

Acórdão: 16.958/05/3ª Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010113090-67
Impugnante: Mizu S.A.
Proc. S. Passivo: Delcismar Maia Filho/Outro(s)
PTA/AI: 01.000144936-14
Inscrição Estadual: 058.987789.0063
Origem: CONEXT-RJ/DGP/SUFIS

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 uso e consumo de empresas estabelecidas no Estado de Minas Gerais, 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 01/07/2001 a 31/12/2002.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente, através de procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 52/65, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 113/134.

A Auditoria Fiscal, através do parecer de fls. 139/146, opina pela procedência do lançamento.

A 3ª Câmara de Julgamento, em sessão realizada aos 15/09/2004, deliberou converter o julgamento na Diligência de fls. 148, dirigida ao Fisco, tendo por objeto esclarecer se a base de cálculo da ST era igual à base de cálculo da operação própria e para que o fisco trouxesse aos autos, por amostragem, algumas notas fiscais objeto da autuação.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A fiscalização do Núcleo de Contribuintes Externos do ICMS/ST do Rio de Janeiro, à fl. 151, comunica ao patrono do contribuinte autuado a anexação de cópias de notas fiscais aos autos, relaciona-as e também encaminha cópia das mesmas ao contribuinte, reabrindo-lhe o prazo de cinco dias para vista.

O procurador da Autuada pede (fl. 153) que a vista dos autos se dê em repartição localizada em Belo Horizonte ou mesmo em recinto do Conselho de Contribuintes de Minas Gerais.

Às fls. 156/157 a fiscalização manifesta-se contrariamente à concessão de vista em repartição fazendária localizada em Belo Horizonte, uma vez que junto com o Ofício nº 0912/04/CON, foram anexadas cópias das notas fiscais relacionadas à fl. 155.

A Auditoria Fiscal, decide retornar os autos à origem (fl. 160) já que, apesar da informação de que as cópias das notas fiscais, relacionadas à fl. 155, teriam sido anexadas aos autos, o mesmo não ocorreu, ou seja, não houve a citada anexação.

O Núcleo de Contribuintes Externos do Rio de Janeiro faz anexar aos autos (fls. 161/181) as cópias das notas fiscais citadas à fl. 155 e, através do Ofício nº 017/05/CON (fl. 182) notifica o fato ao contribuinte autuado, reabrindo-lhe novamente o prazo de cinco dias para vista (fl. 183).

Comparecendo uma vez mais aos autos, a Autuada apresenta os argumentos descritos à fl. 184, contra os quais o Fisco se manifesta à fl. 189.

Por fim, a Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 191/193, ratifica seu posicionamento anterior, opinando pela procedência do Lançamento.

DECISÃO

Preliminar – Nulidade do Auto de Infração:

Propugna a Impugnante pela nulidade da peça lançadora que, no seu entender, não prima pela clareza, objetividade e precisão dos dispositivos tidos como infringidos.

Todavia, não lhe assiste razão, vez que a descrição da irregularidade constante tanto no Auto de Infração (fls. 03/04), quanto no “Relatório Fiscal” (fls. 09/10), é clara ao acusá-la de ter deixado de “reter e recolher o ICMS/ST referente ao diferencial de alíquotas incidente pelas entradas de cimento destinadas para o uso ou consumo de contribuintes estabelecidos no Estado de Minas Gerais”.

No que tange aos dispositivos do Regulamento do ICMS citados como infringidos (fls. 04, 09 e 10), também não merece guarida a argumentação da Envolvida, na medida em que eles traduzem a infração por ela cometida e permitem a perfeita identificação da natureza do ilícito tributário.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O Artigo 20, III, do RICMS/96 e RICMS/02, em caráter geral, atribui ao remetente a responsabilidade pelo recolhimento do imposto devido pelo destinatário da mercadoria, na hipótese de sua entrada ou recebimento para uso, consumo ou ativo permanente.

Já o artigo 43, § 1º, do RICMS/96 e o artigo 42, § 1º, I, do RICMS/02 definem a forma de apuração do ICMS/ST e da diferença entre as alíquotas interna e interestadual em tais situações.

Por sua vez, o Artigo 44, XII, do RICMS/96 e o artigo 43, XII, do RICMS/02 estabelecem a base de cálculo do imposto relativo a tal diferencial. O artigo 85, II, “a.1” prevê o prazo para quitação do imposto.

O artigo 166, do Anexo IX, do RICMS/96, e o artigo 164, do Anexo IX, do RICMS/02, atribuem ao estabelecimento industrial, na condição de contribuintes substitutos, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto devido nas subseqüentes saídas ou entradas para o uso ou consumo do destinatário.

Por fim, o artigo 178, inciso III e parágrafo único, do Anexo IX do RICMS/96 e o artigo 176, inciso III e parágrafo único, do Anexo IX do RICMS/02 referem-se à incidência do diferencial de alíquotas para o caso em apreço.

