

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 18.884/10/2ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000160595-47
Impugnação: 40.010125434-20
Impugnante: Precon Industrial S/A
IE: 493073200.00-28
Proc. S. Passivo: Daniela Maria Procópio/Outros
Origem: DF/Belo Horizonte - DF/BH-4

EMENTA

CRÉDITO TRIBUTÁRIO - NULIDADE - PROCEDIMENTO FISCAL IRREGULAR. Evidenciado nos autos, mediante exame do relatório do Auto de Infração e da Manifestação Fiscal, que a tese central do Fisco está alicerçada, provavelmente, na desconsideração da cláusula FOB, sem se ater, no entanto, à desconsideração do negócio jurídico. Tem-se, ainda, que o crédito tributário não se mostra líquido e certo, não sendo possível identificar corretamente o *quantum* devido pela Autuada. Declarou-se a nulidade do lançamento do crédito tributário. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a exigência de ICMS devido por substituição tributária, por retenção e recolhimento a menor do imposto, no período de janeiro de 2004 a setembro de 2007 e novembro de 2007 a dezembro de 2008, apurado mediante utilização do programa "Auditor Eletrônico", em decorrência de erro e/ou falta de inclusão do valor do frete na base de cálculo da substituição tributária.

Exige-se o ICMS-ST, multa de revalidação de 100% (cem por cento) e a Multa Isolada capitulada no art. 55, VII da Lei nº 6763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 997/1.018, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 1.097/1.121, reformulando o crédito tributário conforme documentos de fls. 1.122/1.125.

A Impugnante retorna aos autos às fls. 1.134/1.146 e o Fisco às fls. 1.148/1.170, juntando os quadros de fls. 1.177/1.179.

A Assessoria do CC/MG, em parecer de fls.1.181/1.191, opina pela procedência parcial do lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco às fls. 1.122/1.125.

DECISÃO

Da Preliminar de Nulidade do Auto de Infração

Como visto no relatório acima, trata-se de exigência de ICMS/ST em decorrência de retenção e recolhimento a menor do imposto, apurado com utilização da ferramenta de informática denominada “Auditor Eletrônico”, em decorrência de erro de cálculo e/ou falta de inclusão da parcela do frete na base de cálculo da substituição tributária.

Em sua defesa, a Impugnante destaca, dentre outras questões, que os contratos de compra e venda de seus produtos são sempre ajustados com a cláusula FOB, o que, por um lado, significa que os custos do transporte das mercadorias comercializadas são sempre suportados pelos adquirentes de suas mercadorias e que, por outro lado, traz como consequência a cessação de sua responsabilidade pelos produtos vendidos no momento da celebração da compra e venda.

Afirma, também, que em se tratando de transporte mediante cláusula FOB, o destinatário da mercadoria se obriga ao recolhimento complementar do imposto relativo ao valor do frete, nos termos da legislação tributária estadual e conforme inúmeros julgados do Conselho de Contribuintes.

Noutro rumo, aponta a existência de notas fiscais destinadas a consumidores finais, hipótese em que não se aplica a regra da substituição tributária e que foram incluídas indevidamente pelo Fisco no levantamento ora em análise.

Destaca, ainda, a emissão de CTCs vinculados a mais de uma nota fiscal, o que levou o Fisco a considerar os valores dos fretes em duplicidade.

Noutra linha, sustenta a cobrança em duplicidade, quando o valor do frete já compunha a nota fiscal.

Considerando o disposto na legislação estadual, a rigor, a regra geral é a inclusão do valor do frete na base de cálculo e na impossibilidade de sua inclusão, o recolhimento do imposto a ele correspondente deverá ser efetuado pelo destinatário da mercadoria, conforme se verifica pela Consulta de Contribuinte nº 021/02, dentre outras, com o seguinte teor:

CONSULTA DE CONTRIBUINTE Nº 021/2002

(MG DE 23/03/2002)

PTA Nº : 16.000066011-00

CONSULENTE : GOODYEAR DO BRASIL PRODUTOS DE BORRACHA LTDA.

ORIGEM : BELO HORIZONTE - MINAS GERAIS.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - PNEUS - INCLUSÃO DO VALOR DO FRETE NA BASE DE CÁLCULO - NAS REMESSAS INTERESTADUAIS DE PNEUS PARA CONTRIBUINTES DESTA ESTADO, O VALOR DO FRETE DEVERÁ COMPOR A BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO RETIDO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, CONFORME DISPOSTO PELO ARTIGO 250 DO ANEXO IX DO RICMS/96. NA IMPOSSIBILIDADE DE SUA INCLUSÃO NA BASE DE

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

CÁLCULO, O RECOLHIMENTO DO IMPOSTO A ELE CORRESPONDENTE DEVERÁ SER EFETUADO PELO ESTABELECIMENTO DESTINATÁRIO DA MERCADORIA, ACRESCIDO DO PERCENTUAL DE AGREGAÇÃO APLICÁVEL EM ATENDIMENTO AO § 1º DO ARTIGO RETROCITADO.

