

Acórdão: 21.606/17/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000477859-24
Impugnação: 40.010141125-66
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

DIFERIMENTO - DESCARACTERIZAÇÃO - ENCERRAMENTO - REGIME ESPECIAL. Constatada a utilização indevida do diferimento do pagamento do ICMS, em relação às operações de saídas de mercadorias em transferência para estabelecimentos filiais atacadistas, os quais não se enquadram como centro de distribuição exclusivo, nos termos do disposto no art. 222, inciso XIV, alínea “a”, do RICMS/02, portanto, em desacordo com o disposto no art. 7º, § 1º, do Regime Especial de Tributação - RET nº 37/2014 que concedia o referido diferimento. Infração caracterizada. Corretas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no inciso II do art. 56 da Lei nº 6.763/75, e da Multa Isolada capitulada no inciso XXXVII do art. 55 do citado diploma legal.

Lançamento precedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a 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, 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.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 120/127, contra a qual a Fiscalização manifesta-se às fls. 161/171.

Em sessão realizada em 15/03/17, acorda a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em retirar o processo de pauta, marcando-se extrapauta para o dia 22/03/17.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Câmara de Julgamento determina a realização de diligência de fls. 180, que resulta na manifestação da Fiscalização às fls. 182/185.

Aberta vista para a Impugnante, que não se manifesta.

DECISÃO

Da Preliminar

Da Nulidade do Auto de Infração

A Impugnante requer, da Tribuna, que seja declarado nulo o Auto de Infração, em razão de vícios no lançamento.

Entretanto, razão não lhe assiste, pois o Auto de Infração contém os elementos necessários e suficientes para que se determine, com segurança, a natureza das infrações. As infringências cometidas e as penalidades aplicadas encontram-se legalmente embasadas. Todos os requisitos foram observados, formais e materiais, imprescindíveis para a atividade do lançamento, previstos nos arts. 85 a 94 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), aprovado pelo Decreto nº 44.747/08.

Induidoso que a Autuada compreendeu e se defendeu claramente da acusação fiscal, completa e irrestritamente, conforme se verifica pela impugnação apresentada, que aborda todos os aspectos relacionados com a situação, objeto da autuação, não se vislumbrando, assim, nenhum prejuízo ao exercício da ampla defesa.

O Auto de Infração foi lavrado conforme disposições regulamentares e foram concedidos à Autuada todos os prazos legalmente previstos para apresentar a sua defesa, em total observância ao princípio do contraditório.

Rejeita-se, pois, a arguição de nulidade do lançamento.

Do Mérito

Conforme já relatado, a autuação versa sobre a 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, 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), no período de março de 2015 a março de 2016.

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.

Inicialmente vale destacar que o citado Regime Especial de Tributação - RET de nº 37/2014 foi concedido ao Contribuinte com fundamento no disposto no art. 225 da Lei nº 6.763/75 e nos arts. 8º e 65, § 2º, do Regulamento do ICMS (RICMS/02) c/c as disposições contidas na CF/88 (art. 155, § 2º, inciso XII, alínea "g") e na Lei

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Complementar nº 24/75, considerando o tratamento fiscal diferenciado dispensado pelo estado do Rio de Janeiro, conforme Lei nº 5.636, de 06 de janeiro de 2010.

Especificamente sobre a discussão travada nos presentes autos (diferimento do pagamento do imposto nas transferências de mercadorias em operações internas), dispõe o RET:

REGIME ESPECIAL DE TRIBUTAÇÃO (RET) Nº 037/2014

(NOS TERMOS DA INSTRUÇÃO INTERNA CONJUNTA SUTRI-SUFIS-SAIF Nº 001/2014)

PTA Nº: 45.000005526-66

CONTRIBUINTE: SEVIMOL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE FERRO E AÇO LTDA

ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL

INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº: 143.320853.0030

CNPJ Nº: 16.575.656/0001.72

ENDEREÇO: Rua Eduardo Braz de Queiroz, nº 852, Bairro Amazonas.

