

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.849/15/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000250117-81
Impugnação: 40.010137376-19
Impugnante: Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais S/A - Usiminas
IE: 313002022.01-20
Proc. S. Passivo: Rodolfo de Lima Gropen/Outro(s)
Origem: DF/Ipatinga

EMENTA

BASE DE CÁLCULO - FALTA DE INCLUSÃO DO IPI. Constatada a não inclusão do IPI na base de cálculo do ICMS em saídas internas e interestaduais de mercadorias que não se destinavam a posterior comercialização ou industrialização pelo destinatário. Infração decorrente da inobservância do disposto no art. 48 do RICMS/02. Exige-se ICMS, Multa de Revalidação prevista no artigo 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso VII, alínea “c”, todos da Lei nº 6.763/75.

Lançamento procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre o recolhimento a menor de ICMS, no período de 01/01/09 a 31/05/09, em decorrência da falta de inclusão do IPI na base de cálculo do imposto nas operações com mercadorias que não se destinavam a posterior comercialização ou industrialização pelo destinatário.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação prevista no artigo 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso VII, alínea “c”, todos da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 206/212, juntando os documentos de fls. 213/298, contra a qual a Fiscalização manifesta-se às fls. 305/310.

DECISÃO

Conforme relatado, a autuação versa sobre o recolhimento a menor de ICMS, no período de 01/01/09 a 31/05/09, em decorrência da falta de inclusão do IPI na base de cálculo do imposto, nas operações com mercadorias que não se destinavam a posterior comercialização ou industrialização pelo destinatário, com exigência de ICMS, Multa de Revalidação prevista no artigo 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso VII, alínea “c”, todos da Lei nº 6.763/75.

A Impugnante alega que, como o AI foi recebido em 09/12/14, a teor do previsto no § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional (CTN), o crédito tributário exigido estaria atingido pela decadência.

Conforme estabelece o mencionado dispositivo, se a lei não fixar prazo à homologação, ele será de 5 (cinco) anos, contados da ocorrência do fato gerador e,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 o prazo decadencial de cinco anos e a forma de contagem fixada no art. 173, inciso I do CTN, como se segue:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

Sobre o tema, decidiu o Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o Recurso Especial nº 448.416-SP, sob a relatoria do Ministro Otávio Noronha, cuja ementa assim expressa:

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.

2. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (RESP 448.416/SP, REL. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 25/04/2006, DJ 12/06/2006, P. 462)

Aspecto interessante a anotar refere-se à fundamentação do “*decisum*”. Após abordar as hipóteses vinculadas ao § 4º do art. 150 do CTN, o ilustrado 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 ATRIBUÍDOS. COM EFEITO, EM TAIS CASOS, NÃO HÁ O QUE SE HOMOLOGAR.

No mesmo sentido, no julgamento de Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial, o Ministro do STJ, o Relator Humberto Martins:

PROCESSO: AGRG NO ARESP 76977 RS 2011/0191109-3

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RELATOR(A): MINISTRO HUMBERTO MARTINS

JULGAMENTO: 12/04/2012

ÓRGÃO JULGADOR: T2 - SEGUNDA TURMA

PUBLICAÇÃO: DJE 19/04/2012

EMENTA

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 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). AGRADO REGIMENTAL IMPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME.

Dessa forma, o prazo para a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário relativo ao exercício de 2009 somente expirou em 31/12/14, nos termos do inciso I do mencionado art. 173 do CTN, não ocorrendo a decadência relativamente ao crédito tributário exigido, uma vez que a Autuada foi regularmente intimada da lavratura do Auto de Infração em 09/12/14.

Quanto ao mérito propriamente dito, a exigência fiscal fundamenta-se no que prevê o art. 13, § 3º, alínea "a" da Lei nº 6.763/75, que ora transcreve-se:

Art. 13. A base de cálculo do imposto é:

(...)

§ 3º Não integra a base de cálculo do imposto o montante:

a) do imposto sobre Produtos industrializados, quando a operação realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado a industrialização ou a comercialização, configure fato gerador de ambos os impostos;

Vale destacar, que as notas fiscais objeto da autuação foram destinadas a empresa de construção civil e o IPI não foi incluído na base de cálculo do ICMS.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Essas operações encontram-se demonstradas no Anexo 02 do Auto de Infração (fls. 15/18), que contém informações sobre o destinatário (Razão social e CNPJ), número da NF, data, situação tributária, CFOP, base de cálculo, alíquota e valor do ICMS, alíquota e valor do IPI, BC com a inclusão do IPI, imposto devido e diferença a recolher.

Sabe-se que, em regra, o IPI deve compor a base de cálculo do ICMS, salvo pequenas exceções como a prevista no art. 48 do RICMS/02. Confira-se a íntegra da norma:

Art. 48. Não integra a base de cálculo do ICMS o montante do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), quando a operação, realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado a industrialização ou a comercialização, configurar fato gerador de ambos os impostos. (Grifou-se)

Tem-se que a norma excluiu da generalidade somente as operações que configurem fato gerador de ambos os impostos (ICMS e IPI) e que atendam às condicionantes: quando realizadas entre contribuintes e for relativa a produto destinado a industrialização ou a comercialização.

Ocorre que as notas fiscais objeto da autuação foram destinadas a empresa de construção civil e, em razão de ausência de operação comercial ou industrial posterior, o IPI deveria ter sido incluído na base de cálculo do ICMS.

Assim, tem-se, que a Autuada promoveu indevidamente saídas de mercadorias para consumidor final sem a inclusão do IPI na base de cálculo do ICMS.