EXPOSIÇÃO:

A CONSULENTE, EMPRESA ESTABELECIDADA EM SÃO PAULO E INSCRITA NESTE ESTADO COMO SUBSTITUTA **TRIBUTÁRIA**, INFORMA QUE, EM ALGUMAS OPERAÇÕES **PARA** DESTINATÁRIOS MINEIROS, O **FRETE** FICA POR CONTA DO ADQUIRENTE DE SUAS MERCADORIAS (CLÁUSULA FOB), O QUE A FAZ DEIXAR DE INCLUIR O VALOR A ELE CORRESPONDENTE NA TRIBUTAÇÃO EFETUADA.

ENTENDE QUE A COMPLEMENTAÇÃO DO ICMS, SOB TAIS CONDIÇÕES, DEVERÁ FICAR A CARGO DO DESTINATÁRIO DAS MERCADORIAS (CONTRIBUINTE SUBSTITUÍDO), COM BASE NO VALOR DO **FRETE**, ACRESCIDO DO PERCENTUAL DE AGREGAÇÃO PREVISTO NA LEGISLAÇÃO PERTINENTE.

ENTRETANTO, TAL PROCEDIMENTO JÁ FOI OBJETO DE QUESTIONAMENTO POR PARTE DA FISCALIZAÇÃO DESTE ESTADO, LEVANDO-A A EFETUAR A SEGUINTE,

CONSULTA:

SEU ENTENDIMENTO ESTÁ CORRETO?

RESPOSTA:

O ENTENDIMENTO DA CONSULENTE ESTÁ CORRETO.

O ARTIGO 249 DO ANEXO IX DO RICMS/96 CUIDA DA RESPONSABILIDADE ATRIBUÍDA AO ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL FABRICANTE DE PNEUMÁTICO, CÂMARAS DE AR E PROTETORES DE BORRACHA, CLASSIFICADOS NA POSIÇÃO 4011 E 4013, E NO CÓDIGO 4012.90.0000, DA NBM/SH, SITUADO EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO, RELATIVAMENTE À RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DEVIDO NAS SAÍDAS SUBSEQÜENTES OU NA ENTRADA COM DESTINO AO ATIVO PERMANENTE OU AO CONSUMO DO DESTINATÁRIO.

CONFORME CONSTA DO ARTIGO 250 DO MESMO ANEXO IX, A BASE DE **CÁLCULO** DO IMPOSTO, **PARA** FIM DE **SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA**, APLICÁVEL ÀS MERCADORIAS RETROCITADAS, É O VALOR CORRESPONDENTE AO PREÇO DE VENDA A CONSUMIDOR, CONSTANTE DE TABELA ESTABELECIDADA POR ÓRGÃO COMPETENTE, ACRESCIDO DO VALOR DO **FRETE**, OU, NA FALTA DE TABELA, O PREÇO PRATICADO PELO SUBSTITUTO, INCLUÍDO O IPI, **FRETE** E DEMAIS DESPESAS DEBITADAS AO ESTABELECIMENTO DESTINATÁRIO, ACRESCIDO DA PARCELA RESULTANTE DA APLICAÇÃO DOS PERCENTUAIS DE AGREGAÇÃO ALI ESPECIFICADOS. NA IMPOSSIBILIDADE DE **INCLUSÃO** DO VALOR DO **FRETE** NA COMPOSIÇÃO DA BASE DE **CÁLCULO**, O RECOLHIMENTO DO IMPOSTO A ELE CORRESPONDENTE SERÁ

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EFETUADO PELO ESTABELECIMENTO DESTINATÁRIO, DE ACORDO COM O § 1º DO MESMO ARTIGO.

PARA TANTO, DEVERÁ SER OBSERVADO O SEGUINTE:

A) CASO TENHA SIDO CONSIDERADO COMO BASE DE **CÁLCULO DA SUBSTITUIÇÃO** O VALOR DE VENDA A CONSUMIDOR ESTABELECIDO PELA AUTORIDADE COMPETENTE, O CONTRIBUINTE SUBSTITUÍDO (ADQUIRENTE MINEIRO) DEVERÁ APLICAR SOBRE O VALOR DO **FRETE** A ALÍQUOTA ESTABELECIDA **PARA** A **SUBSTITUIÇÃO**, RECOLHENDO O VALOR APURADO, A TÍTULO DE ICMS.

