

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão:	17.954/08/2ª	Rito: Ordinário
PTA/AI:	01.000154830-35	
Impugnação:	40.010120317-47	
Impugnante:	Empresa de Cimentos Liz S.A	
	IE: 712161301.00-60	
Proc. S. Passivo:	Léo Galvão Fragoso/Outro(s)	
Origem:	DF/BH-3	

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – CIMENTO – RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS/ST – BASE DE CÁLCULO – FORMAÇÃO INCORRETA. Constatada a retenção e recolhimento a menor do ICMS-ST nas operações de saída de cimento, promovidas pela Autuada com destino a estabelecimentos atacadistas mineiros, 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 dos fatos geradores). Lançamento procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre retenção e recolhimento a menor do ICMS devido por Substituição Tributária – ICMS-ST nas saídas de cimento para empresas atacadistas, no período de 01/01/2001 a 31/07/2004.

O § 1º do artigo 172 do Anexo IX do RICMS/96 e o § 1º do artigo 170, Parte 1 do Anexo IX do RICMS/02 determinam que, nas saídas de cimento do estabelecimento industrial com destino a distribuidor ou atacadista, a base de cálculo do imposto devido por substituição tributária será o montante formado pelo preço praticado pelo distribuidor ou atacadista nas operações com o comércio varejista, neste preço incluído o valor do IPI, frete, carreto e demais despesas pagas pelo destinatário, adicionado do percentual de 20%.

O Sujeito Passivo agiu em desacordo com os dispositivos supra ao apurar a base de cálculo do ICMS Substituição Tributária adicionando 20% ao preço por ele praticado, e não partindo do preço praticado pelo distribuidor conforme determina a legislação. Dessa forma o imposto foi destacado e, conseqüentemente, recolhido a menor.

No presente Auto de Infração exige-se o crédito tributário referente à diferença entre o imposto devido e o efetivamente recolhido por substituição tributária, pelas subseqüentes operações dos contribuintes varejistas destinatários.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Exige-se, também, a Multa de Revalidação nos termos do artigo 56, inciso II, c/c § 2º, inciso I da Lei 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 844/860, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 927/982.

A Assessoria do CC/MG, em parecer de fls. 998/1005 opina, quanto ao mérito, pela procedência do lançamento.

DECISÃO

A Impugnante contesta a metodologia utilizada para apuração da base de cálculo pelo Fisco que se baseou no preço médio praticado pelo distribuidor.

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 pelos estabelecimentos ATACADISTAS, destinatários das mercadorias.

As operações objeto da autuação encontram-se listadas na Planilha constante do Anexo IV do AI (fls. 13/191). Trata-se de documentos fiscais emitidos no período de 02/01/2001 a 30/07/2004, destinando Cimento Portland CP IIE- 32 para os atacadistas mineiros constantes da tabela abaixo:

Razão social	Inscrição Estadual	CNPJ
Atacadista Rio Doce Ltda.	521.791237.0016	41.789.975/0001-28
Rio Doce Cimento Ltda.	277.110407.0008	04.225.386/0001-90
Cimento Sete Distribuidora Ltda.	672.147195.0094	04.693.725/0001-63
Ary Luiz Pinto	241.010961.0005	03.001.810/0001-50
Cimento Sete Distribuidora Ltda.	338.147195.0138	04.693.725/0002-44

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,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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).

----- RICMS/02 - Vigência 13/12/2002:

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**, [...], 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 os destinatários dos produtos autuados exerciam a atividade de comércio atacadista de cimento – CAE 43.7.2.10-7.

Para demonstrar a diferença do ICMS/ST devido, o Fisco elaborou a Planilha que compõe o Anexo IV do Auto de Infração (fls. 13/191), que contém as seguintes colunas preenchidas com dados extraídos das notas fiscais 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 praticado pelos destinatários, BC/ST Apurada, ICMS/ST Apurado e Diferença a Recolher.

O preço de partida praticado pelos atacadistas e utilizado pelo Fisco na composição da base de cálculo do ICMS/ST foi obtido através de informações coletadas junto aos próprios destinatários das mercadorias, segundo se extrai dos documentos acostados às fls. 195/209.

O Fisco anexou aos autos, por amostragem, às fls. 210/839, 621 (seiscentos e vinte e uma) cópias de notas fiscais emitidas pela Autuada, bem como pelos destinatários, relativas aos dias 10, 20 e último dia de cada mês de todo o período fiscalizado.

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 informados pelas empresas destinatárias, tal metodologia não conflita com as disposições contidas no § 19, item 2, do art. 13 da Lei 6763/75, pelas razões a seguir aduzidas:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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**.

Frise-se, somente nas operações de saída de cimento do estabelecimento industrial 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 pelas empresas destinatárias (clientes e destinatários das mercadorias objeto da autuação), segundo se comprova pelo exame dos documentos acostados às fls. 195/209, fornecidos pelas referidas empresas.

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 pelas empresas destinatárias.

Assim, 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.

Neste sentido, o Professor Titular da USP e Ministro do STF 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. (g.n)”

Neste sentido, esclarecedoras são também as palavras do jurista Paulo de Barros Carvalho, acerca da determinação da base de cálculo:

“A base de cálculo nunca vem determinada no plano normativo. Lá teremos só uma referência abstrata - o valor da operação, o valor venal do imóvel etc. É com a norma individual do ato administrativo do lançamento que o agente público, aplicando a lei ao caso concreto, individualiza o valor, chegando a uma quantia líquida e certa - a base de cálculo fática.

