

Acórdão: 18.183/07/3ª Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010114474-19
Impugnante: Cimento Tupi S/A.
Proc. S. Passivo: Eduardo Maneira/Outro(s)
PTA/AI: 01.000147906-19
Inscr. Estadual: 132.099362.00-70
Origem: DF/Barbacena

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – CIMENTO – RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS/ST – BASE DE CÁLCULO INCORRETA – Constatada a retenção e o recolhimento a menor do ICMS devido por substituição tributária em operações de saídas de cimento, promovidas pela Autuada com destino a estabelecimentos atacadistas mineiros, em virtude de apuração incorreta da base de cálculo do imposto, pois, ao considerar, como preço de partida, o praticado pela indústria e não aquele adotado pelo atacadista nas operações com o comércio varejista, contrariou a regra estabelecida no art. 172, § 1.º, Anexo IX, do RICMS/96 e no art. 170, § 1º, Parte 1, Anexo IX, do RICMS/02. **Infração caracterizada. Mantidas as exigências fiscais de ICMS, MR (100%) e MI prevista no inciso VII do art. 55 da Lei 6.763/75, conforme reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco. Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a retenção e recolhimento a menor de ICMS devido por substituição tributária, no período de 01/01/1999 a 30/04/2004, em operações de saídas de cimento promovidas pela Autuada com destino a atacadistas mineiros, em virtude de apuração incorreta da base de cálculo do imposto, tomando como preço de partida o praticado pela indústria e não o preço praticado pelos atacadistas nas operações com o comércio varejista, contrariando a regra prevista no § 1.º do art. 172 do Anexo IX do RICMS/96 e no § 1.º do art. 170 – Parte 1 – do Anexo IX do RICMS/02, referente ao período de janeiro/99 a abril de 2.004

Exige-se o ICMS/ST não recolhido, acrescido da MR (100%), prevista no inciso II, § 2.º do art. 56 e a MI prevista no inciso VII do art. 55 (para o período posterior a 01/11/2.003), ambos da Lei 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, **intempestivamente** e por procuradores regularmente constituídos, Impugnação às fls. 349/371, recolhendo a taxa de expediente conforme DAE de fl. 389.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Impugnação foi declarada intempestiva, conforme Ato Declaratório de fl. 393, contra o qual a Autuada apresentou Reclamação (fls. 395/400), indeferida pela Auditoria Fiscal, fls. 415.

A Contribuinte apresentou Recurso de Agravo, fls. 418/438, ao qual foi negado provimento pela 3.^a Câmara de Julgamento deste Conselho. Entretanto, a Câmara relevou a intempestividade, nos termos dos art. 123 da CLTA/MG e determinou que o processo fosse encaminhado à origem para as providências cabíveis, conforme decisão às fls. 445.

Em retorno à origem, o Fisco reformulou o crédito tributário conforme planilha às fls. 448/592, demonstrando o novo valor no Anexo 2 às fls. 565/572, promovendo a reabertura de prazo para pagamento com redução, nos termos do § 1.^o do art. 100 da CLTA.

A Impugnante retorna aos autos, fls. 595/601, regularmente representada por seus procuradores, ocasião em que reitera seus argumentos já apresentados anteriormente, por ocasião de sua Impugnação.

O Fisco, então, refuta as alegações da Impugnante em Manifestação Fiscal de fls. 603/613.

A Auditoria, em parecer de fls. 615/622, opina pela procedência parcial do lançamento.

Em sessão realizada no dia 08/05/2007, presidida pelo Conselheiro Edwaldo Pereira de Salles, em preliminar, à unanimidade, retirou-se o processo de pauta, marcando-se extra pauta para o dia 22/05/07. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Eduardo Maneira e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Marco Túlio Caldeira Gomes.

Na sessão realizada no dia 22/05/07, presidida também pelo Conselheiro Edwaldo Pereira de Salles, nos termos da Portaria nº. 04, de 19/02/2001, deferiu-se o pedido de vista formulado pelo próprio presidente, marcando-se extra pauta para o dia 30/05/07.

