

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.081/10/1ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000163984-73
Impugnação: 40.010126581-97
Impugnante: Montemec Montagens Engenharia e Construções Ltda.
IE: 448794204.00-80
Proc. S. Passivo: Priscila Cristovam Gonçalves Gregório da Silva
Origem: DF/ BH-3 - Belo Horizonte

EMENTA

ALÍQUOTA DE ICMS - APLICAÇÃO INCORRETA - DESTINATÁRIO NÃO CONTRIBUINTE DO IMPOSTO - HOLDINGS DE INSTITUIÇÕES NÃO FINANCEIRAS. Constatadas vendas de mercadorias a não contribuinte do ICMS sem a utilização da alíquota interna devida de 18% (dezoito por cento). Inobservância do disposto no art. 12, § 1º, alínea "b" da Lei nº 6.763/75. Corretas as exigências de ICMS e Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75. Crédito tributário reformulado pelo Fisco. Lançamento parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação de recolhimento a menor de ICMS, no período de 01/08/04 a 31/08/05, por utilizar a alíquota de 7% (sete por cento), em operações interestaduais, com saídas de mercadorias destinadas a não contribuintes do imposto.

Exige-se o ICMS e a Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 18/25. Alega, em síntese, que está correta a alíquota de 7% (sete por cento) destacada nas notas fiscais, porque considera que os destinatários das mercadorias são contribuintes do ICMS, conforme documentos que anexou à impugnação.

O Fisco apresenta Manifestação Fiscal às fls. 110/113, refutando os argumentos da Autuada.

A Assessoria do CC/MG solicita ao Fisco a diligência de fls. 117/118.

O Fisco reformula o crédito tributário às fls. 119/122 e reabre os prazos.

A Autuada adita a Impugnação às fls. 149/156 e ratifica o entendimento de que as saídas ocorreram para contribuintes do ICMS, portanto, com a alíquota correta de 7% (sete por cento), contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 160/161.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Assessoria do CC/MG, no Parecer de fls. 162/170, opina pela procedência parcial do lançamento, para excluir as exigências fiscais relativas aos fatos geradores anteriores à 24/12/04, por entender que operou a decadência, nos termos do art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional (CTN).

DECISÃO

As exigências fiscais são relacionadas exclusivamente às notas fiscais de relacionadas às fls. 123/125, anexadas às fls. 37/78.

As operações objeto da autuação referem-se às mercadorias destinadas à Nucor Brasil Participações Ltda, com sede na cidade de Marabá, no Estado do Pará, pois o Fisco reformulou o crédito tributário às fls. 119/122 e excluiu da autuação as exigências fiscais referentes à empresa Armafer Serviços de Construção Ltda.

O Fisco considerou irregular o procedimento da Autuada porque as notas fiscais de fls. 37/78 comprovam, inequivocamente, que a alíquota aplicada em todas as operações foi de 7% (sete por cento).

Ao consultar o Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica da Receita Federal, o Fisco constatou que a Nucor Brasil Participações Ltda, destinatária das mercadorias, tem a atividade econômica principal informada como “*holdings de instituições não-financeiras*”, conforme fls. 15.

Considerando que a Nucor Brasil Participações Ltda é pessoa jurídica não contribuinte do ICMS, é aplicável a alíquota interna, consoante o art. 12, § 1º, alínea “b” da Lei nº 6.763/75:

Art. 12 - As alíquotas do imposto, nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, são:

(...)

§ 1º - Em relação a operações e prestações que destinem mercadorias e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á:

b) a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte. (Grifou-se)

Pelo que se depreende das notas fiscais de fls. 37/78, a maioria das mercadorias vendidas pela Autuada diz respeito a peças industriais para uso em alto-forno, hipótese em que a alíquota interna é de 18% (dezoito por cento), de acordo com o art. 42, inciso I, alínea ‘e’, inciso II, alínea ‘a’ e subalínea ‘a.1’, *in verbis*:

Art. 42. As alíquotas do imposto são:

I - nas operações e prestações internas:

(...)

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

II - nas operações e prestações interestaduais:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

a) as alíquotas previstas no inciso anterior:

a.1) quando o destinatário não for contribuinte do imposto; (Grifou-se)

Ao impugnar o feito fiscal, a Autuada apresentou os Ofícios nº 00002/10 e 00113/10 de fls. 84 e 126, respectivamente, da Secretaria de Estado da Fazenda do Pará, os quais informam que a Nucor Brasil Participações Ltda está cadastrada como contribuinte do ICMS naquele Estado e que recolheu o diferencial de alíquota relativo às notas fiscais objeto da presente autuação.

