

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.289/11/3ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000167395-21
Impugnação: 40.010128710-28
Impugnante: Fasal S/A Comércio e Indústria de Produtos Siderúrgicos
IE: 578008565.03-00
Proc. S. Passivo: Ricardo Alves Moreira/Outro(s)
Origem: DF/Belo Horizonte - DF/BH-3

EMENTA

ALÍQUOTA DE ICMS – APLICAÇÃO INCORRETA – OPERAÇÃO INTERESTADUAL – EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. Imputação fiscal de que a Autuada destinou mercadoria a empresa de construção civil, localizada em outro Estado, utilizando-se indevidamente da alíquota interestadual. Exige-se ICMS e Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75. Entretanto, restando comprovado nos autos que o destinatário é contribuinte do ICMS no Estado do Rio de Janeiro, correta a alíquota adotada para a operação, nos termos do art. 12, § 1º, alínea “a” da Lei nº 6.763/75. Exigências fiscais canceladas. Lançamento improcedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre recolhimento a menor de ICMS, no período de 2005 a 2009, em decorrência de aplicação incorreta de alíquota de ICMS em operações interestaduais destinadas a empresa de construção civil "Denge Engenharia e Consultoria", estabelecida no município do Rio de Janeiro.

Exige-se ICMS resultante da diferença entre a alíquota interna (18%) e a interestadual (12%) 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. 379/393.

O Fisco promove a reformulação do lançamento, excluindo das exigências as notas fiscais canceladas, conforme planilha de fl. 472 e Demonstrativo de Correção Monetária e Multa (DCMM) de fls. 473/474.

A Autuada ratifica a sua impugnação, por meio da petição de fls. 476.

Conforme manifestação de fls. 477/483, o Fisco refuta as alegações da defesa, pugnando pela procedência do lançamento.

A Assessoria do CC/MG exara despacho interlocutório, solicitando informações da Autuada, que, após pedido de dilação do prazo, nada apresenta.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Assessoria do CC/MG, em parecer de fls. 496/504, opina pela procedência parcial do lançamento, nos termos da reformulação já realizada pelo Fisco.

DECISÃO

Inicialmente, cumpre destacar que a Impugnante questiona a ocorrência de decadência.

Assim, antes mesmo de se verificar a imputação fiscal, imperioso analisar a alegação defensiva de que se operou a decadência relativamente aos fatos geradores ocorridos anteriormente a 30/11/05, haja vista sua intimação do feito fiscal em 30/11/10, nos termos do § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional (CTN) que assim determina:

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.

Contudo, afasta-se a suposta violação ao retrotranscrito art. 150, § 4º do CTN, pois se trata aqui de lançamento de débito fiscal originário da cobrança decorrente do recolhimento a menor do ICMS, por aplicação incorreta de alíquota em operações interestaduais.

O Fisco Estadual busca a cobrança do tributo relativo ao período de 2005 a 2009. O lançamento por homologação, nos termos do art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional, ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, e opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo contribuinte expressamente a homologa.

Na modalidade de lançamento por homologação, a apuração dos pressupostos fáticos, da base de cálculo e do pagamento da exação deverá ser efetuada pelo sujeito passivo, prévia, autônoma e independentemente de qualquer iniciativa do Fisco.

Nesta modalidade, o contribuinte, ou o responsável tributário, conforme o caso, deve realizar o pagamento antecipado do tributo, antes de qualquer procedimento administrativo, ficando a extinção do crédito tributário condicionada à futura homologação, expressa ou tácita, pela autoridade competente.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Outra hipótese, entretanto, é aquela em que o sujeito passivo não cumpre, ou cumpre de modo diverso do entendimento do Fisco, com suas obrigações. Assim ocorrendo, a atividade a ser praticada pela Fiscalização não poderá ser caracterizada apenas como homologação, já que esta pressupõe a existência de providências adotadas pelo contribuinte passíveis de confirmação pela autoridade administrativa.

