

Acórdão: 17.204/06/2^a Rito: Sumário
Impugnação: 40.010118313-75
Impugnante: Distribuidora de Bebidas ABC - Indústria & Comércio Ltda.
Proc. S. Passivo: Marcos Luciano Lage
PTA/AI: 01.000152899-05
Inscr. Estadual: 408.834220.00-42
Origem: DF/Juiz de Fora

EMENTA

SUSPENSÃO – DESCARACTERIZAÇÃO. Constatação de remessa de mercadoria para industrialização fora do Estado ao abrigo da suspensão do imposto, sem retorno no prazo previsto no subitem 1.1 do Anexo III do RICMS/02. Descaracterizada a suspensão, considerando-se ocorrido o fato gerador do imposto na data da remessa. Infração caracterizada. Exigências fiscais de ICMS, Multa de Revalidação e Multa Isolada capitulada no artigo 57 da Lei 6763/75 mantidas.

BASE DE CÁLCULO – SUBFATURAMENTO. Constatação de que a Autuada promoveu venda de mercadoria, utilizando-se indevidamente de base de cálculo inferior à prevista no artigo 43, inciso IV, alínea “a” do RICMS/02. Infração caracterizada. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação e Multa Isolada capitulada no inciso VII do artigo 55 da Lei 6763/75 mantidas.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre as seguintes imputações fiscais:

1) falta de emissão de nota fiscal e respectivo recolhimento do ICMS como determina a nota 2 do Anexo III do RICMS/02, uma vez que não cumpriu o prazo estipulado no subitem 1.1 do mesmo Anexo - exigências de ICMS, Multa de Revalidação e da Multa Isolada capitulada no artigo 57 da Lei n.º 6.763/75;

2) venda de mercadorias através da Nota Fiscal n.º 006307, de 29 de dezembro de 2005, utilizando-se indevidamente de base de cálculo do ICMS inferior à prevista no artigo 43, inciso IV, alínea “a” e, conseqüentemente, efetuou um recolhimento a menor do ICMS - exigências de ICMS, Multa de Revalidação e da Multa Isolada capitulada no inciso VII do artigo 55 da Lei n.º 6.763/75.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 25/36, aos argumentos que passamos a sintetizar:

- a autuação não merece prosperar, vez que atenta contra seu legítimo direito, acarretando enriquecimento ilícito por parte do Estado;

- o fiscal não apontou qualquer das hipóteses do inciso VI do artigo 53 do RICMS/MG, sendo que todas as suas solicitações foram atendidas, portanto, não pode fundamentar suposta infringência, sobre fato totalmente abstrato, desconhecido;

- o fiscal não poderia arbitrar a base de cálculo na situação de lisura que se apresenta a documentação fiscal;

- em relação à descaracterização da suspensão do ICMS aplicou-se a Multa Isolada estatuída no artigo 57 da Lei nº 6.763/75, a qual tem uma gradação legal, entretanto sem os critérios que deverão ser adotados pelo Fisco;

- se a lei não define os critérios para gradação da penalidade, e diante da dúvida acerca da exata quantidade de UFEMG cabível na espécie, há de ser interpretada de maneira mais favorável ao contribuinte, aplicando-se 1.000 UFEMGs;

- se por absurdo entender-se que houve descumprimento de obrigação acessória, a penalidade cabível seria a prevista no artigo 54, inciso VI da Lei nº 6.763/75;

- deve ser decretada a nulidade do Auto por não haver cumprido requisito essencial à sua lavratura, ou seja, liquidez e certeza da infração cometida, bem como a legitimidade do cálculo do lançamento tributário;

- o erro do Direito tem origem no erro do critério jurídico, fundamento utilizado pelas autoridades fiscais para legitimar a autuação;

- cita decisão do Supremo Tribunal Federal pela qual decidiu-se que o erro de direito não autoriza a retificação do lançamento efetuado, bem como doutrina sobre o tema;

- o artigo 37 da Constituição Federal de 1988, determina como um dos princípios da administração pública e atributo necessário do ato administrativo o respeito ao Princípio da Legalidade;

