do ICMS em notas fiscais referentes a mercadorias tributadas

Este item do lançamento refere-se à constatação fiscal da falta de consignação da base de cálculo do ICMS em notas fiscais e, conseqüentemente, falta do recolhimento do ICMS devido nas operações, emitidas com CST 60 (ICMS cobrado anteriormente por substituição tributária) com mercadoria classificada na NCM/SH 7216.3200, não sujeita ao recolhimento do imposto por substituição tributária (não listada na Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02).

As exigências fiscais referem-se ao ICMS e à multa de revalidação.

Constata-se que há apenas uma operação autuada com base neste item e ela refere-se a “Perfil Zincado”, NCM: 72163200.

Da análise à Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, verifica-se que essa mercadoria (“perfil zincado”, NCM 72163200) não estava sujeita ao recolhimento do imposto por substituição tributária na operação anterior, no período autuado, portanto, corretas as exigências fiscais.

Falta de destaque e recolhimento de ICMS em operações interestaduais, em cujas notas fiscais constou o CFOP 6403

Este item do lançamento refere-se à acusação fiscal de falta de destaque e recolhimento de ICMS em operações interestaduais, em cujas notas fiscais constou o CFOP 6403 (venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária) e CST 060 (ICMS cobrado anteriormente por substituição tributária).

As exigências fiscais referem-se ao ICMS e à multa de revalidação.

Não há previsão para o não destaque ICMS nas notas fiscais referentes a operações interestaduais porque o imposto foi cobrado anteriormente por substituição tributária.

Vale dizer que havendo operação interestadual com mercadoria, cujo imposto foi recolhido anteriormente por substituição tributária em relação às operações subsequentes, a Autuada deve destacar o ICMS operação própria na nota fiscal de venda para outra UF, e quanto ao ICMS pago há rumo previsto na legislação tributária para que ela seja restituída deste valor:

Anexo XV, do RICMS/02 - Parte 1

Art. 23. O estabelecimento que receber mercadoria sujeita a substituição tributária poderá ser restituído do valor do imposto pago, quando com a mercadoria ocorrer:

I - saída para outra unidade da Federação;

No tocante à alegação da Defesa de que “os estabelecimentos atacadistas da empresa autuada passaram à condição de contribuinte substituto tributário pelo recolhimento do imposto devido nas operações próprias quando promover a saída da mercadoria recebida com o imposto diferido, conforme RET nº 45.000005526-66 (RET nº 37/14)”, cópia na mídia eletrônica de fls. 135, não merece tecer maiores considerações sobre tal alegação, pois referido regime especial teve vigência a partir do exercício de 2014 e as operações, ora autuadas, referem-se ao de 2011.

Ademais, não há em tal RET ou na legislação tributária qualquer fundamento para que a Autuada não destaque ICMS nas notas fiscais de venda para outra UF.

Portanto, corretas as exigências fiscais.

Aplicação incorreta da alíquota do ICMS nas saídas de mercadorias destinadas a não-contribuintes (isentos e construtoras), em operações interestaduais

Este item do lançamento refere-se à venda de mercadorias para empresas de construção civil, identificadas no demonstrativo denominado de “CNPJ” constante da mídia eletrônica de fls. 72, não contribuintes do imposto, localizadas em outra unidade da Federação, com utilização indevida da alíquota interestadual, em desacordo com o disposto no art. 42, § 12º, do RICMS/02, vigente no período autuado:

Efeitos de 1º/01/2005 a 31/12/2015 - Acrescido pelo art. 3º e vigência estabelecida pelo art. 10, ambos do Dec. nº 43.923, de 02/12/2004:

“§ 12. Na operação que destine bens ou mercadorias à empresa de construção civil de que trata o art. 174 da Parte 1 do Anexo IX, localizada em outra unidade da Federação, ainda que inscrita no Cadastro de Contribuintes do ICMS, deverá ser aplicada a alíquota prevista para a operação interna, salvo se comprovado, pelo remetente e de forma inequívoca, que a destinatária realiza, com habitualidade, operações relativas à circulação de mercadorias sujeitas ao ICMS.”

