

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 3.674/11/CE Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000163984-73
Recurso de Revisão: 40.060128618-25
Recorrente: Montemec Montagens Engenharia e Construções Ltda
IE: 448794204.00-80
Recorrida: Fazenda Pública Estadual
Proc. S. Passivo: Priscila Cristovam Gonçalves Gregório da Silva
Origem: DF/Belo Horizonte - DF/BH-3

EMENTA

ALÍQUOTA DE ICMS – APLICAÇÃO INCORRETA – OPERAÇÃO INTERESTADUAL. Imputação fiscal de que a Autuada destinou mercadoria a empresa não contribuinte do ICMS, localizada em outro Estado, utilizando-se indevidamente da alíquota de 7% (sete por cento). Exigências de 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, correta a alíquota adotada para a operação, nos termos do art. 12, § 1º, alínea “a” da Lei nº 6.763/75. Exigências fiscais canceladas. Recurso de Revisão conhecido a unanimidade e provido por maioria de votos.

RELATÓRIO

Da Decisão Recorrida

A autuação versa sobre a imputação fiscal de recolhimento a menor de ICMS, no período de 01/08/04 a 31/08/05, por utilização da alíquota de 7% (sete por cento), em operações interestaduais, com saídas de mercadorias destinadas a não contribuinte do imposto. Exigências de ICMS e a Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

A decisão consubstanciada no Acórdão n.º 20.081/10/1ª, por maioria de votos, julgou parcialmente procedente o lançamento, nos termos reformulação fiscal.

Das Razões da Recorrente

Inconformado, o Recorrente interpõe, tempestivamente, o presente Recurso de Revisão (fls. 181/194), por procuradora regularmente constituída. Afirma que a decisão recorrida revela-se divergente das decisões dos acórdãos indicados como paradigmas: 18.577/09/2ª e 3.281/07/CE. Requer seja provido seu Recurso de Revisão.

DECISÃO

Da Preliminar

Superada, de plano, a condição de admissibilidade referente ao rito processual, capitulada no inciso II do art. 163 do Regulamento de Processo e

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, cumpre verificar o atendimento, também, da segunda condição estatuída no citado dispositivo legal, relativa à divergência jurisprudencial.

Verifica-se, sem muito esforço, que o Acórdão nº 18.577/09/2ª (fls. 197/207), apontado como paradigma, diverge quanto à aplicação da legislação tributária tendo em vista que decide pelo reconhecimento da decadência com fulcro no § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional (CTN), enquanto a decisão recorrida reconhece também a decadência, mas com base no disposto no inciso I do art. 173 do CTN.

No que se refere ao Acórdão nº 3.281/07/CE (fls. 208/210), também apontado como paradigma, verifica-se que o fundamento para manter a exclusão da exigência de aplicação incorreta de alíquota em relação à Nota Fiscal nº 054887, único objeto de análise naquela oportunidade pela Câmara Especial, foi o fato de haver apresentação de documento de arrecadação pelo destinatário atestando recolhimento *“do imposto na data”*.

Com a devida vênia, não se sabe qual imposto, se o resultante da apuração normal ou relativo à diferença entre as alíquotas ou relativo a outra situação.

Nesse sentido, por falta de informação conclusiva, percebe-se prejudicada a análise quanto à aplicação divergente da legislação tributária em confronto com a decisão recorrida.

Conclui-se, pois, pelo atendimento da segunda condição prevista no inciso II do art. 163 do RPTA (divergência jurisprudencial) apenas em relação ao Acórdão nº 18.577/09/2ª, superando a fase de admissibilidade do Recurso.