Na oportunidade, são proferidos os votos dos Conselheiros, a saber: Fausto Edimundo Fernandes Pereira (Relator), André Barros de Moura (Revisor) e Luiz Fernando Castro Trópia que, em preliminar, rejeitaram a arguição de nulidade do Auto de Infração e, no mérito, julgaram parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco às fls. 566/572. Pela Impugnante, assistiu ao julgamento dessa sessão Dr. Venceslau Teixeira Amadeira.

DECISÃO

Os fundamentos desta decisão são os mesmos adotados pela Auditoria, em seu bem elaborado parecer, com pequenas adequações.

Da Preliminar

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Impugnante pugna pela nulidade do Auto de Infração, por entender que o mesmo não se reveste das formalidades legais. Entretanto, não procede a alegação da Impugnante, vez que se encontram inseridos no Auto de Infração todos os elementos previstos na legislação tributária, suficientes para determinar com segurança e certeza a natureza da infração argüida, nos termos do art. 60 c/c art. 58 da CLTA/MG.

Do Mérito

Versa a presente autuação sobre a retenção e recolhimento a menor de ICMS devido por substituição tributária, em operações de saídas de cimento, promovidas pela Autuada com destino a atacadistas mineiros, em virtude de apuração incorreta da base de cálculo do imposto, por tomar como preço de partida o praticado pela indústria e não o preço praticado pelos atacadistas nas operações com o comércio varejista, o que contraria a regra prevista no § 1.º do art. 172 do Anexo IX do RICMS/96 e no § 1.º do art. 170 – Parte 1 – do Anexo IX do RICMS/02, referente ao período de janeiro de 1999 a abril de 2004

Inicialmente, alega a Impugnante que ocorrera decadência parcial do crédito tributário, relativamente à parcela referente ao exercício de 1999, nos termos do § 4.º do art. 150 do CTN.

Nos termos do mencionado § 4º do artigo 150 do CTN, ocorre homologação ficta ou tácita do imposto que foi efetivamente declarado e pago pelo contribuinte.

Em relação ao imposto devido que não foi declarado e/ou pago, tem a Fazenda o direito de constituir o crédito correspondente no prazo decadencial previsto no artigo 173 do mesmo diploma legal.

Ou seja, o tempo para a autoridade fazer a confirmação do lançamento termina em 05 (cinco) anos contados do fato gerador, se não o fizer considera-se homologado o lançamento tacitamente; no entanto, isto não quer dizer que a Fazenda Pública não tem direito de examinar o procedimento do contribuinte.

O prazo para a Fazenda Pública rever o lançamento é o prazo decadencial previsto no art. 173, I do CTN, podendo, dentro deste interregno que a lei lhe concede, postular crédito tributário que porventura considere existente.

Reiterando, o prazo extintivo do direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário é regulado pelo art. 173, I do CTN, que para tanto, regra geral, estabelece o decurso de cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Tal dispositivo prevalece à previsão de homologação tácita do lançamento efetuado pelo contribuinte a que alude o art. 150, § 4º, do mesmo diploma legal acima citado, quanto ao montante não contemplado na apuração, posteriormente verificado pelo Fisco e devidamente lançado de ofício, nos termos do art. 149, inciso V, do CTN.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Com relação ao exercício de 1999, a contagem de prazo para a Fazenda Pública proceder à constituição do crédito tributário iniciou-se em 01/01/2000, findando-se em 31/12/2004.

A Contribuinte foi intimada do Auto de Infração em 10/12/2004 (AR de fls. 348), portanto dentro do prazo previsto no inciso I do art. 173 do CTN.

Em relação à sujeição passiva, o disposto no artigo 22, inciso II, da Lei nº 6763/75 ("Seção IV - Da Responsabilidade Tributária"), dispõe o seguinte:

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

...

II - adquirente ou destinatário da mercadoria pelas operações subseqüentes, ficar sob responsabilidade do alienante ou do remetente da mercadoria

...