Cuida também este item do lançamento da utilização indevida da alíquota do imposto interestadual em relação à venda de mercadoria para empresa não contribuinte do imposto, localizada em outra unidade da Federação, também

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

identificadas nos autos (demonstrativo “CNPJ”), em desacordo com o disposto no art. 42, inciso II, alínea “a”, subalínea “a.2”, do RICMS/02, vigente no período autuado:

Art. 42 (...)

II - nas operações e prestações interestaduais:

a.2) Efeitos de 15/12/2002 a 31/12/2015 - Redação original:

“a) as alíquotas previstas no inciso anterior:

a.1) quando o destinatário não for contribuinte do imposto;”

As alíneas “b” e “c” do inciso II do art. 42 do RICMS/02, vigentes no período autuado, dispunham que, nas operações e prestações interestaduais, destinadas a contribuinte do imposto localizados em outras unidades da Federação, aplica-se a alíquota de 7% (sete por cento) ou 12% (doze por cento), conforme o caso. Porém, de acordo com a alínea “a” do referido dispositivo legal, vigente à época dos fatos geradores, se o destinatário for não contribuinte do imposto, as alíquotas aplicáveis nas operações são as previstas no inciso I do art. 42 do RICMS/02 (alíquota interna).

No caso dos presentes autos, a alíquota interna prevista para a mercadoria é no percentual de 18% (dezoito por cento):

CAPÍTULO VII Da Alíquota

Art. 42. As alíquotas do imposto são:

I - nas operações e prestações internas:

(...)

e) 18% (dezoito por cento), nas operações e nas prestações não especificadas nas alíneas anteriores;

As exigências fiscais referem-se à diferença de ICMS apurada - diferença entre as alíquotas interestadual e interna – 11% (onze por cento), acrescida da multa de revalidação.

Verifica-se que as empresas construtoras destinatárias das mercadorias, têm como atividade a construção civil, definida pelo art. 175 do Anexo IX do RICMS/02 da seguinte forma:

Art. 175 - Entende-se como obra de construção civil, hidráulica ou semelhantes:

I - construção, demolição, reforma ou reparo de edificações;

II - construção ou reparo de estradas de ferro ou de rodagem, inclusive os trabalhos concernentes às estruturas inferior e superior de estradas e obras de arte;

III - construção ou reparo de pontes, viadutos, logradouros públicos ou de outras obras de urbanismo;

IV - construção de sistema de abastecimento de água ou de saneamento;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

V - execução de terraplenagem ou de pavimentação em geral, ou de obra hidráulica, marítima ou fluvial;

VI - execução de obra elétrica ou hidrelétrica;

VII - execução, no respectivo canteiro, de obra de montagem ou construção de estruturas em geral.

Parágrafo único. Compreende-se, também, como obra de construção civil o serviço auxiliar necessário à sua execução, quando efetuado no local da obra, tal como o de alvenaria, pintura, marcenaria, carpintaria, serralheria, instalações elétricas e hidráulicas.

A regra legal de enquadramento das empresas de construção civil como empresas prestadoras de serviço, sujeitas à tributação do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN), está definida na Lista de Serviços anexa à Lei Complementar nº 116, de 31/07/03, nos itens 7 e 7.02:

7 - Serviços relativos a engenharia, arquitetura, geologia, urbanismo, construção civil, manutenção, limpeza, meio ambiente, saneamento e congêneres.

