

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.279/09/3ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000159151-99
Impugnação: 40.010123891-53
Impugnante: Nova Esperança S/A
IE: 433241835.00-57
Proc. S. Passivo: Fernando José Dutra Martuscelli/Outro(s)
Origem: DF/Montes Claros

EMENTA

BASE DE CÁLCULO – SUBFATURAMENTO - Constatado o recolhimento a menor do ICMS, em operações de vendas de mourões de eucalipto, em decorrência da não inclusão na base de cálculo do ICMS da importância relativa ao valor do beneficiamento do produto cuja atividade não se encontra compreendida na competência tributária municipal. Inobservância do disposto no RICMS/02, art. 43, inc. IV, alínea “a”. Corretas as exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada prevista na Lei nº 6.763/75, art. 55, inc. VII. Lançamento procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

Da Autuação

A autuação versa sobre recolhimento a menor do ICMS, no período de outubro de 2003 a junho de 2008, por ter o Autuado deixado de incluir na base de cálculo do ICMS a etapa de beneficiamento – industrialização – nas operações de vendas de madeira tratada.

Para operacionalizar o ilícito, a empresa Touro Serviços Rurais Ltda emitiu notas fiscais de prestação de serviços, indevidamente tributadas pelo ISSQN, para dissimular que a prestação de serviço de beneficiamento, item 14.05 da Lei Complementar nº 116/03, se dava diretamente entre os adquirentes da mercadoria e a empresa de prestadora do serviço.

Exige-se ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada prevista na Lei nº 6.763/75, art. 55, inc. VII.

O Fisco instruiu o processo com o Auto de Início de Ação Fiscal – AIAF (fls. 02); Auto de Infração - AI (fls. 03/04); Demonstrativo de Correção Monetária e Multas - DCMM (fls. 05/07); Planilhas contendo a relação das notas fiscais emitidas pelo Autuado e das notas fiscais emitidas pela empresa Touro Serviços Rurais Ltda referentes aos supostos serviços prestados (fls. 09/223); Demonstrativo do Crédito Tributário (fls. 225); cópias nas notas fiscais emitidas pela empresa Touro Serviços Rurais Ltda, por amostragem (fls. 227/341) e cópias do estatuto social do Autuado e do contrato social da empresa Touro Serviços Rurais Ltda (fls. 343/363).

Da Impugnação

Inconformado, o Autuado apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 368/381, com documentos anexados às fls. 382/438, onde alega, resumidamente, o abaixo.

Afirma que a alegação do Fisco de “claro intuito” é uma “premissa falsa” e que se baseou em presunção não prevista pela legislação tributária para a constituição do crédito tributário. Requer a reformulação do relatório do Auto de Infração - AI para indicação do dispositivo da legislação tributária estadual que autorize a alegação de “claro intuito”, reabrindo o prazo de impugnação.

Aduz que o conceito de processo produtivo-econômico não é um conceito previsto na legislação tributária, tampouco a conduta de “*retirar do processo produtivo-econômico é prevista como infração pela legislação tributária*”, apontando esta como sendo a “segunda premissa falsa” formulada pelo Fisco.

Alega que o relatório do AI deve ser reformulado indicando-se o dispositivo da legislação tributária estadual que autoriza a alegação de “processo produtivo-econômico”, reabrindo-se prazo de impugnação. Justifica que a lei define a base de cálculo do ICMS e que a base de cálculo, no caso concreto, não varia em função de pretensos processos produtivo-econômicos.

Diz que a “terceira premissa falsa” refere-se à pretensa etapa de “beneficiamento-industrialização”. Argumenta que “*o item 14.05 da Lista de Serviço anexa à Lei Complementar nº. 116/03, estabelece que é tributável a título de ISSQN qualquer atividade de restauração, recondicionamento, acondicionamento, pintura, beneficiamento, lavagem, secagem, tingimento, galvanoplastia, anodização, corte, recorte, polimento, plastificação e congêneres, de objetos quaisquer*”. E que a Lista de Serviços integra a legislação tributária estadual, sob a forma do Anexo XIII do RICMS/02.

Afirma que o Estado de Minas Gerais não é competente para legislar sobre produtos industrializados, nos termos do art. 153, IV da CF, não possui norma legal que considere o beneficiamento como industrialização, e que a autoridade fiscal contraria o próprio Anexo XIII do RICMS/02 posto que o item 14.05 da Lista de Serviços anexa à Lei Complementar nº. 116/03 estabelece que é tributável a título de ISSQN qualquer atividade de beneficiamento.