CNAE 2424-5/02 (Produção de Relaminados, Trefilados e Perfilados de Aço, exceto arames).

ESTABELECIMENTO ATACADISTA

INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº: 143.320853.0609

CNPJ Nº: 16.575.656/0007-68

ENDEREÇO: Rua Luiz Gouveia Damasceno, nº 839 - Bairro N. Sra de Fátima Município de Paracatu - MG

CNAE 4672-9/00 - Comércio atacadista de ferragens e ferramentas

ESTABELECIMENTO ATACADISTA

INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº: 480.320853.0204

CNPJ Nº: 16.575.656/0003-34

ENDEREÇO: Avenida Juscelino Kubitschek nº 4200 - Bairro Planalto

Município de Patos de Minas - MG

CNAE

ESTABELECIMENTO ATACADISTA

INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº: 143.320853-0528

CNPJ Nº: 16.575.656/0006-87

ENDEREÇO: Avenida Tonico dos Santos, nº 477 - Bairro Jardim Induberaba Município de Uberaba - MG

CNAE 4679-6/04 - Comércio atacadista especializado de materiais de construção não especificados anteriormente

DELEGACIA FISCAL: Uberlândia

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ASSUNTO (CODIFICAÇÃO): 1102, 1103, 3225

REGIME ESPECIAL DE TRIBUTAÇÃO (RET). Diferimento; Crédito presumido nas vendas de produtos industrializados.

(...)

TRANSFERÊNCIA INTERNA

Art. 7º Fica autorizado o diferimento do pagamento do ICMS incidente na operação interna de remessa das mercadorias produzidas pela INDÚSTRIA, relacionadas nos Anexos I e II deste Regime Especial, para os ESTABELECIMENTOS ATACADISTAS de mesma titularidade, identificados em epígrafe.

§ 1º A aplicação do disposto no caput fica condicionada ao enquadramento do estabelecimento atacadista no conceito de "Centro de Distribuição Exclusivo" de que trata o art. 222 do RICMS.

§ 2º Fica vedado à INDÚSTRIA o aproveitamento de quaisquer créditos relacionados com os produtos transferidos nos termos do caput.

§ 3º Para os efeitos do caput deste artigo, o estabelecimento que promover a saída de produtos com o pagamento do imposto diferido deverá estornar todos os créditos a eles vinculados, mediante emissão de nota fiscal com destaque dos valores do imposto pago na operação de aquisição da mercadoria ou de matéria-prima, produto intermediário ou material de embalagem empregados no processo de sua industrialização ou comercialização, conforme o caso, observado o seguinte.

I - os valores referentes ao imposto pago na operação de aquisição da mercadoria ou de matéria-prima, produto intermediário ou material de embalagem serão estornados na proporção da utilização destes no processo de industrialização ou comercialização.

II - fica facultada a emissão de uma única nota fiscal englobando todas as operações realizadas no período de apuração.

É condicionante para a aplicação do diferimento do pagamento do imposto incidente nas transferências de mercadorias em operações internas da empresa autuada (indústria) para os estabelecimentos atacadistas de mesma titularidade, que estes se enquadrem como "Centro de Distribuição Exclusivo" de que trata o art. 222, inciso XIV, do RICMS/02, *in verbis*:

Art. 222. Para os efeitos de aplicação da legislação do imposto:

(...)

XIV - considera-se centro de distribuição:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

a) exclusivo, o estabelecimento que opere exclusivamente na condição de distribuidor dos produtos recebidos em transferência de estabelecimento industrial de mesma titularidade;

(...)

No caso em exame, constata-se que essa condição não restou atendida, uma vez que a Fiscalização colacionou aos autos notas fiscais de entradas de mercadorias de terceiros destinadas aos estabelecimentos atacadistas da Autuada, no período objeto deste lançamento, conforme documentação fiscal (cópia) colacionada às fls. 50/113 (*Anexo II: Cópia dos Documentos Fiscais Auxiliares das Notas Fiscais Eletrônicas de Entradas de Mercadorias, adquiridas de terceiros, para comercialização amostragem*).