7.02 - Execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de obras de construção civil, hidráulica ou elétrica e de outras obras semelhantes, inclusive sondagem, perfuração de poços, escavação, drenagem e irrigação, terraplanagem, pavimentação, concretagem e a instalação e montagem de produtos, peças e equipamentos (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS). (Grifou-se)

Nesse contexto, a legislação mineira, no art. 42, § 12º, do RICMS/02, conforme redação vigente no período autuado, estabelece que, nas operações que destinem mercadorias a empresas de construção civil sediadas em outros estados, como ocorreu no caso dos autos, deve ser aplicada a alíquota interna, salvo comprovação inequívoca, a cargo do sujeito passivo, o que não ocorreu nos presentes autos, de que essas empresas realizem, com habitualidade, operações relativas à circulação de mercadorias sujeitas à incidência do ICMS, confira-se:

Art. 42 - As alíquotas do imposto são:

(...)

§ 12º - Na operação que destine bens ou mercadorias à empresa de construção civil de que trata o art. 174 da Parte 1 do Anexo IX, localizada em outra unidade da Federação, ainda que inscrita no Cadastro de Contribuintes do ICMS, deverá ser aplicada a alíquota prevista para a operação interna, salvo se comprovado, pelo remetente e de forma inequívoca, que a destinatária realiza, com habitualidade,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

operações relativas à circulação de mercadorias sujeitas ao ICMS. (Grifou-se.)

Ressalte-se que as empresas de construção civil não são contribuintes do ICMS, salvo nas situações que produzam bens e com eles pratiquem atos de mercancia diferentes da sua real atividade, como a pura venda desses bens a terceiros. Esse é o posicionamento do STJ sobre a matéria, conforme demonstra o seguinte julgado:

TRIBUTÁRIO. ICMS. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 545, DO CPC. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. EMPRESAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL. MERCADORIAS ADQUIRIDAS. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. NAO INCIDÊNCIA. JURISPRUDÊNCIA CONSAGRADA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. (...) 2. É ASSENTE NA CORTE QUE "AS EMPRESAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL NÃO SÃO CONTRIBUINTES DO ICMS, SALVO NAS SITUAÇÕES QUE PRODUZAM BENS E COM ELAS PRATIQUEM ATOS DE MERCANCIA DIFERENTES DA SUA REAL ATIVIDADE, COMO A PURA VENDA DESSES BENS A TERCEIROS; NUNCA QUANDO ADQUIREM MERCADORIAS E AS UTILIZAM COMO INSUMOS EM SUAS OBRAS. HÁ DE SE QUALIFICAR A CONSTRUÇÃO CIVIL COMO ATIVIDADE DE PERTINÊNCIA EXCLUSIVA A SERVIÇOS, PELO QUE 'AS PESSOAS (NATURAIS OU JURÍDICAS) QUE PROMOVEREM A SUA EXECUÇÃO SUJEITAR-SE-ÃO EXCLUSIVAMENTE À INCIDÊNCIA DE ISS, EM RAZÃO DE QUE QUAISQUER BENS NECESSÁRIOS A ESSA ATIVIDADE (COMO MÁQUINAS, EQUIPAMENTOS, ATIVO FIXO, MATERIAIS, PEÇAS, ETC.) NÃO DEVEM SER TIPIFICADOS COMO MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTO ESTADUAL' (JOSÉ EDUARDO SOARES DE MELO, IN CONSTRUÇÃO CIVIL - ISS OU ICMS? IN RDT 69, PG. 253, MALHEIROS)"(ERESP 149946/MS, REL. MIN. JOSÉ DELGADO, DJ 20/03/2000). 3. CONSEQUENTEMENTE, É INADMISSÍVEL A RETENÇÃO, PELOS ESTADOS, DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS RELATIVO À OPERAÇÕES INTERESTADUAIS EFETUADAS POR EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL PARA AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS SEM OBJETIVO DE COMERCIALIZAÇÃO. 4. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO." (AGRG NO AG 687.218/MA , REL. MINISTRO LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, JULGADO EM 04.05.2006, DJ 18.05.2006)

Conforme salientado anteriormente, de acordo com o disposto no art. 42, § 12 do RICMS/02, vigente no período autuado, para o remetente se desincumbir de aplicar a alíquota interna, deveria comprovar, de forma inequívoca, que a destinatária realiza, com habitualidade, operações relativas à circulação de mercadorias sujeitas ao ICMS, o que não ocorreu no caso dos autos.