Argui que o Fisco reconhece que foram emitidas notas fiscais distintas para saída de madeira *in natura* pela Nova Esperança S/A e de nota fiscal de serviços pela empresa Touro Serviços Rurais Ltda. Conclui que é uma inverdade que a Touro Serviços situa-se na mesma planta industrial.

Explica que vende lenha, que é madeira *in natura*, e anexa contratos celebrados com a Novo Nordisk e com a VALLÉE S/A, que vende como subprodutos recortes de mourão de eucalipto para vários clientes, e que a Touro Serviços Rurais Ltda presta serviços de tratamento de madeira, quer a madeira seja adquirida pelo cliente, diretamente dela, quer a madeira seja adquirida de terceiros. Alega que não há venda casada.

Diz que é incontroverso que a Touro Serviços Rurais Ltda prestou o serviço de beneficiamento e que o único ponto de controvérsia cinge-se ao fato dela prestar serviços a terceiros clientes, adquirentes de madeira bruta da Nova Esperança S/A ou de outras empresas. Conclui que a Touro Serviços Rurais nunca prestou serviços para si.

Nega que tenha havido subfaturamento e acrescenta que sempre praticou vendas com cláusula FOB e, conseqüentemente, a mercadoria deve ser retirada pelo cliente no pátio. Por conseguinte, qualquer negócio jurídico que ocorra após a tradição não é de sua responsabilidade. Isto significa que a base de cálculo deve ser a que a lei prevê: o preço da mercadoria. Reafirma que a mercadoria vendida por ela é madeira bruta, *in natura*. Para provar o alegado, junta contratos firmados com a Nordisk e a Vallée S.A.

Requer a produção de prova pericial, oportunidade em que indica assistente técnico e apresenta quesitos às fls. 380/381.

Pede que seja o lançamento julgado improcedente.

Da Manifestação Fiscal e da juntada de Documentos

O Fisco, em bem manifestação de fls. 445/450, refuta as alegações da defesa.

Junta cópia da contagem física de estoque realizada no estabelecimento autuado em 13/10/08 (fls. 451/452), portanto, antes da intimação do Auto de Infração (fls. 365), contendo a informação “Estoque da Touro Serviços Zero (0)”; junta, ainda, “Termo de Depoimento” de alguns destinatários constantes das notas fiscais emitidas pelo Autuado (fls. 453/469), e cópias, por amostragem, de terceiras vias de notas fiscais de prestação de serviço emitidas pela Touro Serviços Rurais Ltda (fls. 470/478).

Em razão disso, concedeu-se vistas ao Impugnante (fls. 479/482), o qual se manifesta às fls. 483/488, contra-argumentando sobre a ilegitimidade das provas produzidas pelo Fisco.

Alega o Autuado que o Decreto nº. 44.747/08 (RPTA/MG) não prevê a prova testemunhal como prova admissível no processo administrativo tributário. Assevera que os “Termos de Depoimento” juntados pela SEF não podem ser considerados como prova, pois foram produzidos unilateralmente, sem o conhecimento prévio do Autuado, impossibilitando a formulação de perguntas às testemunhas.

Ressalta, quanto ao documento juntado pelo Fisco, que se trata apenas de uma informação sobre a posição de estoque em 13/10/08, e diz que o Fisco não mostrou a movimentação de estoque no período fiscalizado. Argumenta que se as peças ainda estavam em estoque, não ocorreu o fato gerador de ICMS quanto a elas. Acrescenta ainda que o Fisco teria de demonstrar as saídas no período fiscalizado e não conjeturar sobre saídas futuras e que a data de 13/10/08 é posterior à lavratura do AI.

Protesta veementemente pela nulidade de prova testemunhal, pois os depoentes listados não atestaram que foi o Autuado o efetivo vendedor da madeira tratada, pois não há certeza de endereço, não há certeza de razão social e há confusão tanto com outras empresas (REFLORALJE) como com a marca (TOURO).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ao final reitera os termos da Inicial.

Em seguida o Fisco se manifesta, às fls. 490/494, argumentando que o princípio da verdade material, norteador do processo tributário administrativo, outorga à autoridade lançadora o poder e o dever de buscar todos os elementos de prova que entender necessário.

