

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 5.658/22/CE Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.001986197-99
Recurso de Revisão: 40.060154755-94
Recorrente: Tejucana Mineração SA
IE: 001070589.00-66
Recorrido: Fazenda Pública Estadual
Proc. S. Passivo: ADRIANA DE FATIMA MOREIRA
Origem: DF/BH-3 - Belo Horizonte

EMENTA

RECURSO DE REVISÃO - NÃO CONHECIMENTO - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA. Não comprovada a divergência jurisprudencial prevista no art. 163, inciso II do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA, não se configurando, por conseguinte, os pressupostos de admissibilidade para o recurso.

Recurso de Revisão não conhecido à unanimidade.

RELATÓRIO

Versa a presente autuação sobre falta de emissão de documento fiscal e de recolhimento do ICMS devido relativo à dação em pagamento de 874.000 toneladas de minério de ferro, destinados à “Exbel Empresa de Mineração Ltda”, no período de 01/06/16 a 31/05/18, conforme acordo definido nos termos da Execução por Título Executivo Extrajudicial nº 0008778-84.2016.8.13.0090, homologado em 01/06/16.

As exigências fiscais referem-se ao ICMS apurado, acrescido da Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II adequada nos termos do § 2º, inciso I do art. 55 da citada lei, (duas vezes o ICMS incidente na operação).

A 1ª Câmara de Julgamento, em decisão consubstanciada no Acórdão nº 24.165/22/1ª, à unanimidade, julgou parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pela Fiscalização às págs. 219/220, nos termos do parecer da Assessoria do CCMG. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Marismar Cirino Motta.

Inconformada, a Autuada interpõe, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Recurso de Revisão anexo aos autos do e-pta, págs. 738/829.

Afirma que a decisão recorrida revela-se divergente das decisões proferidas nos seguintes acórdãos indicados como paradigmas: **Acórdãos nºs 23.030/18/1ª, 23.037/18/3ª e 23.326/19/3ª.**

Requer, ao final, o conhecimento e provimento do Recurso de Revisão.

A Assessoria do CCMG, em parecer de págs. 872/890, opina em preliminar, pelo não conhecimento do Recurso de Revisão e, quanto ao mérito, pelo não provimento do recurso.

DECISÃO

Os fundamentos expostos no parecer da Assessoria do CCMG foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e por essa razão passam a compor o presente Acórdão.

Dos Pressupostos de Admissibilidade

Superada a condição de admissibilidade referente ao rito processual, capitulada no inciso II do art. 163 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, cumpre verificar o atendimento, também, da segunda condição estatuída no citado dispositivo normativo, relativa à divergência jurisprudencial.

Para efeito de se avaliar a admissibilidade do Recurso, deve-se ressaltar que essa espécie de Recurso de Revisão tem como pressuposto de cabimento a existência de decisões divergentes quanto à aplicação da legislação tributária, sobre a mesma matéria e em circunstâncias/condições iguais, proferidas pela mesma ou por outra Câmara de Julgamento deste Órgão Julgador.

Nesse sentido, o objetivo buscado pelo Órgão Julgador é o da uniformização das decisões, evitando que as Câmaras decidam de forma diferente sobre determinada matéria.

A Recorrente sustenta que a decisão recorrida revela-se divergente das decisões proferidas nos seguintes acórdãos indicados como paradigmas: Acórdãos nºs 23.030/18/1ª (decisão irrecurável), 23.037/18/3ª (decisão irrecurável) e 23.326/19/3ª (decisão definitiva). Referidas decisões encontram-se aptas para serem analisadas quanto ao cabimento do Recurso, tendo em vista que foram publicadas há menos de 05 (cinco) anos da publicação da decisão recorrida (disponibilizada no Diário Eletrônico em 01/09/22), considerando-se a previsão constante no inciso I do art. 165 do RPTA.

Quanto ao Acórdão indicado como paradigma de nº 23.030/18/1ª, sustenta a Recorrente que quanto “*a preliminar de nulidade do auto de infração por erro na construção do lançamento ante a inobservância do art. 89 do decreto 44.747/20, a decisão recorrida não observou o entendimento já adotado por este Conselho quando da prolação do Acórdão nº 23.030/18/1ª, PTA/AI: 01.000846300-17*”, o qual fora ementado da seguinte forma:

ACÓRDÃO: 23.030/18/1ª (INDICADO COMO PARADIGMA)

EMENTA CRÉDITO TRIBUTÁRIO – NULIDADE – PROCEDIMENTO FISCAL IRREGULAR – FALTA DE DESCRIÇÃO CLARA E PRECISA DO AUTO DE INFRAÇÃO - INCOMPATIBILIDADE ENTRE A ACUSAÇÃO FISCAL E OS DISPOSITIVOS APONTADOS COMO INFRINGIDOS PELA AUTUADA. NOS TERMOS DOS INCISOS IV E V DO ART. 89 DO REGULAMENTO DO PROCESSO E DOS PROCEDIMENTOS

TRIBUTÁRIOS ADMINISTRATIVOS - RPTA, APROVADO PELO DECRETO Nº 44.747/08, O AUTO DE INFRAÇÃO DEVE CONTER A DESCRIÇÃO CLARA E PRECISA DA MOTIVAÇÃO DO LANÇAMENTO, BEM COMO A CITAÇÃO EXPRESSA DO DISPOSITIVO LEGAL INFRINGIDO. HAVENDO DIVERGÊNCIA ENTRE O EMBASAMENTO JURÍDICO SOB O QUAL FOI ERIGIDA A AÇÃO FISCAL E A REALIDADE DOS FATOS DISCUTIDOS NOS AUTOS, NÃO HÁ COMO CONSIDERAR VÁLIDO O AUTO DE INFRAÇÃO SOB O PONTO DE VISTA FORMAL.

DECLARADO NULO O LANÇAMENTO. DECISÃO UNÂNIME.

(GRIFOS APOSTOS PELA RECORRENTE).

No entanto, após análise dos autos e do inteiro teor do acórdão indicado como paradigmas, verifica-se não assistir razão à Recorrente, uma vez que não se trata de divergência jurisprudencial, e sim decisões distintas em função do cumprimento ou não das formalidades essenciais exigidas pela legislação no ato da formalização do lançamento, formalidades essas plenamente observadas no lançamento inerente ao presente processo.

No caso do Acórdão nº 23.030/18/1ª, indicado como paradigma, a atuação versava sobre a acusação fiscal de recolhimento a menor do ICMS, decorrente da utilização de base de cálculo inferior à estabelecida na legislação, relativamente às transferências interestaduais de mercadorias para estabelecimentos de mesma titularidade.

Naqueles autos, a então Impugnante propugnou, em sede de preliminar, pela nulidade do feito fiscal com base em dois argumentos, a saber: - ilegitimidade passiva *ad causam* do estabelecimento autuado; - existência de erro no tocante à apuração da base de cálculo, haja vista a adoção, pela Fiscalização, dos preços das vendas praticados na unidade atacadista localizada em Ribeirão das Neves/MG, ao passo que, no seu modo de ver, a legislação mineira estabelece que o arbitramento do valor da mercadoria, no caso, deveria ser feito com base no mercado atacadista do local da operação.