Na sessão de julgamento do dia 03/03/11, decidiu a Câmara Especial do CC/MG, em preliminar, por maioria de votos, em indeferir requerimento de juntada de documentos apresentado da tribuna. Vencidas as Conselheiras Luciana Mundim de Mattos Paixão e Maria de Lourdes Medeiros, que o deferiam. Também em preliminar, à unanimidade, em conhecer do Recurso de Revisão. Ainda em preliminar, à unanimidade, em deferir o pedido de vista formulado pela conselheira Maria de Lourdes Medeiros, nos termos da Portaria nº 04, de 16/02/01, marcando-se extrapauta para o dia 18/03/11, ficando proferidos os votos dos Conselheiros Vander Francisco Costa (Relator) que dava provimento parcial ao Recurso para excluir as exigências fiscais anteriores a 23/12/2004, nos termos do voto vencido e também os votos dos conselheiros René de Oliveira e Sousa Júnior (Revisor), Antônio César Ribeiro e Luciana Mundim de Mattos Paixão que lhe davam provimento. Pelo Recorrente, sustentou oralmente o Dr. Ricardo de Paiva Moreira e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Bruno Rodrigues de Faria. Pela Recorrente assistiu o julgamento a Dra. Priscila Cristovam Gonçalves Gregório da Silva.

Do Mérito

Cumprido de início ressaltar que, nos termos do art. 168 do RPTA, o Recurso de Revisão admitido devolve à Câmara Especial o conhecimento de toda matéria nele versada.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O caso em tela cuida de exigências relacionadas a aplicação incorreta de alíquota em operações de venda de partes e peças de alto forno, no período de 01/08/04 a 31/08/05, para a empresa Nucor Brasil Participações Ltda, estabelecida no Estado do Pará.

Entende o Fisco que o destinatário não é um contribuinte do ICMS e, nesse sentido, deveria ter sido destacada a alíquota de 18% (dezoito por cento) sobre a base de cálculo, relativa a operação interna, e não a de 7% (sete por cento), relativa a operação interestadual.

Nesse contexto, exigiu o Fisco a diferença de ICMS (11%), acompanhada da Multa de Revalidação (50%), prevista no inciso II do art. 56 da Lei nº 6.763/75.

Em primeira análise, ressalta-se que não se encontra decaído o direito do Fisco lançar, relativamente aos fatos geradores ocorridos anteriormente a 23/12/04, com aplicação do disposto no § 4º do art. 150 do CTN. Salienta-se que a Autuada foi intimada do Auto de Infração em 23/12/09.

Conforme estabelece o mencionado dispositivo, 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. No entanto, constitui regra geral que, ao lançamento de ofício, aplica-se a contagem fixada no art. 173, I do CTN.

Sobre o tema, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em decisão de 15/03/07, confirmou tal posição, em acórdão assim ementado:

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, tal e qual a situação ora em análise, entenderam os ilustres julgadores que não havendo o pagamento sobre aquela parcela, não há que se falar em homologação, mas sim em lançamento de ofício, ensejando a aplicação da norma do art. 173, I do CTN.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No mesmo sentido decidiu o Egrégio 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.

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

Dessa forma, o prazo para a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário relativo ao exercício de 2004 somente expirou em 31/12/09, conforme disposto no art.173, I, não ocorrendo a decadência relativamente ao crédito tributário exigido, uma vez que a Autuada foi regularmente intimada do AI em 23/12/09.

Em relação ao mérito propriamente dito do lançamento, sustenta o Fisco que a destinatária Nucor Brasil Participações Ltda, durante mais de 3 (três) anos só recolheu o chamado “diferencial de alíquotas”, não se caracterizando, desta forma, como um contribuinte de ICMS.

Ainda que houvesse informação da Secretaria da Fazenda do Estado do Pará atestando a condição de contribuinte do ICMS daquela Empresa, entende o Fisco que não foram cumpridos os pressupostos definidos na legislação para tal consideração.

A decisão recorrida sustenta que a Lei Complementar nº 87/96 é quem disciplina o conceito e os requisitos para caracterização de uma empresa como contribuinte de ICMS, ou seja, que realize com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial operações de circulação de mercadoria, ou nas situações específicas de importação de mercadorias ou bens do exterior, qualquer que seja a sua finalidade, seja destinatária de serviço prestado no exterior ou cuja prestação se tenha

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

iniciado no exterior, adquira em licitação mercadorias ou bens apreendidos ou abandonados ou 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.