B) INEXISTINDO O PREÇO ESTABELECIDO OU SUGERIDO, O ADQUIRENTE MINEIRO DEVERÁ RECOMPOR A BASE DE **CÁLCULO DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA**, INCLUINDO O VALOR DO **FRETE** NO MONTANTE SOBRE O QUAL SE DEVE APLICAR O PERCENTUAL DE AGREGAÇÃO. CALCULAR O VALOR TOTAL DO ICMS QUE DEVERIA TER SIDO RETIDO. SUBTRAIR DESSE O VALOR EFETIVAMENTE RETIDO PELO FABRICANTE (CONSULENTE) E RECOLHER A DIFERENÇA ENCONTRADA.

PARA FACILITAR, PODERÁ APLICAR A ALÍQUOTA REFERENTE À **SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA** (18%) DIRETAMENTE SOBRE O VALOR CORRESPONDENTE À SOMA DO **FRETE** E DO RESULTADO DA APLICAÇÃO SOBRE ELE DO PERCENTUAL DE AGREGAÇÃO.

DOET/SLT/SEF, 22 DE MARÇO DE 2002.

MARIA DO PERPÉTUO SOCORRO DAHER CHAVES - ASSESSORA
DE ACORDO.

LIVIO WANDERLEY DE OLIVEIRA - COORDENADOR

EDVALDO FERREIRA - DIRETOR

A hipótese dos autos se amolda exatamente ao caso do consulente e também é essa a linha central de defesa da Impugnante.

O Fisco, ao rebater a argumentação da defesa, inova na acusação, trazendo a informação de que todas as prestações de serviço de transporte das mercadorias foram realizadas pela empresa TRANSPRECON TRANSPORTES E COMÉRCIO LTDA, que é uma empresa de propriedade da Autuada e de seus diretores, sendo por eles administrada e cujo estabelecimento se encontra dentro do parque industrial da Impugnante, conforme Contrato Social.

Ao que parece, a intenção do Fisco é de desconsiderar a prestação de serviço pela empresa transportadora, ao entendimento de que se trata de um mesmo grupo econômico, caracterizando-se como empresas interligadas e interdependentes, tal como nas hipóteses das chamadas “vendas casadas”.

Se de fato era essa a intenção, seria preciso adotar a regra da desconsideração do negócio jurídico nos moldes realizados entre os adquirentes das mercadorias e a empresa de transporte emitente dos CTCs, com fulcro no art. 205 da Lei nº 6763/75, que assim prescreve:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 205 - A autoridade fiscal poderá desconsiderar ato ou negócio jurídico praticado com a finalidade de descaracterizar a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, assegurado o direito de defesa do sujeito passivo..

Não o fazendo, resta prejudicado o lançamento, pois caracteriza o cerceamento ao pleno direito de defesa e atenta contra os parâmetros estabelecidos pelo RPTA/MG para os casos tais.

De outro modo, caso se confirme a materialidade das prestações de serviços realizadas, com a efetiva contratação do serviço entre adquirentes e a empresa transportadora, caberá aos respectivos destinatários o complemento da parcela do ICMS/ST.

Noutro giro, ao refutar as alegações de inclusão de notas fiscais que destinam mercadorias a consumidores finais, o Fisco analisou os documentos citados pela defesa, encontrando apenas um documento na condição mencionada pela Impugnante.

Mas, em relação ao conjunto de notas fiscais, destacou o Fisco que caberia ao Egrégio Conselho de Contribuintes, caso julgue apropriado, conceder nova oportunidade para que a Autuada demonstre todas as demais notas fiscais destinadas a consumidores finais.

Também em relação às notas fiscais canceladas, apresentadas por amostragem pela defesa, salienta a Fiscalização que é impossível analisar o conjunto de documentos sem que a Autuada indique pontualmente quais documentos foram cancelados, optando por excluir apenas um documento fiscal do rol apresentado pela Autuada.

No que concerne à vinculação de um único CTRC a várias notas fiscais, salienta o Fisco que nos arquivos eletrônicos apresentados pela empresa transportadora, todos os CTRCs estavam vinculados a uma única nota fiscal. Reconhece, no entanto, pela amostragem indicada na peça impugnatória, a existência do fato apontado na impugnação.

Neste caso, mais uma vez, entende o Fisco que o Conselho de Contribuintes poderá exarar despacho interlocutório determinando à Autuada o refazimento de todos os seus arquivos eletrônicos, de forma a conter a realidade de suas operações e prestações.

Esquece o Fisco, no entanto, da autonomia dos estabelecimentos, pois os arquivos mencionados referem-se à empresa transportadora e não ao estabelecimento ora autuado. Neste caso, não caberia a este Conselho determinar despacho interlocutório que viesse atingir a empresa Transprecon, pois esta não integra o polo passivo do lançamento objurgado.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Discorrendo sobre a inclusão de nova parcela de frete, mesmo quando já havia valor de frete agregado na nota fiscal, destacou o Fisco que o fato pode ser constatado, como por exemplo, em relação à Nota Fiscal nº 20.239.

