

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 4.110/13/CE Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000165042-22
Recurso de Revisão: 40.060134315-73, 40.060134204-31
Recorrente: 3ª Câmara de Julgamento
Rossetti Equipamentos Rodoviários Ltda
IE: 067671791.00-29
Recorrida: Rossetti Equipamentos Rodoviários Ltda, Fazenda Pública Estadual
Proc. S. Passivo: Jésus Natalício de Souza/Outro(s)
Origem: DF/Betim

EMENTA

BASE DE CÁLCULO - SUBFATURAMENTO - VALOR INFERIOR AO EFETIVO - ARBITRAMENTO. Imputação fiscal de venda de mercadorias acobertadas por notas fiscais consignando base de cálculo inferior à ocorrida na realidade, acarretando, após arbitramento, as exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso VII, todos da Lei nº 6.763/75. Entretanto, os elementos apresentados como prova não foram suficientes para demonstrar com clareza o ilícito tributário. Exigências canceladas. Reformada a decisão recorrida.

ICMS – FALTA DE RECOLHIMENTO - LOCAL DA OPERAÇÃO/VENDA DIRETA A CONSUMIDOR FINAL. Constatada venda de mercadoria a consumidor final, realizada pela Autuada, estabelecida em Minas Gerais, sendo a mercadoria remetida diretamente ao comprador por estabelecimento da mesma empresa, situado em outra Unidade da Federação. Considera-se, no caso, saída da mercadoria do estabelecimento mineiro, conforme disposto no inciso VI do § 2º do art. 6º da Lei nº 6.763/75. Exigências de ICMS e Multa de Revalidação prevista no inciso II do art. 56 da Lei nº 6.763/75. Entretanto, a exigência do ICMS deve se limitar ao percentual de 6% (seis por cento) sobre a base de cálculo constante no Anexo III. Mantida a decisão recorrida.

Recurso de Revisão nº 40.060134204-31 - Rossetti Equipamentos Rodoviários Ltda conhecido à unanimidade e parcialmente provido por maioria de votos. Recurso de Revisão nº 40.060134315-73 - 3ª Câmara de Julgamento conhecido à unanimidade e não provido por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre recolhimento a menor do ICMS, no período de janeiro de 2005 a dezembro de 2006, decorrente das seguintes irregularidades:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

1) consignação em documento fiscal de base de cálculo inferior à real para produtos com as mesmas especificações, acarretando, após arbitramento, as exigências de ICMS, Multa de Revalidação prevista no inciso II do art. 56 e Multa Isolada prevista no inciso VII do art. 55, todos da Lei nº 6.763/75;

2) saída de mercadorias desacobertadas de documento fiscal por terem sido emitidos documentos fiscais por estabelecimento localizado em outra Unidade da Federação, acarretando as exigências de ICMS e Multa de Revalidação prevista no inciso II do art. 56 da Lei nº 6.763/75.

A decisão consubstanciada no Acórdão nº 20.919/13/3ª, pelo voto de qualidade, julgou parcialmente procedente o lançamento para restringir as exigências constantes no Anexo III (fl. 69), referentes ao item 2 do Auto de Infração, ao percentual de 6% (seis por cento) sobre a base de cálculo do ICMS.

Inconformada, a Recorrente/Autuada interpõe, tempestivamente, por intermédio de procurador regularmente constituído, o Recurso de Revisão de fls. 4.783/4.793, requerendo, ao final, que lhe seja dado provimento.

Tendo em vista que a decisão recorrida deu-se pelo voto de qualidade e é desfavorável, em parte, à Fazenda Pública Estadual, fez-se necessário, também, o reexame da matéria pela Câmara Especial de Julgamento, nos termos do disposto no § 2º do art. 163 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA.

Em sessão realizada em 02/08/13, presidida pela Conselheira Maria de Lourdes Medeiros, acorda a Câmara Especial do CC/MG, em preliminar, à unanimidade em conhecer dos recursos de revisão. Também em preliminar, à unanimidade, nos termos da Portaria nº 04/01, em deferir o pedido de vista do processo formulado pelo Conselheiro Fernando Luiz Saldanha, marcando-se a continuação do julgamento para o dia 09/08/13.

Na oportunidade, são proferidos os votos dos Conselheiros, a saber: quanto ao Recurso nº 40.060134204-31 – Rossetti Equipamentos Rodoviários Ltda, os Conselheiros André Barros de Moura (Relator), Luciana Mundim de Mattos Paixão e Antônio César Ribeiro, que lhe davam provimento parcial para excluir as exigências do item 1 do Auto de Infração, nos termos do voto vencido de fls. 4.763/4/774, e José Luiz Drumond, que lhe negava provimento, e, quanto ao Recurso nº 40.060134315-73 – 3ª Câmara de Julgamento, os Conselheiros André Barros de Moura (Relator), Luciana Mundim de Mattos Paixão e Antônio César Ribeiro, que lhe negavam provimento, e José Luiz Drumond, que lhe dava provimento parcial para restabelecer a Multa Isolada do art. 55, inciso VII da Lei nº 6.763/75, ao percentual de 40% (quarenta por cento) em relação ao item 1 do Auto de Infração. Pela Recorrente/Autuada, sustentou oralmente o Dr. Jésus Natalício de Souza e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Célio Lopes Kalume.

