

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.356/12/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000166815-07
Impugnação: 40.010128563-55
Autuada: Perfição Indústria e Comércio S.A.
IE: 186271621.00-15
Proc. S. Passivo: Rodrigo de Castro Lucas/Outro (s)
Origem: DF/Contagem

EMENTA

SUSPENSÃO - DESCARACTERIZAÇÃO - FALTA DE RETORNO NO PRAZO - INDUSTRIALIZAÇÃO. Constatada a remessa de mercadoria para industrialização, sem retorno no prazo regulamentar. Descaracterizada a suspensão nos termos do item 1, subitem 1.1, Anexo III do RICMS/02. Exigências de ICMS e Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75. Acolhimento parcial das razões da Autuada para manter as exigências apenas em relação à nota fiscal cuja primeira via não foi entregue ao Fisco. Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a remessa de mercadorias para industrialização, no período de 01/01/05 a 31/12/09, sem retorno no prazo regulamentar, nos termos do item 1, subitem 1.1, Anexo III do RICMS/02, descaracterizando a suspensão do imposto.

Exigências de ICMS e Multa de Revalidação prevista no inciso II do art. 56 da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 217/234, acompanhada dos documentos de fls. 236/455.

Às fls. 457/468, o Fisco promove a 1ª rerratificação do crédito tributário.

Aberta vista para a Autuada (fls. 469/470), ela se manifesta às fls. 471/472 e apresenta os documentos de fls. 473/474. O Fisco se manifesta a respeito (fls. 476/489).

A 1ª Câmara de Julgamento determina a realização de diligência de fls. 493, que resulta na juntada de documentos de fls. 495/506.

A Autuada adita a impugnação às fls. 507/508, 524/528 e 701/705 e anexa aos autos, respectivamente, os documentos de fls. 509/516, 529/679 e 706/720. O Fisco se manifesta às fls. 517/520 e 681/693.

Às fls. 722/739, o Fisco promove a 2ª rerratificação do crédito tributário. A Autuada se manifesta a respeito (fls. 743/744).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O Fisco novamente se manifesta às fls.747/762, pedindo a procedência parcial do lançamento, conforme reformulação efetuada às fls. 722/725.

DECISÃO

Da Preliminar

Apesar de ter citado no item “III.2. DO MÉRITO”, a Autuada alega a preliminar de cerceamento do direito de defesa, expressamente, às fls. 226, ao afirmar, no segundo parágrafo:

“PARA ILUSTRAR A FALTA DE ZELO DO TRABALHO FISCAL, CITE-SE, EXEMPLIFICATIVAMENTE, QUE DESDE O DIA 22.4.2010, CONFORME FAZ PROVA O TERMO DE RETENÇÃO DE LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS (DOC. Nº 3), LAVRADO PELO MESMO FISCAL QUE ASSINA O AUTO DE INFRAÇÃO COMBATIDO, AS NOTAS FISCAIS FATURA DA EMPRESA PERFINAÇÃO SERVIÇOS GERAIS EM AÇO LTDA., RELATIVAS AOS PERÍODOS DE JULHO A DEZEMBRO DE 2005 E JANEIRO A NOVEMBRO DE 2008, ENCONTRAM-SE EM PODER DA FISCALIZAÇÃO ESTADUAL.” (grifou-se)

A arguição de cerceamento de defesa foi analisada pela 1ª Câmara Julgamento deste Conselho de Contribuintes que, na diligência de fls. 493 determinou ao Fisco, entre outras providências, que comprovasse a devolução ou devolvesse à Autuada os originais ou as cópias autenticadas dos documentos reclamados.

O Fisco prestou os esclarecimentos de fls. 495 e juntou, às fls. 496/516 os comprovantes de devolução dos documentos reclamados. Portanto, a nulidade foi sanada e o contraditório e a ampla defesa puderam ser exercidos plenamente pela Autuada.

Rejeita-se, assim, a prefacial arguida.

Do Mérito

Versa o presente feito sobre a constatação de utilização indevida do instituto da suspensão, no período de 01/01/05 a 31/12/09, pois a Autuada remeteu mercadorias para industrialização, mas não comprovou o retorno delas no prazo regulamentar. Dessa forma, ela infringiu o item 1, subitem 1.1, Anexo III do RICMS/02.

A Autuada alega que ocorreu a decadência da Fazenda Pública Estadual para constituir o crédito tributário, nos termos do art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional (CTN), relativa aos meses de fevereiro, março, julho e setembro de 2005, pois o Auto de Infração (AI) de fls. 02/04 só foi recebido em 22/10/10 (fls. 04).

Cita a seu favor doutrinas e jurisprudência, todas no sentido de que o Estado deve constituir o crédito tributário “5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato julgador”. Porém, o argumento da Autuada é improcedente, pelas razões a seguir.

Ao lançamento de ofício, como é o caso dos autos, aplica-se o prazo decadencial de cinco anos, com a forma de contagem fixada no art. 173, I do CTN, conforme reiteradamente tem decidido este Conselho de Contribuintes.