Assim sendo, o agente da fiscalização, no cumprimento de suas funções, estará a todo o momento emitindo juízos acerca da prestabilidade de determinada prova e da técnica mais apropriada, seja no ato do flagrante fiscal ou em trabalho de auditoria.

Obriga-se, porém, a autoridade, a demonstrar os fatos relevantes que serviram de base para o lançamento, podendo valer-se de documentos, declarações, registros contábeis, depoimentos e outros meios de prova, coletados junto ao contribuinte ou através de terceiros - suficientes para demonstrar a exatidão e a legalidade do lançamento.” (Curso de Direito Tributário. 8ª ed., 1996, p. 231-235)

Conforme consta no PTA epigrafado a Impugnante recebeu juntamente ao Auto de Infração nove anexos nos quais estão perfeitamente explicitados todos os elementos que serviram de embasamento à apuração da Base de Cálculo do ICMS devido por substituição tributária. O Fisco entregou, ainda, à Impugnante, o Anexo IV em arquivo eletrônico (formato Excel) a fim de facilitar a conferência dos valores lançados. (Veja anotação e assinatura do contribuinte no documento de fls. 06)

A Impugnante, porém, não trouxe aos autos quaisquer dados, provas ou fundamentos que possam contraditar o levantamento efetuado pelo Fisco.

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 recolhimento 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). Ressalte-se que as notas fiscais acostadas aos autos pelo Fisco (fls. 210/839) evidenciam este fato.

Em relação à alegação de que cabe ao atacadista, e não ao substituto, a complementação de eventual insuficiência de recolhimento, também não assiste razão à Autuada, senão veja-se.

Como bem afirma o Fisco, a norma legal que disciplina os procedimentos a serem cumpridos pelo contribuinte no tocante à retenção e recolhimento do ICMS incidente sobre as sucessivas saídas do produto é impositiva, não é uma opção concedida ao sujeito passivo, mas uma obrigação decorrente da lei e, por conseguinte, o não-cumprimento do mandamento dá ensejo à exigência daquele **quantum** que deixou de ser recolhido acrescido de penalidades. Se assim não fosse, feneceria a possibilidade de sanção, dado essencial ao jurídico. O Direito passaria a mera recomendação, fato de consequências catastróficas.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, a Autuada é contribuinte substituto em razão de que o mandamento da norma tributária lhe impõe o dever de recolher o ICMS-ST devido. A obrigação tributária nasce diretamente para a Autuada.

A responsabilidade tributária 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.

Por outro lado, 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 – solidária – aos citados contribuintes (destinatários) em face do descumprimento do dever legal pelo substituto (no caso dos autos à Autuada).

Vê-se, pois, que a citada norma definitivamente não impede que o Fisco exija o referido tributo do estabelecimento industrial (contribuinte substituto).

Evidentemente, que por questões de praticidade o Fisco optou por exigir o crédito tributário apenas da Autuada, mas, frise-se, poderia exigir também dos atacadistas conjuntamente com a Autuada.

Neste caso, o Auto de Infração ora analisado deveria ser desmembrado em tantos AIs quantos fossem os coobrigados, a fim de individualizar a obrigação tributária para cada um deles. Em tese, haveria um reforço do crédito tributário, uma vez que a sujeição passiva seria reforçada.

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. 110 do RPTA, como segue:

Art. 110. Não se incluem na competência do órgão julgador:

I - a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive em relação à resposta à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda;

II- a aplicação de equidade.

Relativamente à alegada decadência, importante destacar que, no caso em apreço, ela não se operou, uma vez que nos termos do § 4º do artigo 150 do CTN ocorre homologação ficta ou tácita do imposto que foi efetivamente declarado e pago pelo contribuinte.

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Dessa forma, crédito tributário referente ao exercício de 2001 ver-se-ia atingido pela decadência somente a partir de 01/01/2007. Alerta-se que o AI foi recebido pessoalmente pelo representante legal da Autuada em 27/12/2006.

Portanto, não assiste razão à Impugnante quanto à alegada decadência.

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, sem mácula de inconstitucionalidade.

Portanto, legítima a exigência da multa de revalidação em dobro, que decorre da natureza jurídica da obrigação tributária – regime de substituição tributária.

Em outra linha de raciocínio a Impugnante declara que a tributação sob a modalidade de substituição tributária nas operações subsequentes é procedimento absurdo e inconstitucional.

A inconstitucionalidade do instituto da substituição tributária, argüida pela Impugnante, não pode ser apreciada pela esfera administrativa, tendo em vista o disposto no art. 110 do RPTA acima descrito, que veda ao Conselho de Contribuintes manifestar-se a respeito ou negar a aplicação da legislação em comento.

O Fisco agiu dentro dos estritos ditames legais, não cobrando nenhum valor que excedesse ao previsto na Lei Estadual 6.763/75, Regulamento do ICMS e Convênios. A Recorrente não apontou nenhum excesso de exação neste sentido.

A Impugnante alega, também, que a fiscalização, baseando-se apenas no código de atividades constante do cadastro estadual, considerou como atacadistas dois de seus clientes que na realidade são varejistas. Segundo ela as empresas Rio Doce Cimento Ltda e Atacadista Rio Doce Ltda, apesar de constarem no cadastro estadual como sendo atacadistas, seriam na verdade varejistas.

