

Acórdão: 15.761/02/3^a
Impugnação: 40.010107715-65
Impugnante: Mizu S.A.
Proc. S. Passivo: Delcismar Maia Filho/Outro
PTA/AI: 01.000139853-51
Inscrição Estadual: 058.987789.0063
Origem: DIF/Diretoria de Fiscalização
Rito: Ordinário

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - CIMENTO - FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO ICMS/ST. Constatada a falta de retenção e recolhimento do ICMS referente ao diferencial de alíquotas por substituição tributária, incidente sobre operações de remessa e conseqüente entrada de cimento junto a contribuintes mineiros para uso e consumo, calculado pela diferença entre as alíquotas interna e interestadual aplicada sobre a base de cálculo do imposto cobrado na origem. Alegações da Autuada insuficientes para elidir as exigências fiscais. Infração plenamente caracterizada. Lançamento procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre falta de retenção e recolhimento do ICMS - Substituição Tributária devido pela remessa de cimento pelo Autuado, estabelecido no Estado do Espírito Santo, para empresas de construção civil, estabelecidas no Estado de Minas Gerais, para “uso e consumo”, como estabelece o Artigo 166, Anexo IX, do RICMS/96, aplicando-se, por conseqüência, a Multa de Revalidação prevista no Artigo 56, Inciso II e § 2º, da Lei nº 6.763/75, no período de 01/01/1999 a 30/06/2001.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 58/69, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 148/162.

A Auditoria Fiscal promove a *Diligência* de fls. 166, onde questiona ao Fisco se os valores da base de cálculo do ICMS/ST (informada na coluna “H” das planilhas de fls. 13/55) tiveram ou não a agregação do percentual de 20%, como informado no Item 9 do Anexo ao AI (fls. 12).

Como resultado do questionamento retro, retifica o Fisco a informação atinente à forma de obtenção da base de cálculo do ICMS/ST (fls. 168 e 218), e refaz as

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

planilhas referentes aos “Relatórios de Apuração do ICMS/ST Devido” (fls. 13/55, alterada para as de fls. 169/211), com a supressão das colunas de “Margem de Comercialização” e “Preço Varejo” e a correção das “quantidades” dos produtos descritas para alguns documentos fiscais, sem isto implicar em qualquer modificação nos valores do crédito tributário. De tal documentação, é dada vista ao patrono do sujeito passivo (fls. 212/213).

A Autuada se manifesta às fls. 214/216.

O Fisco, por sua vez, se manifesta às fls. 220/223.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 226/232, opina pela procedência do Lançamento.

DECISÃO

DA PRELIMINAR

Da nulidade do Auto de Infração

Propugna a Impugnante pela *nulidade* da peça lançadora, sob o argumento de não ter sido identificada a origem do ICMS/ST ora exigido, além da confusa indicação dos dispositivos tidos como infringidos, em desacordo com o Artigo 57 da CLTA/MG, para o que não se aplica o precedente estabelecido pelo Artigo 60 de tal norma legal.

Todavia, não lhe assiste razão, vez que a descrição da irregularidade constante tanto no Auto de Infração (fls. 02/03), quanto no “Relatório Fiscal” (fls. 08/12 e 168), é clara ao acusá-la de ter deixado de “*reter e recolher o ICMS/ST incidente pelas entradas de cimento para contribuintes estabelecidos no Estado de Minas Gerais destinadas para uso e consumo do destinatário*”, e de que tal imposto é resultante da “*aplicação do percentual relativo à diferença entre as alíquotas interna e interestadual*”.

A arguição da Autuada é motivada pela sua exclusiva falta de entendimento dos pressupostos da exigência fiscal.

Sustenta que o Fisco exige imposto e multa correspondente, por substituição tributária, pelas saídas subseqüentes da mercadoria (cimento) ou pelo diferencial de alíquotas.

Ora, o relatório da peça fiscal é bastante claro. Menciona literalmente que a exigência refere-se à falta de retenção e recolhimento relacionados à entrada do cimento para uso e consumo do destinatário, calculado pela aplicação do percentual entre a alíquota interna e a interestadual. Não fala nada em relação às saídas subseqüentes da mercadoria.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Verifica-se, pois, que não se justifica a arguição de nulidade, devendo ser de plano rejeitada.

DO MÉRITO

Antes de qualquer análise a respeito do lançamento em questão, deve-se deixar bem claro o pressuposto legal da exigência fiscal.

