

Acórdão: 18.111/07/1^a Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010117211-46
Impugnante: Holcim (Brasil) S.A
Proc. S. Passivo: Antônio Fortuna/Outros
PTA/AI: 01.000150049-43
Inscr. Estadual: 493.073229.00-18
Origem: DF/BH-2

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – CIMENTO – RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS/ST – Constatada a retenção e recolhimento a menor do ICMS/ST nas operações de saída de cimento, promovidas pela Autuada com destino a estabelecimento atacadista mineiro, em virtude da utilização indevida do preço de partida da própria indústria na composição da base de cálculo do ICMS/ST, ao invés do preço praticado por distribuidor ou atacadista nas operações com o comércio varejista, conforme determinam as disposições contidas no § 1º do art. 172, do Anexo IX, do RICMS/96 e § 1º do art. 170, Parte 1, do Anexo IX do RICMS/02 (vigentes à época). Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre recolhimento a menor do ICMS/ST devido nas operações de venda de “Cimento Portland CP II-E-32” com destino à empresa Avante Comércio de Cimento Ltda. (I.E. n.º 062.159546-0062 e CAE 43.7.2.10-7 – Comércio Atacadista de Cimento), realizadas no período de 01/01/2000 a 31/07/2004, em face da utilização do preço de partida da indústria na composição da base de cálculo do ICMS/ST, ao invés do preço de partida praticado pelo distribuidor ou atacadista nas operações com o comércio varejista, consoante determinam o § 1º do art. 172, do Anexo IX do RICMS/96 e § 1º do art. 170, Parte 1, do Anexo IX do RICMS/02. Exigências de ICMS/ST e MR.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 821/842, contra a qual o Fisco manifesta-se às fls. 849/870.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 872/881, opina pela procedência do lançamento.

DECISÃO

DAS PRELIMINARES

1 – Do Cerceamento de defesa

Argüi a Impugnante cerceamento de defesa, argumentando que não teve como conferir os documentos acostados ou citados no AI. Justifica que as planilhas possuem mais de 221 folhas, com centenas de NFs relacionadas, sendo impossível conferi-las no curto prazo de 30 dias. Sustenta, ainda, que não pôde fazer a conferência do trabalho em virtude de não ter tido acesso às NFs da distribuidora “Avante Comércio de Cimento Ltda.”. Requer, em virtude das razões expostas, seja inserida na tabela anexa ao AI os dados concernentes aos valores de suas vendas e os da empresa retro citado, além da juntada aos autos das cópias de todas as NFs citadas no AI emitidas pela destinatária do cimento e, em seguida, que lhe seja concedido o prazo de 90 dias para manifestar sobre os cálculos do Fisco.

No entanto, razão não lhe assiste, haja vista que os documentos objeto da autuação compreendem somente 5,4% das operações realizadas pela Autuada, no período objeto da autuação, conforme bem alertou o Fisco.

Ademais, a mencionada conferência não demandaria o tempo solicitado pela Impugnante, sendo perfeitamente viável a sua realização em prazo inferior aos 30 (trinta) dias previstos no art. 97 da CLTA/MG (Dec. 23.780/84). A título de exemplo, se a Autuada disponibilizasse pelo prazo de 20 (vinte) dias um funcionário para cotejar a referida planilha de 221 páginas, o mesmo teria que conferir por dia no máximo 12 páginas daquele documento, quantia esta bastante razoável.

Outrossim, foi entregue à Autuada arquivo eletrônico em formato Excel, com todos os registros constantes do Anexo IV (contendo os dados da referida planilha), a fim de facilitar a conferência do trabalho. **O documento de fls. 13, assinado pelo procurador da Autuada comprova o recebimento não só do citado arquivo, mas também de todos os Anexos do Auto de Infração.**

Quanto a falta de acesso às NFs da distribuidora “Avante Comércio de Cimento Ltda.” (cliente da Autuada) e a não menção na planilha que compõe o Anexo IV do AI dos dados relativos aos preços praticados pela mesma, insta destacar que parte destes documentos encontram-se nos autos, compondo o Anexo IX do AI (inseridos dentre os documentos de fls. 310/817). Relativamente a cada período da autuação foram anexadas, por amostragem 04 (quatro) notas fiscais da citada empresa.

Oportuno destacar que a própria empresa “Avante Comércio de Cimento Ltda.” forneceu ao Fisco documentos contendo informações acerca dos preços médios mensais da saca de “Cimento Portland CP II-E-32” que vendera durante o período autuado (doc. de fls. 241/295). Tais documentos compõem o Anexo VI do AI.

Conforme advertiu o Fisco, se fossem juntadas as notas fiscais emitidas pela supracitada distribuidora, certamente o presente processo teria 70 (setenta) volumes, o que constituiria um entrave para o regular desenrolar do processo.