Afastando-se a hipótese de lançamento por homologação e, por conseguinte, aplicando-se as disposições relativas ao lançamento de ofício, o prazo decadencial para constituição do crédito tributário deve ser calculado com base no art. 173, inciso I do Código Tributário Nacional.

Portanto, verifica-se nos autos que não se operou a decadência em relação ao crédito tributário ora exigido, oriundo dos fatos geradores ocorridos no período anterior a 30 de novembro de 2005.

Repita-se, do exame do § 4º do art. 150 do CTN, verifica-se que o lançamento por homologação se dará nos casos em que o imposto tiver sido efetivamente declarado e pago pelo contribuinte.

Em relação ao ICMS que não foi declarado e/ou pago, é incabível o lançamento por homologação, mas o lançamento direto, ou de ofício, nos termos do art. 149, inciso V do CTN.

Nesta hipótese, que é exatamente a constante dos autos, tem a Fazenda o direito de constituir o crédito correspondente no prazo decadencial previsto no art. 173 do Código Tributário Nacional, *in verbis*:

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.

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

À luz do retrotranscrito art. 173, o prazo para a autoridade fazer a confirmação do lançamento termina em 05 (cinco) anos contados do fato gerador.

Dessa forma, caso não haja a confirmação, considera-se homologado o lançamento tacitamente; no entanto, isto não quer dizer que a Fazenda não tem direito de examinar o procedimento do contribuinte.

O objeto do Auto de Infração ora analisado trata-se de um “lançamento de ofício”, pois não houve nenhuma participação da Autuada, sendo que as informações constantes na peça fiscal foram levantadas pelo Fisco descaracterizando os lançamentos

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

feitos pela Contribuinte em virtude de não espelharem as operações efetivamente ocorridas.

Frise-se pela importância, o prazo extintivo do direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário, ou seja, efetuar o lançamento de ofício, é regulado pelo art. 173, inciso I do Código Tributário Nacional, que estabelece o decurso de cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

O citado dispositivo prevalece à previsão de homologação tácita do lançamento efetuado pelo contribuinte a que alude o art. 150, § 4º do CTN, quanto ao montante não contemplado na apuração, posteriormente verificado pelo Fisco, e devidamente lançado de ofício, nos termos do art. 149, inciso V do mesmo diploma legal.

Desta forma, os fatos geradores evidenciados no feito, relativos ao período questionado, ver-se-iam atingidos pela decadência somente a partir de 31 de dezembro de 2010.

Assim, em razão da intimação da lavratura do Auto de Infração ter ocorrido no dia 30 de novembro de 2010, claro está que a constituição do crédito tributário foi realizada dentro do prazo decadencial, não se tendo fulminado, ainda, o direito da Fazenda Pública de constituí-lo.

Diante do acima exposto, a arguição de decadência levantada em preliminar pela Impugnante, não deve prevalecer pelo que se passa a analisar as demais questões que permeiam os presentes autos.

Ratificando o relatório supra, verifica-se que a autuação versa sobre recolhimento a menor de ICMS, no período de 2005 a 2009, em decorrência de aplicação incorreta de alíquota de ICMS em operações interestaduais destinadas à empresa de construção civil "Denge Engenharia e Consultoria", estabelecida no município do Rio de Janeiro.

Foram feitas as exigências de ICMS resultante da diferença entre a alíquota interna (18%) e a interestadual (12%) e multa de revalidação prevista no inciso II do art. 56 da Lei nº 6.763/75.

O Fisco apresenta relatório analítico à fl. 06 demonstrando o crédito tributário total, e relatório por exercício, em planilha acostada à fl. 7 dos autos, instruindo o lançamento com os seguintes documentos:

- resposta da Impugnante sobre a condição de contribuinte do estabelecimento matriz da destinatária (IE nº 85828509) - Anexo I (fls. 12/43);
- relação das notas fiscais objeto do lançamento - Anexo II (fls. 44/51);
- cópia dos documentos fiscais objeto do lançamento - Anexo III (fls. 52/375).