DECISÃO

Da Preliminar

Superada, de plano, as condições de admissibilidade capituladas no art. 163, I e § 2º do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, uma vez que a decisão recorrida, parcialmente desfavorável tanto à empresa autuada quanto à Fazenda Pública Estadual, foi tomada pelo voto de qualidade, revelam-se cabíveis ambos os Recursos de Revisão.

Do Mérito

Inicialmente, cumpre registrar que, em relação ao item 2 do Auto de Infração, os fundamentos expostos no acórdão recorrido foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e, por essa razão, passam a compor o presente acórdão, salvo pequenas alterações.

Conforme já relatado, o presente lançamento refere-se às seguintes imputações fiscais:

1) consignação em documento fiscal, nos exercícios de 2005 e 2006, de base de cálculo inferior à real para produtos com as mesmas especificações. Exigências de ICMS e Multas de Revalidação e Isolada previstas na Lei nº 6.763/75, respectivamente, no inciso II do art. 56 e no inciso VII do art. 55;

2) saída de mercadorias desacobertas de documento fiscal por terem sido emitidos documentos fiscais por estabelecimento localizado em outra Unidade da Federação. Exigências de ICMS e Multa de Revalidação prevista no inciso II do art. 56 da Lei nº 6.763/75.

Cuida o primeiro item de acusação fiscal de consignação em documento fiscal, nos exercícios de 2005 e 2006, de base de cálculo inferior à real para produtos com as mesmas especificações.

A imputação encontra-se explicitada no relatório do Auto de Infração às fls. 12/15, sendo que as planilhas referentes à irregularidade encontram-se dispostas nos Anexos I e II (fls. 17/68).

O Fisco apresenta planilha, às fls. 70/156, para fundamentar os parâmetros utilizados no arbitramento dos valores.

Para respaldar este lançamento, o Fisco junta aos autos uma série de documentos:

- cópias de documentos relativos à apuração do imposto informada pela Contribuinte (fls. 157/159);
- cópia do relatório fiscal do PTA nº 01.000164242-96 (fls. 161/62);
- consulta de autuações do Sujeito Passivo (fl. 163);
- planilhas desenvolvidas pelo Fisco relacionadas à conta “adiantamento de clientes” (fls. 172/187);
- cópias do livro Razão Analítico da Autuada (fls. 188/261);
- cópias do livro Registro de Apuração do ICMS da Autuada (fls. 262/338);
- cópias do livro Registro de Saídas (fls. 339/457);

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- cópias de documentos fiscais (fls. 458/2.710);
- cópias de documentos apresentados pelos destinatários das operações, objeto do lançamento, em razão de intimações realizadas pelo Fisco para confirmação dos valores dessas operações (fls. 2.711/3.630).

Contudo, em que pese essa série de documentos juntados, a acusação fiscal ora sob comento, conforme Anexos I e II (fls. 17/68), é de subfaturamento, com exigência de diferença de imposto e multas correspondentes, tendo como suporte arbitramento realizado por intermédio de parâmetros definidos pelo Fisco na planilha de fls. 70/156, considerando-se a imputação fiscal de emissão de documentos fiscais com valores distintos para produtos idênticos.

Dessa forma, essa gama de documentos apresentados, ainda que possa ter alguma relação com a acusação fiscal, não foi utilizada pelo Fisco para compor o crédito tributário relativo à irregularidade.

Importa ressaltar que esses documentos servem até mesmo para desqualificar alguns itens da irregularidade em questão, em razão de divergência entre as informações prestadas pelos destinatários das mercadorias, quanto ao pagamento das operações, e o arbitramento levado a efeito pelo Fisco.

Cumpre ressaltar que essa acusação fiscal é a mesma constante dos PTA nºs 01.000159862-15 e 01.000163746-04, analisado pela Câmara de Julgamento, que concluiu pela improcedência da imputação fiscal.

Veja-se as ementas dos acórdãos que resultaram dessas decisões:

ACÓRDÃO: 19.426/11/2ª RITO: ORDINÁRIO

PTA/AI: 01.000159862-15

IMPUGNAÇÃO: 40.010124186-92

IMPUGNANTE: ROSSETTI EQUIPAMENTOS RODOVIÁRIOS LTDA

IE: 067671791.00-29

COBRIGADO: ARLINDO JOSÉ ROSSETTI

CPF: 221.538.708-44

PROC. S. PASSIVO: JÉSUS NATALÍCIO DE SOUZA/OUTRO(S)

ORIGEM: DF/BETIM

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – SUJEITO PASSIVO - COBRIGADO - EXCLUSÃO. EXCLUSÃO DO COBRIGADO DO POLO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA PROCEDIDA PELO PRÓPRIO FISCO FACE À INEXISTÊNCIA DE MOTIVAÇÃO PARA SUA MANUTENÇÃO.