A inserção na planilha de fls. 15/235 dos dados referentes aos preços de venda praticados pela própria Autuada é totalmente desnecessária e não acarreta o alegado cerceamento de defesa, uma vez tratar-se de documentação que a Impugnante certamente mantém arquivada, por força das disposições contidas no art. 16, inciso II da Lei 6763/75 c/c art. 96, inciso II, Parte Geral do RICMS/96 e RICMS/02, podendo, neste caso, consultá-la no momento que entender conveniente.

Diante do exposto, percebe-se que não prospera a arguição de cerceamento de defesa.

2 – Da nulidade do Auto de Infração

Argüi, ainda, a Impugnante a nulidade do AI, em face de equívoco cometido pelo Fisco, que indicou no Demonstrativo de Correção Monetária e Multas - DCMM, a “data de referência” coincidente com a “data de vencimento” do imposto. Alerta que a data de vencimento se dá no dia 09 do mês subsequente, conforme determina o art. 46, inciso III, alínea “a”, da Parte I do Anexo XV do RICMS/MG. Solicita a revisão dos valores das exigências fiscais. No caso da Câmara de Julgamento entender como válido o lançamento, requer sejam revisto o valor da exigência fiscal em virtude da citada incorreção, para tanto elabora planilha (fls. 844), com as correções que entende serem devidas (nas datas de vencimento e nos valores cobrados).

Entretanto, as datas de vencimento do imposto, inseridas no DCMM (no último dia de cada período de apuração), não devem ser alteradas por estarem corretas, haja vista que nos termos do inciso III, do art. 89, Parte Geral do RICMS/96 e RICMS/02 (a seguir transcrito), esgotou-se o prazo para pagamento do tributo referido na peça de defesa. Alerta-se que o prazo até dia 09 (nove) do mês subsequente ao período de apuração só prevalece para o recolhimento espontâneo do tributo, não se aplicando, portanto, ao caso em apreço, em que o crédito tributário foi apurado pelo Fisco.

“Art. 89 - Considera-se esgotado o prazo para recolhimento do imposto, **inclusive o devido a título de substituição tributária**, relativamente à operação com mercadoria cuja **saída**, entrega, transporte ou manutenção em estoque ocorra:

(...)

III - com documento fiscal que mencione destaque de valor do imposto inferior ao devido, com relação à diferença;” (gn)

Vale destacar que, muito embora o vencimento do imposto de todas as operações autuadas tenha se dado na data da saída das mercadorias, por questões operacionais no DCMM é lançado como data de vencimento o último dia do período de apuração, **sem qualquer prejuízo para a Autuada**, uma vez que o prazo para contagem da cobrança de juros (no tocante ao **tributo** exigido), somente se inicia no primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento do débito, consoante se extrai do art. 2º da Resolução 2.880 de 13/10/1997 c/c art. 226 da Lei 6763/75.

Assim sendo, deve ser afastada também esta prefacial.

DO MÉRITO

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Exige-se no presente Auto de Infração ICMS/ST e MR decorrentes da utilização pela Autuada de base de cálculo a menor do que a prevista no § 1º do art. 172, do Anexo IX do RICMS/96 e § 1º do art. 170, Parte 1, do Anexo IX do RICMS/02 (vigentes à época dos fatos). As operações objeto da autuação encontram-se listadas na Planilha constante do Anexo IV do AI (fls. 15/235). Tratam-se de documentos fiscais emitidos no período de 01/01/2000 a 31/07/2004, destinando Cimento Portland CP II-E-32 para atacadista mineiro - Avante Comércio de Cimento Ltda. (CNPJ n.º 18.673.566/0001-40, Inscrição Estadual n.º 062.159546.0062 e CAE 43.7.2.10-7).

Quanto à formação de base de cálculo do ICMS/ST do cimento prescrevia os dispositivos retro mencionados:

Art. 172, § 1º do Anexo IX do RICMS/96:

(Efeitos de 01/08/96 a 14/12/2002 - Redação original do RICMS/96.)

"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).

§ 2º - Quando a saída da mercadoria para o varejista for promovida diretamente pelo estabelecimento industrializador, o valor inicial, para o cálculo previsto no parágrafo anterior, será o preço praticado pela indústria." (gn)

Art. 170, § 1º, Parte 1, do Anexo IX do RICMS/02:

(Efeitos de 15/12/2002 a 28/06/2004 - Redação original do RICMS/02.)

"Art. 170 - 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 Imposto sobre Produtos Industrializados 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).

§ 2º - Quando a saída da mercadoria para o varejista for promovida diretamente pelo estabelecimento industrializador, o valor inicial, para o cálculo previsto no parágrafo anterior, será o preço praticado pela indústria." (gn)

(Efeitos de 29/06/2004 a 30/11/2005 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 7º, ambos do Dec. n.º 43.823 de 28/06/2004.)