- no sistema jurídico brasileiro, a instância administrativa pode anular os atos administrativos ilegítimos ou ilegais, praticados pelos agentes do Estado, não devendo a autuação ser acolhida, pois está eivada de vícios que a torna ilegal, e afronta aos princípios da segurança jurídica, da legalidade, da transparência, da moralidade e eficiência da administração pública;

- quanto à imputação de utilização de base de cálculo do ICMS inferior à prevista no artigo 43, inciso IV, alínea “a” do RICMS/MG não está correta a autuação

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

pois em 15 de abril de 2005 adquiriu da empresa Stratus Indústria e Comércio Ltda., a mercadoria constante da Nota Fiscal n.º 00304 que trata-se de produto agrícola semi-elaborado denominado preparado composto não alcoólico da Amazônia, cuja NCM é 2106.9010/Ex-01 (alíquota IPI 27%);

- a legislação federal que rege o IPI prescreve que neste tipo de operação o adquirente deste produto tem direito a um crédito presumido de IPI, no montante de 27% do valor total dos produtos, mesmo que ele não tenha sido destacado na nota fiscal, assim o custo líquido livre de impostos é de R\$ 1.098.019,35 e qualquer valor de venda superior a este é o lucro bruto do produto;

- o ICMS e o IPI são suportados pelo adquirente, portanto, devem ser excluídos da base de cálculo;

- o valor unitário de R\$ 95,50 de cada produto constante na Nota Fiscal n.º 6307, referente à venda dos produtos para a Praiamar Indústria Comércio e Distribuição Ltda., está errado, pois deveria constar o valor de R\$ 75,20;

- vivemos num país democrático e se por acaso decide vender abaixo do seu preço de custo, com o intuito de equilibrar sua vida financeira, não existe ilicitude nesta prática mercadológica, haja vista a sazonalidade existente no ramo em que atua;

- exigir o suposto ICMS que o Fisco entende não ter sido recolhido, além de atentar contra a ordem jurídica, afronta os princípios da capacidade contributiva, da segurança jurídica, da legalidade, da transparência, da moralidade e eficiência da administração pública.

Ao final requer que seja declarada a nulidade e a insubsistência do feito fiscal.

O Fisco se manifesta às fls. 71/78 contrariamente à posição da Impugnante refutando seus argumentos, aos fundamentos que se seguem resumidamente:

- o Auto de Infração não apresenta qualquer vício quanto a sua forma ou matéria tratada, contendo a descrição dos fatos que motivaram as exigências fiscais de forma clara em seu relatório e, pormenorizada, no relatório fiscal contábil;

- a descaracterização da suspensão do ICMS aplicada à operação de remessa para industrialização por meio da Nota Fiscal n.º 3359 deve-se à expiração do prazo concedido para a fruição do benefício sem que houvesse o retorno da mercadoria;

- a segunda irregularidade refere-se ao recolhimento a menor de ICMS e multas pela utilização de base de cálculo do imposto inferior à prevista no artigo 43, inciso IV, alínea “a” do RICMS/02 na Nota Fiscal n.º 6307, sendo que a Impugnante não aponta qualquer inconsistência na descrição do fato motivador da ação fiscal, demonstrando ter compreendido perfeitamente os motivos pelos quais foi autuada;

- quanto à primeira irregularidade constante do Auto de Infração, a base de cálculo do ICMS foi arbitrada com base no artigo 53, inciso IV do RICMS, uma vez

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

que o valor constante da nota fiscal de remessa para industrialização não merece fé por ser notoriamente inferior ao valor real das mercadorias, situação constatada pela Nota Fiscal de aquisição n.º 304, emitida por Stratus Indústria e Comércio Ltda. (fls. 14);

- com relação à Multa Isolada prevista no artigo 57 da Lei nº 6.763/75, no valor de 5.000 UFEMGs, esta foi aplicada em função do descumprimento da obrigação acessória decorrente da falta de emissão da nota fiscal prevista na nota 2, alínea “a”, Anexo III do RICMS/02 já que para tal infração, não há penalidade específica, estando, por esse motivo, correta a capitulação dessa penalidade;