BASE DE CÁLCULO - SUBFATURAMENTO - VALOR INFERIOR AO VALOR EFETIVO - ARBITRAMENTO. IMPUTAÇÃO FISCAL DE VENDA DE MERCADORIAS ACOBERTADAS POR NOTAS FISCAIS CONSIGNANDO BASE DE CÁLCULO INFERIOR À OCORRIDA NA REALIDADE, ACARRETANDO AS EXIGÊNCIAS DE

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ICMS, MULTA DE REVALIDAÇÃO PREVISTA NO INCISO II DO ART. 56 E MULTA ISOLADA PREVISTA NO INCISO VII DO ART. 55, AMBOS DA LEI Nº 6.763/75. ENTRETANTO, OS ELEMENTOS APRESENTADOS COMO PROVA NÃO FORAM SUFICIENTES PARA DEMONSTRAR COM CLAREZA O ILÍCITO TRIBUTÁRIO. LANÇAMENTO IMPROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

ACÓRDÃO: 19.393/11/2ª RITO: ORDINÁRIO

PTA/AI: 01.000163746-04

IMPUGNAÇÃO: 40.010126654-44

IMPUGNANTE: ROSSETTI EQUIPAMENTOS RODOVIÁRIOS LTDA

IE: 067671791.00-29

PROC. S. PASSIVO: JÉSUS NATALÍCIO DE SOUZA/OUTRO(S)

ORIGEM: DF/BETIM

EMENTA

BASE DE CÁLCULO - SUBFATURAMENTO - VALOR INFERIOR AO VALOR EFETIVO - ARBITRAMENTO. IMPUTAÇÃO FISCAL DE VENDA DE MERCADORIAS ACOBERTADAS POR NOTAS FISCAIS CONSIGNANDO BASE DE CÁLCULO INFERIOR À OCORRIDA NA REALIDADE, ACARRETANDO, APÓS ARBITRAMENTO, AS EXIGÊNCIAS DE ICMS, MULTA DE REVALIDAÇÃO PREVISTA NO INCISO II DO ART. 56 E MULTA ISOLADA PREVISTA NO INCISO VII DO ART. 55, AMBOS DA LEI Nº 6.763/75. ENTRETANTO, NÃO RESTOU COMPROVADO O SUBFATURAMENTO. INFRAÇÃO NÃO CARACTERIZADA.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA - ICMS/ISSQN - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. IMPUTAÇÃO FISCAL DE EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO EM OPERAÇÕES SUJEITAS AO ICMS, ACARRETANDO AS EXIGÊNCIAS DE ICMS, MULTA DE REVALIDAÇÃO PREVISTA NO INCISO II DO ART. 56 DA LEI Nº 6.763/75 E MULTA ISOLADA PREVISTA NO INCISO VII DO ART. 55 DO CITADO DIPLOMA LEGAL. ENTRETANTO, EXCLUI-SE AS NOTAS FISCAIS EM QUE NÃO HÁ PROVAS DE ESTAREM RELACIONADAS COM VENDAS DE MERCADORIAS. INFRAÇÃO EM PARTE CARACTERIZADA. LANÇAMENTO PARCIALMENTE PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

Como pode ser visto das transcrições acima, naquelas oportunidades fez-se análise pontual da planilha apresentada pelo Fisco, concluindo que o Fisco não conseguiu comprovar sonegação fiscal a partir da planilha apresentada, na mesma linha do Anexo I e II destes autos, visto que a alegada identidade das mercadorias não se apresentava da forma imputada quando se fazia o confronto entre os documentos fiscais relacionados, salvo algumas raras exceções.

No caso em tela, considerando-se o histórico do mesmo lançamento já levado a efeito pelo Fisco, far-se-á, por amostragem, análise da planilha de subfaturamento apresentada pelo Fisco.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Importante ressaltar que, ao se analisar a planilha de parâmetros apresentada pelo Fisco (fls. 70/156), ela aponta parâmetros para cada codificação de produto.

Contudo, observa-se que existem, em relação a vários produtos, diversas notas fiscais apontadas como parâmetros, apresentando preços extremamente diferentes, que variam de uma a três vezes o valor do menor parâmetro.

Essa constatação, por si só, fragiliza o lançamento na medida em que reconhece que, na realidade, para um mesmo produto, existem valores diferentes de venda, dependendo das diferenças de especificações, forma de pagamento, prazo, entre outros dados.

Nesse sentido, quando o Fisco toma uma nota fiscal de mesma codificação com valor de operação superior, exigindo a diferença de ICMS, existe, também, nota fiscal de mesma especificação com valor de operação inferior.

