

Acórdão: 16.250/03/3ª Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010110496-85
Impugnante: Lafarge Brasil S.A.
Proc. S. Passivo: Tereza Cristina Leal Rodrigues Bessa/Outro(s)
PTA/AI: 01.000142393-78
Inscr. Estadual: 277.082044.13-86
Origem: DF/Governador Valadares

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - CIMENTO - RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS/ST. Constatou-se que a Autuada deixou de incluir ou incluiu a menor, na base de cálculo do ICMS/ST, o valor do frete referente às operações de saída de cimento com destino a contribuintes varejistas mineiros.

Lançamento procedente – Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre insuficiência de recolhimento de ICMS/ST em razão da não inclusão ou inclusão a menor das despesas de frete para a apuração da base de cálculo tributável, no exercício de 2002.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 428 a 432.

Afirma que o fisco, ao descrever a infração supostamente cometida pela Impugnante, alega que a mesma teria deixado de incluir ou teria incluído a menor, na base de cálculo do ICMS/ST, as despesas de frete e questiona qual teria sido, exatamente, o ato praticado.

Indaga que, se foram as duas infrações, em qual período teria ocorrido a falta de inclusão e em qual se deu a inclusão a menor.

Entende que o ato da autoridade que imputa ao autuado fato não claro, mesmo quando indica dispositivo legal, está a impedir o devido processo legal e conseqüentemente melhor defesa, nulificando o Auto de Infração.

Assegura que ao efetuar o cálculo do ICMS/ST inclui o valor do frete na base de cálculo do imposto e o faz pelo valor correto, com base nos preços normalmente cobrados.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assevera que, ainda que não incluísse na base de cálculo as referidas despesas, não poderia ser penalizada, pois o prestador do serviço de frete recolhe, sobre o preço de seu serviço, o ICMS devido sobre a sua operação.

Percebe como bi-tributação o fato de exigir-se que o serviço de transporte, sobre o qual o imposto já foi pago, passe a integrar uma vez mais a base de cálculo do ICMS devido por um terceiro (no caso o substituído tributário).

Advoga que, ainda que se entenda que o frete deveria ser incluído na base de cálculo do ICMS/ST, a responsabilidade pelo recolhimento da diferença não caberia à Impugnante, mas sim aos adquirentes das mercadorias, uma vez que estes são os reais contribuintes do imposto.

Adverte que cobrar esta diferença da Impugnante equivale a ferir o Princípio da Capacidade Contributiva.

Requer, ao final, a improcedência do lançamento.

A taxa de expediente é recolhida conforme DAE de fls. 433.

O Fisco, em manifestação de fls. 456 a 459, refuta as alegações da defesa.

Cita os dispositivos legais em que se baseia a autuação.

Exemplifica didaticamente os cálculos efetuados a fim de se chegar aos valores de ICMS/ST recolhidos a menor para as notas fiscais constantes da planilha de fls. 006 a 287, onde a modalidade do frete é CIF.

Ressalta que o valor do frete é sujeito ao ICMS em relação ao transportador mas que é despesa de frete em relação à formação do montante da base de cálculo do ICMS/ST, sobre a qual será aplicada a parcela de 20% de agregação.

Acrescenta que para o caso de frete FOB (constante das fls. 288 a 300 e 302 a 423) em que o varejista assume a obrigação de transportar o cimento da plataforma do autuado até seu estabelecimento por sua conta e risco, cabe ao autuado encontrar ou calcular o valor do frete e demais despesas (carreto e descarga inclusive) pagas pelo destinatário, após o que incluí-los no montante, para, sobre este, acrescentar a parcela de 20% a que se refere o §1º, do art. 172, do Anexo IX, do RICMS.

Explica que, como a despesa de frete FOB não foi lançada pelo autuado, foi feito um arbitramento dessa despesa por saco de cimento para cada município (fls. 425/426), tendo sido arbitrados valores mínimos e portanto provavelmente abaixo dos praticados.

Requer a procedência do lançamento.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 475/480, opina pela procedência do lançamento.

DECISÃO

DAS PRELIMINARES

A autuada alega ter havido cerceamento do seu direito de defesa pelo fato do lançamento não estar claro, razão porque pleiteia a nulidade do AI.

Questiona a Impugnante sobre qual teria sido, exatamente, o ato praticado, não inclusão ou inclusão a menor das despesas de frete na base de cálculo do ICMS/ST?

Não se nota no Auto de Infração qualquer restrição ao direito de defesa da Impugnante, uma vez que o lançamento é claro. As planilhas que compõem o AI (fls. 006 a 300 e 302 a 423) descrevem de forma didática os cálculos das bases de cálculo do ICMS/ST, documento a documento, eliminando a dúvida argüida pela Impugnante.

Ressalta-se que a autuada apresentou a sua impugnação a contento, não demonstrando qualquer desconhecimento do que se lhe imputava como infração à legislação tributária.

Assim, não procede a tese de nulidade do Auto de Infração defendida pela Impugnante pois está clara a infração argüida pela fiscalização e a Impugnante demonstrou tê-la entendido perfeitamente ao elaborar sua defesa.

DO MÉRITO

O feito fiscal refere-se ao fato da Impugnante ter deixado de incluir, ou ter incluído a menor, na base de cálculo do ICMS/ST, o valor do frete referente às operações de saída de cimento com destino a contribuintes varejistas mineiros, no exercício de 2002.

A Lei Complementar 87/96 assim dispôs no seu art. 6º:

Art. 6º - Lei estadual poderá atribuir a contribuinte do imposto ou a depositário a qualquer título a responsabilidade pelo seu pagamento, hipótese em que o contribuinte assumirá a condição de substituto tributário.

