

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 17.578/07/2^a Rito: Ordinário

Agravo/Impugnação: 40.030119440-58 (Aut.); 40.030119441-39 (Coob/Multiserv); 40.010117075-34 (Aut.); 40.010117074-61 (Coob/Usiminas); 40.010117076-15 (Coob/Multiserv)

Agravante/Impugnante: Sobremetal Recuperação de Metais Ltda (Aut.); Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais S/A –Usiminas (Coob.); Multiserv Ltda (Coob.)

Proc. S. Passivo: Liliane Neto Barroso/Outros (Aut. e Coob/Multiserv); Lígia Maria Gonçalves Braz Martins/Outro (s) (Coob/Usiminas)

PTA/AI: 01.000151255-62

Inscr. Estadual: 313.169270.02-43 (Aut.); 313.002022.01-20 (Coob/Usiminas); 313.175576.00-00 (Coob/Multiserv)

Origem: DF/Ipatinga

EMENTA

RECURSO DE AGRAVO - PERÍCIA. As perícias requeridas pelas Agravantes revelam-se desnecessárias, por não envolverem questões que requeiram a produção de provas desta natureza, sendo que os elementos constantes dos autos são suficientes para o deslinde das matérias abordadas. Recursos de Agravo não providos. Decisão unânime.

DIFERIMENTO – DESCARACTERIZAÇÃO – ENCERRAMENTO - RESÍDUOS E SUCATAS. Constatada a falta de recolhimento do ICMS, devido à perda do diferimento nas saídas de mercadorias, em retorno de industrialização, sem emissão de notas fiscais autorizadas pelo Fisco Estadual. Infração caracterizada. Legítimas as exigências de ICMS, MR e MI prevista no art. 55, II, da Lei nº 6763/75.

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA – INDUSTRIALIZAÇÃO - RESÍDUOS E SUCATAS. Constatada a falta de recolhimento do ICMS, devido a saídas de mercadorias em retorno de industrialização, sem emissão de notas fiscais autorizadas pelo Fisco Estadual. Infração caracterizada. Corretas as exigências de ICMS, MR e MI prevista no art. 55, II, da Lei nº 6763/75.

Lançamento procedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

Conforme consta do Auto de Infração, a autuação versa sobre a imputação, no período de 01/01/2000 a 30/04/2003, das seguintes irregularidades:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

1 - recebimento de sucata/resíduo sem nota fiscal;

2 - saída/retorno de sucata/resíduo, após processo de industrialização, sem emissão de nota fiscal;

3 - falta de recolhimento do ICMS, em decorrência da perda do diferimento nas saídas/retornos de resíduos/sucatas, após processo de industrialização, sem emissão de nota fiscal, no período de 01/01/2000 a 31/08/2001, nos termos do art. 12, inciso II, do RICMS/96, c/c item 35, do Anexo II, do RICMS/96;

4 - falta de recolhimento do ICMS nas saídas/retornos de resíduos/sucatas, após processo de industrialização, sem emissão de nota fiscal, no período de 01/09/2001 a 30/04/2003.

Exige-se ICMS, MR e MI prevista no art. 55, inciso II, da Lei nº 6763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 974/1.001, requerendo a improcedência do Auto de Infração e juntando os documentos às fls. 1.003/1.047. A taxa de expediente é recolhida, conforme DAE de fls. 1.002.

A Coobrigada/Usiminas também apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 948/960, pedindo pelo cancelamento do Auto de Infração. Faz a juntada dos documentos de fls. 961/971 e do DAE de fls. 972, comprovando o recolhimento da taxa de expediente.

Por sua vez, a Coobrigada/Multiserv também apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 1.049/1.082, requerendo a improcedência do Auto de Infração e juntando os documentos às fls. 1.084/1.131. A taxa de expediente também é recolhida, conforme DAE de fls. 1.083.

O Fisco, em manifestações às fls. 1.136/1.235, refuta as alegações das Impugnantes, requerendo a procedência do lançamento e juntando os documentos de fls. 1.236/1.238.

Intimadas a se manifestarem sobre a juntada de documentos efetuada pelo Fisco, as Impugnantes comparecem aos autos, manifestando-se às fls. 1.252/1.260 e 1.269/1.285.

O Fisco se manifesta somente quanto aos novos argumentos trazidos pela Impugnante/Usiminas, conforme documento às fls. 1.264/1.265.

A Auditoria Fiscal determina a Diligência de fls. 1.286, para abertura de vista dos autos ao Fisco e para que o mesmo se manifeste sobre as peças de defesa juntadas pelas demais Impugnantes.