Veja-se, por exemplo, a Nota Fiscal nº 039034 (relacionada à fl. 42, cópia à fl. 1.517), no valor de R\$ 12.000,00 (doze mil reais), referente ao produto nº 01.206.0002.

Verifica-se que o Fisco arbitra o citado produto no valor de R\$ 24.800,00 (vinte e quatro mil e oitocentos reais). Observando-se a planilha de parâmetros para o produto, à fl. 112, constata-se a indicação da Nota Fiscal nº 040660 (fl. 1.834) como parâmetro.

Contudo, conclui-se que não procede a imputação fiscal tendo em vista a divergência de especificação entre os produtos constantes dos documentos fiscais.

Mesma situação vale para a Nota Fiscal nº 039481 (relacionada à fl. 44, cópia à fl. 1.598), no valor de R\$ 62.200,00 (sessenta e dois mil e duzentos reais), referente ao produto nº 11.225.0005.

Verifica-se que o Fisco arbitra o citado produto no valor de R\$ 77.260,00 (setenta e sete mil, duzentos e sessenta reais), apontando como parâmetro, à fl. 140, a Nota Fiscal nº 041084 (fl. 1.880).

Contudo, não procede a imputação fiscal tendo em vista a divergência de especificação entre os produtos constantes dos documentos fiscais.

Mesma situação para a Nota Fiscal nº 037154 (relacionada à fl. 35, cópia à fl. 1.232), no valor de R\$ 9.234,00 (nove mil, duzentos e trinta e quatro reais), referente ao produto nº 85.083.0018, que o Fisco arbitra no valor de R\$ 11.428,58 (onze mil, quatrocentos e vinte e oito reais e cinquenta e oito centavos); verificando-se a planilha de parâmetros para o produto, à fl. 103, o Fisco indica como parâmetro a Nota Fiscal nº 034424 (fl. 849).

Contudo, não procede a imputação fiscal tendo em vista a divergência de especificação entre os produtos constantes dos documentos fiscais.

Mesma situação vale para a Nota Fiscal nº 033263 (relacionada à fl. 22, cópia à fl. 671), emitida em 06 de abril de 2005, no valor de R\$ 58.000,00 (cinquenta e oito mil reais), referente ao produto nº 01.518.0000, que o Fisco arbitra no valor de R\$ 73.000,00 (setenta e três mil reais). Verificando-se a planilha de parâmetros (fl. 89),

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

encontra-se indicada a Nota Fiscal nº 037899 (fl. 1.362), emitida em 09 de dezembro de 2005, que a despeito de retratar uma operação realizada oito meses após a primeira, difere também nas condições de pagamento.

Importante observar que, na operação considerada pelo Fisco como subfaturada, existe contrato de alienação fiduciária em favor do Banco Volkswagen Ltda.

Mesma análise vale para os seguintes documentos fiscais:

- Nota Fiscal nº 032500 (relacionada à fl. 19, cópia à fl. 577), no valor de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), referente ao produto nº 11.425.0000, que o Fisco arbitra no valor de R\$ 73.500,00 (setenta e três mil e quinhentos reais); verificando-se a planilha de parâmetros para o produto, à fl. 95, constata-se a indicação como parâmetro da Nota Fiscal nº 036988 (fl. 1.216), que não se presta para tal, tendo em vista divergência de especificação entre os produtos e lapso temporal entre as operações;

- Nota Fiscal nº 033650 (relacionada à fl. 23, cópia à fl. 725), no valor de R\$ 33.000,00, referente ao produto nº 01.314.0000, que o Fisco arbitra no valor de R\$ 36.500,00 (trinta e seis mil e quinhentos reais). Verificando-se a planilha de parâmetros para o produto, à fl. 83, constata-se a indicação como parâmetro da Nota Fiscal nº 036334 (fl. 1.131), que não se presta para tal, tendo em vista divergência de especificação entre os produtos e lapso temporal entre as operações;

- Nota Fiscal nº 036330 (cópia à fl. 1.129), no valor de R\$ 9.500,00 (nove mil e quinhentos reais), na realidade, deveria ser R\$ 9.975,00 (nove mil, novecentos e setenta e cinco reais), referente ao produto nº 85.083.0015, que o Fisco arbitra no valor de R\$ 16.057,15 (dezesseis mil e cinquenta e sete reais e quinze centavos). Verificando-se a planilha de parâmetros para o produto, à fl. 102, constata-se a indicação como parâmetro da Nota Fiscal nº 034950 (fl. 910), que não se presta para tal, tendo em vista divergência de especificação entre os produtos;

- Nota Fiscal nº 038996 (relacionada à fl. 42, cópia à fl. 1.504), no valor de R\$ 32.000,01 (trinta e dois mil reais e um centavo), referente ao produto nº 01.314.0000, que o Fisco arbitra no valor de R\$ 42.000,00 (quarenta e dois mil reais). Verificando-se a planilha de parâmetros para o produto, à fl. 84, constata-se a indicação como parâmetro da Nota Fiscal nº 033749 (fl. 745), que não se presta para tal, tendo em vista divergência de especificação entre os produtos;