Solicita que se exclua da peça fiscal as operações efetuadas com esses clientes que, no seu entendimento, vendem a maior parte das mercadorias para consumidores finais, argumentando que:

“As vendas a eles realizadas não poderiam ser consideradas para fins da alegação fiscal de que é devido complementação, uma vez que o ciclo de circulação da mercadoria do estabelecimento da autuada até o consumidor final restringiu-se a apenas uma operação subsequente e que assim, os 20% agregado sobre o próprio preço já teria contemplado a margem de lucro do seu cliente.”

Ao expor tal argumento a Autuada demonstra ter pleno conhecimento do mecanismo da substituição tributária e da sua lógica operacional.

Ressalte-se, ainda, que a Impugnante reconhece que seus clientes auferem lucro e não poderia ser diferente, pois este é da essência da atividade comercial.

A fim de sustentar o alegado, a Autuada anexa planilhas, segundo ela, preparadas pelas empresas destinatárias, a saber:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- Rio Doce Cimento, referente aos meses de outubro de 2001, janeiro de 2002 e abril de 2003, nas quais as vendas para consumidores finais representariam a maioria das operações;

- Atacadista Rio Doce, referente aos meses de fevereiro de 2001, junho de 2002 e dezembro de 2003, em que as vendas para consumidores finais também representariam a maioria das operações.

Por outro lado, o Fisco fez uma análise minuciosa e ampla das planilhas, como segue, a título de exemplo:

“Iniciemos pela empresa Rio Doce Cimento Ltda.

Essa empresa realizou 4.144 operações no período verificado, que foi de dezembro de 2001 a julho de 2004. Nesse período foram vendidos 613.399 sacos (média de 148 sacos por operação). O faturamento (só com cimento CPM32) foi de R\$ 8.851.533,47. (docs. de fls 199 a 200 e Anexo IV). Somente por esses números já é possível verificar se tal empresa é um varejista ou atacadista. Sabemos que o varejista vende em pequenas quantidades. Ora, uma média de 148 sacos por nota fiscal por si só já evidencia que tal empresa é de fato um atacadista.

Para que não parem dúvidas sobre a real atividade do cliente da autuada analisemos, entretanto, as planilhas trazidas à baila pela impugnante.

Sobre o mês de outubro de 2001 não nos pronunciaremos, posto que está fora do período verificado, o qual iniciou-se em dezembro de 2001 para a Rio Doce Cimento.

Nota-se que a autuada cometeu graves equívocos ao classificar os “clientes do seu cliente”.

O cliente da Rio Doce Cimento nomeado pela impugnante de “Antonio Francisco da Costa”, por exemplo, tido pela impugnante como consumidor final é, na realidade, a empresa “Antonio Francisco da Costa ME”, CNPJ nº. 25.856.055/0001-29. Na planilha apresentada pela SOEICOM ele aparece nas seguintes páginas:

página	898	899	902	902	903
linha	14	27	2	34	20

CNPJ: 25.856.055/0001-29 (MATRIZ)
CPF RESP.: 348.884.116-20 QUALIF.: EMPRESARIO
N.EMP.: ANTONIO FRANCISCO DA COSTA

NOME FANTASIA:
DT CONSTIT/ABERTURA : 08/06/1989
SIT.CAD.CNPJ: ATIVA
DATA DA SITUACAO : 23/12/2000(12/2000) PROC. INSCR. OFICIO:

MATRIZ OPTANTE PELO SIMPLES: 01/01/1997
END.: AV JK 2446
BAIRRO : VILA RICA
MUNICIPIO: 4553 GOVERNADOR VALADARES
UF : MG CEP : 35045-250 TELEFONE :
ORGAO : 0610300

FAX :

QUALIF. TRIB: ICMS

PORTE DA EMPRESA: MICROEMPRESA

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

CNAE: 4744-0-05 Comércio varejista de materiais de construção não especificad
os anteriormente

NIRE : 00000000000

NAT JUR: 213-5 EMPRESARIO (INDIVIDUAL)
CNPJ ADMININISTRADOR:
0610300

ORGAO ADUANEIRO -

PF1 - DADOS CADASTRAIS
PF6 - QUADRO SOCIETARIO
FILIAIS

PF2 - OP. SUCESSAO
PF9 - DADOS CADASTRAIS

PF3 - ENC. CONSULTA

Esta empresa efetuou 103 operações de compra com a Rio Doce Cimento no período verificado. A seguir listamos a data e o número das notas fiscais emitidas para a empresa "ANTONIO FRANCISCO DA COSTA - ME" cujo responsável é o Sr. Antonio Francisco da Costa.