A defesa da Autuada foi no sentido de caracterizar a Nucor Brasil Participações Ltda como contribuinte do ICMS para ilidir as exigências fiscais. Todavia, os argumentos e a documentação por ela juntada aos autos são improcedentes pelas razões a seguir.

Não basta à Nucor Brasil Participações Ltda ter inscrição estadual e recolher o diferencial de alíquota. Essa situação, por si, não prova a sua condição de contribuinte do ICMS no Pará, pois a Lei Complementar nº 87/96, que disciplina o ICMS em todo o território nacional, dispõe no art. 4º sobre o conceito e requisitos para caracterizar o contribuinte do ICMS:

Art. 4º Contribuinte é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

Parágrafo único. É também contribuinte a pessoa física ou jurídica que, mesmo sem habitualidade ou intuito comercial:

I - importe mercadorias ou bens do exterior, qualquer que seja a sua finalidade;

II - seja destinatária de serviço prestado no exterior ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior;

III - adquira em licitação mercadorias ou bens apreendidos ou abandonados;

IV - adquira lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos derivados de petróleo e energia elétrica oriundos de outro Estado, quando não destinados à comercialização ou à industrialização. (Grifou-se)

Por meio do dispositivo acima, vê-se que são dois os requisitos para a caracterização de contribuinte do ICMS: a) habitualidade de operações sujeitas ao ICMS; b) volume que caracterize intuito comercial.

A habitualidade é provada mediante a apresentação da cópia dos livros registro de entradas, saídas e apuração do ICMS, em que conste a escrituração de diversas operações sujeitas ao imposto, com o visto da Repartição Fazendária a que é circunscrito o contribuinte.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No presente caso, a comprovação da habitualidade está diretamente ligada às operações subseqüentes tributadas praticadas pela Nucor Brasil Participações Ltda. Porém, a prova não consta dos autos.

Diferentemente do que alega a Autuada, os Ofícios nº 00002/2010 e 00113/2010 de fls. 84 e 126, respectivamente, da Secretaria de Estado da Fazenda do Pará atestam que a Nucor Brasil Participações Ltda não é contribuinte do ICMS, em face da seguinte observação:

“Durante o período em que foi cadastrada a empresa efetuou somente operações sujeitas ao pagamento do ICMS – Diferencial de Alíquota (Bens para o Ativo Imobilizado e Materiais para Uso/Consumo) tendo os valores, a este título, devidamente recolhidos.” (Grifou-se)

A Nucor Brasil Participações Ltda não apresentou outras operações sujeitas ao ICMS, que poderiam ser provadas por meio de sua escrituração fiscal, com visto do Fisco do Pará. Logo, conclui-se que os produtos adquiridos da Autuada foram empregados exclusivamente no seu ativo imobilizado ou para uso e consumo. Por conseguinte, ela adquiriu as mercadorias relacionadas nas fls. 37/78, na condição de consumidor final, situação em que a alíquota aplicável é 18% (dezoito por cento).

A condição de consumidor final não prova a habitualidade exigida pelo art. 4º da Lei Complementar nº 87/96.

O segundo requisito para caracterizar o contribuinte do ICMS consta do art. 4º, parágrafo único da Lei Complementar nº 87/96 e é o seguinte: *“É também contribuinte a pessoa física ou jurídica que, mesmo sem habitualidade ou intuito comercial (...)”* pratique operações de importação de mercadorias ou bens do exterior; seja destinatária de serviço prestado ou iniciado no exterior; adquira em licitação mercadorias ou bens apreendidos ou abandonados e; realize operações relacionadas a combustíveis.

Pelo que se observa nas notas fiscais de fls. 37/78 não está comprovado o intuito comercial da Nucor Brasil Participações Ltda. Conseqüentemente, a Autuada não fez prova de que a destinatária é contribuinte do ICMS no Estado do Pará.