No tocante ao primeiro item da preliminar, a então Impugnante ponderou que teria sido descumprido o comando contido no art. 89 do RPTA, uma vez que os dispositivos havidos como infringidos não guardam pertinência lógica com a descrição da situação fática que teria ensejado a lavratura do Auto de Infração.

Em outras palavras, argumentou que a infração, objeto da acusação fiscal, diz respeito a operações realizadas por estabelecimentos (unidades industriais) diversos daquele que foi incluído no polo passivo da obrigação tributária (CD), resultando, daí, o vício formal do lançamento, a ensejar a sua nulidade.

Também, como destacado acima, alegou a Defesa a existência de erro no tocante à apuração da base de cálculo do imposto.

A E. 1ª Câmara de Julgamento, ao analisar o referido lançamento, entendeu assistir razão à Defesa quanto à nulidade do lançamento arguida, uma vez que ele não atenderia aos requisitos impostos pela legislação tributária para a sua validade.

De modo diverso, no caso do presente processo, ficou expressamente consignado na decisão que nos autos estava esclarecido o procedimento fiscal que resultou na identificação da acusação fiscal, o período autuado, a legislação infringida, a penalidade cominada, bem como o cálculo detalhado do imposto e da penalidade exigida, dentre outras informações.

Diante disso, entendeu a Câmara *a quo* que a presente autuação preenchia todos os requisitos indispensáveis (especialmente os dispositivos legais pertinentes do RPTA – Decreto nº 44.747/08), como se verifica dos seguintes excertos da decisão recorrida:

DECISÃO RECORRIDA:

DA PRELIMINAR

1- DA ARGUIÇÃO DE NULIDADE DO AI

1.1 - “ERRO NA CONSTRUÇÃO DO LANÇAMENTO – INOBSERVÂNCIA DO ARTIGO 89 DO DECRETO 44.747/2008 – DA AUSÊNCIA DE DETERMINAÇÃO DO MOMENTO DE OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR – AGRESSÃO AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA – ÔNUS DA PROVA” E “AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO DOS FATOS – AGRESSÃO AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA”:

EM UMA EXTENSA ARGUMENTAÇÃO, A IMPUGNANTE ARGUI, EM DOIS TÓPICOS ESPECÍFICOS, A NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO, “DIANTE DA NÍTIDA IMPOSSIBILIDADE DE SE DETERMINAR A DATA EM QUE OCORREU O FATO GERADOR, BEM COMO PELA EVIDENTE AUSÊNCIA DE PROVAS HÁBEIS A VALIDÁ-LO”, NA MEDIDA EM QUE “DESCREVE DE FORMA INEFICIENTE A CONDUTA QUE DEU ORIGEM À INFRAÇÃO, INEXISTINDO EM SUA REFORMULAÇÃO QUALQUER RELATÓRIO QUE VINCULE A DECISÃO DE MANUTENÇÃO DO AI QUANTO AO MINÉRIO FINO ÀS NOVAS ‘PROVAS’ COLACIONADAS, SENDO CERTO INEXISTIR QUALQUER APLICAÇÃO DA SITUAÇÃO FÁTICA SUPOSTAMENTE OCORRIDA À NORMA NO SENTIDO DE FAZER INCIDIR O IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIA E SERVIÇO – ICMS”.

NO ENTANTO, EM QUE PESEM AS SUAS ALEGAÇÕES, VERIFICA-SE NÃO ASSISTIR RAZÃO À IMPUGNANTE, UMA VEZ QUE INEXISTE QUALQUER MÁCULA NO PRESENTE LANÇAMENTO QUE POSSA ACARREJAR A SUA NULIDADE.

NESSE SENTIDO, *MISTER SE FAZ A TRANSCRIÇÃO DO RELATÓRIO DO AUTO DE INFRAÇÃO E DO RELATÓRIO FISCAL COMPLEMENTAR A ELE ANEXADO, VERBIS:*

(...)

ANALISANDO-SE OS RELATÓRIOS SUPRA REPRODUZIDOS, VERIFICA-SE QUE A PRESENTE AUTUAÇÃO FUNDAMENTA-SE NOS SEGUINTE ARGUMENTOS FÁTICOS E/OU DE DIREITO, DENTRE OUTROS QUE SERÃO CITADOS OPORTUNAMENTE:

- FALTA DE EMISSÃO DE DOCUMENTO FISCAL E DE RECOLHIMENTO DO ICMS DEVIDO, RELATIVO À DAÇÃO EM

PAGAMENTO DE 874.000 TONELADAS DE MINÉRIO DE FERRO, DESTINADOS À “EXBEL EMPRESA DE MINERAÇÃO LTDA”, NO PERÍODO DE 01/06/16 A 31/05/18, CONFORME ACORDO DEFINIDO NOS TERMOS DA EXECUÇÃO POR TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL Nº 0008778-84.2016.8.13.0090, HOMOLOGADA EM 01/06/16;

- A OPERAÇÃO EM ANÁLISE É ORIGINÁRIA DA EXECUÇÃO POR TÍTULO EXTRAJUDICIAL Nº 0008778-84.2016.8.13.090 (ANEXO 5), HOMOLOGADA JUDICIALMENTE EM 01/06/16, DECORRENTE DE ACORDO REALIZADO ENTRE A AUTUADA E A EXBEL EMPRESA DE MINERAÇÃO LTDA, NA QUAL FICOU ESTABELECIDO O PAGAMENTO DA DÍVIDA EXISTENTE DA SEGUINTE FORMA: UMA PARTE EM ESPÉCIE E O RESTANTE POR DAÇÃO EM PAGAMENTO DE 874.000 (OITOCENTOS E SETENTA E QUATRO MIL) TONELADAS DE MINÉRIO DE FERRO, SENDO 850.000 (OITOCENTOS E CINQUENTA MIL) TONELADAS DE MINÉRIO FINO E 24.000 (VINTE E QUATRO MIL) TONELADAS DE MINÉRIO LUMP;

- DE ACORDO COM O ITEM 2.4.3, DO MENCIONADO TÍTULO EXTRAJUDICIAL, “O MINÉRIO BENEFICIADO SERÁ VENDIDO E RECEBIDO INTEGRALMENTE PELA EXEQUENTE. COM A SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA DA JUSTIÇA, TODO O QUANTITATIVO DE MINÉRIO DADO EM PAGAMENTO, OBJETO DO PRESENTE ACORDO, PROCESSADO OU NÃO, PASSA A SER DE PROPRIEDADE DA EXEQUENTE, EXBEL EMPRESA DE MINERAÇÃO LTDA”;

- “A AUTUADA FORMULOU A CONSULTA DE CONTRIBUINTE Nº 224/2020, DE 03.12.2020 (ANEXO 6), E APÓS INTERPÔS RECURSO À RESPOSTA DADA, QUANTO A INCIDÊNCIA DA TRIBUTAÇÃO EM OPERAÇÃO DE DAÇÃO EM PAGAMENTO DE MINÉRIO DE FERRO (MAIS ESPECIFICAMENTE QUANTO A INCIDÊNCIA DE TAXA - TFRM). A RESPOSTA À MENCIONADA CONSULTA, BEM COMO OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO DO RECURSO Nº 01/2021, TROUXERAM ESCLARECIMENTOS TAMBÉM QUANTO À INCIDÊNCIA DO ICMS NA OPERAÇÃO REALIZADA”.