DATA	Nº. NF	DATA	Nº. NF	DATA	Nº. NF	DATA	Nº. NF
19/12/01	000.825	09/10/02	002.232	09/06/03	003.733	26/01/04	005.044
07/01/02	000.878	14/10/02	002.259	20/06/03	003.795	29/01/04	005.073
22/01/02	000.950	21/10/02	002.291	02/07/03	003.852	16/02/04	005.142
01/02/02	000.988	05/11/02	002.386	09/07/03	003.885	26/02/04	005.190
08/02/02	001.020	11/11/02	002.411	11/07/03	003.898	02/03/04	005.214
01/03/02	001.104	18/11/02	002.438	24/07/03	003.963	04/03/04	005.232
11/03/02	001.151	25/11/02	002.488	04/08/03	004.030	17/03/04	005.291
25/03/02	001.210	29/11/02	002.532	05/08/03	004.035	23/03/04	005.320
03/04/02	001.248	03/12/02	002.557	27/08/03	004.166	02/04/04	005.372
02/05/02	001.386	09/12/02	002.579	04/09/03	004.212	19/04/04	005.439
09/05/02	001.422	06/01/03	002.728	12/09/03	004.269	23/04/04	005.480
04/06/02	001.560	13/01/03	002.749	16/09/03	004.280	12/05/04	005.576
06/06/02	001.569	21/01/03	002.779	22/09/03	004.305	18/05/04	005.620
12/06/02	001.596	31/01/03	003.071	29/09/03	004.329	20/05/04	005.639
18/06/02	001.625	13/02/03	003.146	07/10/03	004.369	24/05/04	005.658
25/06/02	001.659	25/02/03	003.207	10/10/03	004.392	29/05/04	005.693
28/06/02	001.683	10/03/03	003.266	13/11/03	004.551	03/06/04	005.725
03/07/02	001.714	13/03/03	003.289	24/11/03	004.609	14/06/04	005.784
09/07/02	001.733	14/03/03	003.295	26/11/03	004.627	28/06/04	005.886
18/07/02	001.807	28/03/03	003.367	03/12/03	004.665	05/07/04	005.926
24/07/02	001.843	01/04/03	003.388	09/12/03	004.688	08/07/04	005.948
05/08/02	001.890	09/04/03	003.426	15/12/03	004.718	14/07/04	005.981
22/08/02	001.983	22/04/03	003.467	18/12/03	004.740	20/07/04	006.014
12/09/02	002.089	06/05/03	003.528	30/12/03	004.782	22/07/04	006.030
19/09/02	002.125	14/05/03	003.572	13/01/04	004.830	29/07/04	006.088
07/10/02	002.219	03/06/03	003.699	16/01/04	004.846		

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Cremos ser desnecessário relatarmos detalhes das operações realizadas pela Rio Doce Cimento com seus clientes, por esse motivo limitar-nos-emos a referências mais resumidas.

O cliente da Rio Doce Cimento denominado “Sebastião Barbosa”, considerado pela impugnante como consumidor final é, na verdade, a empresa de razão social “Sebastião Barbosa”, cuja atividade é o comércio varejista de material de construção, conforme se verifica no extrato abaixo, emitido pelo sistema cadastral da Receita Federal. Na planilha apresentada pela SOEICOM ele aparece nas páginas e linhas abaixo listadas:

página	898	898	898	899	899	899	900
Linha	2	18	42	17	24	38	5

—	CNPJ, EXTERNO-3, CNPJ-3	(	CONSULTA	EXTERNO	POR	CNPJ-3
)						
T34227YI	DATA: 29/03/2007	PAG.: 1 / 1	USUARIO: EDGAR			
CNPJ: 71.180.731/0001-04 (MATRIZ)						
CPF RESP.: 216.098.376-49 QUALIF.: EMPRESARIO						
N.EMP.: SEBASTIAO BARBOSA						
NOME FANTASIA:						
DT CONSTIT/ABERTURA : 13/10/1993(10/1993)						
SIT.CAD.CNPJ: ATIVA						
DATA DA SITUACAO : 25/08/2001(08/2001) PROC. INSCR. OFICIO:						
MATRIZ OPTANTE PELO SIMPLES: 01/01/1997						
END.: R VALE FORMOSO 755 A						
BAIRRO : NOVA VILA BRETAS						
MUNICIPIO: 4553 GOVERNADOR VALADARES						
UF : MG CEP : 35051-520 TELEFONE :						
FAX :						
ORGAO : 0610300						
QUALIF. TRIB: ICMS						
PORTE DA EMPRESA: EMPRESA DE PEQUENO PORTE						
CNAE: 4744-0-05 Comércio varejista de materiais de construção não especificad						
os anteriormente						
NIRE : 000000000000						
NAT JUR: 213-5 EMPRESARIO (INDIVIDUAL)						
PF1 - DADOS CADASTRAIS						
PF2 - OP. SUCESSAO						
PF6 - QUADRO SOCIETARIO						
PF9 - DADOS CADASTRAIS						
FILIAIS						

Equívoco semelhante também foi cometido em relação ao cliente “Apolonio Felisberto Pereira” que, na verdade é apenas o responsável pela empresa Depósito Galiléia Tintas Ltda ME, que é a real destinatária das mercadorias. Na planilha apresentada pela SOEICOM ele aparece nas seguintes páginas: ”

página	898	898	902	903	903
linha	4	22	13	5	27

—	CNPJ, EXTERNO-3, SEL-3	(	CONS	EXT	OUTROS	CRITERIOS-3
)						
T34227YI	DATA: 30/03/2007	PAG.: 3 / 3	USUARIO: EDGAR			

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

CNPJ: 16.799.520/0001-46 (MATRIZ)		
CPF RESP.: 086.724.236-15 QUALIF.: SOCIO-ADMINISTRADOR		
N.EMP.: DEPOSITO GALILEIA TINTAS LTDA ME		
NOME FANTASIA:		
DT CONSTIT/ABERTURA : 03/06/1981(06/1981)		
SIT.CAD.CNPJ: ATIVA		
DATA DA SITUACAO : 24/09/2005(09/2005) PROC. INSCR. OFICIO:		
MATRIZ OPTANTE PELO SIMPLES: 01/01/1997		
END.: AV PADRE JOSE CORREIA 90 A		
BAIRRO : CENTRO		
MUNICIPIO: 4545 GALILEIA		
UF : MG	CEP : 35250-000	TELEFONE : FAX :
ORGAO : 0610300		
QUALIF. TRIB: ICMS PORTE DA EMPRESA: MICROEMPRESA		
CNAE: 4744-0-05 Comércio varejista de materiais de construção não especificad		
os anteriormente		
NIRE : 000000000000		
NAT JUR: 206-2 SOCIEDADE EMPRESARIA LIMITADA		
CPF RESP EMPRESA: 086.724.236-15		
CAPITAL SOCIAL : 0,00		
NOME RESPONSÁVEL: APOLONIO FELISBERTO PEREIRA		
PF12 - HISTORICO DO QSA		
PF1 - CADASTRO		
PF7 - VOLTA PAGINA		
PF8 - AVANCA PAGINA		
PAG		
DESEJADA: ____"		