- Nota Fiscal nº 039307 (relacionada à fl. 43, cópia à fl. 1.572), no valor de R\$ 17.600,00 (dezessete mil e seiscentos reais), referente ao produto nº 01.210.0000, que o Fisco arbitra no valor de R\$ 26.000,00 (vinte e seis mil reais). Verificando-se a planilha de parâmetros para o produto, à fl. 116, constata-se a indicação como parâmetro da Nota Fiscal nº 038472 (fl. 1.442), que não se presta para tal, tendo em vista divergência de especificação entre os produtos; consta informação no documento fiscal considerado subfaturado de alienação fiduciária junto à empresa Minasmáquinas Adm. Consórcios Ltda.

Portanto, esses são exemplos de que o lançamento não comprova o subfaturamento da forma como preconizado.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Reiterando, na planilha de parâmetros, para diversos produtos, existe mais de um parâmetro com a mesma especificação, com preços variados. Qual seria então o critério do Fisco para exigir a diferença em relação ao maior valor encontrado?

Analisando-se, por amostragem, os documentos juntados pelo Fisco (fls. 2.711/3.630), referentes a respostas de destinatários às intimações realizadas pelo Fisco acerca do pagamento das operações realizadas com a ora Recorrente/Autuada, constata-se, como já abordado, algumas divergências com a acusação fiscal ora sob análise.

A empresa Transportadora Pitangui Ltda informa (fl. 2.901) como foram realizados os pagamentos das operações e os lançamentos no livro Diário, referentes às Notas Fiscais nºs 032743, 033726 e 034204 (fls. 2.899/2.922).

Não obstante as informações trazidas pela destinatária dos equipamentos, o Fisco exige, ainda, diferença a tributar de R\$ 19.500,00 (dezenove mil e quinhentos reais), em relação à Nota Fiscal nº 032743 (fl. 20), e de R\$ 13.200,00 (treze mil e duzentos reais), em relação à Nota Fiscal nº 034204 (fl. 25).

Interessante notar que o produto constante das Notas Fiscais nºs 032743 e 033726 é o mesmo, de código nº 11.425.0001. Na primeira nota fiscal, o Fisco arbitra a operação em R\$ 93.000,00 (noventa e três mil reais), sendo que, na segunda, aceita o valor.

Conclui-se, pois, após a verificação dos documentos apresentados pelo destinatário, bem como pela incoerência no procedimento fiscal, que não procedem as exigências fiscais relacionadas.

No caso da destinatária Skava-Minas Mineração, Construções e Transportes Ltda, ela apresenta informação detalhada quanto aos produtos adquiridos junto à Autuada, apresentando os documentos relativos às operações (fls. 2.948/3.002).

O Fisco, por sua vez, promoveu lançamento relacionado a algumas das notas fiscais relativas às operações com a citada empresa.

Não fica claro, dessa forma, o motivo da concordância com a veracidade dos valores de algumas das operações e não de outras.

Nesse sentido, percebe-se, pois, também incoerência entre as informações prestadas pela empresa “Skava-Minas” e o arbitramento levado a efeito pelo Fisco.

No caso da destinatária Cesenge Engenharia Ltda, são apresentados vários documentos relativos às operações (fls. 3.037/3.115), dentre eles contratos com bancos, referentes ao Programa Finame (financiamento, por intermédio de instituições financeiras credenciadas, para produção e aquisição de máquinas e equipamentos novos, de fabricação nacional, credenciados no BNDES), em que são destacados os valores constantes dos documentos fiscais.

Ainda assim, esses documentos fiscais são objeto da imputação de subfaturamento, com arbitramento de valores.

Portanto, analisando todos os documentos apresentados pelas destinatárias das mercadorias, ressalta-se que parte das operações, em razão dos documentos

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

apresentados, sequer foi objeto de autuação, tendo o Fisco reconhecido a legitimidade dessas informações dos destinatários.

Entretanto, em grande parte, ainda que houvesse informações das destinatárias confirmando as operações nos valores destacados nos documentos fiscais, ainda assim, o Fisco promoveu o lançamento de diferenças conforme o arbitramento realizado.

Diante de toda a análise acima acerca da acusação fiscal de subfaturamento e concomitante análise do arbitramento levado a efeito pelo Fisco, conclui-se que não procede a acusação fiscal da forma que foi imputada.

O arbitramento da forma desenvolvida pelo Fisco não logrou êxito em seu intento, tendo em vista a divergência entre a especificação dos produtos constantes dos documentos fiscais envolvidos.

O restante dos documentos juntados cuida de confirmações de pagamentos dos valores constantes dos documentos fiscais, pelos destinatários, sem qualquer contestação por parte do Fisco, em contraposição ao lançamento relativo ao subfaturamento dos valores.

Assim, cancela-se as exigências relativas ao item 1 do Auto de Infração reformulando a decisão anterior.