Explica que nesse sentido convidou, aleatoriamente, alguns clientes do Autuado, que figuram como destinatários, para que relatassem as circunstâncias em que adquiriram os mourões de eucalipto, com a finalidade de ilustrar e tornar ainda mais cristalina a acusação fiscal.

Acrescenta que os depoimentos foram colhidos espontânea e individualmente, sendo que, em relação ao ponto principal da contenda, qual seja, se houve ou não a contratação de serviços de imunização de mourões, todos os depoentes afirmaram que jamais contrataram serviços de tratamento de mourão. As declarações foram uníssonas no sentido de que a empresa comercializa madeira já tratada sendo absolutamente desnecessário solicitar ou contratar serviço de tratamento da madeira.

Destaca que, após a inclusão dos termos de depoimento nos autos, foi oportunizado ao Autuado a ampla defesa e o contraditório.

Assim, sob o crivo do contraditório, o Autuado limitou-se a acusar o procedimento de transgredir as normas tributárias. Ora, no momento de robustecer sua defesa com a apresentação de provas materiais, tenta descaracterizar procedimentos fiscais que fazem parte da rotina de auditoria confirmar junto a clientes e/ou fornecedores as suas relações com a empresa auditada.

Ressalta que os termos de depoimento acostados aos autos tornaram mais elucidativa a acusação fiscal, mas não se constituem em provas únicas dos autos, e nem podem ser considerados no tocante ao quadro probatório deste processo como imprescindíveis à decisão do mérito. Como disse anteriormente, apenas ilustram e corroboram a ocorrência do fato jurídico.

Explica que a empresa Refloralje Reflorestamento e Agropecuária Ltda, que como o Autuado também pertence ao Grupo Asamar S/A, operou naquele Município por aproximadamente 20 (vinte) anos (1983-2003) comercializando madeira tratada. Somente a partir de 2003, o Grupo Asamar S/A constituiu a empresa Nova Esperança S/A, o Autuado, para dar continuidade à comercialização dos produtos já que as atividades da Refloralje relacionadas a venda de madeira neste município foram suspensas. Nesta nova etapa criou-se ainda a marca “Touro”. Portanto, é absolutamente natural que os clientes do Autuado ainda façam referência à “Refloralje” e também associe a nova empresa constituída, Nova Esperança S/A, a sua antecessora que durante muitos anos comercializou os mourões tratados.

Acrescenta que a Refloralje Reflorestamento e Agropecuária Ltda foi autuada (AI nº. 01.000141907-51 e nº. 01.000145607-70) por praticar o mesmo ilícito tributário de subfaturar parte do valor da venda da madeira beneficiada e submeter parcela significativa da operação à tributação pelo ISSQN. A decisão do CC/MG foi consubstanciada através dos Acórdãos nº 16.223/03/1ª e nº 16.105/04/2ª e o crédito tributário foi quitado em 29/02/08 e 27/03/08, respectivamente. Esclareça-se que,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

naquela circunstância, havia apenas uma única empresa, a “Refloralje Reflorestamento e Agropecuária Ltda” praticando a atividade de tratamento da madeira para comercialização.

Salienta que o que se constata na presente lide é que o Grupo Asamar S/A, dono da Refloralje Reflorestamento e Agropecuária Ltda, constituíram as empresas Nova Esperança S/A e a Touro Serviços Rurais Ltda para através destas continuar as operações de venda de madeira tratada, sendo que através da Touro Serviços Rurais, localizada no mesmo endereço do Autuado, passando a dissimular a etapa de industrialização da madeira em prestação de serviço, promovendo ilicitamente a economia de impostos.

Afirma que restou comprovado que o Autuado comercializa madeira tratada, como o grupo empresarial sempre o fez, sendo legítimo que a Fazenda Pública de Minas Gerais cobre a parcela do imposto relativo ao custo do beneficiamento (industrialização) que foi sonogada dos cofres estaduais.

Esclarece que o documento juntado às fls. 451 e 452 dos autos mostra o estoque de madeira pertencente ao Autuado em 13/10/08, data em que foi realizada a contagem física da mercadoria, e que, quanto a essa o Autuado defende a tese de que os clientes, após aquisição, destinam a madeira à Touro Serviços Rurais Ltda para beneficiamento. Ocorre que na ocasião da contagem física do estoque, em 13/10/08, toda a madeira tratada se encontrava no estabelecimento do Autuado.

