

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 3.637/10/CE Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000163904-56
Impugnação: 40.060127909-61
Impugnante: Fazenda Pública Estadual
Autuado: Itasider Usina Siderúrgica Itaminas SA
IE: 672062702.00-39
Proc. S. Passivo: Ricardo Santiago Silva de Gouvêa Ferreira/Outro(s)
Origem: DF/Sete Lagoas

EMENTA

BASE DE CÁLCULO - SUBFATURAMENTO – ARBITRAMENTO - SAÍDA COM PREÇO INFERIOR AO VALOR EFETIVO. Constatou-se venda de mercadorias acobertadas por notas fiscais consignando base de cálculo diversa da legalmente exigida, uma vez que não correspondia aos reais valores das operações nos termos do art. 13, inciso IV da Lei nº 6.763/75 e art. 43, inciso IV, alínea "a" do RICMS/02. Para efeito de arbitramento dos reais valores das operações, adequou-se a base de cálculo ao valor da operação que consta do "Instrumento Particular de Confissão de Dívida, de Constituição de Penhor e Outros Pactos", atualizado com os critérios utilizados pela Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais para correção dos débitos. Corretas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso VII da Lei nº 6.763/75, agravada pela reincidência prevista no art. 53, §§ 6º e 7º da mesma lei. Recurso conhecido e parcialmente provido. Decisões por voto de qualidade.

RELATÓRIO

Da Autuação

A autuação versa sobre recolhimento a menor de ICMS referente a janeiro/04, por ter a Impugnante subfaturado o valor da operação e da base de cálculo da Nota Fiscal nº 007018, emitida em 02/02/04, para acobertar a saída de 3.500.000,00 (três milhões e quinhentos mil) toneladas de minério de ferro tipo *sinter feed*, R\$ 0,09 (nove centavos de real) a tonelada. O valor da operação foi arbitrado, nos termos dos arts. 53, I e 54, IX do RICMS/02, tomando por base as notas fiscais de saída emitidas pela própria Autuada no mês, R\$ 21,48 (vinte e um reais e quarenta e oito centavos) a tonelada.

Exigiu-se ICMS, Multa de Revalidação correspondente a 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, capitulada no art. 56, II da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada prevista no art. 55, VII da mesma lei, correspondente a 40% (quarenta por cento) da diferença entre o valor arbitrado e o destacado na nota fiscal.

Além do Auto de Infração, o processo foi instruído com o Auto de Início da Ação Fiscal - AIAF (fl. 02); Demonstrativo de Correção Monetária e Multas - DCMM

(fl. 05); Relatório Fiscal (fls. 06/10); termos de intimação, respostas e documentos apresentados pela Impugnante, procurações, cópia do “Instrumento Particular de Confissões de Dívida e de Dação em Pagamento” e do “Instrumento Particular de Confissão de Dívida, de Constituição de Penhor Mercantil e Outros Pactos” e do “Contrato de Empréstimo para Capital de Giro”, cópias dos livros Registro de Saídas e Registro de Apuração do ICMS e das notas fiscais emitidas em fevereiro/2004 (fls. 11/91).

Da Decisão Recorrida

Em decisão consubstanciada no Acórdão n.º 18.796/10/2ª (fls. 179/184), por unanimidade de votos, a 2ª Câmara de Julgamento, julgou improcedente o lançamento.

Do Recurso da Fazenda Pública Estadual

Inconformada, a Fazenda Pública Estadual interpõe, tempestivamente, por intermédio de procurador legalmente habilitado, o Recurso de Revisão de fls. 187/192. Ao final, pede o conhecimento e provimento do Recurso.

Das Contrarrazões

Os argumentos da Fazenda Pública são contraditados pela Recorrida (*Itasider Usina Siderúrgica Itaminas S.A.*) às fls. 209/220, que apresenta, por procuradores regularmente constituídos, suas contrarrazões.

Ao final, pede que seja o Recurso interposto julgado improcedente, mantendo-se a decisão recorrida.