- a Impugnante alega que o Fisco cometeu erro ao capitular essa penalidade, pois haveria penalidade específica prevista no artigo 54, incisos VI ou X da Lei nº 6.763/75; entretanto o inciso VI desse dispositivo se relaciona à ausência de requisito ou indicação regulamentar e nada tem haver com a infringência cometida que se relaciona com a falta de emissão de nota fiscal;

- da mesma forma, o inciso X não está relacionado à infringência praticada, pois prevê punição pela falta de documento, aí entendido o formulário ou talonário em branco, que deverá estar sempre disponível no estabelecimento;

- com relação à graduação máxima da penalidade, esta foi aplicada em conformidade com o disposto nos artigos 219 e 220 do RICMS que regulamentam o artigo 57 da Lei nº 6.763/75;

- a Nota Fiscal n.º 3359 foi emitida em 29 de abril de 2005, portanto, o prazo para o retorno, de 180 dias, seria em 26 de outubro de 2005 e, findo o prazo, o contribuinte deveria ter emitido uma nota fiscal no dia 27 de outubro de 2005 com destaque do ICMS e recolhido o tributo em guia de arrecadação distinta, o que não foi feito;

- a mesma mercadoria, que anteriormente teria sido remetida para industrialização, foi vendida em 29 de dezembro de 2005, por meio da Nota Fiscal n.º 6207, em operação interestadual, para a empresa Praitmar Ind. Com. Distribuição Ltda., fazendo a Autuada constar na sua nota fiscal o valor de R\$ 1.521.984,25 como base de cálculo do ICMS, sendo que tal valor é notoriamente inferior ao que estipula a legislação;

- a própria Autuada em sua impugnação admite ter excluído da base de cálculo as parcelas relativas ao ICMS, ao IPI e aos demais tributos federais por entender que somente o seu “custo livre de impostos” acrescido de sua margem de lucro seria passível de tributação;

- essa mesma mercadoria foi adquirida da empresa Stratus Ind. Comércio Ltda., através da Nota Fiscal n.º 0304 no valor total de R\$ 1.932.920,00 constando como base de cálculo do ICMS o mesmo valor, e imposto destacado no valor de R\$ 231.950,40 (fls. 14);

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- a base de cálculo da aquisição é bem superior àquela utilizada na venda o que, por si só, conflitaria com o esperado em uma operação mercantil habitual;

- a exclusão dos tributos estaduais e federais não tem embasamento legal;

- a alegação do crédito presumido do IPI é irrelevante para a apuração da base de cálculo do ICMS, uma vez que esse é meramente escritural e se compensaria com o IPI devido e cobrado por fora na operação seguinte, sendo que este benefício fiscal concedido pela legislação federal jamais interferiria na base de cálculo do ICMS;

- no presente lançamento, tomou-se como base de cálculo dessa operação interestadual apenas o preço de custo de aquisição das mercadorias transacionadas, desconsiderando inclusive eventuais lucros obtidos;

- a afirmação de ter cometido erros apenas no valor unitário constante da nota fiscal é artifício para justificar os argumentos da Impugnante, pois, o valor unitário constante do documento fiscal corresponde ao mesmo valor unitário da mercadoria quando de sua aquisição, sendo este o valor mínimo a ser considerado para apuração da correta base de cálculo do ICMS;

- o direito de vender abaixo do seu custo não está em discussão, podendo o contribuinte dispor de seus bens e mercadoria como entender, mas está obrigado por lei a recolher o tributo devido sobre a base de cálculo disposta na legislação.

Pelo exposto, pede seja julgado procedente o lançamento.

DECISÃO

A autuação versa sobre as seguintes imputações fiscais:

1) falta de emissão de nota fiscal e respectivo recolhimento do ICMS como determina a nota 2 do Anexo III do RICMS/02, uma vez que não cumpriu o prazo estipulado no subitem 1.1 do mesmo Anexo - exigências de ICMS, Multa de Revalidação e da Multa Isolada capitulada no artigo 57 da Lei n.º 6.763/75;

2) venda de mercadorias através da Nota Fiscal n.º 006307, de 29 de dezembro de 2005, utilizando-se indevidamente de base de cálculo do ICMS inferior à prevista no artigo 43, inciso IV, alínea “a” e, conseqüentemente, efetuou um recolhimento a menor do ICMS - exigências de ICMS, Multa de Revalidação e da Multa Isolada capitulada no inciso VII do artigo 55 da Lei n.º 6.763/75.