Reafirma que a ausência de estoque em 13/10/08 pertencente à Touro Serviços Rurais Ltda, deixa claro que nenhum cliente entregou madeira no seu estabelecimento para ser beneficiada. No entanto, essa empresa emitiu 09 (nove) notas fiscais naquela mesma data para acobertar a suposta prestação de serviço realizada. Tal fato demonstra inequivocamente que tal empresa exerce a atividade de beneficiamento da madeira em favor do Autuado, e esta não inclui o custo da industrialização na base de cálculo do ICMS.

Destaca que o Autuado, por vezes, defende que comercializa madeira *in natura* e mourões de eucalipto, e que a Touro Serviços Rurais Ltda presta serviços de tratamento de madeira, quer a madeira seja adquirida pelo cliente diretamente da Nova Esperança, quer a madeira seja adquirida de terceiros. Entretanto, o Fisco diligenciou e comprovou que 51% (cinquenta e um por cento) do estoque do Autuado era composto por madeira tratada. Ressalta, ainda, que não existem Notas Fiscais de remessa da madeira entre o Autuado e Touro Serviços Rurais Ltda.

Afirma que, diante destas constatações de que a madeira tratada encontrava-se na sua totalidade no estabelecimento do Autuado e da inexistência de qualquer documento fiscal entre as duas empresas, pode-se concluir que as mercadorias foram comercializadas diretamente pela Nova Esperança S/A e as notas fiscais de venda foram emitidas incorretamente, uma vez que o custo do tratamento da madeira, enquanto etapa do processo-produtivo, não foi incluído na base de cálculo da operação.

Requer a procedência do lançamento.

Da Instrução Processual

A Assessoria do CC/MG determina a realização da diligência de fls. 500, para que o Fisco promovesse “a adequação do relatório da infração à ocorrência constatada, bem como a inclusão, no campo próprio da peça fiscal, dos dispositivos específicos constantes do RICMS/02, concernentes, por exemplo, ao fato gerador (alínea “a” do inc. IX, art. 2º) e à base de cálculo das operações (inc.VII, art. 43), cujos descumprimentos motivaram o presente lançamento”.

O atendimento da diligência resulta na alteração da infringência do Auto de Infração, incluindo-se no campo próprio o art. 43, inciso IV, alínea “a” do RICMS/02, com a reemissão do mesmo às fls. 502/504.

Regularmente intimada da alteração às fls. 503, o Autuado se manifesta às fls. 506/507, reiterando os termos da Inicial. Em seguida, o Fisco volta a se manifestar às fls.509/511, também reiterando os termos de suas manifestações anteriores.

Do Parecer da Assessoria do CC/MG

A Assessoria do CC/MG, em bem fundamentado parecer de fls. 513/523, que foi adotado para a decisão, da qual passou a fazer parte integrante, opina, em preliminar, pela rejeição da prefacial de nulidade do Auto de Infração, quanto ao requerimento de perícia, pelo seu indeferimento e, quanto ao mérito, pela procedência do lançamento.

DECISÃO

Os fundamentos expostos no parecer da Assessoria Fiscal, de fls. 513/523, foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e por esta razão passam a compor o presente Acórdão, salvo pequenas alterações.

Das Preliminares

1 - Da alegação de nulidade do Auto de Infração:

Não deve prevalecer a alegação de nulidade do presente Auto de Infração - AI com fundamento na da Lei nº 13.515/00, art. 20, inc. I (fls. 370), sob o pretexto de não haver na legislação tributária qualquer presunção legal que corrobore o raciocínio fiscal atribuída à expressão “claro intuito”, utilizada no relatório fiscal (fls.03).

Como bem observou o Fisco, o sentido do vocábulo “intuito”, de acordo com o conceito extraído do dicionário Aurélio, se traduz em fim, propósito, objetivo, escopo. Portanto, tomando-se essa definição para efeito de esclarecimento da expressão “claro intuito” significa que há nos autos provas materiais irrefutáveis de que o Autuado cometeu o ilícito tributário, e o fez com o claro propósito, objetivo, escopo, de retirar do processo produtivo-econômico a etapa de beneficiamento da madeira, minorando assim, a obrigação tributária.