O Fisco, após ter vista dos referidos documentos, ratifica sua Manifestação Fiscal apresentada anteriormente, conforme documento às fls. 1.288/1.289.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Os pedidos de prova pericial formulados pela Autuada e pela Coobrigada/Multiserv são indeferidos pela Auditoria Fiscal, conforme Despachos às fls. 1.291/1.294.

Inconformada, a Autuada interpõe, tempestivamente, o Recurso de Agravo de fls. 1.297/1.302, juntando os documentos às fls. 1.304/1.341. A taxa de expediente é recolhida, conforme DAE às fls. 1.303.

A Coobrigada/Multiserv também interpõe, tempestivamente, o Recurso de Agravo de fls. 1.342/1.347, juntando os documentos às fls. 1.349/1.392 e recolhendo a taxa de expediente, conforme DAE às fls. 1.348.

A Auditoria Fiscal mantém as decisões anteriores, ficando, por conseguinte, retidos nos autos os Recursos de Agravo e, em parecer de fls. 1403/1411 opina pela procedência do lançamento.

Em sessão realizada em 24/07/07, presidida pelo Conselheiro Luiz Fernando Castro Trópia, nos termos da Portaria nº 04/01, defere-se o pedido de vista formulado pelo Conselheiro Mauro Heleno Galvão, marcando-se a continuação do julgamento para o dia 25/07/07.

Na oportunidade, em preliminar, à unanimidade, deferiu-se o requerimento de juntada de substabelecimento pelo Dr. Gustavo Vas Porto Brechbuhler, bem como, rejeitaram-se as prefaciais argüidas pelas Impugnantes. Também em preliminar, à unanimidade, negou-se provimento aos Agravos Retidos. Ficaram proferidos, desde já, os votos dos Conselheiros João Alberto Vizzotto e Wagner Dias Rabelo, pela procedência do lançamento. Pela Impugnante/Agravante, sustentou oralmente o Dr. Gustavo Vas Porto Brechbuhler e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Francisco de Assis Vasconcelos Barros.

DECISÃO

Os fundamentos expostos no parecer da Auditoria Fiscal foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e por esta razão passam a compor o presente Acórdão, salvo pequenas alterações.

DAS PRELIMINARES

Da Nulidade

As Impugnantes argüem a nulidade do Auto de Infração, alegando que no mesmo foram citados dispositivos legais genéricos e já modificados por legislação posterior, além de não indicar os motivos ou justificativas de se considerar as atividades da Autuada como industrialização, e não prestação de serviços. Alegam ainda que o feito fiscal não contém a relação das notas fiscais de serviço que serviram de base para a autuação. Nesse sentido, o lançamento estaria ferindo os princípios da legalidade e do devido processo legal, cerceando, assim, o direito de ampla defesa.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Não procede a argüição das Impugnantes, pois o Auto de Infração foi lavrado através de procedimento fiscal idôneo e previsto na legislação tributária, sendo composto de diversas planilhas que foram encaminhadas ao contribuinte e foram anexadas às fls. 10/23 dos autos, demonstrando detalhadamente as irregularidades praticadas pela Autuada e a origem das exigências fiscais.

A descrição das irregularidades cometidas consta claramente no campo "Relatório" do Auto de Infração, o mesmo acontecendo com os dispositivos legais relativos às infringências e penalidades, que constam do campo próprio da peça fiscal. O presente lançamento atende a todas as formalidades e requisitos exigidos nos artigos 57 a 59 da CLTA/MG, bem como ao disposto no artigo 142 do CTN.

No tocante à relação de notas fiscais que serviram de base para a exigência do crédito tributário, importante frisar que a fiscalização extraiu a base de cálculo do ICMS das informações prestadas pela Coobrigada/Usiminas, às fls. 60/75, onde a mesma lista os trabalhos executados pela Sobremetal, bem como os números das notas fiscais referentes aos faturamentos efetuados no período, por meio de nota fiscal de serviços. Ademais, as próprias notas fiscais em questão constam dos autos, conforme cópias às fls. 560/943, as quais foram também encaminhadas às Impugnantes, constituindo o Anexo VIII do Auto de Infração.

Com relação ao dispositivo legal modificado por legislação superveniente, ressalte-se que a modificação em nada alterou a essência da penalidade prevista no art. 55, II, da Lei nº 6763/75, sendo observado pelo Fisco, quando da aplicação da multa isolada, o disposto no art. 106 do CTN.