Da Preliminar

Preliminarmente, a Impugnante pede a nulidade do Auto de Infração ao argumento de que não foram preenchidos os pressupostos essenciais para a sua formalização e de que não teria sido garantido seu amplo direito de defesa.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Aduz ainda a Defendente que o Fisco não teria identificado parâmetros legais para exigir as multas aplicadas e que, como a Lei n.º 6.763/75 não estabelece tais parâmetros, deveria ser aplicado o artigo 112 do Código Tributário Nacional e utilizado o percentual mais baixo.

Entretanto, da análise do Auto de Infração recebido pela Impugnante, bem como do Relatório Fiscal Contábil de fls. 08 a 11, verifica-se que os mesmos contêm todos os requisitos exigidos na legislação, inclusive as indicações precisas das infringências e penalidades, nos termos do artigo 58, da Consolidação da Legislação Tributária Administrativa do Estado de Minas Gerais - CLTA/MG, aprovada pelo Decreto n.º 23.780/84, *in verbis*:

“Art. 58 - O Auto de Infração deverá conter os mesmos elementos da Notificação de Lançamento.

I - prazos em que o crédito tributário poderá ser pago com multa reduzida;

II - intimação para apresentação de impugnação administrativa, se cabível, com indicação do prazo e data de seu início, assim como da repartição competente para recebê-la;

III - anotação de se tratar de crédito tributário não contencioso, quando for o caso;

IV - circunstância de a intimação do sujeito passivo ter sido feita por edital, quando for o caso.

§ 1º - Nos casos de lavratura de TRM ou TAD, uma via do termo lavrado deverá acompanhar o respectivo AI.

§ 2º - Se o depositário for pessoa estranha ao procedimento fiscal, uma cópia do AI e do TAD lhe serão entregues, contra recibo.

§ 3º - Nos casos de crédito tributário não contencioso e de falta de entrega de documento fiscal, o AI poderá ser expedido por processamento eletrônico, ficando dispensada a lavratura do termo previsto no inciso I do artigo 51.

.....”

Diante da análise da legislação acima transcrita verifica-se claramente que o presente lançamento atende aos requisitos de certeza e liquidez do crédito tributário levantados pela Impugnante, bem como está em conformidade com os princípios da capacidade contributiva, da segurança jurídica, da legalidade, da transparência, da moralidade e eficiência da administração pública.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ademais, cumpre lembrar que a própria CLTA/MG estabelece ainda que possíveis incorreções ou omissões da peça fiscal, no caso em tela o Auto de Infração, não acarretarão sua nulidade, quando nela constarem elementos suficientes para determinar com segurança a natureza da infração argüida.

A natureza das infrações imputadas à Impugnante está precisamente delimitada nos presentes autos, sendo que esta delas se defendeu com os argumentos expostos na fase de relatório e que serão estudados e averiguados na fase de mérito desta decisão.

Destaque-se que, na lavratura do Auto de Infração foram observados, além dos requisitos previstos no citado artigo 58 da CLTA/MG, o artigo 142 do Código Tributário Nacional. As infrações foram expressamente descritas pelo Fisco no relatório da peça fiscal, tendo sido devidamente apontados os dispositivos tidos por infringidos, bem como as penalidades impostas.

Verifica-se, por outro lado, que a Impugnante foi regularmente intimada do Auto de Infração, recebendo para análise todos os anexos que o compõem, tendo exercido com plenitude seu direito de defesa.

No que tange às alegações acerca da impropriedade da metodologia utilizada para a exigência da Multa Isolada tem-se que, relativamente à primeira irregularidade constante do Auto de Infração, a base de cálculo do ICMS foi arbitrada com base no artigo 53, inciso IV do Regulamento do ICMS aprovado pelo Decreto n.º 43.080/02, uma vez que o valor constante da nota fiscal de remessa para industrialização não merecia fé por ser notoriamente inferior ao valor real das mercadorias.