Vê-se que o AI foi lavrado em perfeita consonância com a legislação vigente, adstrito às disposições do art. 89 do RPTA/MG, c/c o art. 142 do CTN e possui todos os requisitos exigidos na legislação, inclusive indicação das infringências e penalidades.

Com efeito, o fato de o sujeito passivo discordar das acusações que lhe são imputadas não retira a presunção de legitimidade do lançamento. Destarte, inexistem os vícios materiais arguidos pelo Impugnante, não havendo se falar em nulidade da autuação.

2 - Do Pedido de Produção de Prova Pericial

O pedido de prova pericial suscitado pelo Impugnante, a bem da verdade, não envolve questões que requeiram propriamente a produção de prova pericial, vez que os quesitos propostos (fls. 380/381) buscam apenas por esclarecimentos acerca de etapas do processo produtivo, apresentação dos produtos, existência ou não de parque industrial, sobre a classificação fiscal dos produtos comercializados, incluindo-se a sua descrição, bem como sobre quantidade de peças de madeira tratada que compõem o estoque.

No presente caso, o que importa não é definir quais são as etapas do processo produtivo, questionar a existência de parque industrial, ou a autenticidade das notas fiscais de serviço. A discussão relevante diz respeito, sim, à correta identificação do produto comercializado e de qual seria a natureza da operação, e, por conseguinte a correta base de cálculo da saída. E, nesse aspecto seguramente, há nos autos elementos e informações suficientes de modo a possibilitar ao julgador aplicar ao caso concreto o tratamento legal e assim decidir quanto à base de cálculo correta.

Além disso, considerando-se que a contenda gira em torno da base de cálculo da operação, é possível afirmar que, ainda que os aludidos quesitos fossem respondidos, não elide o Impugnante das obrigações impostas neste AI.

À evidência, o procedimento requerido não merece acolhida, razão pela qual se propõe o seu indeferimento, com suporte na prescrição contida no RPTA/MG (Dec. nº 44.747/08), art. 142, § 1º, alínea “a”.

Do Mérito

Conforme relatado, versa a autuação sobre recolhimento a menor do ICMS, no período de outubro de 2003 a junho de 2008, por ter o Autuado deixado de incluir na base de cálculo do ICMS, o valor correspondente à etapa de beneficiamento – industrialização - nas operações de vendas de madeira tratada (mourões de eucalipto).

Para operacionalizar o ilícito foram emitidas notas fiscais de prestação de serviços pela empresa Touro Serviços Rurais Ltda, CNPJ nº 05.905.710/0001-84, indevidamente tributadas pelo ISSQN, para dissimular que a prestação de serviço de beneficiamento, item 14.05 da lei complementar nº 116/03, se dava diretamente entre os adquirentes da mercadoria e a empresa de prestadora do serviço.

Ressalta-se, de início, que de acordo com o art. 3º do Estatuto Social do Autuado, “A sociedade tem por objeto social a exploração de produtos e subprodutos florestais, bem como a prestação de serviços de beneficiamento e comercialização de tais produtos, no mercado interno e externo;” (fls. 343/351). Com base nas informações constantes no SICAF o Contribuinte inscreveu-se neste Estado em agosto de 2003 e encontra-se em atividade.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Da análise do Estatuto Social do Autuado, (fls. 343/351), bem como do Contrato Social da suposta empresa prestadora dos serviços “Touro Serviços Rurais Ltda.” (fls. 360/363), verifica-se que ambos pertencem ao Grupo empresarial Asamar S/A, CNPJ nº 18.007.791/0001-29.

Ainda no que concerne à atividade econômica do grupo, importa trazer à colação informações extraídas do sítio www.mouraotouro.com.br, por meio das quais se constata que: “A industrialização e a comercialização de produtos de eucalipto é uma atividade exercida por duas empresas do Grupo Asamar: a Touro Serviços Rurais Ltda. e Nova Esperança S.A.” (destacou-se)

Consta ainda que: “O Grupo Asamar possui 21.000 ha. de terras no Norte de Minas Gerais e Vale do Jequitinhonha, onde realiza o plantio de Eucaliptos cloeziana com a finalidade de produção de madeira tratada, para atender as áreas de construção civil urbana e rural, construção de cercas, e postes para eletrificação.” (destacou-se)

Tais informações revelam que, de fato, há uma concentração das atividades desenvolvidas pelas duas empresas com a finalidade de produzir e comercializar madeira tratada de eucalipto.