Do Parecer da Assessoria do CC/MG

A Assessoria do CC/MG se manifesta às fls. 228/244 e opina, em preliminar, pelo não conhecimento do Recurso e, quanto ao mérito, pelo seu não provimento.

DECISÃO

Da Preliminar

DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

Superada, de plano, a condição de admissibilidade referente ao rito processual, capitulada no inciso II do art. 163 do RPTA, aprovado pelo Decreto n.º 44.747/08, cumpre-nos verificar o atendimento, também, da segunda condição estatuída no citado dispositivo legal relativa à divergência jurisprudencial.

Após análise dos autos e inteiro teor dos acórdãos indicados como divergentes, constata-se assistir, em parte, razão à Recorrente, uma vez caracterizada divergência jurisprudencial, conforme Acórdãos n.ºs 18.555/08/3ª e 18423/07/1ª.

Do Mérito

Quanto ao mérito, os fundamentos expostos no Acórdão 19.903/10/1ª, do mesmo grupo empresarial e vinculado a idêntica situação de direito e à mesma situação

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

fática, que minuciosamente abordou a matéria, foram em grande parte utilizados para fundamentar esta decisão.

Antes da abordagem da irregularidade narrada no Auto de Infração, relata-se o que ocorreu até a emissão da nota fiscal em questão.

Pelo que consta dos Autos, Itasider – Usina Siderúrgica Itaminas S/A e Replasa – Reflorestadora S.A. contrataram empréstimos junto ao Banco Norchem S.A.(Contratos nºs 0910 de 12/03/92 e 03556-92 de 21/09/92, respectivamente), sendo Itaminas Comércio de Minérios S.A uma das avalistas. Ficando as empresas inadimplentes, firmaram com o citado banco, em 17/03/93, o “Instrumento Particular de Confissões de Dívida e de Dação em Pagamento” de fls. 35/39 e o “Instrumento Particular de Confissão de Dívida, de Constituição de Penhor Mercantil e Outros Pactos” de fls. 21/26, registrados junto ao Cartório de Registro de Títulos e Documentos de Sete Lagoas.

Pelo primeiro instrumento, a Itasider – Usina Siderúrgica Itaminas S/A dá ao credor, Banco Norchem S.A., em penhor mercantil, 3.500.000 (três milhões e quinhentas mil) toneladas de minério de ferro de qualidade *sinter feed*, de que se declara exclusiva senhora e legítima possuidora, no valor de Cr\$ 195.618.160.000,00 (cento e noventa e cinco bilhões, seiscentos e dezoito milhões, cento e sessenta mil cruzeiros), Cr\$ 55.890,00 (cinquenta e cinco mil e oitocentos e noventa cruzeiros) a tonelada, minério esse que se encontra depositado na Fazenda do Engenho Seco, de propriedade da interveniente Itaminas Comércio de Minérios S.A que, juntamente com a devedora e demais intervenientes, fica obrigada a assegurar ao credor a posse mansa e pacífica da área ora dada em comodato; a manter o bem dado em garantia em perfeito estado de conservação, defendendo-o da turbção de terceiros e a não transferi-lo de localização sem a prévia e expressa autorização do credor; a não alienar, ceder, transferir, remover, vender, emprestar ou gravar com ônus de qualquer natureza o bem empenhado.

Na mesma data, a Itaminas Comércio de Minérios S/A e a MCIM – Minas Comércio e Indústria de Minérios Ltda firmam Contrato de Comodato, pelo qual a primeira cede à segunda, imóvel para constituição de uma filial com a finalidade de adquirir e realizar o beneficiamento e comercialização de 5.200.000 (cinco milhões e duzentas mil) toneladas de minério a serem adquiridas da Norchem.

Ainda na mesma data, as quatro empresas retrocitadas celebram o Protocolo de Acordo, pelo qual a Norchem receberá o minério de sua propriedade que se acha depositado nas dependências da Itaminas, mediante entregas a serem efetuadas semanalmente pela Itaminas à Norchem, em nome e por conta da Santa Mariana e Itasider.

