

Acórdão: 17.550/07/2ª. Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010117287-44
Impugnante: Empresa de Cimento Liz S/A
Proc. S. Passivo: Léo Galvão Fragoso/Outro(s)
PTA/AI: 01.000151819-93
Inscrição Estadual: 712.161301.00-60
Origem: DF/BH - 2

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – CIMENTO – RETENÇÃO E 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 determinavam o § 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 por maioria de votos.

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 São José Distribuidora de Cimento Ltda. (I.E. n.º 062.059701.0080 e CAE 43.7.2.10-7 – Comércio Atacadista de Cimento), realizadas no período de 01/03/2000 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 determinavam 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. 716/728.

A taxa de expediente é recolhida conforme DAE de fls.740 dos autos.

O Fisco, em manifestação de fls. 745/758, refuta as alegações da defesa.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 765/780, opina pela procedência do lançamento.

DECISÃO

Tendo em vista o bem elaborado parecer da Auditoria Fiscal, o mesmo fará parte da motivação desta decisão, com pequenas adequações, como segue.

Da Preliminar

Argüi a Impugnante a nulidade do Auto de Infração, haja vista que o Fisco procedeu à apuração do ICMS/ST com base em preço médio de venda do cimento praticado pelo atacadista, quando a lei específica não contempla tal prática. Adverte que não se pode atribuir ao fabricante a obrigação de controlar preço praticado pelo distribuidor ou atacadista.

No entanto, razão não lhe assiste, uma vez que o procedimento fiscal encontra-se alicerçado no art. 13, § 19, item II, da Lei 6763/75 (a seguir transcrito) c/c § 1º do art. 172, do Anexo IX do RICMS/96 e § 1º do art. 170, Parte 1, do Anexo IX do RICMS/02.

“Art. 13 - A base de cálculo do imposto é”:

(...)

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

(...)

2) **em relação a operação ou prestação subsequêntes**, 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 subsequêntes, 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. (gn)

Alerta-se que o citado dispositivo encontra-se em perfeita consonância com o art. 8º, inciso II, alínea “a” da LC 87/96, nos seguintes termos:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 8º A base de cálculo, para fins de substituição tributária, será:

(...)

II - em relação às operações ou prestações subseqüentes, obtida pelo somatório das parcelas seguintes:

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

Oportuno esclarecer que, contrariamente ao alegado pela Impugnante, os preços tomados pelo Fisco para composição da base de cálculo do ICMS/ST são efetivamente aqueles praticados pelo estabelecimento atacadista, destinatário das mercadorias (São José Distribuidora de Cimento Ltda.), consoante será demonstrado quando do exame do mérito.

Assim sendo, rejeita-se a prefacial argüida.

Do mérito

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. 14/188). Tratam-se de documentos fiscais emitidos no período de 01/03/2000 a 31/07/2004, destinando Cimento Portland CP II-E-32 para atacadista mineiro – São José Distribuidora de Cimento Ltda. (CNPJ n.º 03.562.661/0001-07, Inscrição Estadual n.º 062.059701.0080 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).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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).

(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).

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 dos citados artigos, posto que a destinatária do produto autuado exercia a atividade de comércio atacadista de cimento – CAE 43.7.2.10-7.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Para demonstrar a diferença do ICMS/ST devido, o Fisco elaborou a Planilha que compõe o Anexo IV do Auto de Infração (fls. 14/188), que contém as seguintes colunas preenchidas com dados extraídos das NFs autuadas: N.º da NF, Data de Emissão, Quantidade e Valor dos Produtos, Base de Cálculo do ICMS, ICMS Destacado, Base de Cálculo do ICMS/ST Utilizada e ICMS/ST Destacado e, ainda, as colunas relativas à “Apuração do Imposto”, ou seja: Preço Médio São José, 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, foi obtido através de **informações coletadas junto à própria destinatária das mercadorias, segundo se extrai dos documentos acostados às fls. 193/197.**

O Fisco anexou aos autos, por amostragem, às fls. 211/711, cópias das NFs emitidas pela Autuada, bem como pela destinatária (São José Distribuidora de Cimento Ltda.), relativas aos dias 05, 10, 15, 20 e 25 de cada mês. Quando não houve saída do cimento autuado do estabelecimento da destinatária, em qualquer desses dias, foram juntadas cópias de NFs emitidas no primeiro dia útil subsequente.