Diante desse fato, salienta a Autoridade Fiscal que o erro decorre da “conduta comissiva do contribuinte”, que causou dificuldade à conferência e apuração do imposto, destacando que, em relação a eventuais outros documentos na mesma situação, torna-se necessário que o Contribuinte e sua subsidiária refaçam os arquivos eletrônicos, para que se possa avaliar o cabimento da argumentação da defesa.

Por fim, em sua conclusão, assim sustenta o Fisco: “caso este Egrégio Conselho de Contribuintes entenda não ser possível a decisão imediata sobre a matéria de que trata o presente PTA, dada as omissões de informações prestadas e transmitidas pelo contribuinte autuado e sua subsidiária, seja-lhe franqueado prazo para refazimento dos arquivos eletrônicos dentro dos parâmetros definidos pela legislação e que contenham a veracidade e inteireza de suas operações e prestações”.

Por tudo, verifica-se que o Fisco, mesmo reconhecendo os equívocos dos arquivos eletrônicos, adotou os registros neles estampados, sem maior análise quanto à veracidade e certeza das informações contidas, apurando, assim, crédito tributário que não se pode chamar de líquido e certo.

Pode até ser que, após eventuais correções, que se mostram complexas e demoradas, remanesça alguma parcela do crédito tributário ora lançado.

Certo é que a utilização da informática como suporte para realização das ações fiscais vem otimizar o trabalho da Fazenda Pública, mas não pode, de modo algum, tornar-se um instrumento cego, sem que se faça uma análise criteriosa dos frios números dos arquivos eletrônicos.

Assim, diante das dificuldades apontadas no trabalho, e uma ausência de certeza no tocante à acusação fiscal, no que se refere ao serviço de transporte realizado por empresa do mesmo grupo econômico, a hipótese que melhor se amolda à questão ora em análise é a de nulidade do Auto de Infração.

Neste caso, poderá o Fisco, respeitado o prazo decadencial, lavrar novo lançamento, com os cuidados que o caso requer, de modo a não restar nenhuma dúvida quanto ao *quantum debeatur* que deve figurar no Auto de Infração.

Por oportuno, merece lembrar que, em caso de novo lançamento, deve o Fisco verificar se os destinatários das mercadorias cumpriram a obrigação de recolher a parcela de ICMS/ST sobre o valor do frete.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, em declarar nulo o lançamento. Vencido o Conselheiro René de Oliveira e Sousa Júnior, que não o considerava nulo. Pelo Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Otto Carvalho Pessoa de Mendonça e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Gleide Lara Meirelles Santana. Participou do julgamento, além dos signatários e

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

do conselheiro vencido, o Conselheiro Carlos Alberto Moreira Alves.

Sala das Sessões, 04 de agosto de 2010.

**Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente / Revisora**

**Roberto Nogueira Lima
Relator**

CC/MG

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 18.884/10/2ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000160595-47
Impugnação: 40.010125434-20
Impugnante: Precon Industrial S/A
IE: 493073200.00-28
Proc. S. Passivo: Daniela Maria Procópio/Outros
Origem: DF/Belo Horizonte - DF/BH-4

Voto proferido pelo Conselheiro René de Oliveira e Sousa Júnior, nos termos do art. 53 do Regimento Interno do CC/MG.

Conforme relatado, trata a ação fiscal de retenção e recolhimento a menor do ICMS/ST, no período de janeiro de 2004 a dezembro de 2008 (exceto outubro/2007), no que diz respeito às operações com telhas, caixas d'água e materiais de construção, acabamento, bricolagem ou adorno, destinadas a diversos contribuintes mineiros, sendo constatadas, mediante conferência de livros, documentos fiscais e arquivos eletrônicos de envio obrigatório à SEF/MG, as seguintes irregularidades: a) erros de cálculo da parcela do tributo a recolher; b) não inclusão do valor do frete na base de cálculo do ICMS/ST.

Pelas infrações cometidas exigiram-se o ICMS/ST, a Multa de Revalidação em dobro, nos termos do art. 56, inc. II, c/c § 2.º, inc. I da Lei nº 6.763/75 e a Multa Isolada prevista no art. 55, inc. VII, da citada Lei, por deixar de destacar a base de cálculo correta nos documentos fiscais.

Como se verifica no voto vencedor, o presente lançamento foi declarado nulo, por maioria de votos, vencido este Conselheiro.

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

Grande parte dos fundamentos expostos no bem elaborado parecer da Assessoria do CC/MG, de fls. 1.181/1.191, foram os mesmos utilizados por este Conselheiro para sustentar sua decisão e, por esta razão, passam a compor o presente Voto, salvo algumas alterações, acréscimos e adaptações de estilo.