§ 8º - A responsabilidade prevista neste artigo aplica-se:

1 - conforme dispuser o regulamento, às operações e às prestações com as mercadorias e com os serviços relacionados na Tabela "E" anexa a esta Lei e com outras mercadorias, bens ou serviços indicados pelo Poder Executivo. (grifos nossos)

Nesse sentido, de conformidade com o disposto no artigo 166 do Anexo IX do RICMS/96 e artigo 164 do Anexo IX do RICMS/02, *"nas operações com cimento de qualquer espécie (...) fica a responsabilidade atribuída ao estabelecimento industrial ou importador, na condição de contribuintes substitutos, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto devido nas subseqüentes saídas ou na entrada para o uso e consumo do destinatário"*.

Entende-se que o fato do § 18 do artigo 22 da Lei nº 6763/75 dispor que *"nas hipóteses em que fique atribuída ao alienante ou remetente a condição de contribuinte substituto, a responsabilidade pela substituição tributária caberá ao estabelecimento atacadista, distribuidor ou depósito que receber a mercadoria para distribuição no Estado sem retenção ou com retenção a menor do imposto"*, não retira do alienante ou remetente a responsabilidade pela retenção/recolhimento originalmente prevista em dispositivo regulamentar autorizado pela Lei nº 6763/75.

O mesmo entendimento vale para o art. 29 do RICMS/96 e RICMS/02 (erroneamente apontado na peça defensiva como sendo da CLTA/MG), invocado pela Impugnante, que contém disposição no mesmo sentido.

Não procede, portanto, a alegação da Autuada de que houve falha na eleição do sujeito passivo e que os atacadistas é que deveriam ter sido chamados à lide.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Quanto ao mérito propriamente dito, o Fisco apresenta planilha (Anexo I – fls. 12/128) contendo as notas fiscais emitidas pela Autuada, os valores de ICMS retido por substituição tributária, a base de cálculo do ICMS/ST apurada pelo Fisco, bem como os valores do imposto a recolher.

As notas fiscais referentes às operações autuadas estão acostadas, por cópias, no Anexo 3 do PTA, fls. 134/323.

No Anexo 5 (fls. 327/339) encontram-se as declarações dos atacadistas sobre os preços médios de venda do cimento a varejistas em suas respectivas praças.

Às fls. 451/564 o Fisco apresenta nova planilha, nos moldes daquela de fls. 12/28, onde apresenta novos valores de ICMS/ST a recolher, o que o leva a retificar o AI e apresentar novo crédito tributário, demonstrado às fls. 566/572.

As alterações decorreram de modificação, por parte de 03 (três) dos atacadistas destinatários, com relação aos valores originalmente informados relativos às operações realizadas com os varejistas.

Os valores finais informados, bem como as intimações fiscais que as motivaram estão às fls. 574/592.

Conforme se pode verificar, a título de exemplo, na intimação de fls. 574, está claro que o valor tomado como base para a autuação é o valor médio e mensal, praticado na praça do atacadista, nas operações com os varejistas.

Aproveita o Fisco, também nessa segunda interpelação, para sanar falhas formais nas declarações que foram objeto de questionamento por parte da Impugnante.

O cerne da questão consiste na não utilização pelo estabelecimento industrial do preço praticado pelo atacadista nas operações com os varejistas, para efeito de cálculo do ICMS-ST.

A seguir, os dispositivos legais pertinentes à matéria.

Lei nº 6763/75:

Art. 13 – A base de cálculo do imposto é:

...

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

...

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

a - o valor da operação ou da prestação própria realizada pelo substituto tributária ou substituído tributário;

b - o montante dos valores de seguro, de frete e de outros encargos cobrados ou transferíveis ao adquirente ou ao tomador do 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" (grifos nossos).

Assim dispõem os dispositivos regulamentares atinentes à matéria:

RICMS/96 – Anexo IX:

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). (g.n.)

RICMS/02 – Anexo IX – Parte 1:

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.

§ 1 - Não havendo a fixação do preço máximo, a base de 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,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

sobre o referido montante, do percentual de 20% (vinte por cento). (g.n.)

Nesse sentido, não poderia ter o Fisco procedido de outra maneira, tendo em vista o § único, do artigo 142, do CTN que determina que *"a atividade administrativa é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional"*, não assistindo razão à Impugnante em relação à impossibilidade de cumprimento das normas legais.