O Fisco continua a sua análise, contribuinte a contribuinte, conforme apontou a Impugnante. **A referida análise encontra-se às fls. 938/975.**

Em diversas passagens da sua peça de impugnação, a Autuada enfatiza que não cumpriu as disposições regulamentares no tocante à apuração da base de cálculo para fins de retenção e recolhimento do ICMS/ST por absoluta impossibilidade de fazê-lo.

Ora, a legislação tributária fixa, expressamente, a base de cálculo a ser adotada na substituição tributária. Ainda assim, o Fisco fez uma análise acerca dos argumentos da Autuada, fls. 975/980, concluindo que é perfeitamente possível encontrar a base de cálculo na forma prescrita na legislação, nos seguintes termos:

“[...]. Mas, será que ela não possui elementos suficientes que lhe possibilite cumprir a sua obrigação, atribuída pela lei, de reter e recolher o imposto devido pelas subseqüentes saídas do cimento até o consumidor final? Acaso ela não conhece o preço praticado pelo cliente com o grau de precisão suficiente para honrar suas obrigações?

A fim de aprofundar essa questão, consideremos algumas informações extraídas dos arquivos magnéticos do contribuinte, enviados à SEF/MG nos termos do artigo 11 do Anexo VII do RICMS/2002.

No período de 01/2000 a 12/2004 a SOEICOM realizou 238.000 operações. O volume total das saídas de cimento no período foi de 5.700.000 toneladas, (cinco milhões e setecentas mil toneladas) A receita auferida foi superior a um bilhão de reais.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acaso a impugnante não tem conhecimento do preço praticado pelos seus clientes? Não sabe qual a margem de lucro do segmento atacadista de cimento? É novata no ramo e ainda não conhece o mercado onde atua? Não sabe quais os fatores que influenciam o preço do cliente?

Na verdade a impugnante opera no mercado mineiro há mais de 30 anos e, pelos números apresentados percebemos que não estamos lidando com uma empresa iniciante, porém com uma firma bem estruturada e com grande conhecimento do mercado onde atua.

Diz que não tem a obrigação de controlar o preço praticado pelo distribuidor. É certo que não tem a obrigação, mas, mais certo ainda é que, mesmo não tendo a obrigação, o preço do distribuidor é fundamentalmente determinado pelo fabricante.

Não é admissível aceitar como verídicos argumentos que exclamam “Nós não temos nenhuma noção do preço praticado pelo distribuidor” ou “Nós não sabemos qual a margem de lucro que ele aufer” ou ainda “Será que ele agrega algum valor ao preço que lhe cobramos?”.

Ressalte-se que este procedimento da impugnante não se restringe apenas às operações com as empresas citadas, porém é uma prática que tem sido levada a efeito durante anos e anos e que se estende a todas as operações destinadas às distribuidoras com as quais opera, deixando de recolher aos cofres públicos parcelas significativas, por natureza, pertencentes ao Estado.

Não se pode consentir que uma empresa do porte da impugnante alegue desconhecer informações básicas sobre o mercado onde atua.

Certamente que o preço praticado por qualquer empresa não é único, porém é certo também que as variações ocorrem dentro de uma faixa bastante limitada.

É sabido que os preços no atacado variam na proporção direta dos preços praticados pela indústria. Vejamos como se comportam os preços do distribuidor, em função do preço que lhe cobra o fornecedor. A tabela abaixo nos informa os preços médios praticados pela impugnante e pelos seus clientes no período de 01/01/2002 a 31/07/2004.

Tabela 1
Preço médio do saco de 50 kg de cimento CPII32
praticado pela SOEICOM e seus clientes
Fonte: Anexos IV e VI

ano	mês	Preço Soeicom para Atac Rio Doce	Preço de Atac Rio Doce	Preço Soeicom para Rio Doce Cim.	Preço de Rio Doce Cim.	Preço Soeicom para Cimento Sete	Preço de Cimento Sete	Preço Soeicom para Ary Luiz	Preço de Ary Luiz
2002	Jan	10,24	12,65	10,35	12,87	9,93	11,58	9,93	11,24
2002	Fev	10,24	12,57	10,35	12,50	9,93	11,31	9,93	11,20
2002	Mar	10,24	12,53	10,35	12,30	9,93	11,32	9,93	11,18
2002	Abr	10,24	12,62	10,35	12,13	9,93	11,29	9,93	11,25
2002	Mai	10,24	12,61	10,35	12,12	9,93	11,24	9,93	11,27