Por sua vez, a Recorrente afirma que a destinatária encontrava-se em fase de construção e montagem de alto forno para futura produção de ferro gusa.

Realizando-se uma análise teórica sobre a matéria, verifica-se que o recolhimento de ICMS sobre a diferença entre as alíquotas interna e interestadual, por si só, não caracteriza uma empresa como contribuinte do ICMS.

Por outro lado, é fato incontroverso que quem adquire partes e peças de um alto forno tem o objetivo precípuo de produção de ferro gusa. Não faz sentido uma empresa que não é contribuinte de ICMS adquirir um alto forno.

Do mesmo modo, não é factível uma empresa adquirir um alto forno para produzir ferro gusa para ela mesma; não se tem notícia.

O Fisco, bem como a decisão recorrida, sustenta que a destinatária Nucor Brasil Participações Ltda, uma holding, ou seja, uma gestora de participações sociais que administra um conglomerado de empresas, não é contribuinte do ICMS.

Por outro lado, o Fisco e a decisão recorrida sustentam, com fulcro na Lei Complementar nº 87/96, que quem realiza com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial operações de circulação de mercadoria é considerado contribuinte do ICMS.

Ora, dentro desses critérios, se a holding destinatária adquire as partes e peças de um alto forno, logicamente que ela vai montá-lo ou transferi-lo para uma das empresas do conglomerado para montagem e consequente produção de ferro gusa.

Desta forma, no caso de transferência pela holding para outra empresa ou outro estabelecimento da mesma empresa estaria cumprido o requisito de realização de operação de circulação de mercadoria em volume que caracterize intuito comercial.

Portanto, dentro dos próprios fundamentos da decisão da Câmara *a quo*, conclui-se que a destinatária seria contribuinte do ICMS e a alíquota a ser destacada nos documentos fiscais seria a interestadual (7%).

Noutra vertente, abstraindo-se mesmo desta análise legal e focando especificamente na operação de venda de um alto forno, não há como entendê-la realizada para um não contribuinte do ICMS. Ainda que a destinatária não tenha inscrição estadual, seja para uma pessoa física, seja uma holding, ainda assim a venda seria para um contribuinte do ICMS, *in casu*, no mínimo um contribuinte de fato.

Nesse sentido, se partes e peças de um alto forno são vendidas, obviamente que o serão para construção de um alto forno que obrigatoriamente será utilizado por um contribuinte do ICMS, ainda que não tenha inscrição como contribuinte do imposto

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ou tenha inscrição como uma holding ou outra forma de constituição societária.

O que não se altera é o fato de que um alto forno tem a função de produzir ferro gusa para venda, que é uma atividade realizada especificamente por um contribuinte do ICMS.

Portanto, dentro desse entendimento, conclui-se que a Recorrente destacou corretamente a alíquota interestadual na venda de partes e peças de um alto forno para um contribuinte do ICMS estabelecido no Estado do Pará.

Nesse sentido, imperioso reformar a decisão recorrida para afastar as exigências fiscais.

Em razão da aplicação da Portaria nº 04, de 16/02/01, deu-se prosseguimento ao julgamento anterior realizado em 03/03/11. ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso. O Conselheiro Vander Francisco Costa reformulou o seu voto, dando provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros Maria de Lourdes Medeiros e Mauro Heleno Galvão, que lhe negavam provimento nos termos da decisão recorrida. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros René de Oliveira e Sousa Júnior (Revisor), Maria de Lourdes Medeiros, Luciana Mundim de Mattos Paixão e Antônio César Ribeiro.

Sala das Sessões, 18 de março de 2011.

**Mauro Heleno Galvão
Presidente**

**Vander Francisco Costa
Relator**

VFC/cam