

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 22.423/17/1ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000429326-19
Impugnação: 40.010140493-92
Impugnante: Thyssenkrupp Industrial Solutions Ltda
IE: 002088327.00-05
Proc. S. Passivo: Tadeu Negromonte de Moura/Outro(s)
Origem: DF/BH-3 - Belo Horizonte

EMENTA

NOTA FISCAL – FALTA DE DESTAQUE DO ICMS – VENDA À ORDEM. Constatado o recolhimento a menor de ICMS face à emissão incorreta de notas fiscais previstas no art. 304, inciso II, alínea “b” do Anexo IX do RICMS/02, em operações de vendas à ordem. Exigências de ICMS e Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75. Infração plenamente caracterizada.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre o recolhimento a menor de ICMS, no período de novembro de 2012, fevereiro de 2013, maio de 2013 a março de 2014 e junho de 2014 a dezembro de 2015, em face da emissão incorreta de notas fiscais previstas no art. 304, inciso II, alínea “b” do Anexo IX do RICMS/02, em operações de vendas à ordem.

Exigências de ICMS e 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. 342/359, juntando documentos às fls. 360/462, contra a qual a Fiscalização manifesta-se às fls. 467/482.

A Assessoria do CC/MG, em Parecer de fls. 485/494, opina, em preliminar, pelo indeferimento da prova pericial requerida. No mérito, pela procedência do lançamento.

DECISÃO

Os fundamentos expostos no parecer da Assessoria do CC/MG foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e, por essa razão, passam a compor o presente Acórdão, salvo pequenas alterações.

Da Preliminar do Pedido de Prova Pericial

A Impugnante solicita realização de prova pericial conforme quesitos formulados às fls. 358/359 e indica assistente técnico de seu interesse.

Segundo a doutrina “*em casos em que o julgamento do mérito da causa depende de conhecimentos técnicos de que o magistrado não dispõe, deverá ele recorrer ao auxílio de um especialista, o perito, que dispondo do conhecimento técnico necessário, transmitirá ao órgão jurisdicional seu parecer sobre o tema posto à sua apreciação*” (Alexandre Freitas Câmara; Lições de D. Processual Civil).

Assim, a perícia, por se tratar de prova especial, só pode ser admitida quando a apuração do fato em litúgio não se puder fazer pelos meios ordinários de convencimento.

Entretanto, a perícia solicitada se mostra desnecessária, uma vez que as informações e os documentos contidos nos autos são suficientes para o deslinde da matéria, o que ficará evidenciado quando da análise de mérito do presente lançamento.

Vale citar, a propósito, decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais abordando a questão:

SE A MATÉRIA TRATADA NOS AUTOS VERSAR SOBRE QUESTÃO EMINENTEMENTE DE DIREITO, QUANTO AO RECONHECIMENTO OU NÃO DA PERCEPÇÃO DE DIFERENÇA SALARIAL, DECORRENTE DA CONVERSÃO DE URV, DESNECESSÁRIA A REALIZAÇÃO DE PROVA PERICIAL CONTÁBIL, A QUAL PODERÁ SER REALIZADA, ACASO NECESSÁRIO, EM SEDE DE EXECUÇÃO. A PROVA PERICIAL SOMENTE SE APRESENTA NECESSÁRIA QUANDO A INFORMAÇÃO DEPENDER DA OPINIÃO DE ESPECIALISTA NA MATÉRIA QUE ESCAPA DO UNIVERSO DE CONHECIMENTO DO JULGADOR, HIPÓTESE ESSA NÃO CARACTERIZADA NO CASO VERTIDO. ASSIM, INDEFERE-SE O PEDIDO (PROCESSO NÚMERO 1.0024.05.661742-6/001(1), RELATOR: CÉLIO CÉSAR PADUANI, TJMG)

Assim, indefere-se a prova requerida, com fundamento no art. 142, § 1º, inciso II, alínea “a” do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos de Minas Gerais (RPTA), aprovado pelo Decreto nº 44.747/08.

Art. 142 - A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação, e será realizada quando deferido o pedido do requerente pela Câmara ou quando esta a determinar, observado o seguinte:

(...)