§ 1º - A responsabilidade poderá ser atribuída em relação ao imposto incidente sobre uma ou mais operações ou prestações, sejam antecedentes, concomitantes ou subseqüentes, inclusive ao valor decorrente da diferença entre alíquotas interna e interestadual nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, que seja contribuinte do imposto.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Trata-se, a autuada, de uma atacadista de cimento (CAE 43.7.2.10-7) o que a coloca na condição de substituta tributária nas operações envolvendo o produto.

Na Lei mineira 6763/75 a condição de substituto tributário da Impugnante é perfeitamente definida:

Art. 22 - Ocorre a substituição tributária, quando o recolhimento do imposto devido pelo:

(...)

II - adquirente ou destinatário da mercadoria pelas operações subseqüentes, ficar sob a responsabilidade do alienante ou do remetente da mercadoria;

O parágrafo sétimo do citado artigo prevê que, para obtenção da base de cálculo, nos casos de responsabilidade pelo pagamento do imposto por substituição tributária, será observado o disposto nos §§ 19 a 21 do artigo 13.

O referido parágrafo 19 do art. 13, da Lei 6763/75 assim dispõe:

§ 19 - A base de cálculo, para fins de substituição tributária, será:

(...)

2) em relação a operação ou prestação subseqüentes, obtida pelo somatório das parcelas seguintes:

a) o valor da operação ou da prestação própria realizada pelo substituto tributário ou pelo substituído intermediário;

b - o montante dos valores de seguro, **de frete** e de outros encargos cobrados ou transferíveis ao adquirente ou ao tomador de serviço;

c - a margem de valor agregado, nela incluída a parcela referente ao lucro e o montante do próprio imposto, relativa a operação ou prestação subseqüentes, que será estabelecida em regulamento, com base em preço usualmente praticado no mercado considerado, obtido por levantamento, ainda que por amostragem, ou através de informações e outros elementos fornecidos por entidade representativa do respectivo setor, adotando-se a média ponderada dos preços coletados. (g. n.)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O art. 172 do Anexo IX, do RICMS/96 reforça o dispositivo legal ao determinar que 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 sendo que o parágrafo primeiro dispõe que, não havendo a fixação do preço máximo, a base de cálculo do imposto, para o 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).

Depreende-se dos autos que as vendas efetuadas pela autuada se deram tanto sob cláusula CIF (planilhas de fls. 006 a 287), quanto sob cláusula FOB (constante das fls. 288 a 300 e 302 a 423).

As planilhas de fls. 006 a 287, que se referem às vendas sob a cláusula CIF, demonstram que o fisco corretamente formou a base de cálculo do ICMS/ST pela agregação dos valores de IPI e frete ao valor total de cada nota fiscal, adicionando-se em seguida o percentual de 20%, conforme estabelecido pelo §1º do art. 172, do anexo IX, do RICMS/96.

Sobre esta base de cálculo aplicou a alíquota de 18% (vigente nas operações internas com o produto em questão) subtraindo deste resultado, o imposto devido pela operação própria da autuada e o ICMS/ST que havia sido destacado em cada nota fiscal.

Do valor total encontrado como diferença a recolher em cada mês, ainda foi subtraído aquele recolhido à título de ICMS/ST sobre o frete, conforme consta da totalização de cada mês (nas planilhas de fls. 006 a 287) e no quadro I, relativo às operações com cláusula CIF (fls. 427).

Nas planilhas de fls. 288 a 300 e 302 a 423 (relativas às vendas sob cláusula FOB), o fisco relaciona todas as notas fiscais cuja despesa de frete não fora incorporada na base de cálculo do ICMS/ST e arbitra, documento por documento, o valor do respectivo frete, com base nos valores mínimos praticados por saco de cimento em 2002, da plataforma da empresa Impugnante, em Governador Valadares, para os diversos municípios para onde a autuada comercializa sua mercadoria.

A demonstração desses valores mínimos de frete por saco de cimento encontra-se nos autos às fls. 425 a 426 onde consta, para cada município, o número da nota fiscal que contém o menor valor praticado.

Importa salientar que o fisco não acresceu, às bases de cálculo encontradas para as operações com cláusula FOB, o percentual de 20% tal como previsto no §1º, do art. 172, do Anexo IX, do RICMS/96, apesar de informar que o tenha feito.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ressalta-se, entretanto, que esta falta de majoração da base de cálculo revelou-se mais benéfica ao contribuinte na medida em que minorou o valor final do crédito tributário.

A Impugnante percebe como bi-tributação o fato de exigir-se que o serviço de transporte, sobre o qual o imposto já foi pago, passe a integrar uma vez mais a base de cálculo do ICMS devido por um terceiro (no caso o substituído tributário).

Equivoca-se, entretanto, uma vez que o imposto sobre a prestação de serviço de transporte não se confunde com o imposto ST devido na comercialização do cimento. Este último apenas tem, agregado à sua base de cálculo, a despesa com o transporte da mercadoria que nada mais é que um ônus na venda da mercadoria, imediatamente sofrido pelo vendedor (ainda que transferido para o adquirente).

Estando a infringência e a penalidade corretamente capituladas no Auto de Infração e tendo havido, por parte da Autuada, retenção a menor do imposto devido por substituição tributária, a multa de revalidação foi corretamente aplicada em dobro.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do Auto de Infração. No mérito, também à unanimidade, em julgar procedente o lançamento, de acordo com o parecer da Auditoria Fiscal. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Windson Luiz da Silva e Wagner Dias Rabelo (Revisor).

Sala das Sessões, 25/11/03.

Edwaldo Pereira de Salles
Presidente

Mauro Rogério Martins
Relator