

Acórdão: 14.495/01/2^a
Impugnação: 40.010104474-31
Impugnante: Holdercim Brasil S/A
Proc. Sujeito Passivo: Antônio Fortuna/Outros
PTA/AI: 01.000137852-98
Inscrição Estadual: 012.073229.1770 (Autuada)
Origem: AF/Belo Horizonte
Rito: Ordinário

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – CIMENTO - RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS/ST -- Recolhimento a menor de ICMS/ST por parte da Autuada, estabelecida no Estado do Rio de Janeiro e enquadrada como substituta tributária, envolvendo operações de venda de cimento a contribuintes mineiros, em função do contribuinte ter deduzido, na apuração de tal imposto, o valor do ICMS/ST relativo ao Frete. Infração caracterizada nos termos do art. 172, Anexo IX, do RICMS/96. Exigências fiscais mantidas. Lançamento procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre recolhimento a menor de ICMS referente à Substituição Tributária (ST), no montante total de R\$ 62.563,63, em função do contribuinte ter deduzido, na apuração de tal imposto, o valor do ICMS/ST relativo ao Frete, que foi recolhido erroneamente ao erário do Rio de Janeiro, haja vista o transporte ter sido realizado por "transportador autônomo", não inscrito no cadastro de contribuintes daquela Unidade da Federação.

Irregularidade apurada mediante a conferência dos documentos fiscais emitidos pela Autuada e relativos às operações de "Saídas" de mercadorias (*cimento*), ocorridas no intervalo de 01/01/1997 a 31/12/2000, com destino a contribuintes estabelecidos no Estado de Minas Gerais.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 134/137, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 312/315.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 318/322, opina pela procedência do lançamento.

DECISÃO

Versa o presente feito sobre a constatação de recolhimento "a menor" de ICMS/ST por parte da Autuada, estabelecida no Estado do Rio de Janeiro e enquadrada como *substituta tributária*, envolvendo operações de venda de *cimento* a contribuintes mineiros, ocorridas no período de 01/01/1997 a 31/12/2000.

Sustenta o Fisco que tais diferenças decorreram da inobservância aos ditames dos Artigos 32, Parte Geral, e 172, Anexo IX, ambos do RICMS/96, vez que o dito contribuinte substituto incorreu em erro ao deduzir, no montante do imposto devido a Minas Gerais, a parcela referente ao ICMS/ST sobre as prestações de serviço (*Frete*) realizadas por transportadores autônomos.

Por sua vez, alega a Impugnante que promoveu a retenção de ICMS sobre o *Frete*, para Minas Gerais, em conformidade com a legislação pertinente, entendendo como *bi-tributação* a cobrança do mesmo imposto já recolhido para o Estado do Rio de Janeiro.

A aplicação do instituto da *substituição tributária*, envolvendo, particularmente, as operações com o produto "*cimento*", é decorrente de acordo celebrado entre algumas unidades da Federação, consumado no Protocolo ICM 11/85 (cópia anexa), dentre as quais figuram os Estados de Minas Gerais e do Rio de Janeiro.

Além da responsabilidade pelo recolhimento do ICMS/ST, tal instrumento estabeleceu a metodologia para a composição da *base de cálculo* e a forma de obtenção do *valor* de tal imposto, em suas Cláusulas Terceira e Quarta, cujo teor foi inserido no Artigo 526, §§ 1º e 3º, do RICMS/84 (efeitos de 23/10/1985 a 28/02/1991), redação mantida no Artigo 632, §§ 1º e 3º, do RICMS/91 (efeitos de 01/03/1991 a 31/07/1996) e transcrita para os Artigos 32, da Parte Geral, e 172, *Caput* e §§ 1º, 2º, do Anexo IX, ambos do RICMS/96 (vigência a contar de 01/08/1996), "ipsis litteris":

"Art. 32 - O valor a recolher, a título de substituição tributária, será a diferença entre o imposto calculado mediante aplicação da alíquota vigente nas operações internas sobre a base de cálculo definida para a substituição e o devido pelas operações próprias".

"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.

§ 1º - 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

destinatário, ainda que cobrados por terceiros, adicionado da parcela resultante da aplicação, sobre o referido montante, do percentual de 20% (vinte por cento).

§ 2º - 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."

(Grifamos e Negritamos)

À luz de tais dispositivos, não assiste razão à Contestante, vez que ela, de fato, apurou e recolheu o ICMS/ST (GNREs de fls. 244/288), para Minas Gerais, em valores inferiores aos devidos.

Levando-se em consideração que o encargo financeiro sobre as prestações de serviço de transporte (*Fretes*), relacionadas às operações em questão, recaíram sobre os contribuintes destinatários (Cláusula *FOB - Free On Board* - "preço de embarque" - vide notas fiscais de fls. 157/243), tal despesa integra a *Base de Cálculo* do ICMS/ST, em cuja apuração deduz-se, apenas, o imposto devido pelas "operações próprias".

Ao revés disso, a Autuada calculou tal imposto sem incluir o valor do *Frete* (demonstrativo de fls. 136 - Janeiro/1997 - ICMS/ST = R\$ 9.235,26, recolhido conforme GNRE de fls. 289). Percebendo esta incorreção, apurou o ICMS complementar em relação a tais *Fretes* (GNREs de fls. 244/288), porém, ao quitá-lo, abateu o montante referente às prestações tidas como "próprias", em desacordo com a regra estabelecida pelo Artigo 32, Parte Geral, c/c Artigo 172, Anexo IX, do RICMS/96.

Ainda que as referidas diferenças de imposto tenham sido repassadas ao erário carioca, sua cobrança não caracteriza *bi-tributação*, visto que tal tributo pertence ao Estado de Minas Gerais, cabendo à Autuada, caso seja de seu interesse, pleitear a restituição dos valores porventura recolhidos junto àquela Unidade Federada, observados, para tanto, os ditames contidos nos Artigos 165 a 169 do CTN.

Além da correção na exigência relativa ao ICMS/ST, teve a mesma sorte o Fisco ao graduar a penalidade pelo descumprimento de tal obrigação principal (Multa de Revalidação em dobro, prevista no atual Artigo 56, § 2º, da Lei nº 6.763/75), vez que, no caso, ocorreu a "*não retenção*" de tal imposto em relação à uma parcela integrante de sua base de cálculo (o valor do *Frete*).

Este tem sido o entendimento reiterado por esta Corte em diversas decisões, como aquelas proferidas, à *unanimidade*, nos Acórdãos nºs. 14.177/00/1ª, 13.620/00/2ª e 13.507/99/2ª (mantida pela Câmara Especial no Acórdão nº 2.204/00/CE), e, pelo *voto de qualidade*, nos de nºs. 13.878/99/3ª e 14.531/01/3ª (ratificadas pela Câmara Especial nos Acórdãos nºs. 2.220/00/CE e 2.351/01/CE, respectivamente), todos com cópia em anexo.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, em julgar procedente o lançamento, mantendo-se as exigências fiscais. Vencida a Conselheira Glemer Cássia Viana Diniz Lobato que o julgava improcedente. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Antônio Fortuna e, pela Fazenda Estadual, o Dr. Ronald Magalhães de Sousa. Participaram também do julgamento os Conselheiros Edmundo Spencer Martins(Revisor) e Edwaldo Pereira de Salles.

Sala das Sessões, 19/09/01.

**Windson Luiz da Silva
Presidente/Relator**

/MDCE/RC

CC/MG