§ 1º Relativamente ao pedido de perícia do requerente:

(...)

II - será indeferido quando o procedimento for:

a) desnecessário para a elucidação da questão ou suprido por outras provas produzidas.

Do Mérito

Conforme relatado, a autuação versa sobre o recolhimento a menor de ICMS, no período de novembro de 2012, fevereiro de 2013, maio de 2013 a março de 2014 e junho de 2014 a dezembro de 2015, em face da emissão incorreta de notas

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

fiscais previstas no art. 304, inciso II, alínea “b” do Anexo IX do RICMS/02, em operações de vendas à ordem.

Exigências de ICMS e Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

A Fiscalização, em análise das notas fiscais relacionadas ao contrato nº 4292549/2011 (Anexo 9, fls. 337), constata a emissão incorreta de notas fiscais previstas no art. 304, inciso II, alínea “b” do Anexo IX do RICMS/02, conforme relação do Anexo 1 (fls. 60/64), em operações de vendas à ordem.

O referido contrato foi celebrado entre a Vale S.A, situada no estado do Rio de Janeiro (RJ), CNPJ 33.592.510/0001-54 e a Polysius do Brasil Ltda, IE 062.979312.00-10, CNPJ 43.811.819/0003-03, atualmente Thyssenkrupp Industrial Solutions Ltda, IE 002.088327.00-05.

Entretanto, constata a Fiscalização que as notas fiscais citadas foram emitidas, indevidamente, para o estabelecimento da Vale S.A., CNPJ 33.592.510/0089-96, localizado no estado do Pará (PA). Assim, o ICMS destacado nos documentos fiscais foi incorretamente calculado com base na alíquota de 7% (sete por cento), quando o correto seria a aplicação da alíquota de 12% (doze por cento).

Importa registrar observação da Fiscalização de que as mercadorias, objeto do referido contrato, estão beneficiadas com a redução da base de cálculo prevista no item 16, da parte 1, do Anexo IV do RICMS/02.

Conforme Cláusula Primeira do citado contrato, trata-se de fornecimento de dois sistemas de carregamento de vagões.

A Impugnante alega, em apertada síntese, que a real aquisição foi realizada pela empresa Vale/PA, para fazer parte do seu ativo imobilizado, pois um equipamento desse porte é para as funções a que se destina (parte da produção minerária), não poderia ter sido adquirido pela empresa Vale/RJ, onde funciona apenas o centro administrativo da empresa e que o contrato foi assinado por ela apenas por questões de organização interna por possuir um escritório naquele estado.

Afirma que não foi firmado nenhum negócio jurídico entre as empresas PA/RJ, tanto que não foi demonstrado nos autos a emissão de notas fiscais de venda ou transferência da Vale/RJ para a Vale/PA. Argumenta, ainda, que o próprio contrato prevê a entrega do equipamento no canteiro de montagem do Projeto S11D, no sudeste do Pará.

A Fiscalização, por sua vez, defende que se trata de uma operação de venda à ordem, conforme comprovado no campo “Informações Complementares” dos documentos fiscais acostados aos autos, pois o adquirente originário seria a Vale localizada no estado do Rio de Janeiro, conforme previsto no citado contrato, ou seja, Vale/RJ adquirindo as mercadorias por conta e ordem da Vale/PA, onde foram entregues as mercadorias. Assim, entende que as notas fiscais não foram emitidas conforme previsão constante da alínea “b” do inciso II do art. 304 do Anexo IX do RICMS/02.

Importante trazer a legislação de regência da matéria.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RICMS - ANEXO IX

Art. 304. Nas vendas à ordem, por ocasião da entrega global ou parcial da mercadoria a terceiro, será emitida nota fiscal:

I - pelo adquirente originário, em nome do destinatário da mercadoria, com destaque do imposto, se devido, indicando-se, além dos requisitos exigidos, o nome, o endereço e os números de inscrição, estadual e no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ), do estabelecimento que irá promover a remessa da mercadoria;

II - pelo vendedor remetente:

a) em nome do destinatário, para acobertar o trânsito da mercadoria, sem destaque do imposto, indicando-se, além dos requisitos exigidos:

a.1) como natureza da operação, a seguinte expressão: "Remessa por conta e ordem de terceiros";

a.2) o número, a série e a data da nota fiscal de que trata o inciso anterior;

a.3) o nome, o endereço e os números de inscrição, estadual e no CNPJ, do emitente da nota fiscal referida na subalínea anterior;

b) em nome do adquirente originário, com destaque do imposto, se devido, indicando-se, como natureza da operação: "Remessa simbólica - venda à ordem", e o número, a série e a data da nota fiscal emitida na forma da alínea anterior.