Importante salientar que, a Autuada, recolheu em 29/08/14, por meio de Termo de Autodenúncia nº 05.000246066.01, o ICMS devido nos meses de outubro de 2009, março de 2010, maio de 2012, janeiro, fevereiro, julho e agosto de 2013, em razão de vendas para o mesmo destinatário das notas fiscais autuadas no presente Auto de Infração, sem a inclusão do IPI na base de cálculo do ICMS, o que demonstra ciência e concordância quanto à inadequação do procedimento e à pertinência da exigência.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, em julgar procedente o lançamento. Vencido o Conselheiro Bernardo Motta Moreira (Revisor), que o julgava improcedente, com base no art. 150, § 4º do CTN. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. André Starling Hubner e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Carlos José da Rocha. Participou do julgamento, além dos signatários e do Conselheiro vencido, o Conselheiro Antônio César Ribeiro.

Sala das Sessões, 09 de abril de 2015.

Maria de Lourdes Medeiros
Presidente

Marco Túlio da Silva
Relator

D

21.849/15/1ª

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão:	21.849/15/1 ^a	Rito: Sumário
PTA/AI:	01.000250117-81	
Impugnação:	40.010137376-19	
Impugnante:	Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais S/A - Usiminas	
	IE: 313002022.01-20	
Proc. S. Passivo:	Rodolfo de Lima Gropen/Outro(s)	
Origem:	DF/Ipatinga	

Voto proferido pelo Conselheiro Bernardo Motta Moreira, 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 o recolhimento a menor de ICMS, no período de 01/01/09 a 31/05/09, em decorrência da falta de inclusão do IPI na base de cálculo do imposto nas operações com mercadorias que não se destinavam a posterior comercialização ou industrialização pelo destinatário.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação prevista no artigo 56, inciso II e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso VII, alínea “c”, todos da Lei nº 6.763/75.

Consta dos autos que a notificação do Auto de Infração ocorreu em 09/12/14. É certo, ainda, que houve recolhimento de imposto nos meses autuados, uma vez que a matéria autuada refere-se à falta de inclusão do IPI na base de cálculo do ICMS.

Peço licença, portanto, para divergir do entendimento do Relator, uma vez que, no caso em tela, deve ser aplicado o lustro decadencial constante do art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional e não o do art. 173, inciso I do citado código.

Conforme estabelece o art. 150, § 4º 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.

Embora reconheça a existência de julgados que já entenderam de modo diverso – que foram inclusive transcritos pela Fiscalização em sua manifestação – de há muito o Superior Tribunal de Justiça, tribunal responsável pela interpretação da legislação federal, convergiu-se no sentido de que, aos tributos sujeitos a lançamento por homologação, caso se apure saldo remanescente, a Fazenda deverá constituí-lo no prazo de 5 (cinco) anos a contar da ocorrência do fato gerador, sob pena de ocorrer a extinção definitiva do crédito.

Com efeito, a título de *obiter dictum*, a Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 973.733/SC, realizado nos termos do art. 543-C, sob a relatoria do Ministro Luiz Fux, sedimentou o entendimento de que o art. 173, inciso I do CTN se

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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, diferentemente do caso em análise, que houve pagamento parcial.

Atualmente, considero firme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, em casos como tais, o prazo decadencial é contado a partir da ocorrência do fato gerador. Observe-se:

EXECUÇÃO FISCAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. RECOLHIMENTO A MENOR. DECADÊNCIA. ART. 150, § 4º, DO CTN. HOMOLOGAÇÃO TÁCITA EM CINCO ANOS. CRÉDITO EXTINTO.

1. NOS TERMOS DO ART. 150, § 4º DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, OPERA-SE A DECADÊNCIA DO DIREITO DE LANÇAR DO FISCO NO PRAZO DE CINCO ANOS, A CONTAR DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR SEM QUE A FAZENDA PÚBLICA TENHA SE PRONUNCIADO, CONSIDERANDO-SE HOMOLOGADO O LANÇAMENTO E DEFINITIVAMENTE EXTINTO O CRÉDITO, SALVO SE COMPROVADA A OCORRÊNCIA DE DOLO, FRAUDE OU SIMULAÇÃO.

2. OCORRENDO O PAGAMENTO ANTECIPADO DE ICMS, POR PARTE DO CONTRIBUINTE, O PRAZO DECADENCIAL PARA O LANÇAMENTO DE EVENTUAIS DIFERENÇAS É DE CINCO ANOS A CONTAR DO FATO GERADOR, NOS TERMOS DO ART. 150, § 4º, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL.

3. PRECEDENTES: AGRG NO AG 1.221.742/SP, REL. MIN. LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, JULGADO EM 15.6.2010, DJE 30.6.2010; AGRG NO RESP 672.356/PR, REL. MIN. HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 4.2.2010, DJE 18.2.2010.

AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO (AGRG NO RESP 1152747/MG, REL. MINISTRO HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 15/02/2011, DJE 22/02/2011).

Dessa forma, na esteira do mais recente provimento judicial e já consolidado, o prazo para a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário relativo ao exercício em questão deve levar em consideração o disposto no art. 150, § 4º do CTN, motivo pelo qual as exigências em tela encontram-se fulminadas pela decadência.

Posto isso, a divergência de meu voto é para que seja julgado improcedente o lançamento nos termos do § 4º do art. 150 do CTN.

Sala das Sessões, 09 de abril de 2015.

Bernardo Motta Moreira
Conselheiro