Mérito:

O feito fiscal refere-se ao fato da Impugnante, na condição de substituta tributária, ter deixado de reter e recolher aos cofres do Estado de Minas Gerais, valores de ICMS/ST devido pela entrada de cimento para o uso ou consumo de destinatários mineiros, no período de 01/07/2001 a 31/12/2002.

O art. 32, do RICMS/96, assim como o art. 32, do RICMS/02, determinam que o valor a recolher, a título de substituição tributária, será a diferença entre o imposto calculado mediante aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo definida para a substituição e o devido pelas operações próprias.

Por meio do “Relatório de Apuração do ICMS/ST Devido” (fls. 13/48) pode-se constatar que o Fisco corretamente formou a base de cálculo do ICMS/ST, acrescentando ao valor do cimento lançado em cada nota fiscal os valores de IPI e do frete.

Acrescente-se que a base de cálculo adotada pelo Fisco corresponde, exatamente, ao valor total de cada nota fiscal, pois, por se tratar de remessas de cimento para uso e consumo do adquirente, a própria Impugnante agregou os valores correspondentes ao IPI e ao frete.

Sobre esta base de cálculo aplicou a alíquota de 18% (vigente nas operações internas com o produto em questão), encontrando um valor que, subtraído do ICMS da

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

operação própria da Impugnante, possibilitou encontrar o valor do ICMS/ST apurado (coluna H), que corresponde ao diferencial de alíquotas.

Conforme tratado em preliminar, os dispositivos do Regulamento do ICMS citados como infringidos (fls. 04, 09 e 10), traduzem a infração cometida e permitem a perfeita identificação da natureza do ilícito tributário.

Não procede a argumentação da Impugnante de que as destinatárias das notas fiscais autuadas não são contribuintes do ICMS, por serem “empresas de construção civil e concreteiras”.

A condição de contribuinte das empresas de construção civil, para fins de pagamento do diferencial de alíquotas do ICMS, acha-se definida na legislação mineira no art. 178, inciso III e parágrafo único, do Anexo IX, do RICMS/96 e no art. 176, inciso III e parágrafo único, do Anexo IX, do RICMS/02.

As consultas 031/99 e 108/2002, citadas e parcialmente transcritas pelo Fisco às fls. 120/126, extirpam qualquer dúvida quanto à incidência e obrigatoriedade do recolhimento do ICMS referente ao diferencial de alíquota quando a empresa de construção civil promover a entrada de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação, adquiridos para fornecimento em obra contratada e executada sob sua responsabilidade, ficando assegurado ao Estado de localização da obra o recolhimento da parcela relativa à diferença entre as alíquotas interna e a interestadual.

É, pois, indiscutível a responsabilidade da Impugnante, como substituta tributária, pela retenção e recolhimento do ICMS/ST devido na entrada de cimento para uso e consumo do destinatário.

Além do artigo 20, Inciso III, Parte Geral do RICMS/96 e do RICMS/02 c/c artigo 166, do Anexo IX, do RICMS/96 e art. 164, do Anexo IX, do RICMS/02, toda a legislação tributária converge para o mesmo entendimento.

A Lei Complementar 87/96 assim dispôs em 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

E o art. 9º prevê que “a adoção do regime de substituição tributária em operações interestaduais dependerá de acordo específico celebrado pelos Estados interessados”.

O Protocolo ICM 11/85, com suas posteriores alterações, traduz-se no citado acordo entre os Estados da Federação, o que permite afirmar ser perfeitamente legal a atribuição da condição de contribuinte substituta à Impugnante nas operações relacionadas nos autos.

Na Lei mineira n.º 6763/75, a condição de substituta tributária da Impugnante é perfeitamente definida:

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

(...)

III - adquirente ou destinatário da mercadoria, ainda que não contribuinte, pela entrada ou recebimento para uso, consumo ou ativo permanente, ficar sob a responsabilidade do alienante ou do remetente da mercadoria.”

Reza o parágrafo terceiro:

“§ 3º - Caso o responsável esteja situado em outra unidade da Federação, a substituição dependerá de acordo entre os Estados envolvidos.”

A Impugnante afirma que as operações que tiveram como destinatária a empresa Construtora OAS Ltda. foram realizadas com a alíquota interna e que, por isso, não procede a exigência de qualquer diferença a título de diferencial de alíquotas.

Tal alegação, entretanto, não se fez acompanhar de provas materiais de sua ocorrência. Aliás, pelas cópias das notas fiscais acostadas aos autos (fls. 161/181 – amostragem) em função da Diligência de fl. 148, o que se percebe é que na maioria das notas fiscais a alíquota aplicada foi a prevista para operações interestaduais (12%).

Mesmo que se considerasse verídica a informação prestada pela Impugnante, ainda assim seria cabível a exigência do diferencial de alíquotas para o Estado de Minas Gerais, uma vez que, consoante o art. 155, § 2º, VIII, da Constituição Federal, cabe ao Estado da localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual nas operações que destinem bens a consumidor final, contribuinte do imposto.