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ano	mês	Preço Soeicom para Atac Rio Doce	Preço de Atac Rio Doce	Preço Soeicom para Rio Doce Cim.	Preço de Rio Doce Cim.	Preço Soeicom para Cimento Sete	Preço de Cimento Sete	Preço Soeicom para Ary Luiz	Preço de Ary Luiz
2002	Jun	10,24	12,55	10,35	12,10	9,93	11,41	9,93	11,25
2002	Jul	10,24	12,55	10,35	12,02	9,93	11,44	9,93	11,27
2002	Ago	10,51	12,81	10,46	12,24	10,09	11,68	10,12	11,53
2002	Set	11,12	13,49	11,01	12,86	10,65	12,32	10,65	12,16
2002	Out	11,17	13,87	11,30	12,85	10,91	12,73	10,97	12,55
2002	Nov	11,79	15,52	12,56	14,69	12,11	13,99	12,22	13,96
2002	Dez	13,25	16,12	13,24	15,19	12,77	14,59	12,75	14,50
2003	Jan	13,99	17,19	13,92	16,07	13,48	15,21	13,48	15,22
2003	Fev	14,04	17,09	13,92	16,12	13,48	15,21	13,48	15,31
2003	Mar	14,04	17,19	13,92	15,89	13,48	15,13	13,48	15,25
2003	Abr	14,04	17,30	13,92	15,98	13,48	15,18	13,48	15,29
2003	Mai	14,04	17,18	13,92	15,88	13,48	15,20	13,48	15,32
2003	Jun	14,04	17,08	13,92	15,95	13,48	15,23	13,48	15,32
2003	Jul	14,04	17,12	13,92	15,92	13,48	15,29	13,48	15,33
2003	Ago	14,04	17,02	13,92	15,86	13,48	15,64	13,48	15,36
2003	Set	14,04	17,13	13,92	15,93	13,48	15,64	13,48	15,43
2003	Out	14,04	17,19	13,92	15,92	13,48	15,46	13,48	15,39
2003	Nov	14,04	16,99	13,92	15,92	13,48	15,51	13,48	15,43
2003	Dez	14,04	17,35	13,92	16,04	13,48	15,43	13,48	15,40
2004	Jan	14,04	17,44	13,92	16,17	13,48	15,48	13,48	15,38
2004	Fev	14,04	17,51	13,92	16,08	13,48	15,48	13,48	15,42
2004	Mar	14,04	17,32	13,92	15,95	13,48	15,50	13,48	15,31
2004	Abr	14,06	17,29	13,94	15,94	13,50	15,56	13,50	15,24
2004	Mai	14,06	17,40	13,94	15,98	13,50	15,59	13,50	15,38
2004	Jun	14,06	17,28	13,94	16,01	13,50	15,43	13,50	15,42
2004	Jul	14,06	17,16	13,94	15,95	13,50	15,51	13,50	15,48

Podemos visualizar com mais clareza a relação entre os preços indústria/atacadista através dos gráficos abaixo.

Gráfico 1
Evolução do preço do saco de 50 kg de cimento
CPII32 na Soeicom e na Dist. Atacadista Rio Doce.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

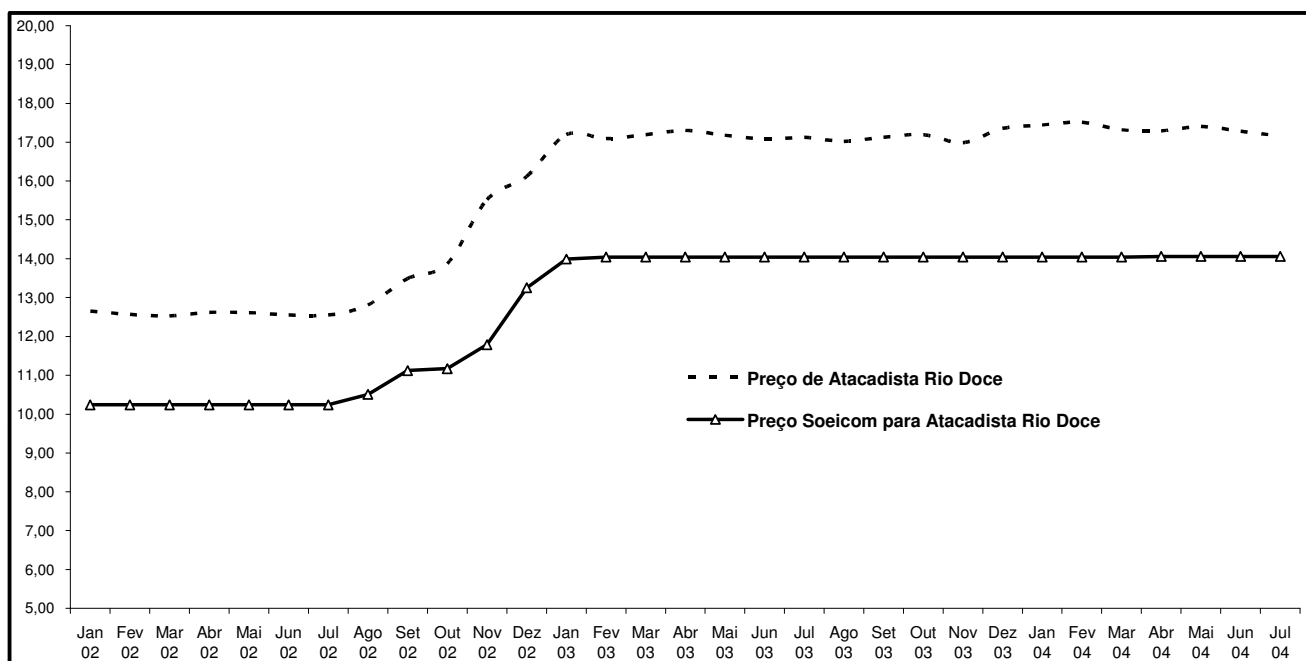


Gráfico 2
Evolução do preço do saco de 50 kg de cimento CII32 na Soeicom e na Dist. Rio Doce Cimento.

