

Acórdão: 14.803/02/2.^a
Impugnação: 40.010057217-33
Impugnante: Copagaz Distribuidora de Gás Ltda.
Proc. Suj. Passivo: William Gomes
PTA/AI: 01.000120777-70
Inscrição Estadual: 253.818898.0299
Origem: AF/Divinópolis
Rito: Ordinário

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – GLP – ICMS/ST – RECOLHIMENTO A MENOR – Constatação fiscal de não utilização, pelo sujeito passivo, da base de cálculo prevista para fins de retenção do ICMS/ST, em remessas de GLP a contribuintes varejistas mineiros, gerando recolhimento a menor do imposto. Razões de defesa, fulcradas na alegação da adoção do preço fixado em portaria do DNC, não acolhidas, por não constituir esse valor, à época dos fatos geradores, o preço máximo de venda a consumidor estipulado pelo art. 674, do RICMS/91. Exigências fiscais mantidas. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Motivos da autuação (AI – Fl. 969):

- Recolhimento a menor de ICMS/ST, incidente nas operações de remessas de GLP para contribuintes mineiros, no período de 01/01/94 a 19/12/95, em razão da não inclusão na base de cálculo da taxa de entrega domiciliar.

Inconformada com as exigências fiscais, a Autuada impugna tempestivamente o Auto de Infração (fls. 972/984), por intermédio de procurador regularmente constituído, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 1.010/1022.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 1026/1032, opina pela procedência do Lançamento.

DECISÃO

DAS PRELIMINARES

Da alegação de decadência atingindo parte do crédito tributário

O prazo extintivo do direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário é regulado, regra geral, pelo art. 173 do CTN, que para tanto estabelece o decurso de cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, *ex vi* do disposto em seu inciso I.

Tal dispositivo prevalece à previsão de homologação tácita do lançamento efetuado pelo contribuinte, a que alude o art. 150, § 4.º, do CTN, quanto ao montante não contemplado na apuração, posteriormente verificado pelo Fisco, e devidamente lançado de ofício, nos termos do art. 149, inciso V, daquele Código.

Examinando a matéria, leciona Misabel de Abreu Machado Derzi¹:

“A inexistência de pagamento de tributo que deveria ter sido lançado por homologação, ou a prática de dolo, fraude ou simulação por parte do sujeito passivo ensejam a prática do lançamento de ofício ou revisão de ofício, previsto no art. 149. Inaplicável se torna então a forma de contagem disciplinada no art. 150, § 4º, própria para a homologação tácita do pagamento (se existente). Ao lançamento de ofício aplica-se a regra geral do prazo decadencial de cinco anos e a forma de contagem fixada no art. 173 do mesmo Código.”

Pois bem, os fatos geradores evidenciados no feito, ocorridos no exercício de 1994, ver-se-iam atingidos pela decadência somente a partir de 01/01/2000.

Uma vez que o AI fora lavrado em 13/09/1999, e dele devidamente intimada a Autuada no curso daquele mesmo mês (fls. 971), claro está que a formalização do crédito tributário, relativamente àquele período, deu-se dentro do prazo decadencial, não se tendo fulminado, ainda, o direito da Fazenda Pública de constituí-lo.

Sem embargos, resta observar que no exercício anterior, 1998, o lançamento já houvera sido efetuado mediante a lavratura do Termo de Ocorrência (fls. 04), o qual reúne todos os requisitos para a constituição do crédito tributário, eleitos pelo art. 142 do CTN.

Não procede, portanto, essa preliminar defensiva.

Da alegação de cerceamento de defesa

A Impugnante pressupõe ter havido cerceamento do seu direito de defesa, pois, segundo alega, não lhe foram revelados os critérios para obter-se as bases de cálculo levantadas no trabalho fiscal.

Tal acusação, contudo, é inverídica.

Primeiro porque tanto nos fatos novos trazidos às fls. 292/297, quanto na Impugnação apresentada, de fls. 972/984, a Autuada rebate a inclusão da taxa de entrega domiciliar na formação da base de cálculo do ICMS/ST do qual era substituta; sendo, justamente, este o ponto central do feito.