Sobre o tema, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em decisão de 15/03/07, confirmou tal posição, no seguinte acórdão:

DIREITO TRIBUTÁRIO. PRAZO DECADENCIAL. CONVÊNIO 69/1998. ICMS/COMUNICAÇÃO. BASE DE CÁLCULO. ILEGALIDADE. CDA. PRESUNÇÃO RELATIVA DE CERTEZA E LIQUIDEZ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. EXECUÇÃO EMBARGADA. ART. 20, § 4.º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. NÃO HAVENDO PAGAMENTO DO TRIBUTO OU NÃO CARACTERIZANDO A HIPÓTESE DE HOMOLOGAÇÃO EXPRESSA OU TÁCITA PELA FAZENDA PÚBLICA DO LANÇAMENTO, NÃO SE APLICA O DISPOSTO NO ART. 150, § 4º, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL EM RELAÇÃO À DECADÊNCIA. INCIDE, NESTA SITUAÇÃO, A REGRA GERAL ESTABELECIDADA PELO ART. 173, INC. I, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, CONFORME A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (...). TJMG – PROC. N.º 1.0024.05.692077-0/001(1); RELATORA DESEMBARGADORA MARIA ELZA; PUB. 30/03/2007.

Naquela decisão, ao analisar exigência sobre serviço preparatório (de comunicação) não levado à tributação pelo ICMS (tributado pelo ISS), em que o contribuinte recolheu o saldo devedor mensal apurado, como na situação em análise, entenderam os julgadores que, não havendo o pagamento sobre aquela parcela, não existe homologação, mas lançamento de ofício, com a aplicação do art. 173, I do CTN.

No mesmo sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça ao apreciar o Recurso Especial nº 448.416-SP, de relatoria do Ministro Otávio Noronha:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ICMS. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA. ARTS. 150, § 4º, E 173, I, DO CTN.

1. NA HIPÓTESE EM QUE O RECOLHIMENTO DOS TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO OCORRE EM DESCONFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL E, POR CONSEQUENTE, PROCEDE-SE AO LANÇAMENTO DE OFÍCIO (CTN, ART. 149), O PRAZO DECADENCIAL DE 5 (CINCO) ANOS, NOS TERMOS DO ART. 173, I, DO CTN, TEM INÍCIO NO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE ESSE LANÇAMENTO (DE OFÍCIO) PODERIA HAVER SIDO REALIZADO.

Aspecto interessante a anotar refere-se à fundamentação do *decisum*. Após abordar as hipóteses vinculadas ao §4º do art. 150, o ilustre relator assim se posicionou:

OUTRA HIPÓTESE, ENTRETANTO, É AQUELA EM QUE O SUJEITO PASSIVO NÃO CUMPRE, OU CUMPRE DE MODO DIVERSO, COM SUAS OBRIGAÇÕES. ASSIM OCORRENDO, A ATIVIDADE A SER PRATICADA PELO FISCO NÃO PODERÁ SER CARACTERIZADA COMO MERA HOMOLOGAÇÃO, JÁ QUE ESTA PRESSUPÕE A EXISTÊNCIA DAS PROVIDÊNCIAS ADOTADAS PELO CONTRIBUINTE PASSÍVEIS DE CONFIRMAÇÃO PELA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. NESSE CASO, CABE AO FISCO, NA FORMA ESTABELECIDADA PELO ART. 149 DO CTN, PROCEDER AO LANÇAMENTO DE OFÍCIO, QUE É EXECUTADO TAMBÉM NOS CASOS DE OMISSÃO OU INEXATIDÃO DO SUJEITO PASSIVO NO CUMPRIMENTO DOS DEVERES QUE LHE FORAM LEGALMENTE

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ATRIBUÍDOS. COM EFEITO, EM TAIS CASOS, NÃO HÁ O QUE SE HOMOLOGAR.

Em decisão recente, datada de 19/10/10, o STJ voltou a se manifestar pela aplicabilidade no art. 173, 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,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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)."

OS SRS. MINISTROS HERMAN BENJAMIN, MAURO CAMPBELL MARQUES E CASTRO MEIRA VOTARAM COM O SR. MINISTRO RELATOR.

IMPEDIDO O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA.

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

Dessa forma, o prazo para a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário relativo ao exercício de 2005 somente expirou em 31/12/10, conforme o disposto no art. 173, inciso I do CTN, não ocorrendo a decadência relativamente ao crédito tributário exigido, pois a Autuada foi regularmente intimada da lavratura do Auto de Infração em 22 de outubro de 2010 (fls. 04).

Da análise dos documentos acostados aos autos, constatam-se saídas de mercadoria para industrialização sem comprovação do retorno no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contrariando a previsão constante no art. 19 da Parte Geral e item 1 do Anexo III do RICMS/02:

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

1 - Saída de mercadoria ou bem, destinados a conserto, reparo ou industrialização, total ou parcial, ressalvadas as operações, para fora do Estado, de remessa ou retorno de sucata e de produto primário de origem animal, vegetal ou mineral, casos em que a suspensão da incidência do imposto fica condicionada aos termos fixados em protocolo celebrado entre este Estado e outra unidade da Federação, observado o disposto nas notas "2" a "4", ao final deste Anexo.