Em correspondência dirigida à Delegacia de Contagem, datada de 07/11/03, às fls. 134/135, Itaminas Comércio de Minérios S/A trata da inscrição estadual de Norchem Holding e Negócios S/A, suas operações com a MCIM, data de início de atividades e outros.

Em 02/02/04, a Autuada emite a Nota Fiscal nº 007018, em questão, de “venda” - natureza da operação - de 3.500.000 (três milhões e quinhentas mil) toneladas

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

de minério de ferro *sinter feed*, ao valor unitário de R\$ 0,09 (nove centavos de real) a tonelada, valor total da operação igual a R\$ 315.000,00 (trezentos e quinze mil reais), ICMS destacado igual a R\$ 56.700,00 (cinquenta e seis mil e setecentos reais).

No campo “Dados Adicionais” consta “DAÇÃO EM PAGAMENTO DE OBRIGAÇÃO CONTRAÍDA NO CONTRATO 0910.92 E INSTRUMENTO PARTICULAR DE DÍVIDA. MERCADORIA ENCONTRA-SE A DISPOSIÇÃO DO DESTINATÁRIO NO ENDEREÇO: FAZENDA ENGENHO SECO S/Nº ZONA RURAL – SARZEDO – MG”.

O Fisco, discordando do valor da operação, muito aquém dos valores praticados no período, arbitra em R\$ 21,48 (vinte e um reais e quarenta e oito centavos) o preço da tonelada de minério de ferro *sinter feed*, considerando as disposições dos arts. 53, I e 54, IX do RICMS/02.

O arbitramento ocorreu após o Fisco não ver plenamente atendida sua intimação de fl. 12, para que, entre outras solicitações, fosse apresentado o Contrato nº 0910/92, citado na Nota Fiscal nº 007018, e os documentos que demonstrassem a formação do preço unitário da tonelada do minério objeto da referida nota fiscal. Exige ICMS sobre a diferença entre o valor arbitrado e do documento fiscal, a multa de revalidação e a multa isolada correspondente a 40% (quarenta por cento) da citada diferença.

De início, pelo que foi anteriormente relatado e consta dos autos, é possível concluir que não foram emitidos os documentos fiscais devidos pelas transações que envolveram tantas pessoas jurídicas e o minério de ferro em questão, desde o ano de 1992.

O documento fiscal para transmissão do minério só veio a ser emitido, pela Itasider, em 02/02/04, a R\$ 0,09 (nove centavos de real) a tonelada, quando a empresa praticava em suas vendas o preço médio de R\$ 21,48 (vinte e um reais e quarenta e oito centavos).

A Lei nº 6.763/75 prevê em seu art. 6º, inciso VI que ocorre o fato gerador do ICMS na saída de mercadoria, a qualquer título, inclusive em decorrência de bonificação, de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular e que, a base de cálculo é o valor da operação, conforme art. 13, IV.

A própria Itasider entendeu que ocorreu fato gerador do ICMS, vez que emitiu nota fiscal e destacou o imposto. Pela Nota Fiscal nº 007018, o minério foi vendido para Norchem Holdings e Negócios S/A por R\$ 0,09 (nove centavos de real) a tonelada, embora conste do documento observação sobre dação em pagamento.

É certo que a Itasider não esclareceu como chegou ao valor de R\$ 0,09 (nove centavos de real) por tonelada e não apresentou o Contrato nº 0910/92.

No entanto, pelos documentos juntados aos autos, o valor da operação, cerne da questão, é o valor da dívida quitada junto ao Banco Norchem, pela entrega de mercadoria – minério – no lugar de dinheiro.

O valor de Cr\$ 195.618.160.000,00 (cento e noventa e cinco bilhões, seiscentos e dezoito milhões, cento e sessenta mil cruzeiros) equivalente a Cr\$

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

55.890,00 (cinquenta e cinco mil e oitocentos e noventa cruzeiros) a tonelada na data-base 17/03/93 foi atribuído de comum acordo pelos envolvidos nas transações, o que está expresso no item 3 do Instrumento Particular de Confissão de Dívida, de Constituição de Penhor Mercantil e Outros Pactos.