Trata-se, simplesmente, de exigência de diferencial de alíquotas por substituição tributária, conforme toda legislação capitulada pelo Fisco no campo próprio do Auto de Infração.

O artigo 166, Anexo IX, RICMS/96, estabelece a exigência de retenção e recolhimento do imposto por substituição tributária na situação fática em foco:

Efeitos de 01/11/97 a 11/11/2002 - Redação dada pelo art. 12 e vigência estabelecida pelo art. 20 , III, ambos do Dec. nº 39.277, de 28/11/97 - MG de

"Art. 166 - Nas operações com cimento de qualquer espécie, classificado na posição 2523 da NBM/SH, efetuadas entre contribuintes situados neste e nos Estados do Acre, Alagoas, Amapá, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Pará, Paraíba, Paraná , Pernambuco, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Rondônia, Roraima, Santa Catarina, São Paulo, Sergipe e Tocantins, fica atribuída ao estabelecimento industrial ou importador, na condição de contribuinte substituto, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto devido nas subseqüentes saídas ou **na entrada para o uso ou consumo do destinatário.**" (Grifado)

Considerando-se que o remetente da mercadoria, Autuado, substitui os destinatários, contribuintes do imposto, na obrigação tributária principal dos mesmos, referente à operação em questão, qual seja, entrada de mercadoria (cimento) para seu uso e consumo, o imposto devido neste caso é o diferencial de alíquotas, como estabelecido no parágrafo primeiro do artigo 43 do RICMS/96:

Art. 43 -

§ 1º - Na hipótese de entrada de mercadoria, em decorrência de operação interestadual, em estabelecimento de contribuinte no Estado, para uso, consumo ou imobilização, e de utilização, pelo mesmo, do respectivo serviço de transporte, fica o contribuinte mineiro obrigado a recolher o valor do imposto resultante da aplicação do percentual relativo à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, observado o disposto no artigo 84 deste Regulamento e, se for o caso, o disposto no item 12.4 do Anexo IV.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Dessa forma, toda a argumentação empreendida pela Autuada concernente à capitulação dúbia referente à exigência fiscal cai por terra. A exigência comporta as duas facetas, ou seja, substituição tributária e diferença de alíquotas.

O sujeito passivo, apenas para argumentar, admite como exigência a do “*diferencial de alíquotas do ICMS/ST*”. Em sua tese, rechaça o Convênio ICMS 71/89 e alega que a grande maioria das destinatárias dos documentos autuados, enquanto “empresas de construção civil e concreteiras”, não são contribuintes do ICMS, como dispõe o Artigo 8º do Decreto-Lei nº 406/68 e o Item 32 da Lista de Serviços, anexa à Lei Complementar nº 56/87, e que o cimento por elas adquirido não se destinou ao uso e consumo, o que invalida a exigência do dito diferencial.

Melhor sorte não obtém a Impugnante, pois, além da indiscutível responsabilidade a ela atribuída, como substituta tributária, pela retenção e recolhimento do ICMS/ST devido na entrada de *cimento* para uso e consumo do destinatário (artigo 20, inciso III, Parte Geral, c/c artigo 166, Anexo IX, ambos do RICMS/96), acha-se bem definida na legislação mineira a condição de “contribuinte” das *empresas de construção civil* para fins do pagamento do ICMS/Diferencial de alíquotas - Artigo 178, Inciso III e Parágrafo Único, Anexo IX, do citado Regulamento (fls. 155), norma editada em consonância com as disposições do Convênio ICMS 71/89 (fls. 156).

Ademais, além de várias destinatárias das notas fiscais autuadas nem mesmo se enquadrarem na referida qualificação, como demonstra o Fisco no relato de fls. 154, a própria Autuada admite a condição de contribuinte para tais empresas, ao utilizar a alíquota de 12% para as operações próprias (artigo 12, § 1º, alínea “a”, Lei nº 6.763/75).

Já com relação à documentação anexada pelos Autuantes, às fls. 168/211, verifica-se que não implicou em qualquer modificação prejudicial ao trabalho fiscal, como arguiu a Impugnante.