Estabelece o inciso VI do artigo 53 do Regulamento do ICMS mineiro, *in verbis*:

“Art. 53 - O valor da operação ou da prestação será arbitrado pelo Fisco, quando:

.....

VI - em qualquer outra hipótese em que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações, os esclarecimentos prestados ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou por terceiro legalmente obrigado.”

No que tange à Multa Isolada prevista no artigo 57 da Lei n.º 6.763/75, no valor de 5.000 UFEMGs, esta foi aplicada em função do descumprimento da obrigação acessória decorrente da falta de emissão da nota fiscal prevista na nota 2, alínea “a”, Anexo III do RICMS/02. Para tal infração, não há penalidade específica, e por esse motivo está correta a capitulação dessa penalidade.

Também neste ponto importante apresentar a integralidade das normas contidas no dispositivo legal acionado pelo Fisco, a saber:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

“Art. 57 - As infrações para as quais não haja penalidade específica serão punidas com multa de 500 (quinhentas) a 5.000 (cinco mil) UFEMGs, nos termos de regulamento.”

Um dos pontos de defesa da Impugnante é a afirmativa que o Fisco teria cometido erro ao capitular essa penalidade, pois haveria penalidade específica prevista no artigo 54, incisos VI ou X da Lei n.º 6.763/75.

Note-se a redação de tais dispositivos pelos quais a Impugnante pleiteia a aplicação:

“Art. 54 - As multas para as quais se adotará o critério a que se refere o inciso I do caput do art. 53 desta Lei são as seguintes:

.....

VI - por emitir documento com falta de qualquer requisito ou indicação exigida em regulamento ou emití-lo com indicações insuficientes ou incorretas, bem como imprimir ou mandar imprimir documento fiscal em desacordo com a autorização da repartição competente - de 1 (uma) a 100 (cem) UFEMGs por documento;

.....

X - por não possuir ou deixar de manter, no estabelecimento, para acobertamento das operações ou prestações que realizar:

.....”

Pela simples leitura de tais dispositivos pode-se perceber a inadequação da conduta neles descrita como contrária aos procedimentos legais e aquela imputada à ora Impugnante.

O inciso VI do artigo 54, acima transcrito, diz respeito à falta de requisito ou indicação exigida em regulamento, sendo que a imputação fiscal é a falta de emissão da própria nota fiscal que deveria ser feita para acobertamento da operação.

O inciso X também não está relacionado à infringência imputada pelo Fisco à Impugnante, pois prevê sanção pela inexistência de documento fiscal, formulário ou talonário em branco, que é obrigação do contribuinte manter em seu estabelecimento para o devido uso quando da realização das operações de circulação de mercadorias.

Novamente reportando-se à questão levantada de graduação máxima da penalidade, temos que as normas seguidas pelo Fisco encontram-se elencadas nos artigos 219 e 220 do Regulamento do ICMS, que regulamentam o artigo 57 da Lei n.º 6.763/75, estabelecendo:

“Art. 219 - A infração para a qual não haja penalidade específica será punida com multa de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

500 (quinhentas) a 5.000 (cinco mil) UFEMG, observado o disposto no artigo seguinte.

§ 1º - A multa de que trata o *caput* deste artigo será calculada em função do valor da prestação de serviço, da operação ou da mercadoria a que se referir a infração, ou, na falta deste, com base no valor total das saídas de mercadorias do estabelecimento ou das prestações de serviços, no mês em que tenha ocorrido a infração.

§ 2º - Na impossibilidade de aplicação do disposto no parágrafo anterior, a multa será calculada em função do valor das saídas de mercadorias do estabelecimento ou das prestações de serviços, no mês anterior àquele em que a infração tenha sido cometida, ou, na falta desse valor, com base em montante arbitrado, relativamente a operações ou prestações realizadas em igual período, observado, para tanto, o disposto no artigo 54 deste Regulamento.