Nos Anexos que acompanham a autuação estão explicitados os procedimentos adotados para se apurar os valores das exigências fiscais referentes às infrações constatadas, assim:

a) nas planilhas que compõem o Quadro I – “RELATÓRIO DE APURAÇÃO DO ICMS/ST DEVIDO” - Exercícios 2004 a 2008 (fls. 13/79) acham-se detalhados, mês a mês e por amostragem, os cálculos efetuados para se apurar o

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ICMS/ST originalmente devido referente a cada tipo de mercadoria constante das notas fiscais;

b) no Quadro II – “Relatório de Apuração do ICMS/ST Devido – Resumo” (fls. 80/82 – retificação às fls. 1.124/1.125), estão demonstrados, por período mensal, os valores das diferenças do ICMS/ST apuradas, assim também, da multa de revalidação e da multa isolada exigidas;

c) o Quadro III (fls. 83/86), contém a relação, por amostragem, das notas fiscais autuadas;

d) no Quadro IV, de fls. 87 a 91 estão relacionados os Conhecimentos de Transporte Rodoviário de Cargas – CTRC emitidos por Transprecon Transportes e Comércio Ltda, vinculados a cada uma das notas fiscais objeto da autuação; cópias das notas fiscais e dos CTRCs. encontram-se anexados aos autos às fls. 93/550 e 552/986, respectivamente.

Em termos numéricos, e tomando como exemplo os dados da Nota Fiscal n.º 050.744 (relacionada às fls. 23 – cópia anexada às fls. 124), a Fiscalização apresenta de forma pormenorizada a “Memória de Cálculo” das parcelas corretas do ICMS/ST a recolher:

- Valor total da nota fiscal => R\$ 2.355,10 (coluna D);
- Valor do IPI => R\$ 117,75 (destacado na nota fiscal);
- Valor do Frete => R\$ 103,32 (CTRC n.º 041567 – cópia às fls. 583);
- Valores do IPI + Frete => (R\$ 117,75 + R\$ 103,32) = R\$ 221,07 (coluna E);
- Base de Cálculo do ICMS/ST informada pela Autuada => R\$ 3.341,01 (coluna G);
- Base de Cálculo do ICMS/ST apurada pelo Fisco => R\$ 2.355,10 + R\$ 221,07 = R\$ 2.576,17 + 30% (R\$ 772,86) = R\$ 3.349,03 (coluna H);
- ICMS/ST => R\$ 3.349,03 x 18% (coluna I) = R\$ 602,83;
- ICMS/Operação própria => R\$ 282,61 (coluna J);
- ICMS/ST Apurado => R\$ 602,83 – R\$ 282,61 = R\$ 320,22 (coluna K);
- ICMS/ST informado pela Autuada => R\$ 318,77 (coluna L);
- Diferença de ICMS/ST devida => R\$ 320,22 – R\$ 318,77 = R\$ 1,45 (coluna M).

Tenha-se presente que a autuação se encontra suficientemente alicerçada nas normas legais que regem a matéria, cuja transcrição se faz oportuna:

RICMS/02:

ANEXO IX - PARTE 1 - DOS REGIMES ESPECIAIS DE TRIBUTAÇÃO (a que se refere o artigo 181 deste Regulamento)

(...)

Art. 345 - Os estabelecimentos industrial e importador situados nos Estados do Acre, Amapá, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Pará, Paraná, Rio de Janeiro, Rio

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Grande do Sul, Roraima, Santa Catarina, São Paulo, Sergipe, Tocantins e no Distrito Federal, nas remessas de telhas, cumeeiras ou caixas d'água de cimento, amianto, fibrocimento, polietileno ou fibra de vidro, classificadas nos códigos 6811.10, 6811.20, 6811.90 e 3925.10.00 da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias (NBM/SH - com o sistema de classificação adotado a partir de 1º de janeiro de 1997), para contribuinte deste Estado, são responsáveis, na condição de substitutos, pela retenção e recolhimento do ICMS devido nas saídas subseqüentes, ou na entrada com destino ao uso ou consumo do destinatário. (Efeitos a partir de 20/10/05 a 30/11/05 - Redação dada pelo art. 2º, VI, e vigência estabelecida pelo art. 7º, VI, "c", ambos do Dec. nº 44.132, de 19/10/05)

Art. 346 - A responsabilidade prevista no artigo anterior aplica-se ainda:

I - aos estabelecimentos industrial e importador localizados neste Estado, ressalvado quanto às suas operações interestaduais o que dispuser a legislação da unidade da Federação destinatária; (efeitos de 15/12/02 a 30/11/05 - Redação original)

(...)

Art. 348. A base de cálculo do imposto, para os fins de substituição tributária, é: (efeitos de 15/12/02 a 30/11/05 - Redação original)

(...)