Estando o valor expresso em cruzeiros e sendo a mercadoria entregue apenas em fevereiro/04, há que se considerar as regras, não observadas pelos envolvidos, previstas no RICMS/91, vigente à época, na Seção XXXVIII – Da Venda à Ordem ou para Entrega Futura:

Efeitos de 01/03/91 a 11/08/93 – Redação Original do RICMS:

Art. 830 - Nas vendas à ordem ou para entrega futura deverá ser emitida nota fiscal sem destaque do ICMS, mencionando-se no documento que a emissão se destina a simples faturamento, com o imposto sendo debitado por ocasião da efetiva saída da mercadoria, ressalvada a hipótese prevista no artigo 832.

Art. 831 - No caso de venda para entrega futura, por ocasião da efetiva saída, global ou parcial, de mercadoria, o vendedor emitirá nota fiscal em nome do adquirente, com destaque do valor do imposto, quando devido, indicando, além dos requisitos exigidos, como natureza da operação; "remessa - entrega futura", e o número, série, subsérie, data e valor da nota fiscal emitida para fins de faturamento.

Efeitos de 09/01/92 a 11/08/93 – Redação dada pelo Art. 1º do Dec. 33.324, de 08/01/92 – MG de 09:

§ 1º - Para o efeito de cálculo e recolhimento, o imposto será atualizado na forma do § 2º do artigo 102, tomando-se por base o período compreendido entre o dia 9 (nove) do mês subsequente ao da emissão da nota fiscal de simples faturamento e o dia da efetiva saída da mercadoria.

E assim previa a artigo 102:

Efeitos de 01/03/91 a 06/08/93 – Redação original do RICMS:

Art. 102 - O recolhimento do imposto será efetuado até o dia 9 (nove) do mês subsequente ao da ocorrência do fato gerador.

(...)

Efeitos de 05/07/91 a 06/08/93 – Redação dada pelo Art. 1º do Dec. nº 32773, de 04/07/91 – MG de 05:

§ 2º - A Secretaria de Estado da Fazenda pode, mediante resolução, autorizar que o ICMS seja recolhido após o prazo fixado neste artigo, sem aplicação das penalidades referidas no inciso I do artigo 860, desde que o valor do imposto seja

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

monetariamente atualizado a contar da data do vencimento, com base no instrumento de atualização monetária em vigor

À época, a Resolução nº 2.220 de 20/02/92, tratava da atualização tributária:

Efeitos de 01/02/92 a 26/07/94 - Redação original desta Resolução:

Art. 1º - O crédito tributário do Estado, quando não recolhido na data de seu vencimento, terá seu valor atualizado na data do efetivo pagamento, com base na variação do valor da Unidade Fiscal de Referência (UFIR) diária, instituída pela Lei Federal nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991.

§ 1º - Para o efeito da atualização prevista neste artigo, o crédito tributário será expresso em quantidade de UFIR, calculada mediante a divisão de seu valor pelo valor da UFIR diária vigente na data do vencimento do prazo de pagamento.

§ 2º - O valor a recolher, em cruzeiros, será o resultado da multiplicação do número de UFIR, encontrado na forma do parágrafo anterior, pelo valor da UFIR diária vigente na data do efetivo pagamento.

Art. 2º - Os créditos tributários vencidos até o dia 31 de janeiro de 1992 serão apurados até essa data, com base nas normas da Resolução nº 2.044, de 08 de fevereiro de 1991, e o valor encontrado, em cruzeiros, será expresso em UFIR, mediante sua divisão por Cr\$736,56 (setecentos e trinta e seis e seis cruzeiros, cinquenta e seis centavos), valor da UFIR diária naquele dia.

Efeitos de 01/02/92 a 26/07/94 - Redação original desta Resolução:

Parágrafo único - O valor a recolher, em cruzeiros, será o resultante da multiplicação do número de UFIR, encontrado na forma deste artigo, pelo valor da UFIR diária vigente na data do efetivo pagamento.