Não cumpridos os requisitos para a aplicação do diferimento do pagamento do imposto, correta a Fiscalização em descaracterizá-lo e exigir o imposto devido na operação.

No entender da Impugnante, o § 1º do art. 7º do RET está em conflito com o *caput* do referido artigo. Entende a Autuada que no *caput* do referido artigo foi autorizado diferimento do pagamento do imposto nas transferências para “estabelecimentos atacadistas de mesma titularidade, identificados em epígrafe” e que, no caso, o art. 222, inciso XIV, do RICMS/02, deve ser interpretado levando-se em conta que os “estabelecimentos atacadistas identificados em epígrafe” são aqueles que recebem exclusivamente “em transferência” os produtos da indústria e promovem a “saída de produtos com pagamento do imposto diferido”, conforme § 3º do art. 7º do RET.

Contudo, não se verifica o alegado conflito de normas arguido pela Defendente, sendo que o § 1º do art. 7º do RET traz apenas o detalhamento do estabelecimento atacadista para fins de aplicação do diferimento do imposto.

Sabe-se que o *caput* do artigo é a parte principal, é o cabeçalho, onde está a informação mais importante trazida pelo artigo. Já os incisos ou os parágrafos trazem detalhamentos acerca da informação trazida pelo *caput* do artigo ou exceção à regra. E os dispositivos devem ser interpretados em conjunto. Portanto, frisa-se, não se verifica qualquer incoerência nos dispositivos do RET em exame.

Nesse diapasão, vale dizer que o diferimento do pagamento do imposto encontra-se estabelecido no art. 8º do RICMS/02, que assim dispõe:

Art. 8º O imposto será diferido nas hipóteses relacionadas no Anexo II, podendo ser estendido a outras operações ou prestações, mediante regime especial concedido pelo Superintendente de Tributação.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica às operações ou prestações promovidas por microempresa ou empresa de pequeno porte.

No caso em exame, prevê o Anexo II do RICMS/02 (Do diferimento - a que se refere o art. 8º deste regulamento):

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

30	Saída, com destino a outro estabelecimento do mesmo titular, de matéria-prima, parte, peça, componente ou outro produto de equipamento de processamento eletrônico de dados, que tenham sido importados com o tratamento previsto no item 41 desta Parte.
31	Saída de mercadoria: a) de produção própria, promovida pela indústria, com destino a: a.1) centro de distribuição, desde que compreenda a totalidade das saídas do remetente;
31.1	a.2) estabelecimento atacadista, desde que não configurada a hipótese da sublinha anterior; b) promovida pelo centro de distribuição de que trata a sublinha "a.1", com destino a estabelecimento atacadista. Para os efeitos do disposto neste item: a) na hipótese da sublinha "a.1", o centro de distribuição deverá ser exclusivo, conforme disposto no inciso XIV do art. 222 deste Regulamento;
	b) nas hipóteses da sublinha "a.2" e da alínea "b": b.1) o diferimento não se aplica às mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária; b.2) o regime especial poderá ser concedido ao estabelecimento atacadista, caso em que será necessário, também, requerimento de adesão do estabelecimento remetente; c) considera-se de produção própria da indústria, a mercadoria produzida por outro estabelecimento do contribuinte industrial e recebida em transferência ou aquela adquirida, em regime de terceirização industrial;
31.2	d) considera-se também estabelecimento industrial o contribuinte que, mesmo não estando enquadrado como tal no Código de Atividade Econômica, adquire mercadorias em regime de terceirização industrial, inclusive de controladas ou coligadas. O diferimento será autorizado por meio de regime especial concedido pelo diretor da Superintendência de Tributação ou de protocolo firmado entre o Estado de Minas Gerais e o contribuinte, da seguinte forma:

Como se vê, o diferimento, no caso em exame, depende de regime especial autorizado pelo Superintendente de Tributação.