Nesse contexto, depreende-se que a análise do lançamento passa pela definição sobre qual é na verdade, o produto comercializado pelo Autuado “Nova Esperança S.A.”, e qual seria a correta base de cálculo da operação.

O Autuado se defende argumentando que comercializa madeira *in natura* e que a imunização, ou tratamento químico da madeira, corresponde a prestação de serviço, e que essa atividade estaria alcançada pela tributação de competência do Município – ISSQN – e se dá diretamente entre a empresa prestadora do serviço e o destinatário da mercadoria.

O Fisco, por sua vez, demonstra que o Autuado vende madeira já tratada, sendo a industrialização realizada no próprio estabelecimento autuado cujo processo produtivo é dissimulado sob a forma de prestação de serviços, deixando assim de oferecer à tributação os valores cobrados dos destinatários e que compõem o preço final do produto.

Quanto à alegação da discricionariedade do ato do lançamento, em virtude da ausência de normas que defina “processo produtivo-econômico” é importante destacar: O processo produtivo é a combinação de fatores de produção que proporciona a obtenção de um dado produto final (processo produtivo. In Infopédia [em linha]. Porto: Porto Editora 2003-2008).

Com efeito, a madeira comercializada pelo Autuado foi imunizada, adquirindo propriedades diversas daquela em estado natural, sobretudo no que tange à conservação, à difícil sujeição a cupins, fungos e outros agentes de putrefação. A madeira recebe um aperfeiçoamento, uma qualidade a mais, mormente quanto à durabilidade.

O valor correspondente a essa imunização ou beneficiamento, enquanto etapa do processo produtivo do Autuado não poderia ter sido eliminada do preço final

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

da mercadoria e, por conseguinte, do campo de incidência do ICMS. No caso, o processo produtivo compreende a etapa na qual a madeira de eucalipto (*in natura*), é transformada em um novo produto, qual seja mourão de eucalipto imunizado.

Informações mais detalhadas sobre “Tratamento da Madeira” podem ser obtidas no endereço eletrônico mencionado acima, por meio de consulta à guia “PRODUÇÃO”, onde mostra as 06 (seis) etapas que compreendem o processo produtivo, no caso específico.

No RICMS/02, essa matéria encontra-se disciplinada assim:

Art. 222 - Para os efeitos de aplicação da legislação do imposto:

(...)

II - industrialização é qualquer operação que modifique a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade do produto ou o aperfeiçoe para o consumo, observado o disposto nos §§ 1º e 2º, tais como:

a - a que, exercida sobre matéria-prima ou produto intermediário, importe em obtenção de espécie nova (transformação);

b - a que importe em modificar, aperfeiçoar ou, de qualquer forma, alterar o funcionamento, a utilização, o acabamento ou a aparência do produto (beneficiamento);

c - a que consista na reunião de produtos, peças ou partes e da qual resulte um novo produto ou unidade autônoma (montagem);

Assim, no que tange à questão sobre qual é de fato o produto comercializado pelo Autuado, tomando-se como exemplo as notas fiscais nº 000065 e nº 000160 (fls. 227 e 229), vê-se que em tais documentos constam no campo “Natureza da Operação” a informação “Venda de Madeira Tratada”, além dos dados relativos ao CFOP 5.101 – “Venda de produção do estabelecimento”. Atente-se para o fato de que no campo “Descrição dos Produtos”, constou-se: “MOURÃO DE EUCALIPTO 07-10x2, 20 S/F C/CH” (fls.227), e não madeira *in natura* como quer o Impugnante.

Ressalta-se que nos demais documentos fiscais, objetos da autuação relacionados nas planilhas de fls. 09/223, o produto comercializado é o mesmo: “MOURÃO DE EUCALIPTO”, apresentando diferenças apenas no que diz respeito às especificações do produto (diversos tamanhos e diâmetro), sendo: 12-14x 2,50, 14-16x3,20, entre outras, conforme se vê na amostragem das notas fiscais (fls. 227/341).

Não obstante, constata-se que para cada nota fiscal de venda de mourão de eucalipto foi emitida uma nota fiscal de “*serviço de imunização em mourões*”, correspondente ao valor da industrialização, porquanto indevidamente tributada pelo imposto municipal.