II - na falta do valor a que se refere o inciso anterior, o montante formado pelo preço praticado pelo remetente nas operações com o comércio varejista, acrescido dos valores do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), frete e carreto até o estabelecimento varejista e demais despesas cobradas ou debitadas ao destinatário, ainda que por terceiros, adicionado à parcela resultante da aplicação, sobre o referido montante, do percentual de 30% (trinta por cento).

(...)

CAPÍTULO LV - Das Operações Com Materiais de Construção, Acabamento, Bricolagem ou Adorno.

Art. 424 - O estabelecimento industrial fabricante e o importador, nas operações internas com materiais de construção, acabamento, bricolagem ou adorno relacionados na Parte 5 deste Anexo, são responsáveis, na condição de contribuintes substitutos, pela retenção e recolhimento do ICMS devido nas saídas subseqüentes. (efeitos de 1º/01/05 a 30/11/05 - Acrescido pelo art. 5º e vigência estabelecida pelo art. 10, ambos do Dec. nº 43.923, de 02/12/04)

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 428. A base de cálculo do imposto, para fins de substituição tributária, é o montante formado pelo preço praticado pelo fabricante, atacadista, distribuidor ou revendedor, nas vendas a estabelecimento varejista, nele incluídos os valores do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), do frete, carreto e demais despesas cobradas ou debitadas ao destinatário, ainda que por terceiros, adicionado do produto resultante da aplicação sobre referido montante dos respectivos percentuais de agregação (MVA) indicados na Parte 5 deste Anexo. (efeitos de 1º/01/05 a 30/11/05 - Acrescido pelo art. 5º e vigência estabelecida pelo art. 10, ambos do Dec. nº 43.923, de 02/12/04)

(...)

ANEXO XV - DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - PARTE 1

Art. 12 - O estabelecimento industrial situado neste Estado ou nas unidades da Federação com as quais Minas Gerais tenha celebrado protocolo ou convênio para a instituição de substituição tributária, nas remessas das mercadorias relacionadas na Parte 2 deste Anexo para estabelecimento de contribuinte deste Estado, é responsável, na condição de sujeito passivo por substituição, pela retenção e pelo recolhimento do ICMS devido nas operações subseqüentes.

Art. 19 - A base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária é:

I - em relação às operações subseqüentes:

(...)

3 - o preço praticado pelo remetente, acrescido dos valores correspondentes a frete, seguro, impostos e outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, adicionado da parcela resultante da aplicação sobre o referido montante do percentual de margem de valor agregado (MVA) estabelecido para a mercadoria na Parte 2 deste Anexo [MVA de 30%, conforme item 13];

Art. 20 - O imposto a recolher a título de substituição tributária será:

I - em relação às operações subseqüentes, o valor da diferença entre o imposto calculado mediante aplicação da alíquota estabelecida para as operações internas sobre a base de cálculo definida para a substituição e o devido pela operação própria do contribuinte remetente.

Nas peças de defesa apresentadas, a Impugnante argumenta que:

- é empresa do setor de construção civil;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- os respectivos contratos de compra e venda são sempre ajustados com a cláusula FOB, significando que os custos pelo transporte das mercadorias comercializadas são arcados pelos adquirentes;

- sendo a venda realizada por cláusula FOB, não se pode exigir do substituto a inclusão do frete na base de cálculo do ICMS/ST, a não ser que este valor seja presumido pela legislação;

- não cabe ao substituto o controle do valor do frete pago pelo substituído;

- o montante do tributo lançado deve ser reduzido, em face da constatação de erros cometidos pela Fiscalização;

- entre as 60.000 (sessenta mil) notas fiscais autuadas, várias delas destinam-se a consumidores finais, operações essas onde não há a incidência do ICMS/ST;

- na apuração do crédito tributário foram consideradas notas fiscais canceladas;

- nos exercícios de 2004, 2005 e parte de 2006, presumiu e incluiu o valor do frete na base de cálculo do ICMS/ST;

- para verificar e apontar qual o valor do frete a ser incluído na base de cálculo do ICMS/ST, o Fisco desprezou o fato de que um mesmo CTRC se vincular a mais de uma nota fiscal, gerando cobranças indevidas;

- a multa isolada deverá ser integralmente cancelada, visto que claramente desproporcional e confiscatória.

Todavia, improcede a totalidade dos argumentos expendidos, como a seguir comentado.

De início, cabe registrar que a Precon Industrial S/A tem por objeto social a indústria e o comércio e a revenda de produtos de concreto, fibrocimento e demais materiais aplicados à construção civil, dentre os quais: telhas de fibrocimento e seus acessórios, caixas e reservatório d'água de fibrocimento e polietileno, argamassa, rejunte e pigmentos, não se enquadrando como empresa do setor de construção civil como pretende.