Ainda que se verificasse alguma falha no presente lançamento, cumpre lembrar que a própria CLTA/MG estabelece, em seu art. 60, que possíveis incorreções ou omissões da peça fiscal, não acarretarão sua nulidade, quando nela constarem elementos suficientes para determinar com segurança a natureza da infração argüida.

Ademais, as próprias peças impugnatórias demonstram que não houve qualquer prejuízo ou cerceamento ao amplo direito de defesa das Impugnantes, vez que as mesmas entenderam perfeitamente as imputações fiscais e se defenderam seguramente contra todos os pontos do Auto de Infração.

Nesse sentido, incabível a preliminar argüida, não se vislumbrando qualquer ilegalidade ou nulidade no lançamento fiscal.

Quanto aos Recursos de Agravo retidos nos autos

Os pedidos de prova pericial suscitados pela Autuada e pela Coobrigada (Multiserv) não envolvem questões que requeiram propriamente a produção de prova pericial, vez que os quesitos propostos têm respostas no conjunto probatório já acostado aos autos ou são irrelevantes para o deslinde da questão, não exigindo conhecimento técnico do qual não seja detentor o Órgão Julgador.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Conforme fundamentação constante dos despachos de indeferimento das perícias às fls. 1.291/1.294, os quesitos propostos visam, em última análise, à apuração do montante dos créditos de ICMS que a Autuada teria direito a apropriar, para um possível abatimento no crédito tributário ora exigido.

Entretanto, o feito fiscal em nenhum momento discute a apropriação de créditos do imposto, já que os mesmos não foram escriturados. O direito ao aproveitamento do crédito porventura existente e não apropriado na época oportuna, pode ser exercido pela Autuada no prazo de 5 (cinco) anos, contados da data de emissão do documento fiscal, nos termos dos §§ 2º e 3º do art. 67, do RICMS/02, observadas as restrições previstas no art. 70 do mesmo diploma legal.

Diante do exposto, os quesitos propostos revelam-se desnecessários para elucidação da questão ou são supríveis por outras provas constantes dos autos.

DO MÉRITO

Inicialmente esclareça-se que não procede o argumento das Impugnantes ao alegarem que o crédito tributário relativo ao período compreendido entre janeiro e outubro de 2000 já se encontraria decaído no momento da intimação do Auto de Infração.

Conforme estabelece o § 4º, do art. 150 do CTN, 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, inexistindo lançamento, ou na hipótese da constatação de dolo, fraude ou simulação, o direito da Fazenda Pública de exigir o crédito tributário obedece à regra estatuída no inciso I do art. 173 do CTN.

Depreende-se que a regra do citado art. 150 do CTN refere-se àqueles valores oferecidos à tributação, isto é, lançados, e não àqueles que ficaram à margem do lançamento.

Assim, no presente caso não se aplica a regra prevista no § 4º, do art. 150 do CTN, eis que as irregularidades apontadas dizem respeito à falta de recolhimento ou recolhimento a menor do imposto, não havendo que se falar em homologação de ato que tem por propósito diminuir ou anular a obrigação tributária principal ou de ato inexistente.

Ausente a antecipação do pagamento a que se refere o art. 150 do CTN, o lançamento por homologação não se aperfeiçoa, dando lugar ao lançamento de ofício. Assim sendo, infere-se que o direito do Fisco, *in casu*, está circunscrito à regra geral estabelecida pelo art. 173 do CTN.

Dessa forma, o prazo para a Fazenda Pública estadual constituir o crédito tributário relativo ao exercício de 2000 somente expirou em 31/12/2005, conforme o

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

inciso I, do art. 173 do CTN, não ocorrendo a decadência relativamente ao crédito tributário exigido, uma vez que as Impugnantes foram regularmente intimadas da lavratura do Auto de Infração em 25 de novembro de 2005 (fls. 944/946) .

As Coobrigadas (Usiminas e Multiserv) pedem sua exclusão do pólo passivo da obrigação tributária, por entenderem que não há motivo ou justificativa para tal inclusão, além de não se enquadrarem no disposto no art. 21, XII da Lei nº 6763/75 ou na regra inserida no art. 128 do CTN.

Entretanto, a legislação que rege a matéria é clara quanto à caracterização da obrigação solidária das Coobrigadas, conforme dispositivos do CTN:

Art. 124 - São solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único - A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem. (g.n.)

Nesse sentido, a Lei nº 6763/75 dispõe:

Art. 21 - São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

VII - a pessoa que, a qualquer título, recebe, dá entrada ou mantém em estoque mercadoria sua ou de terceiro, desacombertada de documento fiscal;

(...)