No que concerne à acusação de emissão de documento fiscal por estabelecimento de mesma titularidade localizado em outra Unidade da Federação, relativamente a operações realizadas pela Autuada, acarretou-se as exigências de ICMS e Multa de Revalidação prevista no inciso II do art. 56 da Lei nº 6.763/75.

O relatório analítico sobre essa irregularidade encontra-se disposto à fl. 15 dos autos, sendo que a demonstração das exigências encontra-se no Anexo III (fl. 69).

De acordo com as declarações dos destinatários das operações, objeto desse item do lançamento, elas foram realizadas junto à Contribuinte mineira, ora Recorrente, com exceção de uma.

A VMC – LOCAÇÃO DE VEÍCULOS DE CARGA LTDA declara, às fls. 3.455/3.456, que realizou as negociações de compra das mercadorias constantes das Notas Fiscais nº 016265, 018835, 019252 e 019253 junto à Autuada em Betim-MG.

Contudo, em relação à Nota Fiscal nº 015833, a “VMC” declara que adquiriu o bem junto à empresa “Rossetti”, sem, entretanto, precisar em qual estabelecimento (vide fl. 3.487).

A empresa BELOSANTA TRANSPORTES E SERVIÇOS LTDA declara, à fl. 3.583, que as mercadorias constantes das Notas Fiscais nºs 017232, 017233, 017667 e 017668 foram compradas e retiradas no estabelecimento da ora Autuada em Betim-MG.

Por sua vez, a empresa TRANSPORTES NOVA ERA LTDA declara, à fl. 3.625, que negociou e retirou no estabelecimento da Autuada, em Betim-MG, as mercadorias constantes das Notas Fiscais nºs 016136, 016137 e 016600.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

É fato, pois, que todas as operações, com exceção de uma, entendendo-se por operações todas as negociações mercantis realizadas com os consumidores finais, foram promovidas pelo estabelecimento da ora Autuada, situado em Betim, Minas Gerais, ou seja, o estabelecimento mineiro é que procedeu à venda das mercadorias para os consumidores estabelecidos em Minas Gerais.

Na impugnação interposta, a Autuada não questiona tal caracterização, não obstante sustentar que as mercadorias teriam sido produzidas no Estado de São Paulo.

Destaca-se que, nessas situações fáticas que ensejaram o lançamento desse item do Auto de Infração, existe um mecanismo legal no que se refere à ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, de proteção às unidades federadas contra a indevida distribuição da receita do ICMS.

Para entender melhor tal afirmação, necessário se faz uma análise mais detida da legislação pertinente.

A Constituição da República delega à lei complementar a competência para fixar, para efeito de cobrança do ICMS e definição do estabelecimento responsável, o local das operações relativas à circulação de mercadorias:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

(...)

§ 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

(...)

XII - cabe à lei complementar:

(...)

d) fixar, para efeito de sua cobrança e definição do estabelecimento responsável, o local das operações relativas à circulação de mercadorias e das prestações de serviços;

Nesse sentido, a Lei Complementar nº 87/96 assim define:

Art. 11. O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é:

I - tratando-se de mercadoria ou bem:

a) o do estabelecimento onde se encontra, no momento da ocorrência do fato gerador;

Por sua vez, a lei ordinária mineira que disciplina o ICMS estabelece:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Lei nº 6.763/75

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

(...)

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

(...)

Verifica-se, pois, que o inciso VI do art. 6º da Lei nº 6.763/75 define que ocorre fato gerador do imposto na saída de mercadoria, a qualquer título, de estabelecimento de contribuinte.

O § 1º do citado artigo prevê a equiparação da saída supra com a transmissão da propriedade da mercadoria ou bem, ou de título que os represente, quando estes não transitarem pelo estabelecimento do transmitente:

§ 1º - Equipara-se à saída a transmissão da propriedade da mercadoria ou bem, ou de título que os represente, quando estes não transitam pelo estabelecimento do transmitente.

Nessa mesma linha, previu o § 2º, inciso VI do mesmo artigo, que, nos casos alcançados pela autuação em questão, considera-se que a mercadoria tenha saído do estabelecimento mineiro, no intuito de caracterizar a ocorrência de outro fator gerador referente à operação sob análise:

§ 2º - Para efeito desta lei, considera-se:

(...)

VI - saída do estabelecimento situado em território mineiro a mercadoria vendida a consumidor final e remetida diretamente para o comprador por estabelecimento do mesmo contribuinte localizado fora do Estado;

A conclusão da caracterização mencionada está alicerçada a partir da interpretação teleológica e lógico-sistemática do art. 6º citado. Entende-se que o parágrafo deva ter pertinência com a previsão do artigo, o qual trata objetivamente das situações em que ocorre o fato gerador da obrigação tributária do imposto.