POR OUTRO LADO, FORAM CITADOS COMO INFRINGIDOS, DENTRE OUTROS DISPOSITIVOS, O ART. 5º, § 1º, ITEM “1” DA LEI Nº 6.763/75 C/C ART. 1º, INCISO I DO RICMS/02, QUE ESTABELECEM A INCIDÊNCIA DO ICMS NA OPERAÇÃO RELATIVA À CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS, DISPOSITIVOS ESTES TOTALMENTE PERTINENTES À MATÉRIA EM APREÇO.

LEI Nº 6.763/75

ART. 5º O IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES RELATIVAS À CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SOBRE PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE INTERESTADUAL E INTERMUNICIPAL E DE COMUNICAÇÃO - ICMS - TEM COMO FATO GERADOR AS OPERAÇÕES RELATIVAS À CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E ÀS PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE INTERESTADUAL E INTERMUNICIPAL E DE COMUNICAÇÃO, AINDA QUE AS OPERAÇÕES E AS PRESTAÇÕES SE INICIEM NO EXTERIOR.

§ 1º O IMPOSTO INCIDE SOBRE:

1. A OPERAÇÃO RELATIVA À CIRCULAÇÃO DE MERCADORIA, INCLUSIVE O FORNECIMENTO DE ALIMENTAÇÃO E BEBIDA EM BAR, RESTAURANTE OU ESTABELECIMENTO SIMILAR; (GRIFOU-SE).

RICMS/02

ART. 1º O IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES RELATIVAS À CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SOBRE PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE INTERESTADUAL E INTERMUNICIPAL E DE COMUNICAÇÃO (ICMS) INCIDE SOBRE:

I - A OPERAÇÃO RELATIVA À CIRCULAÇÃO DE MERCADORIA, INCLUSIVE O FORNECIMENTO DE ALIMENTAÇÃO OU DE BEBIDA EM BAR, RESTAURANTE OU ESTABELECIMENTO SIMILAR; (GRIFOU-SE).

VÊ-SE, POIS, QUE A PRESENTE AUTUAÇÃO FOI DETALHADAMENTE MOTIVADA, ATENDENDO A TODOS OS REQUISITOS FORMAIS ESTABELECIDOS NO ART. 89 DO REGULAMENTO DO PROCESSO E DOS PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS (RPTA), APROVADO PELO DECRETO Nº 44.747/08, CONTENDO, ESPECIALMENTE, A DESCRIÇÃO CLARA E PRECISA DO FATO QUE MOTIVOU A SUA EMISSÃO E DAS CIRCUNSTÂNCIAS EM QUE FOI PRATICADO, BEM COMO A CITAÇÃO EXPRESSA DOS DISPOSITIVOS LEGAIS TIDOS POR INFRINGIDOS E DAQUELES RELATIVOS ÀS PENALIDADES APLICADAS, INEXISTINDO, COMO JÁ AFIRMADO, QUALQUER MÁCULA QUE POSSA ACARREAR A SUA NULIDADE.

INEXISTE, TAMBÉM, QUALQUER OFENSA AO ART. 142 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL - CTN, COMO TENTA FAZER CRER A IMPUGNANTE, POIS O FISCO, DIANTE DOS FATOS SUPRA REPRODUZIDOS, DETERMINOU A MATÉRIA TRIBUTÁVEL, CALCULOU O MONTANTE DO TRIBUTO DEVIDO, NOS TERMOS ESTABELECIDOS NA LEGISLAÇÃO VIGENTE, IDENTIFICOU CORRETAMENTE O SUJEITO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA, ASSIM COMO APLICOU DE FORMA ESCORREITA A PENALIDADE CABÍVEL.

NÃO HÁ QUE SE FALAR, TAMBÉM, EM CERCEAMENTO DE DEFESA, POIS, COMO BEM SALIENTA O FISCO, É INDUVIDOSO QUE A IMPUGNANTE COMPREENDEU E SE DEFENDEU CLARAMENTE DA ACUSAÇÃO FISCAL, COMPLETA E IRRESTRITAMENTE, NÃO SE VISLUMBRANDO, ASSIM, NENHUM PREJUÍZO AO EXERCÍCIO DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO, O QUE PODE SER OBSERVADO PELA SIMPLES LEITURA DE SUA PEÇA DE DEFESA APRESENTADA.

REGISTRE-SE, POR FIM, QUE OS ARGUMENTOS APRESENTADOS PELA IMPUGNANTE, RELATIVOS ÀS PRELIMINARES ORA EM EXAME, SE CONFUNDEM COM O MÉRITO, TANTO É QUE REPETIDOS NA PARTE MERITÓRIA, NÃO TENDO, POIS, QUALQUER REPERCUSSÃO SOBRE O LANÇAMENTO, NO TOCANTE À SUA

CONSELHO DE CONTRIBUENTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

VALIDADE FORMAL, MOTIVO PELO QUAL SERÃO ANALISADOS NOS TÓPICOS QUE SE SEGUEM.

REJEITA-SE, POIS, AS PREFACIAIS ARGUIDAS. (GRIFOS ACRESCIDOS).

Assim, como já afirmado, inexistente a alegada divergência jurisprudencial entre as decisões confrontadas, e sim decisões distintas em função do cumprimento ou não das formalidades essenciais exigidas pela legislação no ato da formalização do lançamento, formalidades essas plenamente observadas no lançamento inerente ao presente processo.

No tocante ao Acórdão indicado como paradigma de nº 23.037/18/3ª, sustenta a Recorrente que *“nele restou questionada a ausência de prática do fato gerador do ICMS, na medida em que não houve circulação da mercadoria, sendo que a decisão recorrida não observou o entendimento já adotado por este Conselho de Contribuintes quando da prolação do referido acórdão paradigmática, o qual fora fundamentado da seguinte forma”*:

ACÓRDÃO Nº 23.037/18/3ª (INDICADO COMO PARADIGMA):

(...)

SEGUNDO, LECIONA O TRIBUTARISTA CARRAZA, ROQUE ANTÔNIO (ICMS; 12ª EDIÇÃO; SÃO PAULO: MALHEIROS, 2007; P.50 E 51), ACERCA DO MOMENTO DO NASCIMENTO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA, A TRADIÇÃO DOS BENS MÓVEIS É O MOMENTO EM QUE SE OPERA A ULTIMAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO, SUBJACENTE À CIRCULAÇÃO JURÍDICA DA MERCADORIA PARA O ICMS, IN VERBIS:

“(...)

SALIENTAMOS QUE O FATO IMPONÍVEL DO ICMS SÓ SE COMPLETA COM A TRANSFERÊNCIA DA TITULARIDADE DA MERCADORIA. SEM ELA, O DEVER DE PAGAR ICMS NÃO NASCE.