Parágrafo único. Por ocasião da escrituração, no livro Registro de Saídas, das notas fiscais de que trata este Capítulo, será mencionado o motivo da emissão.

Portanto, verifica-se que o lançamento trata de situação meramente fática e objetiva.

Conforme analisa a Fiscalização, a título ilustrativo, veja-se o texto do campo "Informações Complementares" da Nota Fiscal nº 3.038 de fls. 120:

"Observação do Pedido de Saída: ORDEM DE COMPRA Nº2041509.LIBERAÇÃO: 01 VALOR R\$6.226.905,01 MATERIAL ENTREGUE POR SUA CONTA E ORDEM PARA MONTAGEM NA VALE S.A. ESTRADA ESTADUAL PA 160-BAIRRO: VIA SECUNDÁRIA VS 40 ZONA RURAL SN-CANAA DOS CARAJÁS/PA. CEP:68537-000 CNPJ: 33.592.510/0029-55 IE:15.280.307-06 COM NOSSA NOTA FISCAL Nº3039 DE 26/11/2012. OS:21.90466 LTD Nº.014-2190466-001 E 027-2190466-001.PAGAMENTO CONFORME CONTRATO. IPI-ALÍQUOTA 0%(ZERO POR CENTO) CONFORME DECRETO 6006 DE 28/12/2006. ICMS-

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

BASE DE CALCULO REDUZIDA CONFORME
CONVENIO CONFAZ 052/91 E PRORROGADO PELO
CONVENIO 101/12” (Grifou-se)

Observa-se, ainda, que a “Natureza da operação” da nota fiscal citada é “venda produção do estabelecimento – conta e ordem”. As cópias dos DANFES relacionados com o presente trabalho encontram-se no anexo 6 do Auto de Infração, fls. 115/331.

A Fiscalização apresenta, às fls. 476, diagrama demonstrando de forma clara como a Autuada procedeu na operação em questão e quais as notas fiscais foram emitidas por ela e, às fls. 478, outro diagrama demonstrando como deveria ter sido realizada a operação de venda por conta e ordem e quais as notas fiscais deveriam ter sido emitidas.

O esquema, corretamente apresentado pela Fiscalização, demonstra que deveriam ter sido emitidas duas notas fiscais pela Autuada, quais sejam, a nota fiscal de “Remessa simbólica - venda à ordem” em nome do adquirente originário (Vale/RJ), com destaque do imposto, à alíquota de 12% (art. 304, inciso II, alínea “b” do Anexo IX do RICMS/02) e a nota fiscal de “Remessa por conta e ordem de terceiros” em nome do destinatário (Vale/PA), para acobertar o trânsito da mercadoria, sem destaque do imposto (art. 304, inciso II, alínea “a” do mesmo anexo).

A Fiscalização constata, ainda, que os pagamentos dos valores acordados no referido contrato e respectivos termos aditivos foram todos pagos pelo estabelecimento localizado no estado do Rio de Janeiro, conforme planilhas “Títulos Recebidos Analítico”, elaborada pelo contribuinte e que demonstra o CNPJ do estabelecimento pagador – RJ – anexo 3, fls. 68/72 e, ainda, a cópia dos extratos bancários acostados aos autos no anexo 4, fls. 74/108.

Portanto, no caso dos autos, fica claro tratar-se de operação de venda à ordem.

A Impugnante defende que o pagamento relativo ao contrato não configura fato gerador do imposto e que o pagamento foi realizado pela Vale/RJ simplesmente por ser esse o estabelecimento administrativo da empresa. Alega, ainda, que deve prevalecer a verdade material, citando doutrinas e acórdãos deste Conselho que entende corroborarem seu entendimento e argumentando, ainda, que, se a empresa do RJ tivesse adquirido os bens, não poderia se apropriar dos créditos decorrentes da aquisição do ativo, em razão do referido bem estar ligado às atividades operacionais da empresa Vale/PA e não ao seu centro administrativo.