XII - qualquer pessoa pelo recolhimento do imposto e acréscimos legais devidos por contribuinte ou responsável, quando os atos ou as omissões daquela concorrerem para o não-recolhimento do tributo por estes. (g.n.)

Depreende-se dos dispositivos legais acima citados, que a solidariedade imputada às Coobrigadas está amparada no art. 124, I e II do CTN e art. 21, VII e XII da Lei nº 6763/75, pois as mesmas possuem interesse comum na situação que constituiu o fato gerador da obrigação principal. No que tange especificamente à Coobrigada Usiminas, esta ainda figura como destinatária das mercadorias recebidas sem documentação fiscal, estando, portanto, expressamente designada por lei.

A Coobrigada/Usiminas ainda concorreu para o não recolhimento do tributo, nos termos do inciso XII do art. 21 acima citado, uma vez que a mesma não emitiu notas fiscais nas remessas das mercadorias para a industrialização no estabelecimento da

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Autuada. Tal omissão impossibilitou a emissão das notas fiscais, pela Autuada, nos retornos das mercadorias após a industrialização.

No tocante à responsabilidade tributária da Coobrigada/Multiserv, também decorre do artigo 21, XII da Lei 6.763/75, tendo em vista que a referida Coobrigada também concorreu para o não recolhimento do tributo, ao dar continuidade ao escopo contratual firmado entre a USIMINAS e a Sobremetal, realizando as mesmas atividades da Autuada a partir de abril de 2003, de acordo com os contratos de fls. 86/126, e segundo esclarecimentos do Fisco às fls. 1.202/1.207.

Acrescente-se que a empresa autuada (Sobremetal) encerrou irregularmente suas atividades em abril de 2003, conforme relatório de diligência às fls.25/28, e que a empresa Multiserv, ora Coobrigada, foi estabelecida no mesmo endereço da Autuada.

Importante destacar, ainda, que a Multiserv é sócia majoritária da Autuada (Sobremetal), conforme comprovam as cópias de consultas do SICAF e Sintegra às fls. 127/134 dos autos.

Nesse sentido, vale ressaltar que a Superintendência do Crédito Tributário, visando resguardar o efetivo recebimento do crédito tributário, em casos de encerramento irregular de atividades, expediu a Instrução Normativa SCT nº 001/2006, transcrita na íntegra pelo Fisco às fls. 1.204/1.206, da qual destaca-se:

INSTRUÇÃO NORMATIVA SCT Nº. 001, DE 03 DE
FEVEREIRO DE 2006

(MG de 07/02/2006)

Dispõe sobre procedimentos relativos à formalização de crédito tributário de **contribuinte cujas atividades foram encerradas irregularmente**; disciplina os meios de prova da realização da cobrança administrativa e padroniza procedimentos relacionados ao contencioso administrativo fiscal.

(...)

Art.3º A formalização de crédito tributário, mediante Auto de Infração (AI) e Notificação de Lançamento (NL), **de responsabilidade de contribuinte que desapareceu ou não mais exerce suas atividades no endereço** por ele indicado, será antecedida do cancelamento da inscrição estadual respectiva, de acordo com a norma prevista no art. 108, alíneas "b" e "c" do inciso II do Regulamento do ICMS (RICMS), aprovado pelo Decreto nº. 43.080, de 13 de dezembro de 2002, na forma do § 3º do referido artigo, observando-se, ainda, o seguinte:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

I - os sócios-gerentes, diretores ou administradores serão identificados no AI ou na NL na condição de coobrigados pelo crédito tributário;

Assim sendo, o procedimento do Fisco, ao incluir a Coobrigada/Multiserv como responsável solidária pelo lançamento, está respaldado na Lei 6.763/75 e na Instrução Normativa SCT nº 001/2006.

Versa o presente Auto de Infração sobre a constatação, no período de 01/01/2000 a 30/04/2003, das seguintes irregularidades: recebimento de sucata/resíduo sem nota fiscal; saída em retorno de sucata/resíduo, após processo de industrialização, sem emissão de nota fiscal; falta de recolhimento do ICMS, em decorrência da perda do diferimento nas saídas em retorno de resíduos/sucatas, após processo de industrialização, sem emissão de nota fiscal, no período de 01/01/2000 a 31/08/2001 e falta de recolhimento do ICMS nas saídas em retorno de resíduos/sucatas, após processo de industrialização, sem emissão de nota fiscal, no período de 01/09/2001 a 30/04/2003.

Para apuração das irregularidades acima descritas, o Fisco utilizou-se da análise dos contratos firmados entre a Autuada e a contratante (Usiminas), das respostas às intimações expedidas às Impugnantes e de diligências realizadas nos locais onde eram realizadas as atividades em questão. Assim, constatou que na realidade eram realizadas operações de industrialização de resíduos e sucatas (recuperação de metálicos), tributadas pelo ICMS, e não prestações de serviços tributadas pelo imposto municipal.