Nesse sentido, a lei ordinária estadual respeita o fato gerador ocorrido no estabelecimento remetente da mercadoria, mas reserva, por ficção jurídica, outro fato gerador do imposto na situação em foco, qual seja, quando existe o negócio jurídico de venda no estabelecimento mineiro, sendo a mercadoria encaminhada diretamente para o comprador por estabelecimento do mesmo titular situado em outra Unidade da Federação.

Percebe-se que a lei ordinária estadual está em perfeita consonância com as previsões das legislações hierarquicamente superiores.

A Lei Complementar nº 87/96 prevê a responsabilidade do estabelecimento transmissor pelo pagamento do imposto, ainda que a mercadoria vendida não transite por ele:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 11 - O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável é:

I - tratando-se de mercadoria ou bem:

(...)

c) o do estabelecimento que transfira a propriedade, ou o título que a represente, de mercadoria por ele adquirida no País e que por ele não tenha transitado;

Prevê, ainda, a Lei Complementar nº 87/96, a ocorrência do fato gerador do imposto na situação supra:

Art. 12 - Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

(...)

IV - da transmissão de propriedade de mercadoria, ou de título que a represente, quando a mercadoria não tiver transitado pelo estabelecimento transmitente;

Verifica-se, pois, a coerência lógica da legislação do imposto. É justamente o caso em tela.

Corroborada está, pois, a responsabilidade do estabelecimento mineiro pelo pagamento do imposto na saída, ainda que simbólica, da mercadoria do estabelecimento.

Se a lei assim não dispusesse, estar-se-ia ferindo a previsão constitucional relativamente à distribuição da receita do ICMS nas operações interestaduais.

A Constituição da República prevê, nas operações que destinem mercadorias a consumidor final, localizado em outro Estado, a adoção da alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto e a adoção da alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte do imposto:

Art. 155 - Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

(...)

§ 2º - O imposto previsto no inciso II, atenderá ao seguinte:

(...)

VII - em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

a) a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto;

b) a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte dele;

Subentende-se, *in casu*, que, como o negócio mercantil foi realizado pelo estabelecimento mineiro, dever-se-ia ocorrer operação interestadual entre os estabelecimentos da empresa.

Evidencia-se, nesse momento, a necessidade de definir-se qual imposto é devido ao Estado de Minas Gerais nas operações sob análise.

Tratando-se de ficção jurídica legal, deve-se entender que, ao se exigir na situação em foco o ICMS para o Estado de Minas Gerais, não pode o Fisco abster-se de “compensar” o ICMS que seria da operação interestadual, encaminhando a mercadoria para o estabelecimento mineiro.

Nesse sentido, de forma genérica, se houver a comprovação de que o fato gerador da operação ocorreu, conforme o inciso VI do § 2º do art. 6º da Lei nº 6.763/75, ou seja, o negócio jurídico ocorreu no estabelecimento mineiro, o Fisco de Minas Gerais tem o direito/dever de exigir o tributo para o Estado, mas concedendo à operação a respectiva compensação pela ficção jurídica, também, da operação própria do estabelecimento.

Considerando-se que o negócio jurídico, ou seja, a efetivação da venda foi realizada pelo estabelecimento mineiro, evidenciando-se a caracterização de sua responsabilidade pelo pagamento do imposto, não obstante a nota fiscal ter sido emitida pelo estabelecimento da empresa situado em outro Estado, diretamente para o consumidor final, reservou a legislação (somando-se a previsão constitucional à disposição das leis acima transcritas), para o Estado onde se situa o comprador, a parcela do imposto referente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, levando-se em consideração a lógica do princípio da não cumulatividade do imposto.

Dessa forma, como o Fisco exige no Auto de Infração, em comento, o imposto à alíquota de 18% (dezoito por cento), prevista para os produtos em questão, por todo o entendimento acima desenvolvido, percebe-se a necessidade de se abater o imposto da "operação interestadual", ainda que não formalizada, à alíquota de 12% (doze por cento), para que não haja um locupletamento ilícito por parte do Estado, considerando-se que não há outra forma fiscal de apropriação do imposto referente à citada operação interestadual e considerando-se, ainda, tratar-se de uma ficção jurídica a previsão da legislação que respalda o lançamento.

Diante do exposto, para esse item do lançamento deve a exigência do ICMS se limitar ao percentual de 6% (seis por cento) sobre a base de cálculo constante no Anexo III, mantendo a decisão anterior.