Assim, caso a Impugnante realmente tenha destacado o imposto da operação própria com base na alíquota interna e não na interestadual, cabe-lhe efetuar, junto à unidade da Federação de origem (no caso, Espírito Santo), o pedido de restituição de indébitos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTE DO ESTADO DE MINAS GERAIS

É incontestável que as aquisições de cimento pelas empresas destinatárias que não se enquadram no conceito de empresa de construção civil o foram para seu uso ou consumo e, neste caso, não há o que se questionar quanto a procedência do lançamento.

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

Observações Finais – Diligência – fl. 148:

Um dos objetivos da diligência era que o Fisco esclarecesse se a base de cálculo da ST era igual à base de cálculo da operação própria, ou se houve agregação de IPI e frete.

A fiscalização do Núcleo de Contribuintes Externos do ICMS/ST do Rio de Janeiro, à fl. 155, confirma que a base de cálculo da substituição tributária foi formada pelo valor da operação própria acrescida dos valores do frete e do IPI, conforme já houvera sido indicado à fl. 12 dos autos.

Há que se reiterar, no entanto, que a base de cálculo adotada pelo Fisco corresponde, exatamente, à base de cálculo da operação própria praticada pela Autuada. Tal afirmação pode ser comprovada pela aplicação da alíquota de 12% (doze por cento) sobre a “B. Cálculo ICMS/ST” lançada na coluna “E”, do quadro de fls. 13/48. Com a utilização dessa alíquota será obtido o valor do “ICMS Op. Própria” da Impugnante. (coluna “G”). Ou seja, por se tratar de remessas de cimento para uso e consumo do adquirente, a própria Impugnante agregou os valores correspondentes ao IPI e ao frete.

A segunda solicitação da 3ª Câmara de Julgamento foi para que o Fisco trouxesse aos autos, por amostragem, algumas notas fiscais objeto da autuação o que foi atendido às fls. 161/181.

A Impugnante, apesar de comparecer aos autos (fls. 153 e 184) não trouxe qualquer questionamento quanto ao mérito da presente autuação, limitando-se a solicitar que a abertura de vista (face à juntada das notas fiscais) se desse na cidade de Belo Horizonte, local onde tem domicílio o seu procurador.

Tal pleito não encontra guarida na legislação mineira e, ainda que fosse possível, no caso em apreço revela-se totalmente dispensável haja vista que o Fisco, através do Ofício nº 0912/04/CON (fl. 151), encaminhou ao contribuinte as cópias das notas fiscais que foram anexadas aos autos, o que foi admitido pelo próprio contribuinte à fl. 184.

Diante do exposto, ACORDA a 3.ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do Auto de Infração. No mérito, por maioria de votos, em julgar procedente o lançamento. A Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão fundamentou o seu voto alicerçada no art. 88 da CLTA. Vencido o Conselheiro Luiz Fernando Castro Trópia (Relator) que o julgava improcedente. Designado relator o Conselheiro José Eymard Costa. Pela Impugnante,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

sustentou oralmente o Dr. Delcismar Maia Filho e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Célio Lopes Kalume. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros acima mencionados.

Sala das Sessões, 06/05/05

Aparecida Gontijo Sampaio
Presidente

José Eymard Costa
Relator

CC/MG

Acórdão: 16.958/05/3^a Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010113090-67
Impugnante: Mizu S.A.
Proc. S. Passivo: Delcismar Maia Filho/Outro(s)
PTA/AI: 01.000144936-14
Inscrição Estadual: 058.987789.0063
Origem: CONEXT-RJ/DGP/SUFIS

Voto proferido pelo Conselheiro Luiz Fernando Castro Trópia, nos termos do art. 43 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

Trata a espécie dos autos de constatação pela fiscalização de falta de retenção e recolhimento do ICMS/ST devido pela remessa de cimento pela empresa Autuada, estabelecida no Estado do Espírito Santo, para uso e consumo de empresas estabelecidas no Estado de Minas Gerais, pelo que se exige ICMS e MR.

Ao contrário dos entendimentos esposados na instrução processual do presente feito, “*data venia*”, o que se apura na espécie é que as aquisições de cimento pelas empresas destinatárias se enquadram no conceito de construção civil, não sendo tais aquisições destinadas ao uso e consumo das mesmas.

Nesse sentido, o trabalho fiscal não merece prosperar, tendo em vista que o diferencial de alíquotas do ICMS/ST não é cabível na espécie dos autos, sob a ótica dos conceitos de “consumidor final” e “produto intermediário” descritos nos incisos III e IV do art. 222, do RICMS/96, uma vez que o cimento constitui-se de matéria prima na atividade das empresas mineiras destinatárias.

Destarte, julgo improcedente o lançamento no sentido de cancelar as exigências de ICMS e MR formalizadas na peça inicial.

Sala das Sessões, 06/05/05.

Luiz Fernando Castro Trópia
Conselheiro