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

igual período, admitindo-se nova prorrogação de até 180 (cento e oitenta) dias.

NOTAS:

(...)

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;

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

3 - Ocorrendo a transmissão de propriedade de mercadoria nos casos dos itens 1, 2, 4, 7 e 8, antes de expirado o prazo para seu retorno e sem que ela tenha retornado ao estabelecimento de origem:

a - o estabelecimento transmitente deverá emitir nota fiscal em nome do destinatário, com destaque do imposto, mencionando o número, série, data e valor do documento fiscal emitido por ocasião da saída originária, e a observação de que a emissão se destina a regularizar a transmissão da propriedade;

b - o estabelecimento detentor da mercadoria deverá emitir nota fiscal, ou Nota Fiscal Avulsa, se for o caso:

b.1 - em nome do remetente, tendo como natureza da operação "retorno simbólico", constando o nome, endereço e números de inscrição, estadual e no CNPJ, do estabelecimento destinatário da mercadoria;

b.2 - em nome do destinatário, sem destaque do imposto, para acompanhar a mercadoria até o destino, mencionando o número da nota fiscal referida na alínea anterior;

c - o débito do imposto será apurado no movimento normal do contribuinte, ressalvado o disposto na nota seguinte.

4 - Ocorrendo a transmissão de propriedade dos produtos de que tratam os itens 1, 2, 7 e 8, para o próprio destinatário, considera-se ocorrido o fato gerador na data da remessa da mercadoria, devendo o imposto ser recolhido em documento de arrecadação distinto, com os acréscimos legais.(grifou-se)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Por meio das disposições acima, verifica-se que a norma exige, expressamente, que as mercadorias remetidas para industrialização sejam devolvidas ao estabelecimento encomendante.

Apenas parcialmente a Autuada provou as devoluções, considerado que não consta nos autos a devolução dos produtos remetidos por meio da Nota Fiscal nº 49.928, de 09/11/07.

Todas as demais primeiras vias demonstrando o retorno das mercadorias foram apresentadas pela Autuada. Porém, o Fisco acata algumas devoluções e não aceita outras, por dois motivos: a) ou o Código Fiscal de Operações e Prestações (CFOP) era inapropriado; b) ou as notas fiscais não estavam escrituradas no livro Registro de Entradas (LRE). Em alguns casos, os dois motivos eram cumulados.

Conforme está demonstrado nos autos, a exceção da Nota Fiscal nº 49.928, de 09/11/07, as devoluções ocorreram. Por isso, a Autuada não pode ser punida por ter informado o Código Fiscal de Operações e Prestações (CFOP) errado e deixado de escriturar no livro Registro de Entradas (LRE) as notas fiscais de retorno das mercadorias remetidas à industrialização por encomenda.

As devoluções estão provadas por meio da cópia da primeira via das notas fiscais juntadas aos autos, à exceção de uma única nota fiscal.

Para o uso indevido do Código Fiscal de Operações e Prestações (CFOP) e pela falta de escrituração no livro Registro de Entradas (LRE) há sanções específicas. Portanto, são infrações distintas do retorno de industrialização de mercadorias.

Como pode ser observado em várias das notas fiscais de fls. 23/129, os materiais foram enviados para a industrialização de “mata-burros”. Por conseguinte, a conferência do retorno é facilitada.

Os “mata-burros” foram destinados (fls. 412/427) à Secretaria de Estado de Transportes e Obras Públicas de Minas Gerais, que adquiriu o produto da Autuada em processo licitatório, mediante dois pregões eletrônicos.

A quantidade de “mata-burros” licitados equipara-se ao número de “mata-burros” industrializados. Vê-se, portanto, que há segurança técnica de que as cópias das primeiras vias das notas fiscais apresentadas demonstram o regular retorno do processo de industrialização.

De acordo com as provas dos autos, está caracterizada parcialmente a infração apontada pelo Fisco. Nesse caso, são legítimas as exigências fiscais, apenas em relação à Nota Fiscal de nº 49.928, datada de 09/11/07.

Em relação às alegações de que a multa aplicada teria caráter confiscatório, não cabe tal discussão na esfera administrativa, pois o percentual utilizado está previsto na Lei nº 6763/75, que está em plena vigência; e, considerando, ainda, a regra prevista no art. 110, inciso I do RPTA/MG, que limita a competência deste Conselho, conforme abaixo:

Art. 110. Não se incluem na competência do órgão julgador:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

I - a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive em relação à resposta à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda;

Acrescente-se que a Constituição Federal vigente (art. 150, IV) proíbe a cobrança de tributo com características de confisco e não de penalidade.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. No mérito, também à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para manter as exigências fiscais, apenas e tão somente, em relação à Nota Fiscal de nº 49.928, datada de 09/11/07. Pela Autuada, sustentou oralmente o Dr. Rodrigo de Castro Lucas e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Soraia Brito de Queiroz Gonçalves. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Tábata Hollerbach Siqueira (Revisora) e Rodrigo da Silva Ferreira.

Sala das Sessões, 31 de janeiro de 2012.

**José Luiz Drumond
Presidente**

**Antônio César Ribeiro
Relator**

EJ