As notas fiscais de prestações de serviços emitidas pela Autuada foram utilizadas para apuração da base de cálculo do ICMS, conforme valores discriminados na planilha de fls. 10/20 e o demonstrativo do crédito tributário está discriminado às fls. 21/23. As cópias das respectivas notas se encontram nos autos às fls. 560/943.

O Fisco juntou aos autos os relatórios de diligências e intimações efetuadas durante o desenvolvimento do feito fiscal (fls. 24/85) e os contratos de industrialização firmados pela Autuada e pela Multiserv com a Usiminas, conforme documentos às fls. 104/126.

O procedimento fiscal encontra amparo na legislação tributária, sobretudo no art. 194, incisos I e VII, do RICMS de 1996 e 2002, que dispõe:

Art. 194 - Para apuração das operações ou das prestações realizadas pelo sujeito passivo, o Fisco poderá utilizar quaisquer procedimentos tecnicamente idôneos, tais como:

I - análise da escrita comercial e fiscal e de documentos fiscais e subsidiários;

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

VII - exame dos elementos de declaração ou de contrato firmado pelo sujeito passivo, nos quais conste a existência de mercadoria ou serviço suscetíveis de se constituírem em objeto de operação ou prestação tributáveis.

No tocante aos argumentos expostos pelas Impugnantes, relativamente ao mérito do trabalho fiscal, propriamente dito, o Fisco refuta de forma detalhada e com muita propriedade as alegações de defesa de cada Impugnante.

Em relação às alegações de que as multas aplicadas teriam caráter confiscatório, saliente-se que não cabe tal discussão, neste foro, tendo em vista que os percentuais utilizados estão previstos na Lei nº 6.763/75 e considerando, ainda, a regra prevista no art. 88, inciso I da CLTA/MG que limita a competência desta Casa.

Quanto à solicitação de acionamento do permissivo legal, ressalte-se que nos termos do artigo 53, § 5º, da Lei n.º 6.763/75, seu acionamento para redução ou cancelamento da penalidade prevista no art. 55, II, da referida lei mostra-se inviável, haja vista que a prática das irregularidades em exame resultaram em falta de pagamento do tributo.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CCMG, dando prosseguimento ao julgamento iniciado em 24/07/07, nos termos da Portaria 04/2001, no mérito, pelo voto de qualidade, em julgar procedente o lançamento. Vencidos, em parte, os Conselheiros Mauro Heleno Galvão e Wagner Dias Rabelo, que o julgavam parcialmente procedente para aplicar a multa isolada capitulada no art. 55, II "a", da Lei 6763/75, ao invés daquela capitulada no art. 55, II, do mesmo diploma legal. Na oportunidade, reformulou seu voto o Conselheiro Wagner Dias Rabelo.

Sala das Sessões, 25/07/07.

Luiz Fernando Castro Trópia
Presidente/Revisor

João Alberto Vizzotto
Relator

JAV/EJ

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 17.578/07/2ª Rito: Ordinário

Agravo/Impugnação: 40.030119440-58 (Aut.); 40.030119441-39 (Coob/Multiserv); 40.010117075-34 (Aut.); 40.010117074-61 (Coob/Usiminas); 40.010117076-15 (Coob/Multiserv)

Agravante/Impugnante: Sobremetal Recuperação de Metais Ltda (Aut.); Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais S/A –Usiminas (Coob.); Multiserv Ltda (Coob.)

Proc. S. Passivo: Liliane Neto Barroso/Outros (Aut. e Coob/Multiserv); Lígia Maria Gonçalves Braz Martins/Outro (s) (Coob/Usiminas)

PTA/AI: 01.000151255-62

Inscr. Estadual: 313.169270.02-43 (Aut.); 313.002022.01-20 (Coob/Usiminas); 313.175576.00-00 (Coob/Multiserv)

Origem: DF/Ipatinga

Voto proferido pelo Conselheiro Wagner Dias Rabelo, nos termos do art. 43 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.

Ultrapassada a questão do Agravo retido nos autos, quando foi mantida pela Câmara a decisão que indeferiu a realização de prova pericial, passamos então a discutir o mérito do feito fiscal, o qual está por exigir o crédito tributário relativo ao ICMS que teria deixado de ser recolhido no período de 01/01/2000 a 31/12/2000, face ao entendimento da Autuada e coobrigados de que na operação, que a anos vem sendo realizada pela empresa SOBREMETAL – RECUPERAÇÃO DE METAIS LTDA., deva recair a incidência do ISS e não do imposto que ora está sendo exigido.