(...)

DEVERAS, SÓ QUANDO HÁ TRANSFERÊNCIA DA TITULARIDADE DAS MERCADORIAS (O DOMÍNIO OU A POSSE INDIRETA, COMO EXTERIORIZAÇÃO DA PROPRIEDADE) É QUE O FATO IMPONÍVEL DO ICMS SE VERIFICA.

DO CONTRÁRIO INOCORRE A ALTERAÇÃO DA TITULARIDADE DA RES; VERIFICA-SE, APENAS, A SAÍDA FÍSICA DAS MERCADORIAS. JURIDICAMENTE FALANDO, É O MESMO QUE TIVESSEM SIDO LEVADAS DO DEPÓSITO DO ESTABELECIMENTO PARA A VITRINA.

NINGUÉM COGITARIA, NA HIPÓTESE, DE OCORRÊNCIA DE OPERAÇÃO MERCANTIL, APTA A ENSEJAR A COBRANÇA DE ICMS.

CONVÉM DIZERMOS, A RESPEITO, QUE NO DIREITO BRASILEIRO O CONTRATO DE COMPRA E VENDA, AINDA QUE PERFEITO, NÃO TRANSFERE A PROPRIEDADE DAS COISAS MÓVEIS (CF. ART.481 DO CC).

ISTO SÓ SE DÁ COM A TRADIÇÃO, ISTO É, COM A ENTREGA DA RES VENDITA.

O COMPRADOR, AO CONCLUIR O CONTRATO DE COMPRA E VENDA, NÃO SE TORNA IMEDIATAMENTE PROPRIETÁRIO DA COISA, MAS, APENAS, CREDOR DO VENDEDOR DA ENTREGA DESTA MESMA COISA. ISTO VALE QUER PARA O DIREITO COMERCIAL, QUER PARA O DIREITO CIVIL (ART.1.267 DO CC).

(...)

EM SUMA, O DEVER DE PAGAR O ICMS SÓ NASCE COM A MUDANÇA DA TITULARIDADE DO DOMÍNIO OU DA POSSE OSTENTATÓRIA DA PROPRIEDADE (POSSE AUTÔNOMA, DESPIDA DE TÍTULO DE DOMÍNIO HÁBIL) DA MERCADORIA, QUE, COMO JÁ ESCREVEMOS, É UM BEM MÓVEL PREORDENADO À PRÁTICA DE ATOS DE COMÉRCIO.”

VERIFICA-SE QUE EM REGRA, PARA OS BENS MÓVEIS, A ULTIMAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO OCORRE COM A TRADIÇÃO DA COISA, APÓS A AVENÇA CONTRATUAL, SENDO QUE COM A TRADIÇÃO DO BEM MÓVEL OPERAR-SE-IA A TRANSFERÊNCIA DE PROPRIEDADE DO VENDEDOR PARA O ADQUIRENTE E, POR CONSEQUINTE, O NASCIMENTO DO FATO GERADOR DO ICMS.

(GRIFOS ACRESCIDOS PELA RECORRENTE).

Traz a Recorrente o seguinte comparativo com intuito de desmontar a suposta divergência jurisprudencial:

Entendimento adotado na decisão recorrida quanto ao momento de incidência do ICMS: Formalização do contrato de dação em pagamento.

Portanto, ao contrário da alegação da Impugnante, o fato gerador do ICMS ocorreu no momento da formalização da dação em pagamento de mercadorias (minério), para fins de quitação de sua dívida com a exequente (Exbel), momento em que a Recorrente deveria ter emitido as notas fiscais correspondentes, para documentar a operação, do ponto de vista fiscal, o que não ocorreu.

(...)

Entendimento adotado no acórdão paradigma nº 23.037/18/3ª, de 07/08/2018 quanto ao momento de incidência do ICMS: Após a ultimação do negócio jurídico, quando ocorrer a tradição da coisa.

Verifica-se que em regra, para os bens móveis, a ultimação do negócio jurídico ocorre com a tradição da coisa, após a avença contratual, sendo que com a tradição do bem móvel operar-se-ia a transferência de propriedade do vendedor para o adquirente e, por consequinente, o nascimento do fato gerador do ICMS.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No entanto, após análise dos autos e do inteiro teor do acórdão indicado como paradigma nº 23.037/18/3ª, verifica-se não assistir razão à Recorrente, uma vez que não se verifica divergência jurisprudencial.

Como se verifica nos fundamentos da decisão indicada como paradigma, em relação aos bens móveis, a ultimação do negócio jurídico ocorre com a tradição da coisa, após a avença contratual, sendo que com a tradição do bem móvel operar-se-ia a transferência de propriedade do vendedor para o adquirente e, por conseguinte, o nascimento do fato gerador do ICMS.

Contudo, constou também da decisão paradigmática que no caso das embarcações e as aeronaves, para as quais se exigia o diferencial de alíquotas, por serem bens *sui generis* (em razão das especificidades dos seus registros no órgão próprio), no momento desse registro é que se considera ocorrido o fato gerador do ICMS. Confira-se os fundamentos do Acórdão indicado como paradigma de nº 23.037/18/3ª:

ACÓRDÃO INDICADO COMO PARADIGMA DE Nº 23.037/18/3ª:

ALÍQUOTA DE ICMS - DIFERENCIAL - FALTA DE RECOLHIMENTO. CONSTATADA A FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS SOBRE A DIFERENÇA ENTRE AS ALÍQUOTAS INTERNA E INTERESTADUAL NA AQUISIÇÃO DE MERCADORIA, EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO, PARA CONSUMIDOR FINAL, NÃO CONTRIBUINTE DO IMPOSTO NO ESTADO DE DESTINO, NOS TERMOS DO ART. 42, INCISO I, ALÍNEA "A", SUBALÍNEA "A.6" DO RICMS/02. INFRAÇÃO CARACTERIZADA. CORRETAS AS EXIGÊNCIAS DE ICMS, MULTA DE REVALIDAÇÃO CAPITULADA NO ART. 56, INCISO II DA LEI Nº 6.763/75.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - EMISSÃO IRREGULAR DE DOCUMENTO FISCAL - FALTA DE INDICAÇÃO/REQUISITO - BASE DE CÁLCULO DO ICMS/DIFAL. CONSTATADA A FALTA DE CONSIGNAÇÃO EM DOCUMENTO FISCAL DA BASE DE CÁLCULO DO ICMS DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS (DIFAL), REFERENTE À REMESSA DE MERCADORIAS ORIUNDAS DE OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO PARA CONSUMIDOR FINAL, NÃO CONTRIBUINTE DO IMPOSTO NO ESTADO DE DESTINO. INFRAÇÃO CARACTERIZADA NOS TERMOS DO ART. 43, INCISO IV, ALÍNEA "A" DO RICMS/02. CORRETA A EXIGÊNCIA DA MULTA ISOLADA PREVISTA NO ART. 55, INCISO XXXVII DA LEI Nº 6.763/75, ADEQUADA NOS TERMOS DO INCISO I, § 2º DO CITADO ARTIGO DA MENCIONADA LEI C/C ART. 106, INCISO II, ALÍNEA "C" DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL – CTN.