Não obstante questione a Impugnante, o procedimento do Fisco ao adotar na composição da base de cálculo do ICMS/ST o **preço médio mensal** do saco de Cimento Portland CP-II-E32 (informado pela empresa São José Distribuidora de Cimento Ltda.), não conflita com as disposições contidas no § 19, item 2, do art. 13 da Lei 6763/75, pelas razões a seguir expostas:

1 – A alínea “a”, do dispositivo supracitado determina que um dos componentes da base de cálculo do ICMS/ST é o “**valor da operação**” realizada pelo **substituto tributário** ou pelo **substituído intermediário**.

2 – Na regulamentação da substituição tributária relativa às operações com cimento (§ 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 geradores), no tocante à formação da base de cálculo do ICMS/ST restou estabelecido que o “valor da operação” seria aquele praticado pelo distribuidor ou atacadista, nas operações com o comércio varejista, ou seja, o valor da operação do **substituído intermediário**. Somente nas operações de saída de cimento do estabelecimento industrializador para o varejista é que o valor da operação seria aquele praticado pela indústria, porém esta não é a situação dos autos.

3 – O **preço médio mensal** do saco de 50 Kg de “Cimento Portland CP II 32”, utilizado pelo Fisco na recomposição da base de cálculo do ICMS/ST, origina-se das operações praticadas pela empresa São José Distribuidora de Cimento Ltda. (cliente e destinatária das mercadorias objeto da autuação), segundo se comprova pelo exame dos documentos acostados às fls. 193/197, fornecidos pela referida empresa.

4 – O preço médio mensal do produto, obtido através da simples divisão do montante de valores de saídas no mês pela quantidade de sacos vendidos, reflete, efetivamente o preço praticado pela empresa São José Distribuidora de Cimento Ltda.

Contrariamente ao alegado pela Impugnante, a base de cálculo do ICMS-ST relativamente às exigências fiscais, nas operações em apreço, está de conformidade com a LC 87/96 e a Lei 6763/75.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Neste sentido, o Ministro Eros Roberto Grau no voto-vista proferido recentemente na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.777-8 SÃO PAULO, de forma lapidar escreveu:

É inteiramente equivocada a suposição de que a base de cálculo presumida, para fins de substituição tributária, deva corresponder a base de cálculo real de cada operação posterior, na cadeia da substituição. Haverá substituição se a base de cálculo presumida for observada.

Desta forma, em que pese as alegações da Autuada de não poder cumprir as determinações da legislação tributária supra transcrita, é certo que ela não poderia adotar base de cálculo na substituição tributária à margem dos comandos legais, com previsão, repita-se, inclusive na Lei Complementar 87/96.

Embora a Impugnante alegue que o recolhimento do ICMS/ST nas operações do caso sob análise tenha sido correto, não lhe assiste razão, pois o referido recolhido não se deu em conformidade com a LC 87/96 e Lei 6763/75, posto que na formação da base de cálculo do referido tributo, inegavelmente, foi utilizado o preço de partida do produto (estabelecimento industrial), ao invés do preço praticado pela destinatária (atacadista). Ressalta-se que as notas fiscais acostadas aos autos pelo Fisco (fls. 211/711) evidenciam este fato.

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 nem conflita com 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 acerca da impossibilidade de cumprimento dos dispositivos legais que regem a matéria ora em discussão, bem como os argumentos relacionados à inconstitucionalidade de tais dispositivos, não foram objeto de apreciação na presente decisão, em virtude do disposto no art. 142 da Lei 6763/75 (regulamentado pelo art. 88, inciso I da CLTA/MG - Dec. 23.780/84), como segue:

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.

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 01/03/2000 a 31/07/2004.

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.

Acrescente-se, ainda, que a penalidade aplicada está expressamente prevista no art. 56, § 2º, inciso I, da Lei 6763/75.

Legítimas, portanto, as exigências fiscais.

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, por maioria de votos, em julgar procedente o lançamento. Vencido, em parte, o Conselheiro Sauro Henrique de Almeida, que o julgava parcialmente procedente, para excluir as exigências referentes ao ano de 2000 por decaído o direito da Fazenda Pública de formalizá-las, nos termos da Impugnação de fls.718/720. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Bruno Rodrigues de Faria. Participaram do julgamento, além dos signatários e do Conselheiro acima citado, a Conselheira Lúcia Maria Bizzotto Randazzo.

Sala das Sessões, 27/06/07.

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente

Mauro Heleno Galvão
Relator