

Acórdão : 14.868/01/1^a
Impugnação : 40.010100432.50
Impugnante : Companhia Materiais Sulfurosos - Matsulfur
Proc. S. Passivo : Aci Heli Coutinho/Outro
PTA/AI : 01.000135581-60
IE/SEF : 433.053767.00-70
Origem : AF/Montes Claros
Rito : Ordinário

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - CIMENTO - BASE DE CÁLCULO - REDUÇÃO INDEVIDA. Em se tratando de vendas entre a Autuada/Fabricante e atacadista, correto seria a utilização da base de cálculo prevista no § 1º do art. 632 do RICMS/91 e § 1º do art. 172, Anexo IX do RICMS/96. Razões da defesa insuficientes para elidir o feito fiscal. Lançamento procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação de recolhimento a menor do ICMS devido por substituição tributária, nas saídas de cimento para comércio atacadista, em virtude da utilização de base de cálculo inferior àquela aplicável para as operações, nos períodos de fev./95 a nov./99, formalizadas no AI nº 01.000107209-85 de 15/09/97. Exige-se ICMS e MR(100%).

Inconformada com as exigências fiscais, a Autuada impugna tempestivamente o AI, fls. 595/605, por intermédio de procurador regularmente constituído, aduzindo que: - nas operações com cimento, a base de cálculo do ICMS, referente a substituição tributária, é disciplinada pelo art. 172, do Anexo IX, do RICMS/96, tal regra determina que sobre o preço praticado pelo industrial, seja acrescido o percentual de 20% (vinte por cento), representativo da margem de lucro do adquirente, obtendo-se, assim, a base de cálculo da substituição tributária; assevera que a expressão “preço praticado”, figurada na norma, comporta o preço efetivamente pago pela mercadoria, livre, pois, de deduções, descontos ou abatimentos concedidos incondicionalmente pelo vendedor; acusa que de modo diverso entende o Fisco, conquanto inclui estas parcelas no cálculo para chegar-se ao preço praticado pela Autuada; defende que não diferem as expressões “preço praticado” e “valor da operação”, sendo que esta última, em linhas gerais, é definida pelo RICMS/96 como sendo a base de cálculo do ICMS; e que, ainda, não há qualquer diferença entre ICMS normal, débito e crédito, e ICMS decorrente do regime de substituição tributária;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

salienta que o Fisco propõe que o preço de partida, para a apuração da base de cálculo do ICMS relacionado à substituição tributária, configure valor irreal, desconhecido e abstrato, o que demonstra seu total desconhecimento relativamente às regras de mercado e da livre concorrência; sustenta a tese defensiva, exemplificando duas situações em que os mesmos valores de ICMS seriam obtidos, tanto pelo regime normal de débito e crédito do imposto, quanto pelo regime de substituição tributária, se desconsideradas as parcelas correspondentes aos descontos incondicionais concedidos, na formação da base de cálculo, em cada uma das situações; acusa o Fisco de desejar imputar à Autuada o recolhimento de imposto incidente sobre receita inexistente, ou, ainda, sobre valor que ela sequer receberá; cita jurisprudência deste CC/MG em favor do seu entendimento e ao final requer a procedência da Impugnação.

O Fisco, em manifestação, fls. 1.225/1.228, refuta os termos da Impugnação argumentando que: - na composição da base de cálculo do ICMS decorrente da substituição tributária, nas operações com cimento, os parágrafos 1.º e 2.º, do art. 172, do Anexo IX, do RICMS/96, deverão ser observados para cada situação distinta e no caso o parágrafo 1.º, do retromencionado dispositivo, é que rege a formação da base de cálculo nas operações havidas entre industrial e atacadista; - a maneira como a Autuada apurava a base de cálculo, o agregado acrescido pelo Atacadista, nas vendas para varejistas, ficava sem qualquer tributação; - destaca que o trabalho fiscal não rechaça a inclusão de descontos incondicionais na formação da base de cálculo do ICMS devido por substituição tributária, concordando, inclusive, com a alegação da Defesa de que “preço praticado” e “valor da operação” têm igual significado; - elucida que na coluna n.º 2 da planilha constante no Anexo I da peça fiscal, consignou-se os preços utilizados pela Autuada na composição da base de cálculo do ICMS referente à substituição tributária, valores estes por ela própria informados, ou extraídos de suas notas fiscais; - ressalta que a Autuada, ao capitular as operações por ela praticadas à égide do § 2.º, do art. 172, do Anexo IX, do RICMS/96, compôs base de cálculo inferior a correta, já que tal dispositivo rege operações entre indústria e varejo, e ao final pede a improcedência da Impugnação.