Depois, porque fora ela própria quem forneceu ao Fisco a margem agregatória correspondente à entrega domiciliar, através da declaração de fls. 05.

¹Aliomar Baleeiro, *Direito Tributário Brasileiro*, atualização, 11.º ed. , Rio de Janeiro, Forense, pág. 913.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Como se vê, também essa preliminar defensiva improcede.

DO MÉRITO

A presente lide decorre da adoção, pela Impugnante, de base de cálculo relativa à substituição tributária inferior à estabelecida na legislação mineira, nas remessas de GLP por ela efetuadas a contribuintes situados neste Estado.

Tais operações estavam reguladas, à época dos fatos geradores, pelo art. 674, do RICMS/91, que assim estabelecia:

Efeitos de 01/11/92 a 19/12/95 - Redação dada pelo art.1º e vigência estabelecida pelo art. 15, ambos do Dec. N.º 34.105, de 29/10/92 - MG de 30:

“Art. 674 - A base de cálculo do imposto, para o efeito de retenção, é:

I - o preço máximo ou único de venda a consumidor, fixado pela autoridade competente e observado o disposto no inciso II do artigo 72; (g.n.)

Tal mandamento era de natureza cristalina: a base de cálculo deveria ser o preço máximo ou único de venda a consumidor, fixado pela autoridade competente.

Em sua impugnação, mais especificamente às fls. 977/978, a Autuada afirma categoricamente:

“A IMPUGNANTE, CONSOANTE DENOTA O EXAME DAS NF'S ACOSTADAS AOS AUTOS, RECOLHEU O ICMS SUBSTITUIÇÃO EM RIGOROSA CONFORMIDADE COM AS TABELAS DE PREÇO MÁXIMO OU ÚNICO DE VENDA A CONSUMIDOR FIXADO PELA AUTORIDADE COMPETENTE!”

O cerne da presente lide reside, portanto, em averiguar qual afirmativa está correta: a do Fisco que alega que a base de cálculo adotada pela Impugnante foi inferior à exigida, ou a alegação da Impugnante de que a base de cálculo por ela adotada estava em rigorosa conformidade com a legislação.

Neste sentido, cabe salientar que incumbia ao Ministério da Fazenda e ao Departamento Nacional de Combustíveis - DNC a fixação do preço máximo de venda do GLP a consumidor final, o que era feito, periodicamente, mediante a edição de Portarias.

A primeira das Portarias editadas acostadas aos autos é a de n.º 843/90 (fl. 09), que assim estipulava em seu art. 22:

“Art. 22 - O preço do GLP poderá ser fixado pelo DNC a nível dos produtores, nas bases das distribuidoras e nos postos revendedores.

§ 1.º - O preço de entrega a domicílio será composto pela preço na base ou no posto revendedor, acrescido da taxa correspondente ao serviço de entrega e dos tributos incidentes.

§ 2.º - Cada distribuidora estabelecerá seu próprio sistema de entrega a domicílio e sua taxa de entrega.” (g.n.)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Por esta Portaria, verifica-se, de plano, que o DNC estipularia não o preço máximo a consumidor final, mas sim preços nas Bases de Distribuição Primária, devendo ser agregados a estes preços a taxa correspondente ao serviço de entrega e dos tributos incidentes, inclusive o ICMS. Tal Portaria, estipulava, ainda, que cada distribuidora estabeleceria sua taxa de entrega.

Este entendimento é corroborado pelas diversas Portarias acostadas aos autos pela própria Impugnante, onde se percebe que os preços estipulados pelo DNC encontravam-se livres dos imposto incidentes e da parcela relacionada da entrega do produto ao consumidor final.