"Art. 170 - A base de cálculo do imposto devido por substituição tributária:

I - é o preço máximo de venda da mercadoria a varejo, fixado pela **autoridade federal competente;**

II - não havendo a fixação do preço máximo, é a média ponderada dos preços a consumidor final usualmente praticado no mercado varejista, conforme tabela divulgada em comunicado da Superintendência de Legislação Tributária (SLT).

§ 1º - **Não havendo a base de cálculo prevista nos incisos I ou II do caput deste artigo,** para o efeito de retenção e recolhimento do imposto devido por substituição tributária, a base de cálculo será o montante formado pelo **preço praticado por distribuidor ou atacadista nas operações com o comércio varejista,** neste preço incluídos o valor do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), do frete, do carreto e das demais despesas cobradas ou debitadas ao destinatário, ainda que por terceiros, adicionado da parcela resultante da aplicação, sobre o referido montante, do percentual de 20% (vinte por cento).

§ 2º - Quando a saída da mercadoria para o varejista for promovida diretamente pelo estabelecimento industrializador, o valor inicial, para o cálculo previsto no parágrafo anterior, será o preço praticado pela indústria." (gn)

Oportuno repetir que todas as operações autuadas tiverem como destinatário o estabelecimento atacadista retro citado, tal fato deixa evidenciado que, de plano, afasta-se a possibilidade de aplicação do § 2º supra transcrito.

Não havendo, à época das operações autuadas, a fixação do preço máximo de venda da mercadoria pela autoridade federal competente e nem a divulgação da tabela referida no inciso II supra transcrito, o cálculo do ICMS/ST deveria, por imposição da norma retro transcrita, obedecer ao descrito no § 1º do citado artigo.

Para demonstrar a diferença do ICMS/ST devido, o Fisco elaborou a Planilha que compõe o Anexo IV do Auto de Infração (fls. 15/235), que contém as seguintes colunas preenchidas com dados extraídos das NFs autuadas: N.º da NF, Data

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

de Emissão, Quantidade e Valor dos Produtos, Base de Cálculo do ICMS, ICMS Destacado, Base de Cálculo do ICMS/ST e ICMS/ST e, ainda, as colunas relativas à (Apuração do Imposto), ou seja: Preço Médio Avante, BC/ST Apurada, ICMS/ST Apurado e Diferença a Recolher.

O preço de partida praticado pelo atacadista, utilizado pelo Fisco na composição da base de cálculo do ICMS/ST, mensalmente, foi obtido através de informações coletadas junto à própria destinatária das mercadorias (documentos de fls. 241/295). O Fisco anexou aos autos também cópias, por amostragem das NFs emitidas pela Avante Comércio de Cimento Ltda., relativas aos dias 05, 10, 15, 20 e 25 de cada mês, quando não houve movimento em qualquer desses dias, anexou-se cópia de NF emitida no primeiro dia útil subsequente (documentos inseridos dentre aqueles constantes às fls. 310/817).

Na peça de defesa apresentada argumenta a Impugnante que o lançamento não dever prosperar em virtude de 03 (três) motivos básicos: 1) houve rigoroso atendimento à legislação tributária do Estado de Minas Gerais; 2) impossibilidade de se saber com exatidão matemática qual a margem de lucro auferida pelo distribuidor nas suas operações; 3) o AI foi lavrado contra pessoa jurídica errada, vez que o ICMS é devido pelo distribuidor e não por ela/Impugnante.

Entretanto, as justificativas trazidas na Impugnação são frágeis e inadmissíveis, conforme a seguir será abordado.

Contrariamente ao alegado pela Impugnante, a base de cálculo do ICMS/ST por ela adotado não reflete o preço médio praticado pela destinatária (atacadista), haja vista que ao calcular o referido tributo a Autuada tomou como valor da operação da destinatária **preço inferior ao de custo do cimento**. O Fisco demonstra matematicamente esta situação, através de exemplos constantes às fls. 852/857, além de esclarecer que somente em relação a 76 notas fiscais (das 11.470) não se verificou esta situação.

É admissível que a Autuada não saiba o valor exato, no sentido da casa de unidades de centavos, pelo qual o distribuidor irá vender o cimento adquirido, porém não é aceitável supor-se que um comerciante (destinatária) vá vender um produto por preço inferior ao que lhe custou, conforme restou comprovado nos autos.

Quanto às alegadas oscilações de preços praticados na venda dos produtos pela destinatária, vale enfatizar que os preços no atacado variam na proporção direta dos preços praticados pela indústria. As “Tabelas” e “Gráficos” elaborados pelo Fisco às fls. 858/861 demonstram com clareza esta situação, relativamente aos preços praticados pela Autuada e sua cliente (Avante Comércio de Cimento Ltda.) no decorrer do período em que foram promovidas as operações autuadas.