A Auditoria Fiscal, em parecer fundamentado e conclusivo de fls. 1.230/1.236, opina pela procedência do lançamento.

DECISÃO

A exigência fiscal advém da constatação de recolhimento a menor de ICMS devido por substituição tributária, nas saídas de cimento para comércio atacadista, em virtude da utilização de base de cálculo inferior àquela aplicável para as operações.

Analisando a juridicidade da imputação fiscal, no regime de substituição tributária progressiva do ICMS, consoante o § 7º, art. 150 da CF/88, tributa-se em caráter definitivo operações de vendas ao consumidor final, que ocorrerão, e assim a legislação tributária ao estabelecer os critérios para a formação da base de cálculo do ICMS/ST, dimensionando-as, objetiva a antecipação do imposto correspondente.

Assim, a legislação contempla, portanto, as diversas etapas da cadeia mercantil alcançadas pela tributação antecipada, e para cada uma delas há que se delimitar a base de cálculo sobre a qual incidirá a alíquota aplicável do imposto.

Para as operações com cimento, a base de cálculo do ICMS, referente à substituição tributária, no decurso temporal abrigado pelo feito, era disciplinada pelo art. 632, §§ 1.º e 2.º, do RICMS/91, e, após sua vigência, pelo art. 172, §§ 1.º e 2.º, do Anexo IX, do RICMS/96, de teor idêntico conforme se tratasse de operações estabelecidas entre o industrial e distribuidores ou atacadistas, ou entre aquele e varejistas, diretamente. *In verbis*:

“Art. 172 – A base de cálculo do imposto devido por substituição tributária é o preço máximo de venda da mercadoria a varejo, fixado pela autoridade federal competente.

§ 1.º - Não havendo a fixação do preço máximo, a base de cálculo do imposto, para efeito de retenção e recolhimento, será o montante formado pelo preço praticado por distribuidor ou atacadista nas operações com o comércio varejista, neste preço incluídos o valor do IPI, do frete, do carreto e das despesas pagas pelo destinatário, ainda que cobrados por terceiros, adicionado da parcela resultante da aplicação, sobre o referido montante, do percentual de 20% (vinte por cento).”

§ 2.º Quando a saída da mercadoria para o varejista for promovida diretamente pelo estabelecimento industrializador, o valor inicial, para o cálculo previsto no parágrafo anterior, será o preço praticado pela indústria.”

As operações objeto do AI decorrem da comercialização de cimento entre a Autuada/fabricante e o Atacadista/firma individual *comércio atacadista de cimento*. Desta forma, é do § 1.º do mesmo dispositivo legal que se extrai a normatização atinente à base de cálculo do ICMS relativo à substituição tributária, para as operações enfocadas, já que a regra inserta no *caput* tinha sua aplicação suspensa vez que inexistia preço fixado pela autoridade competente. Obedecido este disposto legal se contempla as três etapas mercantis estabelecidas, quais sejam, aquelas evidenciadas entre industrial/atacadista e entre atacadista/varejista, e, por fim, a saída da mercadoria varejista/consumidor final, sendo justamente as duas últimas operações que se têm resguardadas pelo instituto da substituição tributária do ICMS, *in casu*.