A solução dada à Consulta de Contribuinte nº 213/05, assim como o Acórdão nº 17.903/08/2ª, dentre outras decisões deste E. Conselho, corroboram todo o acima exposto:

Consulta de Contribuinte nº 213/05

“... Consulta:

1- Aplica-se a alíquota interna ou interestadual na operação que destina mercadoria à empresa de construção civil domiciliada em outro estado regularmente inscrita no cadastro de contribuintes?

2- Sendo a destinatária empresa de construção civil inscrita em seu Estado, mas não atuando como contribuinte, o ICMS é devido à alíquota interna ou interestadual?

Resposta:

1 e 2 – A matéria em questão encontra-se expressa de forma clara no § 12 do art. 42, Parte Geral do RICMS/02, e na Orientação DOET/SUTRI N° 02/2005, ambos disponibilizados no site da SEF:

(...)

A título de orientação, esclareça-se que, ainda que a empresa seja inscrita no Cadastro de Contribuintes do ICMS no seu Estado, deverá ser aplicada a alíquota prevista para operação interna (18%), salvo se comprovado, pelo remetente e de forma inequívoca, que a destinatária realiza, com habitualidade, operações relativas à circulação de mercadorias sujeitas ao imposto. (Grifou-se)

Por último, acrescenta-se, o contribuinte, remetente da mercadoria, que aplicar a alíquota interestadual (12% ou 7%) e não comprovar que a destinatária realiza com habitualidade, operações sujeitas a ICMS ficará sujeito à autuação pelo fisco, que exigirá o valor do imposto relativo à diferença entre a alíquota interna e a alíquota interestadual, e a multa de revalidação de 50% do valor desta diferença apurada....” (G.N.)

Acórdão nº 17.903/08/2ª

“... Não é só o fato de uma empresa de construção civil estar inscrita no cadastro de contribuintes do Estado que irá qualificá-la como contribuinte do ICMS. Em regra, a concessão de inscrição no cadastro às empresas de construção civil constitui mera formalidade, tendo como objetivo, principalmente, facilitar a movimentação de máquinas, equipamentos e outros bens inerentes à atividade do setor.

No intuito de deixar claro o entendimento da norma inserta na Constituição Federal que determina a aplicação da alíquota interna nas operações destinadas a não-contribuinte do imposto localizado em outra Unidade da Federação, o legislador mineiro incluiu o parágrafo 12 no art. 42 do RICMS/02, reafirmando que nestas operações, quando o

destinatário for empresa de construção civil, ainda que inscrita no cadastro de contribuintes do ICMS de seu Estado, a alíquota aplicada é a interna, salvo se o remetente comprovar, de forma inequívoca, que o destinatário realiza, com habitualidade, operações relativas à circulação de mercadorias sujeitas ao ICMS." (Grifou-se.)

Quanto a este item do lançamento, alegou a Impugnante que deveria ser considerada a alíquota do imposto no percentual de 12% (doze por cento) nas operações interestaduais, nos termos da Emenda Constitucional nº 87 de 2015.

Entretanto, verifica-se que ela se equivoca uma vez que tal emenda constitucional, publicado no DOU 17/04/15, que alterou o § 2º do art. 155 da Constituição Federal e inclui o art. 99 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para tratar da sistemática de cobrança do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação incidente sobre as operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro estado, mas sua vigência não alcança as operações autuadas que se referem ao exercício de 2011. Confira-se:

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 87, DE 16 DE ABRIL DE 2015

Art. 3º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos no ano subsequente e após 90 (noventa) dias desta.

Correta, portanto, a exigência da diferença de ICMS (11% e 6%) e da respectiva Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75.