Ora, ainda que se reconheça que a atividade econômica do Autuado esteja voltada para a produção de madeira de eucalipto, assim compreendida a atividade de plantação e cultivo de eucalipto cujo produto resultante dessa atividade é madeira de

eucalipto *in natura*, não há como negar que o produto comercializado e sobre o qual se questiona a base de cálculo, na verdade, se trata de “mourão de eucalipto” de diversas especificações.

Na realidade, o que se encontra demonstrado é que o estabelecimento autuado comercializa madeira tratada (mourões de eucalipto) e não há nos autos elementos que sustente a tese do Impugnante de que o serviço de imunização é realizado em mercadorias de terceiros. Também inexistente prova de que o beneficiamento foi realizado sob encomenda.

Portanto, resta evidenciado que a base de cálculo prevista na legislação, no caso vertente, não foi observada pelo Autuado, pois o valor da imunização ou tratamento da madeira realizada em etapa anterior à comercialização deve compor o valor da operação para efeito de cálculo do ICMS, uma vez caracterizada a atividade industrial na modalidade de beneficiamento.

Logo, se o produto comercializado pelo Autuado é “MOURÃO DE EUCALIPTO”, como de fato demonstrado está, é certa a afirmação de que no valor da operação devem estar compreendido todos os valores agregados na obtenção desse produto, devendo o montante representar a base de cálculo do imposto, sob pena de se permitir a prática de subfaturamento, como disposto no RICMS/02, abaixo:

Art. 43 – Ressalvado o disposto no artigo seguinte e em outras hipóteses previstas neste Regulamento e no Anexo IV, a base de cálculo do imposto é:

(...)

IV - na saída de mercadoria, a qualquer título, de estabelecimento de contribuinte, ainda que em transferência para outro estabelecimento do mesmo titular:

a - ressalvada a hipótese prevista na alínea seguinte, o valor da operação ou, na sua falta:

A alegação do Impugnante de que a atividade de beneficiamento é realizada pela empresa Touro Serviços Rurais Ltda e que se dá diretamente entre esta e o destinatário da mercadoria, não exime o Autuado do cumprimento da obrigação tributária que ora lhe é atribuída.

Quanto à contagem física questionada pelo Impugnante, tem-se que o Fisco diligenciou, *in loco*, em 13/10/08, portanto, antes da entrega do AI e anexou aos autos a contagem física efetuada (fls. 451/452). Ressalta-se que naquela oportunidade, todo o estoque de madeira existente (tratada e sem tratar) foi declarado como pertencente exclusivamente ao estabelecimento autuado.

Acrescenta-se que a Touro Serviços Rurais Ltda não possuía estoque em 13/10/08. Assim, não há explicação para o fato da Touro Serviços Rurais Ltda não possuir nenhum estoque de mercadorias em 13/10/08 e no mesmo dia emitir 9 (nove) notas fiscais de serviço (fls. 470/478) para acobertar a prestação do serviço de imunização de madeira que não existia em estoque.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Portanto, a ausência de estoques na Touro Serviços Rurais Ltda torna infundada a alegação do Autuado de que essa empresa sempre retirou a mercadoria já saída do seu estoque, tratou-a e guardou-a até a retirada pelo cliente.

De igual modo, as alegações do Autuado de que a Touro Serviços Rurais Ltda presta o serviço de imunização a pedido dos clientes (consumidores finais) não corresponde à realidade dos fatos. Se assim fosse, haveria de existir estoque de madeira entregues pelos clientes à essa empresa para imunização. No entanto, a contagem física de estoque demonstrou que a Touro Serviços Rurais Ltda não possuía estoque algum.

Tais fatos vêm apenas reforçar o entendimento de que o beneficiamento da madeira ocorre no próprio estabelecimento autuado. Para melhor elucidação, o Fisco utilizou o expediente de “circularização”, solicitando a confirmação externa, junto a alguns destinatários que transacionaram com o Autuado.

Todos os destinatários convidados pelo Fisco declararam que jamais contrataram qualquer serviço de tratamento de madeira. As declarações foram anexadas aos autos (fls. 453/459) e sumarizam a questão: a mercadoria comercializada pelo Autuado encontrava-se no pátio do estabelecimento, já tratada, para pronta-entrega ao cliente, se este assim o desejasse.

O que ocorreu, portanto, foi uma única operação de venda de madeira tratada, e como tal, deveria ter sido computado o beneficiamento da madeira, no valor do produto, para efeito de apuração da base de cálculo do ICMS.