Como citado pela Assessoria deste Conselho de Contribuintes, para Roque Antônio Carrazza, a lei complementar, ao definir os contribuintes do ICMS, não poderia autorizar a tributação de pessoas que não estão envolvidas com as hipóteses de incidência do imposto (Curso de Direito Constitucional Tributário, 25ª ed. Malheiros Editores, 2009, p. 971 e 972):

[...] Melhor elucidando, só poderá autorizar a inserir, de modo válido, no polo passivo da obrigação de pagar o imposto sobre circulação de mercadorias pessoa que realmente estiver envolvida com a prática de operações mercantis. De fato, se o imposto é sobre operações mercantis, só quem as pratica poderá ser compelido a pagá-lo. Assim, v.g., o comerciante e o industrial; não, porém, o advogado, o professor, o dentista, o escultor etc. (que positivamente não praticam, no desempenho de seus misteres, operações mercantis). (Grifou-se)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No mesmo sentido, ensina o renomado autor, e faz menção à Lei Complementar nº 87/96 (ICMS, 14ª ed. Malheiros Editores, 2009, p. 41):

[...] Só poderá ser contribuinte do ICMS quem está coligado com a regra-matriz desse tributo, é dizer, pode praticar (e efetivamente pratica) operações mercantis.

[...] Saliente-se que o art. 4º da Lei Complementar 87/1996, acertadamente, estipula ser contribuinte de ICMS a pessoa que "realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadorias (...) ainda que as operações (...) se iniciem no exterior".

As cópias dos recolhimentos efetuados pela destinatária (fls. 88/107), relativos ao diferencial de alíquotas para o Pará; as declarações do Fisco daquele Estado; e a Consulta Sintegra/ICMS (fls. 15), na qual consta como atividade econômica principal da destinatária "6462000 - *Holdings de instituições não-financeiras*" são provas a favor do Fisco mineiro de que as operações ocorreram para não contribuinte do ICMS.

A Autuada teve a oportunidade de demonstrar na impugnação de fls. 18/25 e aditamento de fls. 149/156 que a destinatária das mercadorias pratica operações de circulação de mercadorias com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial. Porém, em nenhuma das duas ocasiões de defesa provou as suas alegações.

É improcedente o argumento da Autuada, às fls. 155, de que a Nucor Brasil Participações Ltda estava em fase de construção e montagem de alto-forno para a produção de ferro gusa, pois não foram apresentados documentos comprobatórios de operações subsequentes às da Autuada, tributadas pelo ICMS. Dessa maneira, não pode o Fisco mineiro aceitar como prova a simples alegação.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco às fls.121/122. Vencido, em parte, o Conselheiro Sauro Henrique de Almeida, que excluía as exigências fiscais anteriores à 23/12/04, nos termos do art. 150 § 4º do CTN. Pela Impugnante, sustentou oralmente a Dra. Priscila Cristovam Gonçalves Gregório da Silva e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Célio Lopes Kalume. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Antônio César Ribeiro (Revisor) e Sauro Henrique de Almeida.

Sala das Sessões, 04 de novembro de 2010.

Mauro Heleno Galvão
Presidente

Danilo Vilela Prado
Relator

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.081/10/1ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000163984-73
Impugnação: 40.010126581-97
Impugnante: Montemec Montagens Engenharia e Construções Ltda.
IE: 448794204.00-80
Proc. S. Passivo: Priscila Cristovam Gonçalves Gregório da Silva
Origem: DF/ BH-3 - Belo Horizonte

Voto proferido pelo Conselheiro Sauro Henrique de Almeida, 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 a constatação pelo Fisco de que a Autuada recolheu ICMS a menor, no período de 01/08/04 a 31/08/05, por utilizar a alíquota de 7% (sete por cento), em operações interestaduais, com saídas de mercadorias destinadas a não contribuintes do imposto.

O início da ação fiscal que culminou na autuação se deu em 23/12/09 e, o lapso temporal do AI (exercício de 2004) escapa àquele que poderia ser validamente cobrado, ou seja, até 31/12/08.

Conforme relatado pelo Fisco e, exposto acima, encontra-se caracterizada a infração, conforme decisão da Câmara, mas tem-se, ainda, que o Auto de Infração foi recebido pela Autuada, em 23/12/09, ou seja, após o prazo previsto para o lançamento do crédito tributário referente a parte do exercício de 2004, conforme previsto no art. 150, § 4º da Lei 5.172/66, *in verbis*:

Art. 150 - O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(...)

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, o crédito tributário referente ao período anterior 23/12/04, estaria prescrito pela homologação do lançamento ter ocorrido com o recebimento do Auto de Infração em 23/12/09.

Diante disso, julgo parcialmente procedente o lançamento, para excluir as exigências fiscais anteriores a 23/12/04, de acordo com o art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional.

Sala das Sessões, 04/11/10.

**Sauro Henrique de Almeida
Conselheiro**

CC/MIG