A Autuada afirma que os contratos de compra e venda de seus produtos são sempre ajustados com a cláusula FOB, significando que os custos do transporte das mercadorias comercializadas são suportados pelos adquirentes das mesmas, além de trazer como consequência a cessação de sua responsabilidade pelos produtos vendidos no momento da celebração da compra e venda. Contudo, como bem colocado pelo Fisco, as infrações e os valores lançados no Auto de Infração se baseiam em aproximadamente sessenta mil notas fiscais (relacionadas por amostragem às fls. 13/79) emitidas para diversos contribuintes mineiros, cujos produtos discriminados nas mesmas, sem exceção, foram transportados pelo contribuinte Transprecon Transportes e Comércio Ltda, IE. 493.603208.00.40. Referida empresa pertence à Impugnante e seus diretores, sendo por eles administrada, e cujo estabelecimento se encontra situado dentro do parque industrial da Precon Industrial S/A, conforme documentação anexada às fls. 992/994.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O contribuinte TRANSPRECON TRANSPORTES E COMÉRCIO LTDA, reforce-se, é uma empresa da propriedade da Autuada e de seus diretores, por eles administrada e cujo estabelecimento se encontra dentro do parque industrial da Autuada. É o que se vê no seu Contrato Social.

Consta do contrato social da transportadora:

Composição societária da **Transprecon Transportes e Comércio Ltda.:**

<u>% do capital</u>	<u>Nome e cargo</u>
84,53%	Precon Industrial S.A.
05,16%	Bruno Simões Dias – sócio administrador
05,15%	Nora Dias Salvador – sócio administrador
05,16%	Márcia Simões Dias – sócio administrador

Por sua vez, no contrato social da Autuada consta:

Corpo diretivo da **Precon Industrial SA:**

Bruno Simões Dias – Diretor Presidente.

Nora Dias Salvador – Diretora.

Márcia Simões Dias – Diretora.

Veja-se que os diretores da Autuada são exatamente os sócios daquela transportadora, por um lado, e a própria Autuada é a cotista majoritária na composição do seu quadro social.

Ora, supondo, por hipótese, que o presente Sujeito Passivo não seja a parte no contrato diretamente responsável pela contratação do transportador, ele é, ainda que por via indireta, a parte contratada naquela relação. Posto isso fica evidenciado que a Transprecon e por dedução lógica, a PRECON, tinha e têm condições de saber dos valores de frete praticados nas operações de transporte das mercadorias vendidas por esta última, antes mesmo dos seus destinatários e da própria emissão do devido CTRC.

Assim, diante das alegações feitas, conclui-se que a Autuada quer impingir um acontecimento inusitado, ou seja: a empresa controladora entregou mercadorias para que sua controlada efetuasse o transporte, mas esta não lhe informou e não pode lhe informar os valores de frete contratados. Não se pode aceitar tal proposição, pois, como se vê, a ausência da informação acerca dos valores de frete cobrados pela Transprecon à sua controladora não reside no campo de uma impossibilidade. E esta verdade é corroborada pelo fato inelutável de que a transportadora têm sua sede e escritório DENTRO do pátio daquela indústria.

Fica patente, portanto, o íntimo vínculo entre as duas empresas e mais do que isso, fica evidenciada que a razão da existência da TRANSPRECON é única e exclusivamente servir de apoio logístico à sua controladora.

De igual modo, chama a atenção o fato de que durante todo o período fiscalizado (janeiro de 2004 a dezembro de 2008) o contribuinte TRANSPRECON emitiu 87.778 (oitenta e sete mil e setecentos e setenta e oito) Conhecimentos de

Transporte Rodoviário de Cargas (informações prestadas através dos seus arquivos eletrônicos transmitidos à SEF/MG), dos quais apenas 72 (setenta e dois) não tinham a PRECON como parte envolvida nas operações. Fica patente, portanto, o íntimo vínculo entre as duas empresas e mais do que isso, fica evidenciada que a razão da existência da TRANSPRECON é única e exclusivamente servir de apoio logístico à sua controladora.

Assim, pouco importa a inserção da cláusula FOB no corpo dos documentos fiscais com o objetivo de eximir-se da responsabilidade tributária pelo ICMS.

O STJ, em recentes decisões, referenda o entendimento do Fisco, como, por exemplo: EDcl no REsp 37033/SP - Embargos de Declaração no Recurso Especial 1993/0020287-1, EDcl no REsp 896045/RN - Embargos de Declaração no Rec. Especial 2006/0229086-1 e REsp 886695/MG - Recurso Especial 2006/0176130-9 (excertos transcritos às fls. 1.102/1.103).

Entende a Impugnante, citando o art. 19, § 2.º, inc. III do RICMS/MG, que o instituto da substituição tributária não permite a inclusão do frete na base de cálculo do ICMS/ST quando esse serviço é contratado sob a modalidade FOB, sendo que o estabelecimento destinatário recolherá a parcela do imposto a ele correspondente.