LANÇAMENTO PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

(...)

NO CASO CONCRETO, PORÉM, AS EMBARCAÇÕES E AS AERONAVES SÃO BENS MÓVEIS SUI GENERIS, PORQUANTO DEPENDEM DE SOLENIDADE ESPECIAL PARA QUE HAJA A TRANSFERÊNCIA DE PROPRIEDADE PARA O SEU ADQUIRENTE, QUAL SEJA

O REGISTRO DA PROPRIEDADE DO BEM MÓVEL EM ÓRGÃO PÚBLICO COMPETENTE, SENDO, POIS, A CAPITANIA DOS PORTOS OU ÓRGÃO SUBORDINADO E O REGISTRO AERONÁUTICO BRASILEIRO (RAB), RESPECTIVAMENTE, PARA AS EMBARCAÇÕES E PARA AS AERONAVES. PORTANTO, NO CASO DA LANCHA MOTORIZADA, OBJETO DA AUTUAÇÃO FISCAL, A TRANSFERÊNCIA SE OPERA PELO REGISTRO DE SUA PROPRIEDADE NO TRIBUNAL MARÍTIMO, NA CAPITANIA DOS PORTOS OU ÓRGÃO SUBORDINADO, CONFORME DISPÕE O ART. 4º DA LEI Nº 7.652/88.

DIANTE DISSO, EXCEPCIONALMENTE, PARA A EMBARCAÇÃO, OBJETO DO PRESENTE LANÇAMENTO, OCORREU O FATO GERADOR DO ICMS NO MOMENTO DO REGISTRO DA LANCHA NA CAPITANIA FLUVIAL DE SÃO FRANCISCO, LOCALIZADA EM PIRAPORA/MG, CONFORME CONSULTA AO SISTEMA SISGEMB, LOGO OCORREU, REALMENTE, UMA OPERAÇÃO INTERESTADUAL COM CONSUMIDOR FINAL NÃO CONTRIBUINTE DO IMPOSTO, LOCALIZADO EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO.

PORTANTO, É DEVIDO O RECOLHIMENTO DO ICMS/DIFAL SOBRE A OPERAÇÃO LASTREADA NO DANFE Nº 264, COLACIONADO ÀS FLS. 19 DOS AUTOS. (...)

(GRIFOU-SE).

Já na decisão recorrida, na qual se exige o ICMS devido relativo à dação em pagamento de toneladas de minério de ferro, destinados à “Exbel Empresa de Mineração Ltda”, conforme acordo definido nos termos da Execução por Título Executivo Extrajudicial nº 0008778-84.2016.8.13.0090, homologado em 01/06/16, restou consignado que pelo próprio acordo pactuado, **houve circulação jurídica da mercadoria, pois todo o quantitativo de minério dado em pagamento, passou a ser de propriedade da exequente**, portanto, diferente do entendimento tangenciado pela ora Recorrente a decisão recorrida foi enfática ao dizer que, no caso, houve a transferência da propriedade do minério de ferro.

Restou consignado na decisão recorrida, amparando-se em entendimento pacificado no âmbito doutrinário e jurisprudencial, que a dação em pagamento de mercadorias (minério) caracteriza uma operação de circulação de mercadorias, sujeita à incidência do ICMS, nos termos do art. 5º, § 1º, item “1” da Lei nº 6.763/75.

Ainda constou da decisão recorrida que “**a entrega do minério não deve ser confundida com sua saída física do estabelecimento autuado**”, pois, de acordo com as cláusulas do Termo de Acordo na Execução por Título Executivo Extrajudicial retro, caberia à Impugnante (ora Recorrente):

- PAGAMENTO DA DÍVIDA COM A EXBEL, MEDIANTE DAÇÃO EM PAGAMENTO DE 850.000 TONELADAS DE FINOS DE MINÉRIO (JÁ DESCONSIDERADAS AS 24.000 TONELADAS DO MINÉRIO LUMP, CUJAS EXIGÊNCIAS FORAM EXCLUÍDAS PELO FISCO);

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- DAR LIVRE E IRRESTRITO ACESSO AO EXEQUENTE, PRINCIPALMENTE MAQUINÁRIO E FUNCIONÁRIOS, ATÉ QUE BENEFICIE OU RETIRE TODO O MINÉRIO, OBJETO DO ACORDO;
- VIABILIZAR AO EXEQUENTE O BENEFICIAMENTO DO MINÉRIO DADO EM PAGAMENTO;
- CEDER PARA USO DA EXEQUENTE, UMA PLANTA, UTM COMPLETA, PARA QUE O MESMO, DE PLANO, POSSA TRABALHAR E BENEFICIAR, OU RETIRAR O MINÉRIO, CORRENDO TODO O CUSTO OPERACIONAL POR CONTA DO EXEQUENTE, PELO PRAZO DE 04 MESES, A PARTIR DE 01.07.2016;
- FRANQUEAR À EXBEL USO DA BALANÇA, UM ESCRITÓRIO A SER DEFINIDO PELA EXECUTADA; DIREITO A UMA ANÁLISE LABORATORIAL POR SEMANA; AINDA A ÁREA TERRITORIAL NECESSÁRIA PARA OPERAÇÃO E INSTALAÇÃO DE UTM, 1 PLANTA POR CONTA DO EXEQUENTE; FORNECIMENTO DE ENERGIA, CUJA COBRANÇA SERÁ COMBINADA ENTRE AS PARTES (PODENDO SER MEDIDOR INDIVIDUAL). AINDA, A ÁREA TERRITORIAL NECESSÁRIA PARA OPERAÇÃO E INSTALAÇÃO DE UTM, 1 PLANTA POR CONTA DO EXEQUENTE.

ALÉM DISSO, CONFORME CONTRA NOTIFICAÇÃO DA EXBEL ACIMA REPRODUZIDA, O TEMPO DA REMOÇÃO DO MINÉRIO, FOI FIXADO COMO INDETERMINADO, OU SEJA, "ELAS FICARIAM EM SEU DEVIDO LUGAR, ATÉ SEU ESGOTAMENTO".

COMO SE VÊ, PELO PRÓPRIO ACORDO PACTUADO, APESAR DE TER HAVIDO CIRCULAÇÃO JURÍDICA DA MERCADORIA, POIS TODO O QUANTITATIVO DE MINÉRIO DADO EM PAGAMENTO, PASSOU A SER DE PROPRIEDADE DA EXEQUENTE, O MINÉRIO NÃO SAIU FISICAMENTE DO ESTABELECIMENTO AUTUADO, A NÃO SER AQUELE RELATIVO A OPERAÇÕES SUBSEQUENTES PROMOVIDAS PELA PRÓPRIA EXBEL.