Para iniciarmos a discussão sobre o assunto, necessário se faz a transcrição, na íntegra, das acusações constantes no presente AI, senão vejamos:

“1 - Período fiscalizado: 01/01/2000 a 31/12/2004;

2 – Trabalho realizado: Verificação das operações de saída/retorno de resíduos /sucata, recebidos da Acesita e submetidos a processo Acesita de industrialização pela Sobremetal NA ÁREA INTERNA DO REMETENTE em decorrência de contrato;

1- irregularidades apuradas:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

2- Saída/retorno de sucata/resíduo, após processo de industrialização sem emissão de nota fiscal;

3- Falta de recolhimento do ICMS, em decorrência da perda do diferimento nas saídas/retornos de resíduos/sucatas, após processo de industrialização sem emissão de nota fiscal, no período de 01/01/2000 a 31/08/2001, nos termos do art. 12, ii, do Decreto 38.104/96, c/c item 35 do Anexo II do RICMS/96;

4- Falta de recolhimento do ICMS nas saídas/retornos de resíduos/sucatas, após o processo de industrialização, sem emissão de nota fiscal no período de 01/09/2001 a 30/12/2004.”

Ainda dentro de fatos importantes a serem mencionados, temos que a Autuada passou as seguintes informações acerca do contrato firmado entre ela e a coobrigada USIMINAS:

“ O aludido objeto do contrato é apenas o serviço de corte, recuperação e prensagem de sucata que, ressalta-se, em todos os momentos permaneceu na esfera de propriedade da USIMINAS. Sempre restou a impugnante a obrigação de fazer (cortar, movimentar, separar) e não de entregar (dar) determinado bem ou produto a quem quer que seja. Ressalta-se que obrigação esta era exercida no próprio pátio da USIMINAS, não havendo qualquer circulação, seja jurídica, seja física, de “mercadorias”, tampouco transferência de titularidade de bens”.

“Também não há de se alegar que a atividade exercida por essa empresa seria fato gerador do ICMS até 2003, ano em que ocorreu a publicação da Lei Complementar n 116, a qual, em sua lista anexa, no subitem 7.09, contempla a atividade desenvolvida pela Sobremetal. A simples edição de lei, não há de alterar a natureza intrínseca de uma atividade exercida, portanto, a imposição de imposto incidente sobre essa atividade sempre foi de competência municipal, mas somente após o advento da mencionada lei que essa incidência foi regulamentada”.

Dentro das informações que foram passadas, extraí-se, num primeiro plano, o fato da Autuada estar constituída de fato nas dependências da contratante, USIMINAS, mas não de direito, como prevê a legislação federal de regência que trata do assunto. Na época dos fatos, que deu origem ao AI, vigorava a Instrução Normativa 568/05, que assim dispunha em seus artigos 10 a 12:

“Da obrigatoriedade da inscrição

“Art. 10. As entidades domiciliadas no Brasil, inclusive as pessoas jurídicas por equiparação, estão obrigadas a inscreverem no CNPJ, antes de iniciarem suas atividades, todos os seus estabelecimentos localizados no Brasil ou no exterior. (grifo e negrito nosso)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 1º Para efeitos de CNPJ, estabelecimento é o local, privado ou público, edificado ou não, móvel ou imóvel, próprio ou de terceiro, em que a entidade exerça, em caráter temporário ou permanente, suas atividades, inclusive as atividades auxiliares constantes do Anexo III, bem assim onde se encontrem armazenadas mercadorias . (grifo nosso)

2º Consideram-se estabelecimentos, para fins do disposto neste artigo, as plataformas de produção e armazenamento de petróleo e gás natural, ainda que estejam em construção.

§ 3º No caso das plataformas de produção e armazenamento de petróleo e gás natural de que trata o § 2º, o endereço a ser informado ao CNPJ será o do estabelecimento da pessoa jurídica proprietária ou arrendatária da plataforma, em terra firme, cuja localização seja a mais próxima.