Efeitos a partir de 26/07/94 - Redação dada pela Resolução 2.550, de 25/07/94 - MG de 26

Parágrafo único - O valor a recolher, em real, será o resultante da multiplicação da quantidade de UFIR encontrada na forma deste artigo, pelo valor da UFIR diária vigente na data do efetivo pagamento.

A Resolução nº 2.554, de 17/08/94, revogou a Resolução 2.220/92 e, no que se refere à correção monetária, apenas passou a considerar a UFIR mensal, tendo em vista a extinção da UFIR diária:

Art. 1º - O crédito tributário do Estado, quando não recolhido na data de seu vencimento terá seu valor atualizado na data do efetivo pagamento, com base na variação do valor da Unidade Fiscal de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Referência (UFIR) diária, instituída pela Lei federal nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991, observado o disposto no artigo 9º.

(...)

Art. 9º - A partir de 1º de setembro de 1994, sendo extinta a UFIR diária de que trata a Lei Federal nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991, conforme dispõe o artigo 43 da Medida Provisória nº 566, de 29 de julho de 1994, será considerado, a contar daquela data, onde couber, o valor mensal da referida unidade.

Parágrafo único - Quando o cálculo da apuração do crédito tributário tratada nesta Resolução abranger período de vigência da UFIR em sua variação diária, esta continuará a ser aplicada para determinação da quantidade da referida unidade.

Com o fim da correção monetária, a Resolução nº 2.880, de 13/10/97, revogou a 2.554/94 e assim dispõe:

Art. 4º - Os créditos tributários não pagos nos prazos previstos em legislação específica, cujos vencimentos ocorrerem até 31 de dezembro de 1997, serão apurados até essa data conforme o disposto na Resolução n.º 2.554, de 17 de agosto de 1994.

Parágrafo único - O valor encontrado, expresso em quantidade de Unidade Fiscal de Referência (UFIR), será convertido em reais, mediante sua multiplicação por R\$ 0,9108 (nove mil, cento e oito décimos de milésimos de reais), sem prejuízo da incidência de juros de mora e multa.

Dessa forma, no caso em comento, em que o imposto seria debitado por ocasião da efetiva saída da mercadoria, nos termos do ar. 830 do RICMS/91, tanto o valor da operação quanto o do ICMS podem ser atualizados seguindo os critérios usados pela SEF/MG, mesmos critérios usados para atualização de tributos federais, pelo que se teria:

Valores Originais

UFIR de 09/04/93 (art. 831, § 1º do RICMS/91) = 16.323,0500

Valor da dívida/minério de ferro em 17/03/93 = Cr\$ 195.618.160.000,00

ICMS em 17/03/93 = 18% s/ 95.014.520.000,00 = Cr\$ 35.211.268.800,00

Valor da tonelada de minério em 17/03/93 = Cr\$ 55.890,00

Valor da dívida/minério de ferro em UFIR
(195.618.160.000,00/16.323,0500) = 11.984.167,17 (UFIR)

ICMS (18%) = 2.157.150,09 (UFIR)

Valor da tonelada em UFIR = 55.890,00/16.323,0500 = 3,424 (UFIR)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Valores Corrigidos

UFIR de 31/12/97 (art. 4º da Resolução 2.880/97) = 0,9108

Valor corrigido da dívida/minério de ferro (11.984.167,17 x 0,9108)
= R\$ 10.915.179,46

ICMS corrigido (10.915.179,46 x 18%) = R\$ 1.964.732,30

Valor corrigido da tonelada de minério = 3,424 x 0,9108 = R\$ 3,12

Em 02/02/04, quando a mercadoria foi entregue, o imposto que deveria ter sido destacado em nota fiscal e debitado na escrita fiscal corresponderia a R\$ 1.964.732,30 (um milhão novecentos e sessenta e quatro mil, setecentos e trinta e dois reais e trinta centavos) e o valor da base de cálculo a R\$ 10.915.179,46 (dez milhões, novecentos e quinze mil, cento e setenta e nove reais e quarenta e seis centavos), à luz do contrato acostado aos autos.