ASSIM, A EXBEL QUE ESTAVA COM SUAS ATIVIDADES PARALISADAS DESDE 2010, REATIVOU A SUA INSCRIÇÃO EM 24/06/16, E, DESDE ENTÃO, VEM GRADATIVAMENTE RETIRANDO, BENEFICIANDO E VENDENDO ESTE MINÉRIO, FATO ESTE CORROBORADO PELAS INFORMAÇÕES PRESTADAS POR E-MAIL PELA IMPUGNANTE, DATADO DE **23/04/19**, QUANDO AINDA SE ENCONTRAVA SOB AUDITORIA EXPLORATÓRIA, NOVAMENTE ABAIXO REPRODUZIDO (VIDE PÁGS. 238):

(...) (GRIFOS ACRESCIDOS).

Ademais, consta da decisão recorrida a observação do Fisco no sentido de que as duas empresas (Exbel e Tejucana) coexistiam na mesma área territorial, motivo pelo qual o minério não saiu fisicamente da área de propriedade da Tejucana, já que a destinatária - Exbel, exerce suas atividades também dentro dessa área.

Corroborando a alegação do Fisco a decisão recorrida foi enfática em destacar que restaram preenchidos todos os requisitos para incidência do ICMS no caso vertente, a saber:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- MATERIAL: CARACTERIZADO PELO NEGÓCIO JURÍDICO (DAÇÃO EM PAGAMENTO), QUE DEU ORIGEM À CIRCULAÇÃO JURÍDICA DA MERCADORIA;

- TEMPORAL: CONSIDERADO O MOMENTO DA CIRCULAÇÃO DA MERCADORIA, **NESTE CASO ESPECÍFICO DE DAÇÃO EM PAGAMENTO DAS 850.000 TONELADAS DE MINÉRIOS FINOS, SE DEU EM 01/06/16 (MOMENTO EM QUE A TEJUCANA TRANSFERIU A PROPRIEDADE E DISPONIBILIZOU O MINÉRIO, PARA QUE A EXBEL PUDESSE DE PLANO, BENEFICIAR OU RETIRAR ESSE MINÉRIO).**

- ESPACIAL: CONSIDERADO O LUGAR DO ESTABELECIMENTO, VERIFICOU-SE A TRANSFERÊNCIA DA PROPRIEDADE E TRANSFERÊNCIA DE DOMÍNIO DO ESTABELECIMENTO DA TEJUCANA, SITUADA À RUA ANTÔNIO SILVÉRIO, 175 – ÁREA 02 BAIRRO TEJUCO – BRUMADINHO -MG, PARA A EXBEL, SITUADA À RUA ANTÔNIO SILVÉRIO, 175 – BAIRRO TEJUCO – BRUMADINHO – MG;

- PESSOAL: CONSIDERADO O SUJEITO PASSIVO CONTRIBUINTE TEJUCANA MINERAÇÃO S.A., E SUJEITO ATIVO ESTADO DE MINAS GERAIS;

- QUANTITATIVO, QUE DETERMINA A GRANDEZA DO IMPOSTO DEVIDO (BASE DE CÁLCULO E ALÍQUOTA):

A BASE DE CÁLCULO É O VALOR DA OPERAÇÃO, QUE CORRESPONDE AO VALOR DO MINÉRIO CEDIDO EM PAGAMENTO DA DÍVIDA COM A EXBEL, OU SEJA:

- 850.000 (OITOCENTOS E CINQUENTA MIL) TONELADAS DE MINÉRIO FINOS A R\$ 7,00 (SETE REAIS) A TONELADA = R\$ 5.950.000 (CINCO MILHÕES NOVECENTOS E CINQUENTA MIL REAIS)

- ALÍQUOTA = 18% (DEZOITO POR CENTO)

- VALOR DO ICMS = R\$ 1.071.000,00 (UM MILHÃO E SETENTA E UM MIL REAIS).

VERIFICA-SE, PORTANTO, QUE INEXISTE ARBITRAMENTO NO PRESENTE LANÇAMENTO, POIS A BASE DE CÁLCULO DO ICMS FOI APURADA DE ACORDO COM O PREÇO DO MINÉRIO CONSTANTE NO TERMO DE ACORDO DE EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL.

(...) (GRIFOU-SE).

Portanto, não se verifica divergência na aplicação da legislação tributária entre as decisões, pois em ambas as decisões, recorrida e paradigma, restaram preenchidos todos os requisitos para incidência do ICMS, observadas as peculiaridades de cada caso.

Quanto ao Acórdão nº 23.326/19/3ª (indicado como paradigma), alega a Recorrente que “quando a decisão recorrida analisa a dação em pagamento de mineradora para mineradora, ou seja, diferimento do imposto de acordo com o anexo

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

II do RICMS, item 29, esta contraria entendimento deste Conselho explanado pelo Acórdão: 23.326/19/3ª (PTA/AI: 01.000989518-56), indicado como paradigma, ementado da seguinte forma”:

ACÓRDÃO Nº 23.326/19/3ª (INDICADO COMO PARADIGMA):

EMENTA: DIFERIMENTO – DESCARACTERIZAÇÃO - UTILIZAÇÃO INDEVIDA - HIPÓTESE NÃO PREVISTA. ACUSAÇÃO FISCAL DE QUE A AUTUADA APLICOU INDEVIDAMENTE O DIFERIMENTO DO ICMS NAS OPERAÇÕES DE SAÍDA DE MINÉRIO DE FERRO, RESULTANDO NA FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO, UMA VEZ NÃO DESTINADO A ESTABELECIMENTO DE EMPRESA EXTRATORA DE MINÉRIO DE FERRO, E O ADQUIRENTE NÃO POSSUI REGIME ESPECIAL CONCEDIDO PELO TITULAR DA DELEGACIA FISCAL A QUE ESTÁ CIRCUNSCRITO, COMO PREVISTO NA ALÍNEA “A” DO ITEM 32 DA PARTE 1 DO ANEXO II DO RICMS/02. ENTRETANTO, RESTOU CONFIGURADO QUE A AUTUADA É ESTABELECIMENTO DE EMPRESA EXTRATORA DE MINÉRIO DE FERRO. INFRAÇÃO NÃO CARACTERIZADA. INDEVIDAS AS EXIGÊNCIAS DE ICMS, MULTA DE REVALIDAÇÃO CAPITULADA NO ART. 56, INCISO II, E MULTA ISOLADA PREVISTA NO ART. 55, INCISO XXXVII, AMBOS DA LEI Nº 6.763/75.

LANÇAMENTO IMPROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

No entanto, após análise dos autos e do inteiro teor do **acórdão indicado como paradigma nº 23.326/19/3ª**, verifica-se **não** assistir razão à Recorrente, uma vez que **não** se trata de divergência jurisprudencial.

Registra-se que a própria decisão recorrida, afastando argumento da Impugnante, ora Recorrente, quanto à aplicação do diferimento do pagamento do imposto ao caso em exame (item 32 do Anexo II do RICMS/02), deixou consignado que a situação fática narrada no Acórdão nº 23.326/19/3ª (citado também na impugnação) não se encontra presente na decisão recorrida, pois naquele caso **o lançamento somente foi julgado improcedente, porque restou configurado no processo analisado que a destinatária era empresa extratora de minério de ferro, o que não é o caso da empresa “Exbel” destinatária do minério objeto das exigências fiscais em apreço, bem como sequer possuía regime especial para tal mister. Confira-se se os seguintes excertos da decisão recorrida:**

(...)