Art. 11. São também obrigados a se inscrever no CNPJ:

I - órgãos públicos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Poderes Executivo e Legislativo dos Municípios, desde que se constituam em unidades gestoras de orçamento;

II - condomínios edilícios sujeitos à incidência, à apuração ou ao recolhimento de tributos federais ou contribuições previdenciárias;

III - consórcios e grupos de sociedades, constituídos na forma dos arts. 265 e 278 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976;

IV - consórcios de empregadores;

V - clubes de investimento registrados em Bolsa de Valores, segundo as normas fixadas pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) ou pelo Banco Central do Brasil (Bacen);

VI - fundos de investimento imobiliário;

VII - fundos mútuos de investimento mobiliário, sujeitos às normas do Bacen ou da CVM;

VIII - embaixadas, missões, delegações permanentes, consulados-gerais, consulados, vice-consulados, consulados honorários e as unidades específicas do Governo brasileiro no exterior;

IX - representações permanentes de organizações internacionais;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

X - serviços notariais e registrais (cartórios), de que trata a Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973;

XI - fundos públicos de natureza meramente contábil;

XII - candidatos a cargos políticos eletivos, nos termos de legislação específica;

XIII - incorporação imobiliária objeto de opção pelo Regime Especial de Tributação (RET) de que trata a Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004; e

XIV - pessoas jurídicas domiciliadas no exterior que no País:

a) possuam:

1. imóveis;
2. veículos;
3. embarcações;
4. aeronaves;
5. participações societárias;
6. contas-correntes bancárias;
7. aplicações no mercado financeiro;
8. aplicações no mercado de capitais;
9. bens intangíveis com prazo de pagamento superior a 360 dias; e
10. financiamentos.

b) pratiquem:

1. importação financiada;
2. arrendamento mercantil externo ("leasing");
3. arrendamento simples, aluguel de equipamentos e afretamento de embarcações;
4. importação de bens sem cobertura cambial, destinados à integralização de capital de empresas brasileiras;
5. empréstimos em moeda concedidos a residentes no País;
6. investimentos;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

7. outras operações estabelecidas e disciplinadas pelo Coordenador-Geral da Corat.

XV - produtores rurais, observado o disposto no § 6º.

XVI - outras entidades econômicas de interesse dos órgãos convenientes.

Parágrafo 6º - É facultado à pessoa jurídica requerer a unificação de inscrição, desde que localizados no mesmo município para (grifo nosso):

I - o estabelecimento e suas dependências externas de natureza meramente administrativas;

II - a agência bancária e seus postos ou subagências;

III - o estabelecimento de concessionária ou permissionária de serviço público e seus postos de serviços”.

Assim, não pode prosperar a alegação da Autuada de que o produto sobre o qual foi realizado o serviço não circulou, e que a sua posse teria permanecido com a contratada, USIMINAS, pelo simples fato dela, Autuada, não possuir estabelecimento no local em que esse foi executado, o que em sentido contrário ensejaria a incidência do ICMS. De forma oposta ao entendimento da Autuada, vê-se que a mesma possui estabelecimento de fato nas dependências da contratante, e que a decisão de não legalizá-lo, conforme prevê a legislação pertinente, é de sua única e total responsabilidade. Portanto, a falta de registro do mesmo nos órgãos competentes não exime a Autuada de sua condição de contribuinte do ISS, perante a prefeitura do local de execução do serviço, no caso dessa estar sendo contratada para uma “*obrigação de fazer*” (desde que o serviço em questão esteja contido na lista de serviços da LC 116/03, é claro) ou do ICMS, no caso dessa estar sendo contratada para uma “*obrigação entregar (dar) determinado bem ou produto a quem quer que seja*”, (quando a operação estiver compreendida no campo de incidência desse imposto, é claro).

Na seqüência dos fatos, caminhando para o cerne da questão propriamente dito, temos que a operação, como a que se discute nos autos, poderá até vir a ser apreciada no âmbito do subitem 7.09 da Lei Complementar 116/03, como quer fazer entender a Autuada, mas o que se verá no bojo da operação em comento é que essa vai estar, de fato, compreendida no universo do subitem 14.05 da referida Lei, senão vejamos:

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Subitem 7.09 – *Varição, coleta, remoção, incineração, tratamento, reciclagem, separação e destinação final de lixo, rejeitos e outros resíduos quaisquer.*

A primeira avaliação a ser feita diz respeito a abrangência do item 7, que é gênero, o qual alcança todo e qualquer serviço dos segmentos nele especificados. Em consequência disso, o item 7.09, que é espécie, desse, também terá que se referir, necessariamente, a serviço contemplado no gênero em questão.

Assim sendo, na visão desse conselheiro, já podemos afastar, de imediato, a aplicação do subitem 7.09 nas operações ora autuadas, por não se referirem a serviços dos segmentos contemplados no âmbito do item 7.