A título ilustrativo, transcreve-se abaixo parte das observações contidas na Portaria n.º 673/93 (fl. 397), no campo destinado às notas explicativas:

- “os preços acima estão sujeitos ao acréscimo do frete entre a Base de Distribuição Primária e o ponto de destino, qualquer que seja a localização deste;
- “preços sujeitos à incidência do ICMS”

Tais observações se repetem nas Portarias 12/94 (fls.399/401), 47/94 (fls. 402/404), 67/94 (fls. 405/407) e 130/94 (fls. 408/410).

Conclusão: esses preços apresentavam-se livres dos impostos incidentes e da parcela relacionada à entrega do produto ao consumidor, ou seja, da taxa de entrega domiciliar. Isto é o que se desume das Portarias acima mencionadas e das demais acostadas aos autos. Todas acusavam a não inclusão, nos preços por elas estabelecidos, da taxa de entrega domiciliar, a qual ficava a cargo da distribuidora, além da não inclusão dos tributos incidentes.

Portanto, os preços constantes nas referidas Portarias não são os preços máximos a que faz alusão o art. 674, do RICMS/91.

Pois bem. Após questionada, a Impugnante declarou ao Fisco, através do documento de fl. 06, que em consonância com o disposto nos §§ 1.º e 2.º, do art. 22, da Portaria n.º 843/90, acima transcritos, que agregava o percentual de 33% (trinta e três por cento) ao preço de portaria da Base de Distribuição Primária. Ora, este é, justamente, o preço a ser praticado pela distribuidora, estipulados pelas Portarias supramencionadas.

Relevante se torna observar, então, que o preço máximo ou único de venda a consumidor, eleito pela art. 674, I, do RICMS/91, é aquele tabelado pelo órgão competente, adicionado do próprio ICMS, além da taxa de entrega domiciliar.

Outro não poderia ser o entendimento. Se a base de cálculo da substituição tributária deve expressar, o mais aproximado possível, o fato gerador ainda não ocorrido, mas de futuro evidente, é certo que deve ela conter todos os valores partícipes da composição do preço final ao consumidor, entre os quais figura a taxa de entrega domiciliar.

Embora tenha declarado ao Fisco de que agregava o percentual de 33 % ao preço estipulado para as Bases de Distribuição Primária, a Impugnante não incluía tal percentual na base de cálculo do ICMS/ST. O Fisco demonstra tal fato de maneira exemplificativa às fls. 1019/1020 dos autos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Aliás, a própria Impugnante reconhece tal fato ao dizer em sua impugnação (fl. 981): “A Impugnante realmente não considerou na base de cálculo para retenção do ICMS/ST a taxa de entrega domiciliar de GLP. E não considerou pelo simples motivo de que, além de ser-lhe impossível prever se a taxa de entrega domiciliar seria cobrada, a lei não manda considerar.”

Ora, como já acima exposto, a base de cálculo deveria ser o preço máximo ou único de venda a consumidor. Naturalmente que o preço só pode ser o máximo, se agregado àquele estipulado para as Bases de Distribuição Primárias (BDP), os impostos incidentes, fretes, carretos, seguros e despesas de entrega ao consumidor.

O percentual de 33 % declarado pela Impugnante, nada mais é que uma agregação ao preço nas BDP para cobrir todas estas despesas.

Por todo o exposto, fica evidente que a base de cálculo adotada pela Impugnante nas operações por ela praticadas com contribuintes varejistas mineiros foi inferior à devida.

Correta, desse modo, a exigência da parcela do ICMS/ST recolhido a menor e da Multa de Revalidação prevista no art. 56, § 2.º, da Lei 6.763/75.

Saliente-se, por fim, que o parágrafo único do art. 674 do RICMS/91, invocada na peça defensiva, não resguarda a Impugnante, porquanto disciplina atividade exercida por TRR, condição na qual ela não se enquadra.

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante são insuficientes para descaracterizar as infrações.

Diante do exposto, ACORDA a 2.ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de cerceamento do direito de defesa. No mérito, também à unanimidade, em julgar procedente o Lançamento, mantendo-se as exigências fiscais. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Mauro Rogério Martins e Luiz Fernando Castro Trópia.

Sala das Sessões, 18/02/02.

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente

José Eymard Costa
Relator