Art. 220 - A multa prevista no artigo anterior será aplicada, tendo por base os valores previstos nos §§ 1º e 2º do referido artigo, sob o seguinte critério:

I - valores até 20.000 (vinte mil) UFEMG: multa de 500 (quinhentas) UFEMG;

II - valores acima de 20.000 (vinte mil) e até 30.000 (trinta mil) UFEMG: multa de 1.000 (mil) UFEMG;

III - valores acima de 30.000 (trinta mil) e até 40.000 (quarenta mil) UFEMG: multa de 1.500 (mil e quinhentas) UFEMG;

IV - valores acima de 40.000 (quarenta mil) e até 50.000 (cinquenta mil) UFEMG: multa de 2.000 (duas mil) UFEMG;

V - valores acima de 50.000 (cinquenta mil) e até 60.000 (sessenta mil) UFEMG: multa de 2.500 (duas mil e quinhentas) UFEMG;

VI - valores acima de 60.000 (sessenta mil) e até 70.000 (setenta mil) UFEMG: multa de 3.000 (três mil) UFEMG;

VII - valores acima de 70.000 (setenta mil) e até 80.000 (oitenta mil) UFEMG: multa de 3.500 (três mil e quinhentas) UFEMG;

VIII - valores acima de 80.000 (oitenta mil) e até 90.000 (noventa mil) UFEMG: multa de 4.000 (quatro mil) UFEMG;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

IX - valores acima de 90.000 (noventa mil) e até 100.000 (cem mil) UFEMG: multa de 4.500 (quatro mil e quinhentas) UFEMG;

X - valores superiores a 100.000 (cem mil) UFEMG: multa de 5.000 (cinco mil) UFEMG.

Parágrafo único - Na determinação da faixa de valor, serão desprezadas as frações da UFEMG para apuração da multa aplicável."

Portanto, percebe-se que a legislação estipula que a multa será exigida em função do valor da operação praticada. Como o valor da operação é superior a 100.000 UFEMGs a penalidade será de 5.000 UFEMGs como determina o inciso X do artigo 220 acima transcrito.

Por todo o exposto entendemos incabíveis as prefaciais argüidas, não devendo, portanto, ser acatada a argüição de nulidade da peça formalizadora do lançamento.

Do Mérito

Analisadas as questões preliminarmente argüidas passe-se à análise do mérito das exigências.

Nesta linha, tem-se que a primeira irregularidade corresponde à exigência do imposto e Multas de Revalidação e Isolada em função da descaracterização da suspensão do ICMS aplicada à operação de remessa para industrialização realizada pela ora Impugnante acompanhada da sua Nota Fiscal, modelo 1, série 1, n.º 3359, emitida em 29 de abril de 2005.

O Fisco procedeu à descaracterização da suspensão do ICMS porquanto já se havia expirado o prazo concedido pela legislação para a fruição do benefício, que é de 180 dias (cento e oitenta dias) sem que houvesse o retorno da mercadoria.

Já a segunda irregularidade imputada à Impugnante, o cometimento refere-se ao recolhimento a menor de ICMS e Multas de Revalidação e Isolada pela utilização de base de cálculo do imposto inferior àquela prevista no artigo 43, inciso IV, alínea "a" do RICMS/02 em sua Nota Fiscal n.º 6307, de 29 de dezembro de 2005.

A Impugnante, talvez por se deter mais minuciosamente nas preliminares levantadas, não aponta, objetiva e efetivamente, qualquer inconsistência na descrição do fato motivador da ação fiscal, demonstrando sua compreensão dos motivos pelos quais foi autuada.

Neste diapasão, tem-se que a legislação tributária ao estabelecer a utilização do instituto da suspensão para situações tais como a tratada nos presentes autos, estabeleceu também, como condição para sua fruição, um prazo de 180 dias (cento e oitenta dias) para o retorno da mercadoria cuja saída tivesse se dado amparada por tal instituto.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Conforme consta na Nota 2 do Anexo III há exigibilidade do ICMS caso o prazo não seja cumprido, além de determinar a alínea “a” a obrigatoriedade de se emitir uma nota fiscal com destaque do imposto, *in verbis*:

“2 - Se a mercadoria não retornar nos prazos estipulados, ficará descaracterizada a suspensão, considerando-se ocorrido o fato gerador do imposto na data da remessa, observando-se o seguinte:

a - no dia imediato àquele em que vencer o prazo para o retorno, o remetente deverá emitir nota fiscal com destaque do imposto, indicando, como destinatário o detentor da mercadoria, e o número, série, data e valor da nota fiscal que acobertou a saída efetiva da mercadoria;

b - o imposto incidente na operação deverá ser recolhido em documento de arrecadação distinto, com os acréscimos legais.”