No caso, tratando-se de transferência de mercadorias em operação interna, o RET nº 37/2014 autorizou o diferimento do pagamento do ICMS incidente sobre a saída de mercadoria produzidas pela indústria, com destino a estabelecimentos atacadistas de mesma titularidade, sendo tal benesse condicionada ao enquadramento do estabelecimento atacadista no conceito de "Centro de Distribuição Exclusivo" de que trata o art. 222 do RICMS/02.

Portanto, a Autuada não poderia utilizar o referido diferimento em relação às saídas de mercadorias para as filiais, uma vez que eles não se caracterizam como centro de distribuição exclusivo, a teor do que dispõe o art. 222 do RICMS/02, conforme demonstrou a Fiscalização.

Como bem registrado pela Fiscalização, restou consignado no despacho concessório da alteração do RET a condicionante de caracterização dos estabelecimentos atacadistas como centro de distribuição exclusivo para fins de fruição do diferimento do pagamento do imposto nas transferências de mercadorias entre estabelecimentos de mesma titularidade. Confira-se o seguinte excerto da manifestação fiscal:

No despacho concessório ficou condicionado aos atacadistas, o enquadramento no conceito de Centro de Distribuição Exclusivo do artigo 222 do RICMS, para usufruírem dos benefícios do RET. Vejamos o texto do despacho:

Todavia, uma vez que quando da emissão da manifestação fiscal a instrução interna ainda não havia sido alterada, por questão de economia processual, sugerimos que:

1. seja deferida a alteração solicitada, deixando claro que a aplicação do tratamento tributário autorizado (a saber, diferimento na transferência promovida pelo estabelecimento industrial e crédito presumido na saída das mercadorias transferidas, promovida pelo estabelecimento atacadista) está sujeita ao enquadramento do estabelecimento atacadista na condição de distribuidor exclusivo, nos termos do art. 222 do RICMS;

Muito claro foi o despacho exarado pela SUTRI em 30/01/2015, impondo a necessidade de enquadramento das unidades atacadistas da sociedade empresária, no caso a Autuada, como "Centro de Distribuição Exclusivo". Nesse sentido, dúvidas não há sobre essa condição imprescindível.

Dessa forma, correta a Fiscalização em exigir o ICMS não destacado nas notas fiscais autuadas, uma vez que as operações não estavam albergadas pelo diferimento do pagamento do imposto concedido pelo RET.

Foram exigidas, corretamente, além do ICMS/operação própria, as Multas de Revalidação e Isolada, previstas no arts. 56, inciso II e 55, inciso XXXVII, ambos da Lei nº 6.763/75, respectivamente:

Art. 55. As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II a IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

XXXVII - por deixar de consignar, em documento fiscal que acobertar a operação ou a prestação, ainda que em virtude de incorreta aplicação de diferimento, suspensão, isenção ou não incidência, a base de cálculo prevista na legislação, relativamente à prestação ou operação própria ou à substituição tributária - 20% (vinte por cento) do valor da base de cálculo; (grifou-se).

Art. 56. Nos casos previstos no inciso III do artigo 53, serão os seguintes os valores das multas:

(...)

II - havendo ação fiscal, a multa será de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, observadas as hipóteses de reduções previstas nos §§ 9º e 10 do art. 53.

No tocante às alegações da Defesa acerca das disposições contidas no art. 8º, § 1º, do RET nº 37/2014, a seguir reproduzidos, vale destacar que créditos presumidos não é matéria destes autos.

CAPÍTULO II

CRÉDITO PRESUMIDO

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 8º Nas vendas em operações internas e interestaduais e nas transferências internas destinadas a estabelecimentos varejistas dos produtos industrializados pela INDÚSTRIA neste Estado, fica assegurado crédito presumido de forma que resulte em recolhimento efetivo nos seguintes percentuais:

I - 2% (dois por cento) do valor das operações com os produtos relacionados no Anexo I deste Regime Especial.

II - 3% (três por cento) do valor das operações com os produtos relacionados no Anexo II deste Regime.

§ 1º O disposto no caput aplica-se, inclusive aos estabelecimentos atacadistas, identificados em epígrafe, em relação às mercadorias recebidas em transferência da INDÚSTRIA nos termos do art. 7º deste Regime Especial. (...) (Grifou-se).

