

Acórdão: 16.613/04/1^a Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010110816-78
Impugnante: Camargo Correa Cimentos S/A
Proc. S. Passivo: Marciano Seabra de Godoi/Outros
PTA/AI: 01.000142752-42
Inscr. Estadual: 758.014206.03-58
Origem: DF/Ipatinga

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - CIMENTO - RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS/ST - BASE DE CÁLCULO. Constatada a retenção e recolhimento a menor do ICMS devido por Substituição Tributária em operações de saída de cimento, promovidas pela Autuada com destino a estabelecimento atacadista mineiro, em virtude de apuração incorreta da base cálculo do imposto, pois, ao considerar, como preço de partida, o praticado pela indústria e não aquele adotado pelo distribuidor nas operações com o comércio varejista, contrariou a regra estabelecida no Artigo 172, § 1º, Anexo IX, do RICMS/96, e no Artigo 170, § 1º, Parte 1, Anexo IX, do RICMS/02. **Infração caracterizada. Exigências fiscais mantidas. Lançamento procedente. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação de que o contribuinte efetuou a retenção e o recolhimento a menor do ICMS/ST, em virtude da adoção equivocada da base cálculo, ou seja, deixou de observar o disposto no § 1º do art. 172 do Anexo IX do RICMS/96 e no § 1º do 170 do Anexo IX do RICMS/02, por considerar como preço de partida o praticado pela indústria e não aquele do distribuidor, praticado nas operações com o comércio varejista. Exige-se ICMS e MR.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 1844 a 1860, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 1899 a 1900.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 1903 a 1908, opina pela procedência do lançamento.

DECISÃO

A lide se circunscreve na definição da base de cálculo do ICMS devido por substituição tributária a ser utilizada nas operações efetuadas pela Autuada, enquadrada

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

no Código de Atividade Econômica 10.4.2.00-9 – “Fabricação cimento e clínquer”, com destino a dois estabelecimentos atacadistas de “Atacadão Material de Construção Ltda.” cujo C.A.E., 43.7.2.99-9, se refere a “Comércio atacadista de materiais de construção não classificados”.

Afastese, então, de plano, a possibilidade de aplicação do § 2º do art. 172 do anexo IX do RICMS/96 (e respectivo dispositivo no RICMS/02), dado que este se refere a saídas de mercadorias para estabelecimento varejista, promovida diretamente pelo estabelecimento industrializador. Somente nesta hipótese, o artigo prevê que o preço de partida a ser utilizado é o praticado pela indústria, critério pleiteado pela ora Impugnante.

Quanto a este aspecto, é conclusivo que o Fisco acertadamente exige diferenças entre os valores apurados pelo contribuinte em confronto com aqueles **determinados** no § 1º do art. 172 do anexo IX do RICMS/96 (e respectivo dispositivo no RICMS/02). Vale a transcrição:

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 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).

Poder-se-ia cogitar, ainda que em foro inadequado, do excesso da regulamentação frente à lei, mas a inferência seria incorreta. É que a Lei nº 6.763/75 anui com tal preço de partida quando prevê em seu art. 13:

...

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

1) em relação a operação ou prestação antecedentes ou concomitantes, o valor da operação ou da prestação praticado pelo contribuinte substituído;

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 subsequente, 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.

(o original não está grifado nem sublinhado)

Assim, não há se falar em preço de partida correspondente àquele praticado pela indústria em sua operação própria. A matéria já foi objeto de Consultas de Contribuintes de outras empresas do mesmo setor de atividades junto à SLT e mesmo perante à antiga DLT/SRE. É o que se lê na resposta à Consulta nº 128/91:

CONSULTA

1- Qual o valor inicial para a formação da base de cálculo do ICMS devido por substituição tributária nas remessas promovidas diretamente do estabelecimento industrializador para o atacadista ou distribuidor?