Em razão da aplicação da Portaria nº 04, de 16/02/01, deu-se prosseguimento ao julgamento anterior realizado em 02/08/13. ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em conhecer dos Recursos de Revisão. No mérito, quanto ao Recurso nº 40.060134204-31 - Rossetti Equipamentos Rodoviários Ltda, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso para

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

excluir as exigências do item 1 do Auto de Infração. Vencido o Conselheiro José Luiz Drumond, que lhe negava provimento, nos termos do acórdão recorrido. Quanto ao Recurso nº 40.060134315-73 - 3ª Câmara de Julgamento, por maioria de votos, em negar-lhe provimento. Vencidos, em parte, os Conselheiros Fernando Luiz Saldanha e Maria de Lourdes Medeiros (Revisora), que lhe davam provimento parcial para restabelecer a exigência relativa ao item 2 do Auto de Infração, nos termos do voto vencido do Conselheiro René de Oliveira e Sousa Júnior. Vencido, também, em parte, o Conselheiro José Luiz Drumond, que lhe dava provimento parcial para restabelecer a Multa Isolada do art. 55, inciso VII, da Lei nº 6.763/75, ao percentual de 40% (quarenta por cento) em relação ao item 1 do Auto de Infração. Assistiu ao julgamento o Dr. Jésus Natalício de Souza. Participaram do julgamento, além dos signatários e dos Conselheiros vencidos, os Conselheiros Antônio César Ribeiro e Luciana Mundim de Mattos Paixão.

Sala das Sessões, 09 de agosto de 2013.

**Maria de Lourdes Medeiros
Presidente / Revisora**

**André Barros de Moura
Relator**

R

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 4.110/13/CE Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000165042-22
Recurso de Revisão: 40.060134315-73, 40.060134204-31
Recorrente: 3ª Câmara de Julgamento
Rossetti Equipamentos Rodoviários Ltda
IE: 067671791.00-29
Recorrida: Rossetti Equipamentos Rodoviários Ltda, Fazenda Pública Estadual
Proc. S. Passivo: Jésus Natalício de Souza/Outro(s)
Origem: DF/Betim

Voto proferido pelo Conselheiro José Luiz Drumond, nos termos do art. 53 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre da questão do percentual da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso VII da Lei nº 6.763/75 exigida na irregularidade do item 1 do Auto de Infração.

Esse item cuida da imputação fiscal de subfaturamento por ter sido constatado que a Autuada, ora Recorrente, consignou em documento fiscal base de cálculo inferior à real para produtos com as mesmas especificações.

Foi exigida a Multa Isolada do art. 55, inciso VII da Lei nº 6.763/75 no percentual de 40% (quarenta por cento) do valor da diferença apurada.

Transcreve-se o dispositivo em comento e suas alterações:

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:

(...)

Efeitos de 1º/11/2003 a 31/12/2011 - Redação dada pelo art. 28 e vigência estabelecida pelo art. 42, I, ambos da Lei 14.699/2003:

"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;"

Efeitos a partir de 01/01/12, com a nova redação pelo art. 8º da Lei nº 19.978, de 28/12/11:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

VII - por consignar em documento fiscal que acobertar a operação ou a prestação:

a) importância diversa do efetivo valor da operação ou da prestação - 40% (quarenta por cento) do valor da diferença apurada;

b) valor da base de cálculo da substituição tributária menor do que a prevista na legislação, em decorrência de aposição, no documento fiscal, de importância diversa do efetivo valor da prestação ou da operação própria - 40% (quarenta por cento) do valor da diferença apurada;

c) valor da base de cálculo menor do que a prevista na legislação, relativamente à prestação ou operação própria ou à substituição tributária, nas hipóteses não abrangidas pelas alíneas "a" e "b" deste inciso - 20% (vinte por cento) do valor da diferença apurada.

A Câmara de Julgamento *a quo*, ao apreciar o lançamento, referendou o trabalho fiscal desse item 1, não fazendo nenhuma restrição quanto ao percentual da multa isolada exigida, como pode ser visto na decisão, nos seguintes termos:

ACORDA A 3ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CC/MG, EM PRELIMINAR, À UNANIMIDADE, EM REJEITAR AS PREFACIAIS ARGUIDAS. NO MÉRITO, PELO VOTO DE QUALIDADE, EM JULGAR PARCIALMENTE PROCEDENTE O LANÇAMENTO, PARA RESTRINGIR AS EXIGÊNCIAS CONSTANTES NO ANEXO III (FLS. 69), REFERENTES AO ITEM 2 DO AUTO DE INFRAÇÃO, AO PERCENTUAL DE 6% (SEIS POR CENTO) SOBRE A BASE DE CÁLCULO DO ICMS.

No entanto, ao redigir o acórdão houve um equívoco por parte do Relator que constou na ementa e na parte expositiva que a referida multa isolada deveria ser adequada ao disposto na alínea "c" citada acima.

Contudo, apesar de ter sido o Relator do acórdão recorrido, entendo que no caso presente, por estar caracterizado que a infração é de subfaturamento, não há como se aplicar o disposto na alínea "c", porquanto o caso se amolda ao previsto na alínea "a", ou seja, foi consignado nas notas fiscais emitidas pela Autuada, ora Recorrente, importância diversa do efetivo valor da operação.

Desse modo, deve ser restabelecido o percentual de 40% (quarenta por cento), por estar correta a exigência fiscal, sendo o fato, pela nova redação do inciso VII do art. 55 da Lei nº 6.763/75, perfeitamente subsumido à alínea "a".

Sala das Sessões, 09 de agosto de 2013.

**José Luiz Drumond
Conselheiro**