Em relação à questão levantada pela Defesa referente à Súmula nº 166 do Superior Tribunal de Justiça, deve-se destacar que a própria Lei Complementar nº 87/96, em seu art. 12, é clara quanto à incidência do ICMS em operações de transferências interestaduais.

Esse é o entendimento da Impugnante, pois destaca o ICMS, ainda que incorretamente, nas notas fiscais autuadas, transferindo créditos do imposto para os estabelecimentos destinatários das mercadorias.

Deve-se destacar que o fundamento tomado pelo STJ, mediante Súmula nº 166, foi firmado antes do advento da Lei Kandir (LC nº 87/96 – ICMS), publicada em setembro de 1996, que, em seu art. 12, inciso I, conforme o acórdão em parte transcrito, traz a previsão de incidência do ICMS nessas ocasiões: "*Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular*".

Ressalta-se que há juristas de renome, a exemplo de Vittorio Cassone, que defendem a tributação pelo ICMS das transferências de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, conforme abaixo:

"Por isso, reputo constitucional o art. 12, I, da LC nº 87/96, ao estabelecer: *Considera-se ocorrido o fato*

gerador do ICMS no momento da saída de mercadoria de estabelecimento do contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular" (Cassone, Vittorio - Direito Tributário - 13ª Edição - Ed. Atlas - 2001 - pág. 298).

Da mesma forma, o eminente Professor Alcides Jorge Costa a admite, ao entendimento que toda agregação de valor à mercadoria, que a leve ao consumo, ainda que sem transferência da posse ou da propriedade, configura hipótese de incidência do ICMS (ICM na Constituição e na Lei Complementar, pág. 83/90).

Cabe frisar, ainda, que por força do disposto no art. 110 do RPTA-MG (art. 182, inciso I, da Lei nº 6.763/75), não se incluem na competência deste órgão julgador administrativo "a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo", não sendo, portanto, o caso de se aplicar, ao caso dos autos, subsidiariamente, as normas processuais do Código de Processo Civil – CPC que tratam sobre a observância às decisões judiciais.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, quanto à prejudicial de mérito, pelo voto de qualidade, em reconhecer a decadência do direito da Fazenda Pública de formalizar o crédito tributário em relação aos fatos geradores anteriores a 29/12/2011. Vencidos, em parte, os Conselheiros Marco Túlio da Silva (Revisor) e Maria Vanessa Soares Nunes, que não a reconheciam. No mérito, à unanimidade, quanto às exigências remanescentes, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para que sejam excluídas as exigências fiscais referentes à irregularidade de descaracterização da suspensão do imposto por não restar demonstrada nos autos tal hipótese, nos termos do parecer da Assessoria do CC/MG. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Rinaldo Maciel de Freitas e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Gabriel Arbex Valle. 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. Participaram do julgamento, além do signatário e dos Conselheiros vencidos, o Conselheiro Vander Francisco Costa.

Sala das Sessões, 18 de outubro de 2017.

**Sauro Henrique de Almeida
Presidente / Relator**

D

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão:	21.626/17/2 ^a	Rito: Sumário
PTA/AI:	01.000661121-31	
Impugnação:	40.010143032-21	
Impugnante:	Sevimol Indústria e Comércio de Ferro e Aço Ltda	
	IE: 480320853.02-04	
Proc. S. Passivo:	Rinaldo Maciel de Freitas	
Origem:	DF/Uberlândia	

Voto proferido pelo Conselheiro Marco Túlio da Silva, nos termos do art. 53 do Regimento Interno do CC/MG.