Ressalte-se, dada à importância da cronologia no caso tratado nos presentes autos, que a Nota Fiscal n.º 3.359, foi emitida em 29 de abril de 2005, portanto, o prazo para o retorno, de 180 dias, seria em 26 de outubro de 2005.

Na forma expressa na nota 2 acima transcrita, com o fim do prazo, a ora Impugnante deveria ter emitido uma nota fiscal com destaque do ICMS e recolhido o tributo em guia de arrecadação distinta. Entretanto, não se tem nos autos qualquer notícia de que este procedimento tenha sido tomado.

Já, no que se refere à segunda irregularidade, a mesma mercadoria, que anteriormente teria sido remetida para industrialização, foi vendida em 29 de dezembro de 2005, por meio da Nota Fiscal n.º 6207, em operação interestadual com destino à empresa Praimar Ind. Com. Distribuição Ltda..

Nesta operação, a Impugnante fez constar na sua nota fiscal o valor de R\$ 1.521.984,25 como sendo a base de cálculo do ICMS. Entretanto, a própria Defendente em sua impugnação admite ter excluído da base de cálculo as parcelas relativas ao ICMS, ao IPI e aos demais tributos federais por entender que somente o seu “custo livre de impostos” acrescido de sua margem de lucro seria passível de tributação.

Essa mesma mercadoria foi adquirida da empresa Stratus Ind. Comércio Ltda., acobertada pela Nota Fiscal n.º 0304, emitida em 15 de abril de 2005 no valor total de R\$ 1.932.920,00 constando como base de cálculo do ICMS o mesmo valor, e imposto destacado no valor de R\$ 231.950,40 (fls. 14).

Estes fatos permitem a conclusão de configuração de uma situação no mínimo inesperada numa operação mercantil, pois a base de cálculo da aquisição é bem superior àquela utilizada na venda.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Não foi apresentada pela Impugnante a sustentação legal utilizada para promover a exclusão dos tributos estaduais e federais.

Por outro lado tem-se que, como regra geral, o ICMS é um tributo que integra a sua própria base de cálculo nos termos do artigo 13, § 15º da Lei n.º 6.763/75. E, com relação ao IPI, também não caberia qualquer implicação na redução da base de cálculo do ICMS, pois o mesmo é um imposto cobrado por fora do preço da mercadoria, e havendo sua exigência esse seria agregado ao montante da operação e não subtraído como alegado pela Impugnante. Acrescente-se que, quando da aquisição da mercadoria, esta veio com isenção do IPI, e, portanto, não há no valor da mercadoria uma parcela de IPI incorporada.

A alegação do crédito presumido do IPI também não é suficiente para a apuração da correta base de cálculo do ICMS, uma vez que esse é meramente escritural e se compensaria com o IPI devido e cobrado por fora na operação seguinte. Portanto, esse benefício fiscal concedido pela legislação federal jamais interferiria na base de cálculo do ICMS.

A alegação de defesa de cometimento de erros apenas no valor unitário constante da nota fiscal também não se apresenta como suficiente para suportar os argumentos da Impugnante. De fato, o valor unitário constante do documento fiscal corresponde ao mesmo valor unitário da mercadoria quando de sua aquisição, sendo o valor mínimo a ser considerado para apuração da correta base de cálculo do ICMS.

Por derradeiro tem-se que não é contestado o direito da Impugnante, que realmente encontra-se constitucionalmente garantido, de vender até mesmo abaixo do seu custo. Entretanto, a lei fixa o valor da base de cálculo do ICMS e o contribuinte, apesar de ter o direito de dispor de suas mercadorias, está obrigado a recolher o tributo devido sobre a base de cálculo disposta na legislação.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª 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. Participaram do julgamento, além da signatária, os Conselheiros José Eymard Costa (Revisor), Luiz Fernando Castro Trópia e Edvaldo Ferreira.

Sala das Sessões, 31/10/06.

**Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente/Relatora**

lmpmp/vsf