A Fiscalização, por sua vez, defende que o parâmetro para aferição do fato gerador do tributo e seus efeitos é a operação mercantil legalmente consumada e não a simples circulação física da mercadoria, que é apenas consequência do negócio realizado.

José Eduardo Soares de Melo (ICMS: Teoria e Prática; 7.ed., São Paulo, Dialética) assim dispõe:

Operações são atos jurídicos; atos regulados pelo
Direito como produtores de determinada eficácia

jurídica; são atos *juridicamente relevantes; circulação e mercadorias*, nesse sentido, adjetivos que restringem o conceito substantivo de operações.

(...)

Ataliba Ressalta que 'é a operação – e apenas esta – o fato tributado pelo ICMS. A circulação e a mercadoria são conseqüências e meros aspectos adjetivos da operação tributada. (...) Não é qualquer operação realizada que se sujeita ao ICMS. Destas, apenas poderão ser tributadas as que digam respeito à circulação atinente a uma especial categoria de bens: as mercadorias'.

(...)

'Circulação' é passagem das mercadorias de uma pessoa para outra, sob o manto de um título jurídico, equivale a declarar, à sombra de um ato ou de um contrato, nominado ou inominado. Movimentação, com mudança de patrimônio (Paulo de Barros Carvalho).

(...)

Circular significa, para o Direito mudar de titular. Se um bem ou uma mercadoria mudam de titular, *circula* para efeitos jurídicos. Convencionou-se designar por *titularidade de uma mercadoria*, à circunstância de alguém deter poderes jurídicos de disposição sobre a mesma, *sendo ou não seu proprietário* (disponibilidade jurídica).

(...)

Não só a transferência da propriedade *stricto sensu* importa circulação. Também a mera transferência de posse a título negocial produz 'circulação', quando implique transferir poderes jurídicos atípicos do domínio, conferindo ao transmitido *disponibilidade jurídica* sobre a mercadoria'.

Oportuna lição de que **'não há identidade entre circulação física ou econômica** (inapreensível juridicamente) **e circulação jurídica**. Tanto é assim que, juridicamente, os imóveis circulam e, no entanto, fisicamente não podem fazê-lo'. Por isso ressalta: 'Uma coisa é a operação de que resulta a circulação de mercadoria. Outra bem diferente é a circulação dela resultante'. (...)

Lapidariamente, Carvalho de Mendonça oferece conceito de 'circulação': as mercadorias passando por diversos intermediários no seu percurso entre os produtores e os consumidores, constituem objeto de variados e sucessivos contratos. Na cadeia dessas transações dá-

se uma série continuada de transferência da propriedade ou posse das mercadorias. Eis o que se diz circulação de mercadorias’.

...o texto constitucional compreende unicamente circulação jurídica, atrelada à ‘mercadoria’, conceito exclusivo aos lindes do direito mercantil...
(Grifos acrescidos).

Saliente-se que a Impugnante às fls. 346 assim declarou:

Em 08.11.2011, a Impugnante firmou o contrato de Fornecimento de Equipamento nº 4292549 com a empresa Vale S/A (CNPJ 22.592.510/0001-54), situada no Estado do Rio de Janeiro.

Portanto, a própria Impugnante reconhece que o contrato foi firmado com a empresa Vale/RJ e parece se esquecer do princípio da autonomia dos estabelecimentos quando afirma que a empresa deste estado é apenas um escritório e que o real adquirente seria a Vale/PA.

O chamado “princípio da autonomia dos estabelecimentos” encontra-se encartado em nosso ordenamento jurídico, não sendo dado aos contribuintes (e tampouco ao Fisco) desconsiderá-lo (ou relativizá-lo) nas situações específicas em que isso venha a se mostrar conveniente.

Assim, não obstante os argumentos da Impugnante, cada um dos estabelecimentos de um mesmo titular é autônomo. É o que se depreende do o § 3º do art. 11 da Lei Complementar nº 87/96:

Art. 11

(...)