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

A autuação versa sobre as seguintes irregularidades imputadas à Autuada relativas ao período de 01/01/11 a 31/12/11:

- redução indevida da base de cálculo do ICMS, prevista no item 9 c/c a Parte 2 do Anexo IV do RICMS/02, em operações com o CFOP 5152 – transferência de mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros, não elencadas na referida Parte 2;

- redução indevida da base de cálculo do ICMS, prevista no item 9 c/c a Parte 2 do Anexo IV do RICMS/02, em operações internas com mercadorias não elencadas na referida Parte 2 e, também em operações interestaduais para as quais não há previsão de aplicação da referida benesse;

- descaracterização da suspensão do imposto, nos termos do item 1.1, Anexo III do RICMS/02, nas remessas de mercadorias para industrialização (CFOP 5924 – remessa para industrialização por conta e ordem do adquirente da mercadoria, quando esta não transitar pelo estabelecimento do adquirente – CST 50 – suspensão), tendo em vista a falta de retorno no prazo regulamentar;

- falta de recolhimento de ICMS em relação às operações com CFOP 5922 (lançamento efetuado a título de simples faturamento decorrente de venda para entrega futura), para as quais não foram localizadas as notas fiscais de venda da mercadoria;

- falta de consignação da base de cálculo do ICMS em notas fiscais e, conseqüentemente, falta do recolhimento do ICMS devido nas operações, emitidas com CST 60 (ICMS cobrado anteriormente por substituição tributária) em operações com mercadoria classificada na NCM/SH 7216.3200, não sujeita ao recolhimento do imposto por substituição tributária (não listada na Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02);

- falta de destaque e recolhimento de ICMS em operações interestaduais, em cujas notas fiscais constou o CFOP 6403 (venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária) e CST 060 (ICMS cobrado anteriormente por substituição tributária);

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- aplicação incorreta da alíquota do ICMS nas saídas de mercadorias destinadas a não-contribuintes (isentos e construtoras), em operações interestaduais.

Segundo a Fiscalização, as exigências correspondem ao ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, da Lei nº 6.763/75, e da Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso VI da citada lei c/c o art. 215, inciso VI, alínea “f” do RICMS/02.

Contudo, não obstante estar capitulada no Auto de Infração – AI a Penalidade Isolada retro, verifica-se que os valores a ela referentes não constam do Demonstrativo do Crédito Tributário de fls. 05/07 e no Demonstrativo de Correção Monetária e Multas – DCMM (fls. 127), portanto referida penalidade não foi exigida nestes autos.

O voto vencedor entendeu, enquanto prejudicial de mérito, por reconhecer a decadência do direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário relativo as exigências anteriores a 29/12/11, com base no que dispõe o art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional - CTN.

Entretanto, entendo que no caso não há de se falar em decadência ao direito de lançar, relativamente aos fatos geradores anteriores a 25/10/11, com aplicação do disposto no §4º do art. 150 do CTN.

Conforme estabelece o mencionado dispositivo, se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos contados da ocorrência do fato gerador, e expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública tenha se pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito tributário.

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 este E. Conselho tem decidido reiteradamente que a decadência é regida pelo art. 173, inciso I do CTN, no qual consta que o prazo de 5 (cinco) anos conta-se a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Cita-se, a título de exemplo, os Acórdãos nºs 3.742/11/CE, 3.709/11/CE, 3.907/12/CE, 20.425/11/1ª, 20.637/11/1ª e 19.626/10/3ª.

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

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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. (76977 RS 2011/0191109-3, RELATOR: MINISTRO HUMBERTO MARTINS, DATA DE JULGAMENTO: 12/04/2012, T2 - SEGUNDA TURMA).

Dessa forma, o prazo para a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário relativo ao exercício de 2011 somente expirou em 31/12/16, conforme disposto no inciso I do mencionado art. 173, não ocorrendo a decadência relativamente ao crédito tributário exigido, uma vez que a intimação do Auto de Infração em discussão ocorreu em 29/12/16.

Portanto, pelos fatos e fundamentos expostos, voto, quanto à prejudicial de mérito, por não reconhecer a decadência e, no mérito propriamente dito, pela procedência do lançamento.

Sala das Sessões, 18 de outubro de 2017.

Marco Túlio da Silva
Conselheiro