Ocorre que nos exatos termos dos dispositivos legais mencionados, a transferência de responsabilidade do cálculo e recolhimento do imposto para o destinatário da mercadoria somente se concretiza nas hipóteses em que não seja possível a inclusão do frete na base de cálculo do ICMS/ST devido na operação. E não é o caso dos autos, pois a remetente, ora Autuada, possui todas as condições de conhecer previamente o valor do frete cobrado pelo transporte de suas mercadorias.

Quanto à alegação de que houve a inclusão de parcelas presumidas de frete na base de cálculo do ICMS/ST relativamente aos exercícios de 2004, 2005 e início de 2006, não existe nos autos a demonstração e apontamento dos correspondentes valores o que impede uma avaliação precisa do alegado. Frise-se que nos cálculos apresentados pela Fiscalização (Quadro I – fls. 13/79 e “CD” autuado às fls. 995) foram consideradas todas as informações prestadas pela própria Autuada e pela Transprecon Transportes e Comércio Ltda., através dos arquivos eletrônicos por eles transmitidos à SEF/MG através do SINTEGRA.

Reclama a Autuada a ocorrência de erros diversos na apuração do tributo por parte da Fiscalização, citando como exemplo as Notas Fiscais números 99.753, 118.084, 136.853, 137.296 e 155.019, em relação às quais não ocorreria fato gerador futuro; pede a realização de diligência para a demonstração exata e precisa das incorreções contidas em todo universo das notas fiscais autuadas. Entretanto, levando-se em conta os precisos esclarecimentos trazidos pelo Fisco em sua manifestação de fls. 1.111 a 1.115, possível inferir que os documentos fiscais indicados não têm por destinatários consumidores finais, salvo a Nota Fiscal n.º 136.853 (cópia às fls. 1.051), cujos valores foram excluídos das exigências fiscais.

No que se refere ao alegado equívoco no trabalho fiscal em razão da inclusão de notas fiscais canceladas na apuração do crédito tributário, anota a Fiscalização que foi indicada apenas a nota fiscal nº 19.589 (cópia às fls. 1.060), a qual foi excluída da autuação. Às fls. 1.116/1.117, o Fisco apresenta a relação resumida dos

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

documentos fiscais cancelados em janeiro de 2004, demonstrando que não houve qualquer exigência em relação aos mesmos.

Segundo o Sujeito Passivo, para verificar e apontar qual o valor do frete a ser incluído na base de cálculo do ICMS/ST, o Fisco desprezou o fato de que um mesmo CTCRC se refere a mais de uma nota fiscal. Não há como prosperar tal assertiva, haja vista que foram buscados nos arquivos eletrônicos da empresa Transprecon Transportes e Comércio Ltda os valores de frete relacionados a cada nota fiscal emitida pela Contribuinte autuada. Importa ressaltar que nos arquivos eletrônicos SINTEGRA transmitidos pela TRANSPRECON, todos os CTCRCs encontravam-se vinculados apenas a uma única nota fiscal.

Argumenta a Contribuinte que em alguns casos o valor do frete constante do CTCRC foi incluído na base de cálculo do ICMS/ST consignada na nota fiscal a ele vinculado. A título de exemplos, cita as notas fiscais números 20.239 e 104.946 (cópias às fls. 1.089 e 1.090).

Na situação em apreço, explica o Fisco que ao reexaminar as informações contidas no arquivo eletrônico transmitido constatou que efetivamente fora incluída a parcela referente ao frete na base de cálculo do ICMS/ST. Embora, tal valor não tenha constado no campo próprio da nota fiscal, providenciou a exclusão das duas notas fiscais do cômputo do crédito tributário.

Assim, conforme demonstrado acima, as infrações foram plenamente caracterizadas não se justificando a nulidade do presente lançamento.

Com relação à exigência da Multa Isolada capitulada no inc. VII do art. 55 da Lei nº 6.763/75 (efeitos a partir de 1º/11/03 com redação dada pelo artigo 28 e vigência estabelecida pelo art. 42, inc. I, ambos da Lei n.º 14.699/03, cumpre assinalar que a penalidade em comento vem sendo excluída do crédito tributário exigido, envolvendo a matéria tratada no presente contencioso, conforme decisões recentes dessa Casa (por exemplo, Acórdãos números 18.801/08/1ª, 19.097/09/1ª e 18.957/09/3ª). Contudo, deixo de apresentar os fundamentos quanto à exclusão desta penalidade, visto tratar-se o presente de apenas fundamentação para a discordância quanto à nulidade do presente lançamento aprovada pela 2ª Câmara do CCMG.

Em face do exposto e, tendo em vista o que dispõe a legislação tributária, julgo que o presente lançamento não pode ser declarado nulo, por conter todos os elementos necessários para seu prosseguimento.

Sala das Sessões, 04 de agosto de 2010.

René de Oliveira e Sousa Júnior
Conselheiro