Primeiro, porque houve apenas a retificação da informação descrita no Item 9 do “Anexo - Autuação Fiscal” (fls. 12 e 168), adequando-a ao procedimento efetivamente adotado para obtenção da base de cálculo do ICMS/ST. Aliás, a própria Contribuinte demonstrou pleno conhecimento disto, ao afirmar que “*o trabalho fiscal adota como base de cálculo da operação própria a mesma base de cálculo adotada para se encontrar o ICMS/ST*” (fls. 215).

Segundo, porque a eliminação das colunas de “Margem de Comercialização” e “Preço de Varejo” se deu simplesmente pela sua inutilidade em tal levantamento (planilhas de fls. 13/55, substituídas pelas de fls. 169/211).

Terceiro, a correção nas “quantidades” descritas para o cimento *a granel*, referente a alguns documentos fiscais, não influenciou no valor das respectivas operações e, muito menos, no montante do crédito tributário.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

E, por último, o “Relatório de Apuração do ICMS/ST Devido” (fls. 169/211) demonstra claramente a forma de obtenção do ICMS/ST ora exigido.

Portanto, de todo o acima exposto, verifica-se que restaram plenamente caracterizadas as infringências à legislação tributária, sendo, por conseguinte, legítimas as exigências constantes do Auto de Infração em comento.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, por maioria de votos, em rejeitar a arguição de nulidade do Auto de Infração. Vencido o Conselheiro Antônio César Ribeiro (Relator) que acolhia a arguição de nulidade. No mérito, também por maioria de votos, julgou-se procedente o lançamento. Vencido o Conselheiro retro referido que o julgava improcedente. O Conselheiro Antônio César Ribeiro apresentará voto em separado, nos termos do artigo 43 do Regimento Interno do CC/MG. Designado Relator o Conselheiro Edwaldo Pereira Salles (Revisor). Participaram do julgamento, além dos signatários e do Conselheiro vencido, o Conselheiro Francisco Maurício Barbosa Simões.

Sala das Sessões, 05/12/02.

Aparecida Gontijo Sampaio
Presidenta

Edwaldo Pereira de Salles
Relator Designado

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS
--

Acórdão:	15.761/02/3 ^a
Impugnação:	40.010107715-65
Impugnante:	Mizu S.A.
Proc. S. Passivo:	Delcismar Maia Filho/Outro
PTA/AI:	01.000139853-51
Inscrição Estadual:	058.987789.0063
Origem:	DIF/Diretoria de Fiscalização
Rito:	Ordinário

Voto proferido pelo Conselheiro Antônio César Ribeiro, nos termos do artigo 43 do Regulamento Interno do CC/MG.

No caso vertente, percebe-se dos autos que o Auto de Infração impugnado elenca duas vertentes contraditórias, no que concerne à tipificação da irregularidade.

A primeira delas é, se o feito fiscal estaria recaindo sobre “operações subsequentes”, falando do ICMS/ST; ou sobre o “diferencial de alíquotas”. São essas as circunstâncias tributárias tipificadas no AI.

Vejam que há dispositivos contraditórios no Auto de Infração, pois externam dispositivos e fatos DIFERENTES e INCOMPATÍVEIS entre si.

Essa “confusão” do Auto de Infração é tão patente no caso vertente dos autos, que o próprio Auditor Fiscal, no saneamento do trabalho, determinou a realização de diligências junto ao “autuante”.

Aliás, reconhece também o Auditor essa circunstância da “confusão”, ainda que “en passant”, quando invoca em favor do trabalho o disposto no artigo 60, da CLTA/MG.

Diante do exposto, acolho a preliminar de cerceamento do direito de defesa da Impugnante e, conseqüentemente, de nulidade do Auto de Infração, tendo em vista que a todo momento nos autos demonstrou não ter compreendido inequivocamente a acusação que lhe era imposta neste feito.

No mérito, sorte também não assiste ao trabalho fiscal, pois o “diferencial de alíquotas do ICMS/ST” não é cabível na hipótese vertente, a luz dos conceitos legais de “consumidor final” e “produto intermediário”, descritos nos incisos III e IV do Artigo 222 do RICMS/96, pois a mercadoria que é objeto da acusação - cimento - nada mais é que a matéria prima essencial na atividade dos destinatários, posto que se tratam de construtoras e concreteiras.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante do exposto e pedindo “venia” às opiniões em contrário, julgo o lançamento improcedente.

Sala das Sessões, 05/12/02.

**Antônio César Ribeiro
Conselheiro - CC/MG**

TAO

CC/MG