Contudo, os argumentos da Impugnante não encontram respaldo na legislação que rege a matéria.

Nesse sentido, há que se esclarecer, inicialmente, que o diferimento previsto no item 29 do Anexo II do RICMS/02 somente teve vigência a partir de 12/16/19, porém, redação idêntica vigorou à época dos fatos geradores (2016), conforme item 32 do mesmo Anexo II.

RICMS/02 - Anexo II - PARTE 1

DO DIFERIMENTO

(a que se refere o artigo 8º deste Regulamento)

Efeitos de 23/12/15 a 11/06/19

32. Saída, com destino a estabelecimento de contribuinte do imposto, para fins de comercialização, industrialização, beneficiamento não industrial ou acondicionamento não industrial de:

Efeitos de 31/03/09 a 11/06/19

29) minério de ferro;

30/06/10 a 11/06/19

32.1 O diferimento previsto na alínea "a", quando a mercadoria não for destinada a estabelecimento de empresa extratora de minério de ferro, será autorizado mediante regime especial concedido pelo titular da Delegacia Fiscal a que estiver circunscrito o contribuinte adquirente. (Grifou-se)

29. Saída, com destino a estabelecimento de contribuinte do imposto, para fins de comercialização, industrialização, beneficiamento não industrial ou acondicionamento não industrial de:

a) minério de ferro;

[...]

Efeitos a partir de 12/06/2019

29.1 O diferimento previsto na alínea "a", quando a mercadoria não for destinada a estabelecimento de empresa extratora de minério de ferro, será autorizado mediante regime especial concedido pelo titular da Delegacia Fiscal a que estiver circunscrito o contribuinte adquirente. (Grifou-se)

Como se vê, tanto o subitem "32.1" quanto o "29.1", condicionam o diferimento do ICMS à concessão de regime especial, pelo titular da Delegacia Fiscal a que estiver circunscrito o contribuinte adquirente, quando o minério for destinado a empresa não extratora da mesma mercadoria.

É exatamente esse o caso dos autos, pois a "EXBEL" não é empresa extratora de minério, pois deixou de exercer tal atividade a partir de 03/07/08, quando alienou as suas concessões minerais constituídas de dois alvarás de pesquisas de minério de ferro (números 833606/2006 e 832294/2006) para a Impugnante (vide item 1.1 "b" - págs. 49 do Contrato de Compra de Ativos).

(...)

A homologação desse contrato se deu na Agência Nacional de Mineração (ANM) em 14/12/08, para o Processo 832.294/2006, e em 15/01/09, para o Processo 833.606/2006, conforme consulta ao próprio site da ANM (págs. 232/234).

(...)

Deve ser rejeitado o argumento da Impugnante no sentido de que *“a Fiscalização não logrou êxito em provar que a Exbel não é empresa extratora de minério de ferro, sendo certo que a simples juntada de telas de consulta perante o ANM que supostamente demonstra a ausência de concessão de lavra em período posterior a 2009, não é apta a afastar a aplicabilidade do diferimento de ICMS, uma vez que o item 29 da Parte 1 do Anexo II do RICMS/02 não trata tal concessão como requisito para a concessão do diferimento”*, pois os subitens 29.1 e 32.1 do Anexo II do RICMS/02, em suas respectivas vigências, não mencionam a exigência de concessões minerais (autorização da ANM), simplesmente por se tratar de formalidade prévia, intrínseca à própria atividade, cuja imperiosidade já se encontra prevista no art. 176, § 1º da Constituição da República de 1988 - CR/88 e na legislação ambiental.

(...)

Portanto, como já afirmado, a “EXBEL” não é empresa extratora de minério, pois deixou de exercer tal atividade a partir de 03/07/08, quando alienou as suas concessões minerais à Impugnante.

Logo, o diferimento pretendido pela Impugnante é inaplicável ao caso dos autos, pois a Exbel, quando da dação em pagamento realizada em 01/06/16, não era mais extratora de minério de ferro.

Além disso, ao contrário da alegação da Impugnante, a Exbel não possuía (e não possui) regime especial aprovado pela SEF/MG que lhe concedesse esse direito.

Esclareça-se que a Consulta de Contribuinte nº 11/2021, citada pela Impugnante, não contraria o entendimento até aqui exposto, posto que, em sua própria ementa, consta a afirmação de que o diferimento ora em análise está *“condicionado à concessão de regime especial pelo titular da Delegacia Fiscal caso o contribuinte adquirente não seja empresa extratora de minério de ferro, nos termos do subitem 29.1”*, confira-se:

(...)

A conclusão é a mesma em relação ao Acórdão nº 23.326/19/3ª, também citado pela Impugnante, pois o lançamento somente foi julgado improcedente, porque restou configurado no processo analisado que a destinatária era empresa extratora de minério de ferro.

ACÓRDÃO: 23.326/19/3ª

“EMENTA: DIFERIMENTO – DESCARACTERIZAÇÃO - UTILIZAÇÃO INDEVIDA - HIPÓTESE NÃO PREVISTA. ACUSAÇÃO FISCAL DE QUE A AUTUADA APLICOU INDEVIDAMENTE O DIFERIMENTO DO ICMS NAS OPERAÇÕES DE SAÍDA DE MINÉRIO DE FERRO, RESULTANDO NA FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO, UMA VEZ NÃO DESTINADO A ESTABELECIMENTO DE EMPRESA EXTRATORA DE MINÉRIO DE FERRO, E O ADQUIRENTE NÃO POSSUI REGIME ESPECIAL CONCEDIDO PELO TITULAR DA DELEGACIA FISCAL A QUE ESTÁ CIRCUNSCRITO, COMO PREVISTO NA ALÍNEA “A” DO ITEM 32 DA PARTE 1 DO ANEXO II DO RICMS/02. ENTRETANTO, RESTOU CONFIGURADO QUE A AUTUADA É ESTABELECIMENTO DE EMPRESA EXTRATORA DE MINÉRIO DE FERRO. INFRAÇÃO NÃO CARACTERIZADA. INDEVIDAS AS EXIGÊNCIAS DE ICMS, MULTA DE REVALIDAÇÃO CAPITULADA NO ART. 56, INCISO II, E MULTA ISOLADA PREVISTA NO ART. 55, INCISO XXXVII, AMBOS DA LEI Nº 6.763/75. LANÇAMENTO IMPROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.” (GRIFOU-SE)

Embora despiciendo, há que se destacar que nas cláusulas do Termo de Acordo de Execução Extrajudicial, citados pela Impugnante, inexistente qualquer obrigação da exequente (Exbel) de explorar minério, mas tão somente o seu direito de beneficiamento e venda do minério recebido em dação em pagamento, *verbis*:

(...)