Porém, mesmo que se tenha entendimento contrário, ou seja, de que o subitem 7.09 é de fato aplicável às operações realizadas pela Autuada, vamos ver que as situações previstas no referido subitem não abraçariam tais operações, a uma por este contemplar os materiais, “*lixo, rejeitos e outros resíduos quaisquer*”, que nada tem haver com o material “*sucata*”, que é cortado, recuperado e prensado pela Autuada, e a duas porque dentro das características desses materiais todos os serviços previstos no subitem 7.09 que vierem a ser realizados sobre os mesmos deverão ter como propósito o seu descarte final, implicando, desta forma, em materiais inservíveis, sem qualquer valor comercial. (encerramento do ciclo econômico).

Nessa mesma linha de entendimento, a “*escória*” originária do alto forno, que de forma inerente ao processo de produção do metal, na condição de um subproduto, irá sobrenadá-lo, para em seguida ser retirada do mesmo mediante processo de raspagem (esquimagem), também não poderá ser considerada como “*rejeito ou resíduo*” do item 7.09, já que, na seqüência dos fatos, essa “*escória*” irá passar por uma etapa de industrialização (certamente, a que também é realizada pela SOBREMÉTAL) para o aproveitamento do metal nela impregnado, quando retornará ao processo industrial da empresa siderúrgica. Já o restante (sobra) da escória (resíduo sem a presença do metal) é cada vez mais frequente a sua utilização como matéria-prima no processo industrial de outros segmentos, o que acaba por gerar um valor econômico para o mesmo, embora o seu descarte final, na condição de inservível, economicamente falando, não tenha o condão de alterar o status tributário da operação, por ser essa, em qualquer circunstância, uma industrialização.

Para reforçar ainda mais o entendimento de que deverá ser aplicado o subitem 14.05 e não o subitem 7.09, estando, portanto, diante de uma “*industrialização*”, sujeita ao ICMS e não de um “*serviço*”, sujeito ao ISS, passamos a descrever o que segue, sem não antes transcrever o item 72 da lista de serviços, aprovada pela Lei Complementar 56/87, o qual foi sucedido pelo subitem 14.05, da LC 116/03, em vigor a partir de janeiro/04:

Item 72 – *Recondicionamento, acondicionamento, pintura, beneficiamento, lavagem, secagem, tingimento, galvanoplastia, anodização, corte, recorte, polimento, plastificação e congêneres de objetos não destinados à industrialização ou comercialização.* (grifo e negrito nossos)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Veja que o legislador, para não deixar qualquer dúvida a respeito, achou por bem frisar no final do item que o ISS somente deveria incidir naqueles casos em que o produto resultante do serviço não se destinasse à industrialização ou comercialização do encomendante, situação em que incidiria o ICMS.

Essa preocupação deixou de existir quando da edição da LC 116/03, mais precisamente no subitem 14.05, por motivos que serão esposados a seguir, senão veja-se:

“Item 14 – Serviços relativos a bem de terceiros”.

“subitem 14.05 – Restauração, recondicionamento, acondicionamento, pintura, beneficiamento, lavagem, secagem, tingimento, galvanoplastia, anodização, corte, recorte, polimento, pastificação e congêneres, de objetos quaisquer”.

Apesar de suprimida do texto do subitem 14.05 a expressão “de objetos não destinados à industrialização ou comercialização”, veja que ela é, de fato, desnecessária no momento que, dentro de uma lógica razoável, não faz qualquer sentido gravar entre uma etapa e outra de um processo industrial, sujeito à incidência de impostos não cumulativos, no caso o ICMS e o IPI, a incidência de um imposto cumulativo, no caso o ISS, que, nessas condições, se transformará em um custo real para o industrial, e, em consequência, para o seu cliente.

Por todo o exposto, deve-se entender que as operações praticadas pela Autuada e contempladas no contrato firmado entre essa e a contratante, no caso a USIMINAS, se sujeitam, de fato, à incidência do ICMS, com respaldo do subitem 14.05, e não ao ISS, previsto no subitem 7.09. No caso em tela, a USIMINAS incrementará o seu processo produtivo com os produtos originários das operações realizadas pela Autuada.

Quanto à cobrança da MI, a sua capitulação correta é o art. 55, II , “a”, e não 55, II , ambos da Lei 6.763/75, uma vez que na ótica na Autuada as suas operações se sujeitam à incidência do ISS e não do ICMS, razão pela qual somos levados ao entendimento de que todo o trabalho fiscal teve origem na documentação legal e regular da mesma, sendo cabível, portanto, a redução dessa multa de 40% para 20%.

Diante disso, julgo parcialmente procedente o lançamento.

Sala das Sessões, 25/07/07.

Wagner Dias Rabelo
Conselheiro

WDR/EJ