Convém mencionar, por oportuno, que o crédito presumido concedido no dispositivo retro também não se aplicaria às operações autuadas, pois os estabelecimentos destinatários das mercadorias não são varejistas.

No tocante à alegação da Defesa de que não houve prejuízo ao estado, considerando que o imposto diferido será recolhido por ocasião do negócio jurídico com a tradição do produto e o art. 7º do RICMS/02 previu essa possibilidade de transferência de mercadoria ao abrigo do diferimento, registra-se que o imposto supostamente recolhido pelo estabelecimento atacadista poderá ser objeto de restituição do indébito nos termos do art. 28 a 36 do RPTA.

E não há que se falar em dupla tributação, conforme arguição da Impugnante de que é vedado ao estabelecimento atacadista apropriar créditos do imposto nos termos do § 3º do art. 7º do RET e, ainda, por ocasião da saída efetiva dos produtos, haveria uma nova tributação.

Primeiro porque a vedação constante do § 3º do art. 7º do RET nº 37/2014, a seguir reproduzido, não se aplica ao estabelecimento atacadista da Autuada, uma vez que as mercadorias objeto das transferências da indústria para aqueles estabelecimentos não estão sujeitas ao diferimento do pagamento do imposto, conforme entendimento acima externado, pois referidos atacadistas não se enquadram como centro de distribuição exclusivo.

SEÇÃO II

TRANSFERÊNCIA INTERNA

Art. 7º (...)

§ 3º Para os efeitos do caput deste artigo, o estabelecimento que promover a saída de produtos com o pagamento do imposto diferido deverá estornar todos os créditos a eles vinculados, mediante emissão de nota fiscal com destaque dos valores do imposto pago na operação de aquisição da mercadoria ou de matéria-prima, produto

intermediário ou material de embalagem empregados no processo de sua industrialização ou comercialização, conforme o caso, observado o seguinte.

Ademais, o ICMS/operação própria ora exigido poderá ser objeto de creditamento pelos estabelecimentos atacadistas, nos termos da legislação pertinente, e após o pagamento do crédito tributário em exame.

Ainda, em relação aos efeitos da descaracterização do diferimento, destaca-se que o crédito do imposto corretamente destacado em documento fiscal, mas não aproveitado pela Autuada na época própria, pode ser apropriado pelo contribuinte mediante creditamento extemporâneo, a ser realizado nos moldes do procedimento previsto no § 2º do art. 67 do RICMS/02, devendo ser levado para a apuração mensal do imposto, observado, inclusive, o prazo decadencial de que trata o § 3º desse artigo.

Em relação à questão levantada pela Defesa referente à Súmula nº 166 do Superior Tribunal de Justiça, arguindo o disposto nos incisos IV e VI do §1º do art. 489 do Código Processo Civil – CPC (Lei nº 13.105 de 16/03/15), deve-se destacar que o fundamento tomado pelo STJ, para elaboração da referida súmula, 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, 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*".

Ressalte-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).

A 2ª Câmara de Julgamento decide converter em diligência o julgamento para que a Fiscalização fundamente a exigência do ICMS em relação às mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária, considerando o disposto nos arts. 18, inciso II, 14 e 15 do Anexo XV do RICMS/02.

A Fiscalização esclarece que "*todas as operações objeto da presente autuação são aquelas de transferência de produção do estabelecimento (CFOP: 5151). A Autuada é filial da sociedade empresarial e não possui parque industrial, logo, o estabelecimento não produziu nenhuma dessas mercadorias.*"

Embora não seja vedado ao estabelecimento a industrialização por encomenda, observou-se que a Autuada não possui nenhuma operação de aquisição de matéria-prima ou insumos com objetivo de promover a industrialização e, por consequência, muito menos o retorno dessas mercadorias. Assim, não se pode falar em industrialização.

Ao se observar as entradas dessas mercadorias no estabelecimento, verificou-se que elas são oriundas apenas e, tão somente, de operações internas. Nesse sentido, não há que se falar em aplicação dos arts. 14 e 15 do Anexo XV do RICMS/02. Em outras palavras, não houve recolhimento antecipado do ICMS a título de substituição tributária (ICMS-ST).