RESPOSTA

1 - Nas remessas promovidas diretamente do estabelecimento industrializador para o atacadista ou distribuidor, não havendo a fixação oficial de preço máximo de venda da mercadoria, a varejo, o industrial, na condição de contribuinte substituto, deve considerar 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 e carreto e demais encargos transferidos ao varejista, ainda que cobrados por terceiros, adicionado da parcela resultante da aplicação, sobre o referido montante, do percentual de 20% (vinte por cento).

Em outra Consulta, a de nº 029/2003, relativa a situação idêntica, a resposta é taxativa:

Assim, em que pese a dificuldade apresentada pela Consulente em conhecer o valor praticado pelo

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

distribuidor atacadista, outro não poderá ser o valor adotado, senão aquele apurado na forma explicitada acima, sob pena de se ver contrariada a norma prevista pela legislação.

O mesmo entendimento já está sedimentado neste e. Conselho de Contribuintes, que no Acórdão nº 15.544/03/2ª (Relator o eminente Conselheiro José Eymard Costa), infere o critério correto para se determinar o preço de partida nos casos como o “sub examine”. Leia-se o seguinte fragmento:

PARA TAL FIM, ATRAVÉS DE ARQUIVOS MAGNÉTICOS FORNECIDOS PELA AUTUADA, O FISCO ELABOROU O "RELATÓRIO DE APURAÇÃO DO ICMS/ST DEVIDO" (FLS. 18/349), ADOTANDO A BASE DE CÁLCULO PREVISTA NO ART. 172, § 1.º, DO ANEXO IX, DO RICMS/96, EXIGINDO A DIFERENÇA APURADA NA COLUNA "DIFERENÇA ICMS/ST", OBTIDA PELA DEDUÇÃO DO VALOR EFETIVAMENTE DEVIDO E AQUELE DESTACADO EM CADA DOCUMENTO FISCAL.

Do exposto é perceptível que, ao contrário do que propugna o ilustre patrono da Autuada, inexistem outras condições estabelecidas na legislação para a aplicação do dispositivo, como a pretensa “existência de estatísticas confiáveis, inclusive reconhecidas pelo fisco, que sirvam de parâmetro seguro e objetivo para que o contribuinte substituto possa efetivamente calcular a base de cálculo da ST a partir do preço do substituído intermediário redunde num valor razoável e compatível com os preços médios cobrados do consumidor final”.

Quanto à irresignação face à inclusão do IPI e do frete na composição da base de cálculo, uma vez mais improcedente a tese da Impugnante. É expressa a disposição legal, a regulamentar (já transcritas acima) e vasta a jurisprudência administrativa neste sentido, como já verificou a própria Autuada, por exemplo, no julgado de que resultou o Acórdão nº 2.787/03/CE, desta Casa.

Destaque-se que o ilustre autuante houve por bem trazer à colação um grande número de cópias de notas fiscais de saídas, emitidas pelo atacadista destinatário das operações autuadas, praticadas pelo Sujeito Passivo, denotando o zelo em apreciar os valores exigidos pela norma (fls. 414 a 1169 e 1397 a 1839).

Quanto à multa de revalidação qualificada, claramente se mostra adequada a situação sub examine àquela abstratamente prevista no art. 56, § 2º, “*litteris*”:

Efeitos de 31/12/97 a 31/10/2003 – Redação dada pelo art.1º e vigência estabelecida pelo art. 17, ambos da Lei nº 12.729/97.

"§ 2º - Tratando-se de crédito tributário por não-retenção ou de falta de pagamento do imposto retido em decorrência de substituição tributária, as multas serão cobradas em dobro, quando da ação fiscal, aplicando-se as reduções previstas no inciso II deste artigo."

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Aos demais argumentos expendidos pela Impugnante é imperioso aplicar o previsto no artigo 142 da Lei nº 6.763/75, nos seguintes termos:

Art. 142 - Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo;

II - a aplicação da equidade.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Marciano Seabra de Godoi e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Bruno Rodrigues de Faria. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Mauro Rogério Martins e Windson Luiz da Silva.

Sala das Sessões, 23/06/04.

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente/Revisora

Antônio Jorge Freitas Lopes
Relator

AJFL/EJ