A multa isolada devida corresponde a 40% (quarenta por cento) da diferença entre R\$ 10.915.179,46 (dez milhões, novecentos e quinze mil, cento e setenta e nove reais e quarenta e seis centavos) – base de cálculo corrigida – e R\$315.000,00 (trezentos e quinze mil reais) – base de cálculo destacada na nota fiscal – que é igual a R\$ 4.240.071,79 (quatro milhões, duzentos e quarenta mil, setenta e um reais e setenta e nove centavos).

Afirma a Itasider que agiu conforme orientação da Delegacia Fiscal de Contagem e, pelo que consta dos autos, ela realmente esteve em contato com a repartição para inscrição dos estabelecimentos da Norchem e da MCIM. Entretanto, não consta dos autos que houve orientação quanto ao ICMS incidente na operação e à base de cálculo destacada na nota fiscal em questão.

Quanto à alegação de que não houve prejuízo para a arrecadação do ICMS, vez que o valor agregado na operação seguinte o compensou, houve prejuízo na medida em que o recolhimento do imposto foi postergado. E mesmo que não houvesse, cabe ao Fisco verificar a apuração do imposto considerando as disposições da legislação, entre elas a ocorrência do fato gerador a cada operação e a autonomia dos estabelecimentos.

Argumenta, ainda, que não há previsão na legislação para base de cálculo na situação dos autos, que a acusação é grave e não há indício de simulação ou fraude.

É certo que a Autuada fez referência ao contrato e ao instrumento particular na nota fiscal, mas não adotou a base de cálculo prevista na legislação que é o valor da operação, como está no já citado inciso IV do art. 13 da Lei nº 6.763/75.

Vale acrescentar que não consta dos autos informação sobre o valor de mercado do minério *sinter feed* em março de 1993, importante para abalizar conclusões sobre o valor acertado entre as partes no já muito referido instrumento particular.

Quanto à penalidade aplicada, ela está prevista no inciso VII do art. 55 da Lei nº 6.763/75:

Art. 55 - As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II a IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

VII - por consignar em documento fiscal que acobertar a operação ou a prestação base de cálculo diversa da prevista pela legislação ou quantidade de mercadoria inferior à efetivamente saída - 40% (quarenta por cento) do valor da diferença apurada;

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, em preliminar, pelo voto de qualidade, em conhecer do Recurso de Revisão com base nos Acórdãos nºs 18.555/08/3ª e 18423/07/1ª. Vencidos os Conselheiros Luciana Mundim de Mattos Paixão (Relatora), Sauro Henrique de Almeida e André Barros de Moura, que dele não conheciam. No mérito, também pelo voto de qualidade, em dar provimento parcial ao recurso, para adequar a base de cálculo ao valor da operação que consta do "Instrumento Particular de Confissão de Dívida, de Constituição de Penhor e Outros Pactos", devendo ser atualizado com os critérios utilizados pela Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais para correção dos débitos. Vencidos, em parte, os Conselheiros Luciana Mundim de Mattos Paixão (Relatora), Sauro Henrique de Almeida e André Barros de Moura, que lhe negavam provimento nos termos da decisão recorrida de fls. 179/184 e das disposições do art. 168 do RPTA/MG. Vencido, em parte, o Conselheiro René de Oliveira e Sousa Júnior, que lhe dava provimento. Designado relator o Conselheiro Mauro Heleno Galvão (Revisor). Pela Recorrida, sustentou oralmente o Dr. Ricardo Santiago Silva de Gouveia Ferreira e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Célio Lopes Kalume. Participaram do julgamento, além dos signatários, e dos Conselheiros vencidos, os Conselheiros José Luiz Drumond e René de Oliveira e Sousa Júnior.

Sala das Sessões, 22 de outubro de 2010.

Mauro Heleno Galvão
Presidente / Relator / Designado