Vale a pena repisar que, se os destinatários declararam que não contrataram nenhum tipo de serviço de tratamento da madeira, resta evidente que o pagamento ocorreu pelo valor total da mercadoria, configurando-se a prática delituosa do subfaturamento.

Depreende-se que a emissão das notas fiscais pela Touro Serviços Rurais serviu para dissimular a etapa da industrialização da madeira em prestação de serviço. Infere-se que os destinatários adquiriram madeira já tratada, muito embora tenham recebido documentos fiscais de natureza distinta para acobertar a transação comercial, sendo uma nota fiscal referente à mercadoria e a outra referente ao serviço de tratamento.

Com efeito, correto afigura-se o procedimento do Fisco em recompor a base de cálculo do imposto devido na operação, incluindo-se nela o valor do beneficiamento como demonstrado às fls. 68/223. Corretas, assim as exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada prevista na Lei nº 6.763/75, art. 55, inc. VII sobre a diferença apurada, conforme demonstrado às fls. 225.

Quanto aos contratos anexados pelo Autuado firmados com a Novo Nordisk Produção Farmacêutica do Brasil e Vallée S/A, referentes à venda de lenha, destaca-se que as referidas operações não fizeram parte do presente lançamento. Com relação às demais Notas Fiscais anexadas pelo Autuado, com exceção das notas emitidas em nome da Rima Industrial S/A, trata-se de venda de recorte de mourão de eucalipto que também não fazem parte da autuação.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, caracterizada a infringência à legislação tributária, estando corretamente demonstradas as exigências de ICMS, multa de revalidação e multa isolada, tendo sido o crédito tributário regularmente formalizado e não tendo o Impugnante apresentado nenhuma prova capaz de ilidir o feito fiscal, legítimo se torna o lançamento em exame.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do Auto de Infração. Também em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. No mérito, por maioria de votos, em julgar procedente o lançamento. Vencido, em parte, o Conselheiro Luiz Fernando Castro Trópia, que o julgava parcialmente procedente para excluir a Multa Isolada capitulada no inciso VII do art.55 da Lei nº 6763/75. Pelo Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Fernando José Dutra Martuscelli e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Antônio Carlos Diniz Murta. Participou do julgamento, além dos signatários e do Conselheiro vencido, o Conselheiro Sauro Henrique de Almeida (Revisor).

Sala das Sessões, 06 de outubro de 2009.

Roberto Nogueira Lima
Presidente

René de Oliveira e Sousa Júnior
Relator

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.279/09/3ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000159151-99
Impugnação: 40.010123891-53
Impugnante: Nova Esperança S/A
IE: 433241835.00-57
Proc. S. Passivo: Fernando José Dutra Martuscelli/Outro(s)
Origem: DF/Montes Claros

Voto proferido pelo Conselheiro Luiz Fernando Castro Trópia, nos termos do art 43 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

A autuação versa sobre recolhimento a menor do ICMS, no período de outubro de 2003 a junho de 2008, por ter o Autuado deixado de incluir na base de cálculo do ICMS a etapa de beneficiamento – industrialização – nas operações de vendas de madeira tratada.

Para operacionalizar o ilícito, a empresa Touro Serviços Rurais Ltda emitiu notas fiscais de prestação de serviços, indevidamente tributadas pelo ISSQN, para dissimular que a prestação de serviço de beneficiamento, item 14.05 da Lei Complementar nº 116/03, se dava diretamente entre os adquirentes da mercadoria e a empresa de prestadora do serviço.

Exige-se ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada prevista na Lei nº 6.763/75, art. 55, inc. VII.

A certeza do crédito tributário constante do presente trabalho se mostra correta, a não ser, *data venia*, pela aplicação da penalidade isolada capitulada no art. 55, VII da Lei nº 6763/75.

Referida cobrança não deve prevalecer, pois, não obstante a aparente situação de que a Autuada teria adotado base de cálculo menor que a prevista, a situação, para casos tais, é de cunho complexo e este Julgador entende pela sua inaplicabilidade.

Com estas considerações, julgo parcialmente procedente o lançamento para

excluir a penalidade isolada capitulada no art. 55, VII da Lei nº 6763/75.

Sala das Sessões, 06 de outubro de 2009.

Luiz Fernando Castro Trópia
Conselheiro

CC/MIG