Diversamente do entendimento da Impugnante, não é competência da Fazenda Pública fixar preço máximo de venda, sendo esta competência de outros órgãos imbuídos dessa responsabilidade. Oportuno repetir que, se não houve a fixação de preço máximo do produto autuado, como é o caso dos autos, há que se aplicar na formação da base de cálculo do ICMS/ST as disposições contidas no art. 172, § 1º, do Anexo IX, do RICMS/96 e art. 170, § 1º, Parte 1, do Anexo IX, do RICMS/02, os quais

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

se encontram em consonância com o disposto no item 2, do § 19, do art. 13, da Lei 6763/75.

A responsabilidade da Autuada pelo vertente crédito tributário alicerça-se nas disposições contidas no art. 22, inciso II e § 8º, item 1, da Lei 6763/75 c/c art. 166, do Anexo IX, do RICMS/96 e art. 164, Parte 1, do Anexo IX do RICMS/02.

A responsabilidade pelo recolhimento do ICMS/ST atribuída aos estabelecimentos atacadista, distribuidor ou depósito, na hipótese prevista no § 18 do art. 22 da Lei 6763/75, não anula a responsabilidade da Autuada em relação ao recolhimento do ICMS/ST e MR ora exigidos, tal dispositivo apenas atribuiu igual responsabilidade aos citados contribuintes. Vê-se, pois, que a citada norma definitivamente não impede que o fisco exija o referido tributo do estabelecimento industrial (vendedor).

As alegações da Impugnante sobre a impossibilidade de cumprimento da norma aplicada pela autuação fiscal, não são objeto de apreciação por este órgão julgador, em virtude do disposto no art. 88, inciso I da CLTA/MG (Dec. 23.780/84).

Ademais, conforme ressaltou o Fisco a Impugnante só não cumpriu a legislação pelas seguintes razões: 1) não teve a intenção de fazê-lo; 2) não se valeu de estimativas existentes no mercado e não buscou no mesmo informação sobre o preço praticado; 3) não se valeu da boa vontade dos distribuidores na obtenção das informações; 4) não moveu esforços para obtenção do real valor de venda do distribuidor; 5) não procurou descobrir o preço médio praticado no mercado.

Importante destacar que, no caso em apreço não se operou a alegada decadência, uma vez que para o imposto devido e não declarado e/ou pago, tem a Fazenda Pública o direito de constituir o crédito tributário no prazo decadencial estabelecido no art. 173, inciso I do CTN. Alerta-se que o AI foi recebido pessoalmente pelo representante legal da Autuada em 27/12/2005 (doc. de fls. 05), sendo os fatos geradores ora examinados relativos ao período compreendido entre 01/01/2000 a 31/07/2004.

O artigo 226 da Lei n.º 6763/75 estabelece a vinculação dos critérios adotados para a cobrança de juros moratórios e de correção de débitos estaduais decorrentes do não pagamento de tributos e de multas no prazo legal aos mesmos critérios prescritos para os débitos fiscais federais. Para disciplinar tal norma legal, o Secretário de Estado da Fazenda de Minas Gerais exarou a Resolução n.º 2.880, de 13/10/97, estabelecendo a aplicação da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC) para cobrança e cálculo dos juros moratórios.

Assim sendo, não procedem às alegações da Impugnante relativamente à ilegalidade da utilização da taxa SELIC para cálculo dos juros moratórios, bem como de sua aplicação sobre a multa.

Além disso, nos termos do disposto no art. 88, inciso I, da CLTA/MG, já mencionado, não se incluem na competência do CC/MG a declaração de inconstitucionalidade ou negativa de aplicação de lei, decreto ou ato normativo, conforme mencionado.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A teoria do confisco, referida pela Impugnante, relativamente à multa aplicada, não merece ser acolhida, posto que a CF/88 (art. 150, inciso IV) ao dispor sobre efeito confiscatório restringiu-se a tributos e não a penalidades.

Por derradeiro, vale acrescentar que desde 28/02/2003 a Autuada tinha ciência, através da resposta dada a **Consulta de Contribuinte n.º 029/2003** (cópia às fls. 819 e 820), de que estava calculando incorretamente o ICMS/ST em operações similares às autuadas, porém não tomou qualquer providência no sentido de adequar o cálculo do citado tributo aos termos da legislação tributária vigente.

Legítimas, portanto, as exigências fiscais.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar à unanimidade, em rejeitar as prefaciais argüidas pela Impugnante. No mérito, também à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Marismar Cirino Motta. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Vander Francisco Costa (Revisor) e Antônio César Ribeiro.

Sala das Sessões, 08/03/07.

Roberto Nogueira Lima
Presidente

Aparecida Gontijo Sampaio
Relatora