A respeito do assunto em pauta, dispõe a Consulta de Contribuinte n.º 029/2003, exarada pela DOET/SLT/SEF:

COMO DEMONSTRA CONHECER A CONTRIBUINTE EM SUA EXPOSIÇÃO, NAS REMESSAS PROMOVIDAS DIRETAMENTE DO ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL PARA O ATACADISTA OU DISTRIBUIDOR, NÃO HAVENDO FIXAÇÃO OFICIAL DO PREÇO MÁXIMO DE VENDA DA MERCADORIA A VAREJO, O INDUSTRIAL, NA CONDIÇÃO DE CONTRIBUINTE SUBSTITUTO, DEVE CONSIDERAR O MONTANTE FORMADO PELO PREÇO PRATICADO PELO DISTRIBUIDOR OU ATACADISTA NAS OPERAÇÕES COM O COMÉRCIO VAREJISTA, NESTE 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%.

Assim, em que pese a dificuldade invocada pela Impugnante em conhecer o valor praticado pelo atacadista ou sobre a possibilidade de haver casos de vendas efetuadas diretamente a consumidor final, das quais ela não tem como ter ciência, outro não poderá ser o valor adotado, senão aquele apurado na forma explicitada acima, sob pena de se ver contrariada a norma prevista na legislação.

E, importa frisar que no presente caso, não há se falar em tal dificuldade, uma vez que são apenas 05 (cinco) os estabelecimentos atacadistas adquirentes e, somente uma, a mercadoria transacionada.

Gize-se aqui, por oportuno, que na base de cálculo apurada pelo Fisco, não foi considerado o valor do IPI, o que beneficiou a Contribuinte, conforme já mencionado no parecer da Auditoria Fiscal de fls. 440/442, por ocasião da análise do Recurso de Agravo apresentado.

Conforme admitido pela própria Contribuinte em sua defesa e também perfeitamente demonstrado pelo Fisco em suas planilhas, foi por ela adotado como valor de partida seu próprio preço, ou seja, o preço praticado pelo estabelecimento industrial e não o preço praticado pelo estabelecimento atacadista.

No que concerne à aplicação das multas, de revalidação (100%) e da isolada prevista no inciso VII do art. 55, da Lei 6.763/75, para o período posterior a 01/11/2003, entende-se como corretas as exigências, já que uma decorre de descumprimento da obrigação principal e a outra de descumprimento de obrigação acessória.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Observa-se sua aplicação em perfeita consonância como o disposto no § 1.º do art. 53 da Lei 6.763/75 que dispõe textualmente: “*as multas serão cumulativas, quando resultarem concomitantemente do não cumprimento de obrigação tributária acessória e principal.*”

A alegação da Impugnante de que a MI do inciso VII do art. 55 da Lei 6.763/75 refere-se somente à operação própria do fabricante e que não se aplica à operação de substituição tributária, argumentando que para as operações da espécie somente se aplica a MR prevista no § 2.º do art. 56, não merece guarida, uma vez que, conforme já comentado, uma decorre da falta de recolhimento de imposto e a outra se refere a descumprimento de obrigação acessória.

Inaplicável o permissivo legal previsto no § 3.º do art. 53 da Lei 6.763/75, pleiteado pela Autuada, porquanto da infração resultou falta de pagamento de tributo (item 3 do § 5.º do art. 53 da Lei 6.763/75).

Assim sendo, reputam-se como corretas as exigências fiscais de ICMS, MR (100%) e MI, constantes do Auto de Infração, após reformulação pelo Fisco.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em razão da aplicação da Portaria nº 04, de 19/02/2001, em dar prosseguimento ao julgamento anterior realizado em 22/05/07. Em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do Auto de Infração. No mérito, também à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco às fls. 566/572. Pela Impugnante, assistiu à presente sessão de julgamento o Dr. Eduardo Maneira. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros André Barros de Moura (Revisor) e Luiz Fernando Castro Trópia.

Sala das Sessões, 30/05/07.

Edwaldo Pereira de Salles
Presidente

Fausto Edimundo Fernandes Pereira
Relator

FEFP