Então, o fabricante ao tomar como preço de partida, para a formação da base de cálculo do ICMS devido por substituição tributária, aquele praticado pelo atacadista, já, de início, estará elencando a margem agregativa que pratica, englobando custos, despesas e lucro, bem como aquela trabalhada pelo próprio atacadista. O percentual de 20% (vinte por cento) eleito pela norma, que recai sobre este valor, outrossim, representa o agregado incluso nas operações havidas no varejo, referentes a saída da mercadoria para o consumo final.

Por outro lado, admitindo-se a tese defensiva de que este percentual deverá incidir diretamente sobre o preço praticado pelo industrial nas vendas para o atacado, estar-se-ia, pois, preterindo a etapa mercantil estabelecida entre atacadista e varejista, que nenhuma tributação viria sofrer.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Vale ressaltar que o regramento trazido pelos §§ 2.º, dos arts. 632, do RICMS/91 e 172, do Anexo IX, do RICMS/96, alcança, tão somente, as operações efetivadas diretamente entre industrial e varejista, sem, portanto, elencar a intermediação exercida pelo atacadista ou distribuidor.

Os descontos incondicionais concedidos nas vendas de cimento do industrial para o atacadista, por seu turno, já estarão figurados nos preços de revenda praticados pelo atacadista. A sua admissão, ou não, na formação do preço no atacado, torna-se circunstância de somenos importância para a legislação tributária, conquanto no regime especial de tributação conferidas ao cimento, na evidência de operações entre o industrial e o atacadista, a base material a qual se agrega o percentual presumido de custos, despesas e lucro do varejo, como antes visto, é o efetivo preço cobrado pelo atacadista, e ele o estabelece segundo sua conveniência, em função do que requer o mercado.

A base de cálculo do ICMS devido por substituição tributária, foi obtida pela multiplicação da quantidade mensal de mercadoria saída do estabelecimento da Autuada, pelo resultado do confronto do preço unitário médio mensal da saca de cimento praticado pelo Atacadista/ adquirente, acrescido da margem agregada de 20%, com o preço unitário médio mensal da mesma unidade, extraído da proporção entre base de cálculo da substituição tributária utilizada pela Autuada, para cada saída, e a quantidade de mercadoria correspondente.

Os valores médios mensais praticados tanto pelo Atacadista/adquirente, quanto pela Autuada, informações por eles fornecidas, seja extraído dos documentos fiscais, seja informados após intimação. A partir destes dados verificou-se a diferença de base de cálculo tributável apurada pelo Fisco, pelo seguinte critério: BC/ST dif. Tributar = quantidade mensal de mercadoria x {(pç médio mensal unitário atacadista + 20%) - pç médio mensal unitário Autuada}.

A Auditoria Fiscal, em bem elaborado parecer, aponta a metodologia adotada para apuração dos valores lançados, pontuando os documentos carreados aos autos pelas partes que subsidiaram o trabalho fiscal, embasados ainda na resposta à consulta formulada pela própria Impugnante a SLT/SEF, n.º 182/91, entendimentos convergentes.

Pelas provas carreadas aos autos forma-se a convicção de que corretas são as imputações feitas pelo Fisco, restando caracterizadas as infrações à legislação tributária, não sendo os demais argumentos apresentados pela Impugnante suficientes para descaracteriza-las, legítimas as exigências constantes do Auto de Infração.

Reputando-se correta a cobrança do imposto ICMS devido na operação, e aplicação da multa de revalidação -MR, 100% (cem por cento) do valor do imposto, visto haver desrespeito ao dever de reter e pagar o tributo no prazo legal, penalidade corretamente capitulada nos autos.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, em julgar procedente o lançamento, mantendo-se as exigências

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

fiscais. Vencida a Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão que o julgava improcedente. Assistiu ao julgamento, o patrono da Impugnante, Dr. Dalmar do Espírito Santo Pimenta. Pela Fazenda Pública Estadual sustentou oralmente o Dr. Alberto Guimarães Andrade. Participou também do julgamento a Conselheira Cleusa dos Reis Costa.

Sala das Sessões, 17/05/01.

Francisco Maurício Barbosa Simões
Presidente

Maria de Lourdes Pereira de Almeida
Relatora

CC/MG