Ademais, a inaplicabilidade que dispõe o art. 18, inciso II não se enquadra na situação cadastral e fática da Autuada em virtude do § 3º desse mesmo artigo. Assim, o fato de não ser industrial, obrigar-lhe-ia a recolher o ICMS-ST no momento da entrada das mercadorias objeto da industrialização por encomenda. Mas aqui também não poderia ter ocorrido o recolhimento do ICMS-ST antecipadamente porque não houve nenhuma operação dessa natureza (industrialização).

No que se refere ao item classificado na posição 7308.4000 da NBM/SH, denominado "COLUNA 8MM 7 X 14 6MTS" e código de produto "25007", todas as entradas dessas mercadorias no período em questão foram originadas de transferências de produção do estabelecimento (CFOP: 5151) das outras unidades da sociedade empresária que estão na mesma situação, ou seja, não industrializaram essa mercadoria. (...)

Em relação aos itens classificados na posição 7308.9010 da NBM/SH, todas as entradas dessas mercadorias, sem exceção, foram realizadas através de transferências (CFOP: 5151) ao abrigo indevido do Diferimento (CST: 51). Assim, não há que se falar em recolhimento de ICMS-ST em etapa anterior.

As mercadorias classificadas na posição 7308.9090 da NBM/SH foram recebidas pela Autuada nas mesmas condições, ou seja, transferências ao abrigo indevido do Diferimento e também com redução indevida de base de cálculo do ICMS. Naturalmente, sem o destaque do ICMS-ST naquelas operações com redução indevida da base de cálculo do ICMS.

No que tange às mercadorias classificadas na posição 7306.3000 e 7306.6000 da NBM/SH as operações de entrada da Autuada foram, durante o período analisado no Auto de Infração, também através de transferências (CFOP:5151 e CST:51) com diferimento indevido e, conseqüentemente, sem destaque do ICMS-ST. Assim, a partir da vigência do RET 37/2014 todas as operações entre os estabelecimentos da mesma titularidade foram sem destaque e recolhimento de qualquer parcela de ICMS. (...)

O que se conclui, portanto, é que de todas as exigências feitas pelo Fisco em relação às mercadorias elencadas no Anexo XV, sujeitas s regime da substituição tributária, em momento algum foi exigido o ICMS da operação indevidamente, pois, como esclarecido acima, não houve antecipação do ICMS-ST nas operações de entrada dessas mercadorias. Além disso, como também não houve industrialização por

encomenda, não havia como o recolher o ICMS-ST no momento da entrada dessas mercadorias e muito menos como o Fisco exigir o tributo através dessas operações. O que de fato ocorreu, mais uma vez, foram entradas de mercadorias através de transferências ao abrigo indevido do Diferimento, ou seja, em etapa anterior e sem nenhum recolhimento tanto do ICMS operação própria quanto daquele relativo à substituição tributária.”

Acresça-se 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”.

Por fim, ressalta-se que, por força do disposto no parágrafo único do art. 142 do CTN, a atividade de lançamento é vinculada e obrigatória, cabendo à Autoridade Fiscal, ao detectar a infração à legislação tributária, exigir o tributo e as penalidades cabíveis, sem qualquer tipo de discricionariedade:

Art. 142. (...)

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

E, diferentemente do entendimento externado pela Defesa, no caso em exame, a Fiscalização agiu amparada na legislação tributária vigente ao efetuar o lançamento em exame.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em indeferir requerimento de juntada de documento protocolado no CC/MG com o nº 17115 em 22/03/2017. Ainda, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento, feita da tribuna. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Rinaldo Maciel de Freitas e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Antônio Carlos Diniz Murta. Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros Marco Túlio da Silva (Revisor), Alexandre Périssé de Abreu e Alea Bretas Ferreira.

Sala das Sessões, 28 de setembro de 2017.

Sauro Henrique de Almeida
Presidente / Relator

D