§ 3º Para efeito desta Lei Complementar, estabelecimento é o local, privado ou público, edificado ou não, próprio ou de terceiro, onde pessoas físicas ou jurídicas exerçam suas atividades em caráter temporário ou permanente, bem como onde se encontrem armazenadas mercadorias, observado, ainda, o seguinte

(...)

II - **é autônomo cada estabelecimento do mesmo titular;** (negritou-se)

A lei que institui o imposto no estado prevê:

Lei nº 6.763/75

Art. 6º - Ocorre o fato gerador do imposto:

(...)

VI - na saída de mercadoria, a qualquer título, inclusive em decorrência de bonificação, de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Por sua vez, o RICMS/02 dispõe da mesma forma:

RICMS/02

Art. 2º Ocorre o fato gerador do imposto:

(...)

VI - na saída de mercadoria, a qualquer título, inclusive em decorrência de bonificação, de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;

(...)

Cabe registrar que aprouve ao legislador definir o conceito de “estabelecimento” como a unidade a partir da qual há de se aferir não só a ocorrência do fato gerador do imposto, como também, por consequência, o cumprimento das obrigações principal e acessórias.

Ressalta-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 apresentado a seguir:

"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).

Nota-se que tem clareza a legislação tributária quanto à autonomia entre os estabelecimentos do mesmo titular.

Além de todo o exposto, verifica-se que, não obstante a Impugnante defenda que o estabelecimento da Vale/RJ seja apenas um escritório administrativo, conforme cadastro na Receita Federal do Brasil, juntada aos autos pela própria Impugnante, fls. 352, a atividade econômica principal da empresa é a “extração de minério de ferro”, sendo as “atividades de apoio à extração de minério de ferro” e “serviços combinados de escritório e apoio administrativo” classificadas como atividades secundárias.

A Fiscalização lembra, ainda, que o fato das instalações físicas de um estabelecimento se assemelharem a um escritório administrativo não prova a sua condição de não contribuinte. A condição de contribuinte independe das características físicas do estabelecimento, veja-se:

Lei nº 6.763/75

Art. 14. Contribuinte do imposto é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize operação de circulação de mercadoria ou prestação de serviço, descrita como fato gerador do imposto.

§ 1º A condição de contribuinte independe de estar a pessoa constituída ou registrada, bastando que pratique com habitualidade ou em

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

volume que caracterize intuito comercial a operação ou a prestação definidas como fato gerador do imposto.

(Grifou-se)

Observa-se, ainda, conforme tela de Consulta Pública ao Cadastro de Contribuintes de ICMS do Estado do Rio de Janeiro, fls. 481, que o estabelecimento da Vale/RJ possui inscrição estadual naquele estado, onde consta: “atividade econômica”: “comércio atacadista de produtos da extração mineral, exceto combustíveis”; “regime de apuração de ICMS”: “regime normal desde 29/03/1985 e no campo “observação”: “documentos fiscais emitidos podem gerar crédito de ICMS.

Dessa forma, corretamente argumenta a Fiscalização que está claramente comprovado nos autos que a operação se caracteriza como de venda à ordem, entretanto realizada pela Autuada de forma incorreta. A Fiscalização demonstrou que as notas fiscais emitidas pela Impugnante encontravam-se em desacordo com a realidade fática (Contrato nº4292549/2001 e extratos bancários) e, também, com a legislação pertinente à matéria (venda à ordem), estando corretas, portanto, as exigências fiscais de ICMS e Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Diante de todo o exposto, observa-se que as infrações cometidas pela Impugnante restaram devidamente comprovadas, o lançamento foi realizado com a plena observância da legislação tributária e, não tendo a Impugnante apresentado nenhuma prova capaz de elidir o feito fiscal, legítimo se torna o lançamento em exame.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento, nos termos do parecer da Assessoria do CC/MG. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Eder Sousa. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Ivana Maria de Almeida e Bernardo Motta Moreira.

Sala das Sessões, 07 de março de 2017.

Manoel Nazareno Procópio de Moura Júnior
Presidente / Revisor

Carlos Alberto Moreira Alves
Relator

IS/D