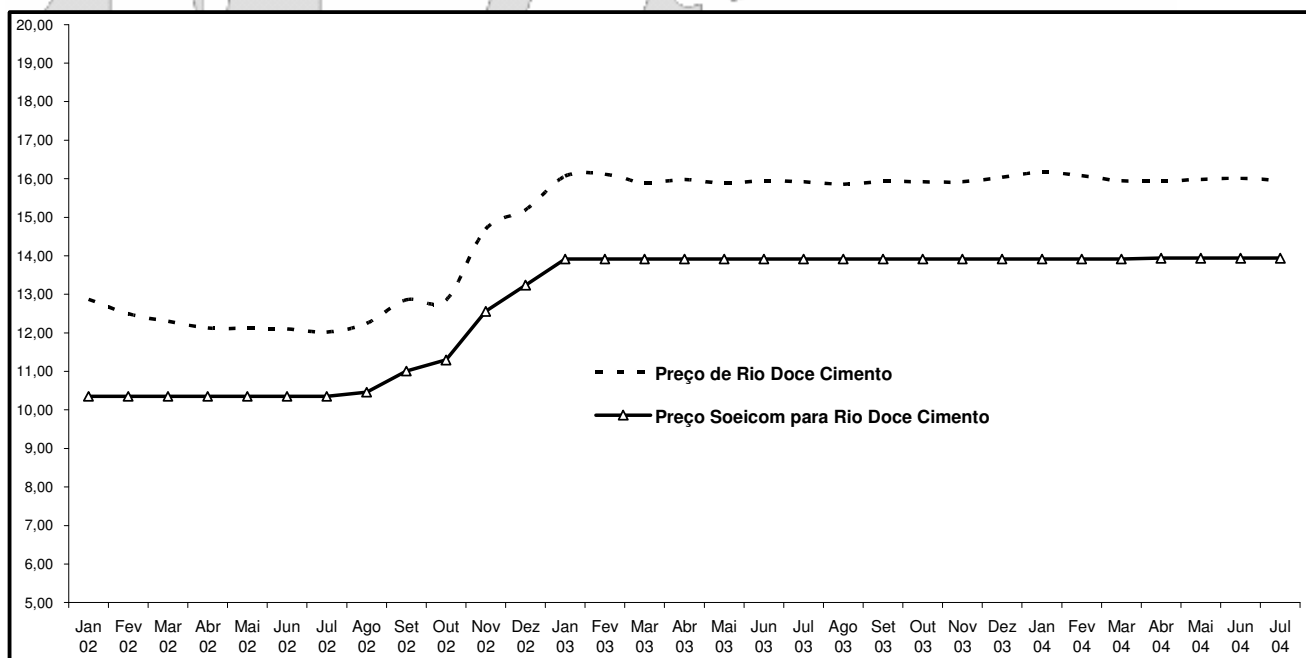


Gráfico 3
Evolução do preço do saco de 50 kg de cimento CII32 na Soeicom e na Dist. Cimento Sete Ltda.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