A controvérsia em tela reside na caracterização da destinatária das operações, objeto do lançamento, como contribuinte ou não do ICMS.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A razão social sugere que seja uma empresa do ramo da construção civil, porém a ora Impugnante comprova que a matriz do estabelecimento destinatário pratica operações relativas à circulação de mercadorias sujeitas à incidência de ICMS, sendo, pois, contribuinte do ICMS.

Com relação à filial "Denge Engenharia e Consultoria Ltda – CNPJ nº 73.511.933/0002-06", depura-se dos autos que a aludida filial possui inscrição estadual junto a Secretaria de Estado de Fazenda do Rio de Janeiro sob o nº 77.591.168.

Destaca-se ainda do cadastro de referida filial, que seu objeto não abrange o segmento de construção civil, tal qual deduzido pelo Fisco, pois tem como atividade principal a fabricação e o comércio de máquinas, aparelhos e equipamentos.

Em consulta à tela "Consulta Pública ao Cadastro de Contribuintes de ICMS do Rio de Janeiro", extraído do âmbito do SINTEGRA, verifica-se que o estabelecimento inscrito no CNPJ nº 73.511.933/0002-06 se sujeita à apuração normal do ICMS desde agosto de 2003.

Ademais, constata-se que as alterações contratuais da pessoa jurídica "Denge Engenharia e Consultoria Ltda", destinatária das mercadorias, corroboram o fato de que esta empresa não exerce a atividade de construção civil, centrando-se apenas na fabricação e comércio de máquinas, aparelhos e equipamentos.

Por outro lado, importante ressaltar que o Estado de Minas Gerais denunciou o Convênio ICMS nº 71/89, com vigência a partir de 01/01/05, data em que também passou a vigorar o parágrafo 12 do art. 42 do RICMS/02, fundamento básico para o lançamento em questão.

Veja-se:

Art. 42. As alíquotas do imposto são:

(...)

§ 12. Na operação que destine bens ou mercadorias à empresa de construção civil de que trata o art. 174 da Parte 1 do Anexo IX, localizada em outra unidade da Federação, ainda que inscrita no Cadastro de Contribuintes do ICMS, deverá ser aplicada a alíquota prevista para a operação interna, salvo se comprovado, pelo remetente e de forma inequívoca, que a destinatária realiza, com habitualidade, operações relativas à circulação de mercadorias sujeitas ao ICMS.

O dispositivo supracolacionado impõe ao remetente das mercadorias o ônus de comprovar que o destinatário realiza habitualmente operações relativas à circulação de mercadorias, resultado daí sua condição de contribuinte deste imposto.

De acordo com os documentos constantes dos autos, depreende-se que a Impugnante se desincumbiu deste ônus, seja pelas provas cadastrais de sua situação, seja pelas notas fiscais a demonstrarem a sua habitualidade na operação de circulação de mercadorias, elidindo, portanto, a presunção fiscal de que a destinatária das mercadorias comercializadas pela Autuada não seria contribuinte habitual do ICMS.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Destarte, sobre as operações de circulação de mercadorias destinadas à empresa "Denge Engenharia e Consultoria Ltda – CNPJ nº 73.511.933/0002-06", contribuinte do ICMS localizada no Estado do Rio de Janeiro, aplica-se a alíquota interestadual, devendo ser julgado improcedente o lançamento.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar improcedente o lançamento. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Ricardo Alves Moreira e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Mariane Ribeiro Bueno Freire. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros José Luiz Drumond e Alberto Ursini Nascimento.

Sala das Sessões, 21 de novembro de 2011.

**Maria de Lourdes Medeiros
Presidente / Revisora**

**Breno Frederico Costa Andrade
Relator**

cam