Reitere-se que a dação em pagamento se refere a minério já extraído (minério fino e/ou lump), pois o minério encontrava-se em pilhas, indicando que houve uma etapa anterior de lavra, pois a jazida de minério de ferro não se encontra na natureza em pilhas, questão corroborada pela própria Impugnante, quando afirma *“ainda que hoje a Exbel não mais fizesse a extração do minério, se o fizera no passado, quando o referido minério fora objeto de negociação conforme contrato, isto há de ser verificado, porque o referido minério encontrava-se em pilhas, tal qual a negociação inicial em 2008 efetuadas entre a Impugnante e a Exbel”*.

É improcedente o argumento da Impugnante quando afirma que o diferimento é aplicável quando o minério

é destinado “a estabelecimento de uma pessoa jurídica (empresa) que se propõe a realizar a atividade de extração de minério em seu objeto social (extratora de minério)”, pois o estabelecimento destinatário tem que ser legalmente caracterizado como extrator de minério (possuir autorização da ANM).

A Impugnante anexa o *print* do CNPJ da Exbel e alega que o CNAE nele informado demonstra que a sua atividade principal é a extração de minério de ferro. Anexa, também, *print* de tela da situação cadastral da empresa no Estado e alega que, na data de 24/06/16, constava como CNAE principal 0710-3/01 (extração de minério de ferro).

Segundo informação do Fisco, a Exbel realmente não alterou o seu CNAE quando reativou sua inscrição em 2016, apesar de não ser mais extratora de minério de ferro, descumprindo suas obrigações dispostas no at. 96, inciso V e 109 do RICMS/02, tendo regularizado sua situação cadastral somente em 17/06/21, quando atualizou o seu CNAE para 01.4689-3/01 - Comércio atacadista de produtos de extração mineral, exceto combustíveis.

(...)

Não há que se falar, entretanto, em boa-fé da Impugnante, pois esta, quando da dação em pagamento, tinha plena ciência de que a Exbel deixou de ser empresa extratora, tendo em vista que foi justamente a Impugnante quem adquiriu em 2008 seus ativos, incluindo as duas concessões minerárias.

Assim, como já afirmado, a Exbel, que estava com suas atividades paralisadas desde 2010, reativou a sua inscrição em 24/06/16, e, desde então, apenas beneficiou e vendeu o minério recebido via dação em pagamento.

É também improcedente o argumento da Impugnante de que, “ainda, novamente a título argumentativo, importa salientar que, no caso de se afirmar que a Exbel não mais exerce a atividade de extração, mesmo tal atividade compondo seu objetivo social, não é o caso de inaplicabilidade do diferimento, mas sim de seu encerramento por circunstância exclusivamente pertinente ao adquirente, Exbel, e alheia à Impugnante, consistente no não exercício da atividade de extração que aquela, no momento da realização da operação de dação em pagamento, declarava ostensivamente realizar”.

As hipóteses de aplicação do diferimento estão estabelecidas no art. 8º do RICMS/02, segundo o qual “o imposto será diferido nas hipóteses relacionadas no Anexo II, nas hipóteses específicas de diferimento previstas no Anexo IX e, ainda, naquelas não previstas nos supracitados anexos, desde que autorizadas mediante regime especial concedido pelo Superintendente de Tributação”.

No presente caso, como já afirmado, o diferimento do ICMS não é aplicável, uma vez não satisfeitas as condições estabelecidas no subitem 32.1 do Anexo II do RICMS/02 (atual item 29.1), pois a destinatária do minério de ferro (Exbel) não é empresa extratora e não possui regime especial que lhe conceda esse direito, situação que a Impugnante, contrariamente à sua afirmação, tinha plena ciência, na data da dação em pagamento, pois foi justamente a Impugnante quem adquiriu em 2008 os ativos da Exbel, incluindo as duas concessões minerárias, não se tratando, portanto, de caso alheio à sua vontade.

O encerramento do diferimento, além de ser regulamentado por dispositivo legal distinto, pressupõe a existência de uma ou mais operações anteriores amparadas por esse instituto, se tornando, porém, não mais aplicável a uma operação atual, em uma das situações estabelecidas no art. 12 do RICMS/02, não sendo este o caso dos autos.

Se a Impugnante tivesse emitido a documentação fiscal relativa à dação em pagamento, com utilização indevida do diferimento, haveria a sua descaracterização e não o seu encerramento.

Ademais, ainda que se admitisse a figura do encerramento do diferimento, este teria origem na falta de emissão da nota fiscal relativa à dação em pagamento, nos termos do art. 12, inciso II do RICMS/02, hipótese em que a Impugnante responderia, de igual forma, pelo ICMS devido e seus acréscimos legais, devendo-se reiterar, porém, que não é este o caso dos autos.

(Grifos acrescidos).

Verifica-se, pelos fundamentos das decisões, que não há divergência entre a decisão recorrida e a apontada como paradigma consubstanciada no Acórdão nº **23.326/19/3ª** quanto à aplicação da legislação tributária, tendo em vista as peculiaridades de cada lançamento, às quais levaram a decisões diferentes deste Conselho de Contribuintes quando da análise dos PTAs.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Destaca-se que às fls. 16 do seu recurso a Recorrente deixou consignado *”Quanto ao arguido sobre a impossibilidade de arbitrar o ICMS baseado em amostra “insignificante em relação ao universo”, tem-se que o acórdão recorrido também contrariou entendimento deste Conselho já explanado no processo xxxxxx”*.

Observa-se que a Recorrente não apontou decisão com a suposta divergência, restando prejudicada tal análise.

Às fls. 58 e 60 do seu recurso, a Recorrente menciona os Acórdãos nºs 20.848/13/3ª (PTA/AI: 01.000175108-97) e 17.295/05/1ª (PTA/AI: 01.000144072-54), embora não citadas expressamente como paradigmas, verifica-se que elas não estão aptas para serem analisadas quanto ao cabimento do Recurso, tendo em vista que publicadas há mais de 05 (cinco) anos da publicação da decisão recorrida (disponibilizada no Diário Eletrônico em 31/08/22, considerada publicada em 01/09/22), considerando-se a previsão constante no inciso I do art. 165 do RPTA.

No caso em tela, o pressuposto para reapreciação do julgamento é a caracterização de divergência entre a decisão recorrida e os acórdãos paradigmas quanto à aplicação da legislação tributária, o que a Recorrente não logrou êxito em comprovar.

Diante do exposto, reputa-se não atendida a segunda condição prevista no inciso II do art. 163 do RPTA (divergência jurisprudencial), frustrando a exigência de preenchimento cumulativo das condições estabelecidas no referido dispositivo legal. Por consequência, não se encontram configurados os pressupostos para admissibilidade dos Recursos de Revisão.

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em não conhecer do Recurso de Revisão, por ausência de pressupostos legais de cabimento. Pela Recorrente, sustentou oralmente a Dra. Adriana de Fátima Moreira e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Joana Faria Salomé. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Thiago Álvares Feital (Revisor), Cindy Andrade Moraes, Freitrich Augusto Ribeiro Heidenreich e André Barros de Moura.

Sala das Sessões, 04 de novembro de 2022.

Ivana Maria de Almeida
Relatora

Geraldo da Silva Datas
Presidente

P