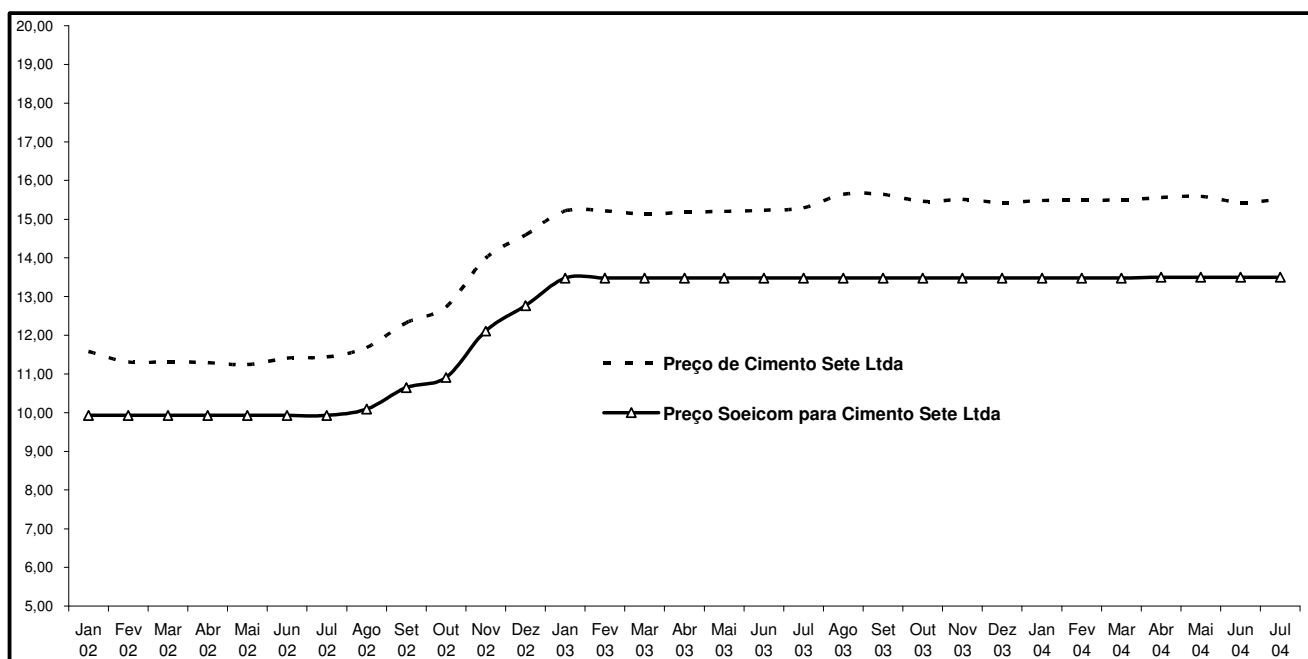
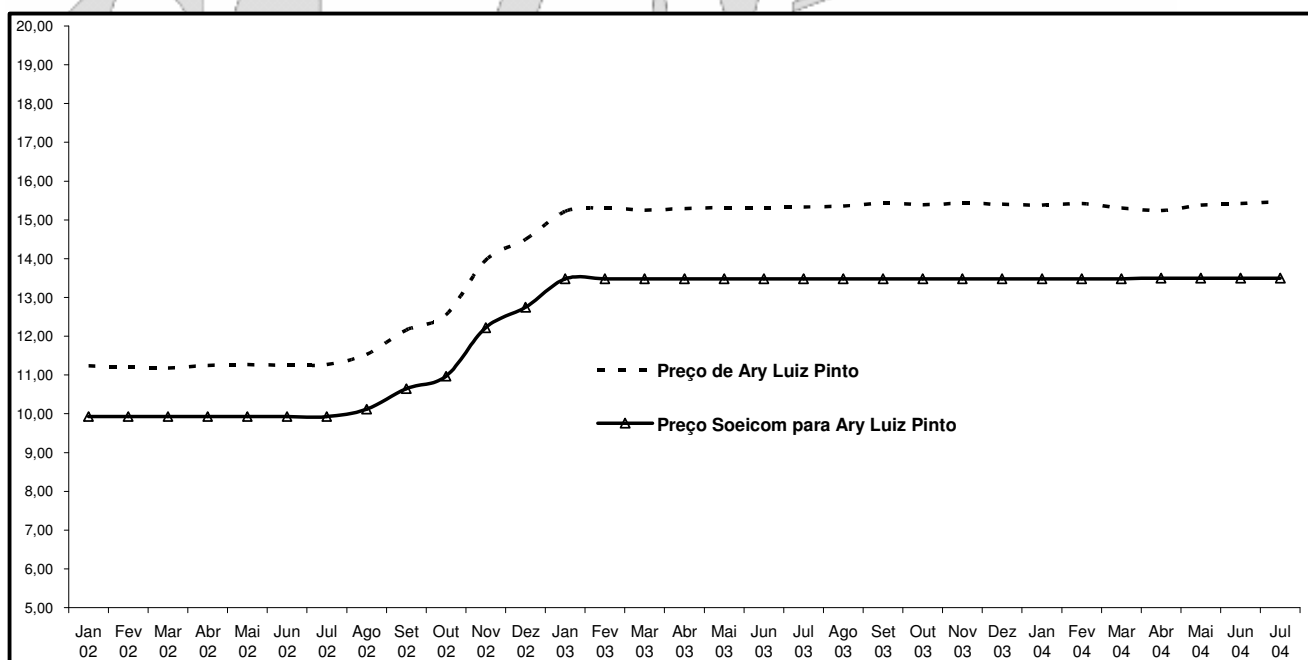


Gráfico 4
Evolução do preço do saco de 50 kg de cimento
CPII32 na Soeicom e na Dist. Ary Luiz Pinto.



Nota-se claramente que a variação dos preços praticados pelas distribuidoras está indissolivelmente ligada à variação ocorrida nos preços do seu fornecedor, no caso, a SOEICOM (hoje, LIZ), e que não ocorre nenhuma excentricidade na fixação dos mesmos. (g.n)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Essas constatações demonstram que para se obter o preço praticado pelo distribuidor não é necessária nenhuma ginástica, tampouco fórmulas complexas, cálculos mirabolantes ou esforços extenuantes.

E o que dizer do fato da autuada não agregar nenhuma margem de lucro ao preço cobrado do distribuidor para fins de cálculo do ICMS-ST? Tal procedimento evidencia o fato já sobejamente demonstrado de que a impugnante jamais teve a intenção de, sequer se avizinhar, de parâmetros plausíveis para efeito de cálculo do imposto a ser retido por substituição tributária.

Se a impugnante tivesse a intenção de captar o preço praticado pelo distribuidor, certamente alcançaria a precisão suficiente para honrar sua obrigação para com o fisco. Só não o fez porque lhe faltou um elemento essencial: a vontade de fazê-lo.”

Neste diapasão, e observando-se que a base de cálculo para as operações praticadas pela Autuada estava prevista expressamente na legislação tributária, não lhe assiste razão.

Portanto, corretas as exigências fiscais veiculadas no Auto de Infração.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar 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 (Revisor), que o julgava parcialmente procedente, para cancelar as exigências sobre os valores anteriores a 27/12/2001, nos termos do art. 150, §4º, do CTN e da Impugnação de fls. 848/850. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Bruno Rodrigues de Faria. Participou do julgamento, além dos signatários e do Conselheiro supramencionado, o Conselheiro Edvaldo Ferreira.

Sala das Sessões, 23 de abril de 2008.

Luiz Fernando Castro Trópia
Presidente

Mauro Heleno Galvão
Relator