

Acórdão: 15.544/03/2.^a Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010109518-22
Agravo Retido: 40.030110027-96
Impugnante/Ag.: Itabira Agroindustrial S.A.
PTA/AI: 01.000141380-59
Proc. S. Passivo: Delcides Gonçalves Maciel Júnior/Outro(s)
Inscrição Estadual: 012.460222.0175
Origem: DIF/Belo Horizonte

EMENTA

RECURSO DE AGRAVO – PERÍCIA. Requerimento de prova pericial corretamente indeferido pela Auditoria Fiscal, nos termos do art. 116, I, DA CLTA/MG. Recurso de Agravo não provido.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – CIMENTO – RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS/ST. Recolhimento a menor do ICMS relativo à substituição tributária, em função da não inclusão do valor do frete nas operações com cimento realizadas pela Impugnante com contribuintes mineiros. Infração caracterizada. Crédito tributário reformulado pelo Fisco após análise da diligência determinada pela Auditoria Fiscal. Exigências fiscais parcialmente mantidas.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Versa a presente autuação sobre recolhimento a menor do ICMS relativo à substituição tributária, nas remessas de cimento efetuadas pela Autuada a contribuintes mineiros, sem a inclusão do valor do frete na base de cálculo da substituição tributária.

Inconformada com as exigências fiscais, a Autuada apresenta, tempestivamente, através de procurador regularmente constituído, impugnação às fls. 350/367, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 384/394.

O pedido de prova pericial formulado pela Impugnante é indeferido pela Auditoria Fiscal (fls. 428/429), decisão contra a qual é interposto o Recurso de Agravo de fls. 433/434.

A Auditoria Fiscal determina a realização da Diligência de fl. 439, resultando na manifestação fiscal de fl. 442, na alteração do crédito tributário de fls. 445/447 e na juntada de documentos de fls. 448/778.

Regularmente notificada quanto à retificação do crédito tributário (fls. 777/778), a Impugnante se mostra inerte, não apresentando qualquer aditamento à sua impugnação.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 780/788, opina pela procedência parcial do Lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco.

DECISÃO

DAS PRELIMINARES

1. Quanto ao Recurso de Agravo retido nos autos

O pedido de prova pericial suscitado pela Impugnante, a bem da verdade, não envolve questões que requeiram propriamente a produção de prova pericial, vez que o quesito n.º 1 questiona a própria imputação fiscal atribuída pelo fisco, cabendo ao sujeito passivo o ônus da prova que entende ser capaz de ilidir o feito fiscal, consoante o art. 109 da CLTA/MG.

O quesito n.º 2 tornou-se inócuo a partir do reconhecimento, pelo próprio sujeito passivo, de que as notas fiscais, relacionadas no item 3.14 de sua impugnação, tiveram como destinatárias, empresas mineiras e não fluminenses.

Assim, o requerimento de perícia foi corretamente indeferido, com fundamento no artigo 116, I, da CLTA/MG.

2. Preliminar 2

A Impugnante não admite que o lançamento legitime-se através do Protocolo ICM 11/85 por entender que este ato administrativo, sem o referendo do Poder Legislativo, não pode obrigar as entidades signatárias.

Equívoca-se a Impugnante, pois é indiscutível a responsabilidade a ela atribuída, como substituta tributária, pela retenção e recolhimento do ICMS/ST relativo às operações com cimento por ela realizadas com contribuintes mineiros.

Além do artigo 20, Inciso III, Parte Geral, c/c artigo 166, do Anexo IX, ambos do RICMS/96, toda a legislação tributária converge para o mesmo entendimento.

A Lei Complementar 87/96 assim dispôs no seu art. 6º:

Art. 6º - Lei estadual poderá atribuir a contribuinte do imposto ou a depositário a qualquer título a responsabilidade pelo seu pagamento, hipótese em que o contribuinte assumirá a condição de substituto tributário.

§ 1º - A responsabilidade poderá ser atribuída em relação ao imposto incidente sobre uma ou mais operações ou prestações, sejam antecedentes, concomitantes ou subseqüentes, inclusive ao valor decorrente da diferença entre alíquotas interna e interestadual nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

localizado em outro Estado, que seja contribuinte do imposto.”

E o art. 9º prevê que “a adoção do regime de substituição tributária em operações interestaduais dependerá de acordo específico celebrado pelos Estados interessados”

Na Lei mineira 6763/75 a condição de substituto tributário da Impugnante é perfeitamente definida:

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

(...)

III - adquirente ou destinatário da mercadoria, ainda que não contribuinte, pela entrada ou recebimento para uso, consumo ou ativo permanente, ficar sob a responsabilidade do alienante ou do remetente da mercadoria”

Reza o parágrafo terceiro:

“§ 3º - Caso o responsável esteja situado em outra unidade da Federação, a substituição dependerá de acordo entre os Estados envolvidos.”

O Protocolo ICM 11/85, com suas posteriores alterações, traduz-se no citado acordo entre os Estados da Federação, o que permite afirmar ser perfeitamente legal a atribuição da condição de contribuinte substituta à Impugnante nas operações relacionadas nos autos.

Quanto ao seu aspecto formal, o Auto de Infração foi lavrado com estrita observância dos requisitos exigidos no art. 57, c/c art. 58, da CLTA/MG.

Destarte, não procede a pretensão da Impugnante de nulidade do Auto de Infração.

DO MÉRITO

Versa a presente autuação sobre recolhimento à menor do ICMS relativo à substituição tributária, no período de 01/01/97 a 31/12/98, nas remessas de cimento efetuadas pela Autuada a contribuintes mineiros, sem a inclusão do valor do frete na base de cálculo da substituição tributária.

A empresa autuada, sediada no Estado do Espírito Santo, é responsável, na condição de substituta tributária, pela retenção e recolhimento do ICMS/ST relativo às operações com cimento realizadas com contribuintes mineiros, nos termos do art. 166, do Anexo IX, do RICMS/96.

Quanto a essa responsabilidade não há controvérsia nos autos, tanto que a acusação fiscal refere-se a recolhimento a menor do imposto devido a este Estado e a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Autuada, embora questione a legalidade do Protocolo ICM n.º 11/85, afirma à fl. 357 que “*sempre praticou e pratica nas operações que realiza com cimento – mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, cujas regras são impostas pelo Protocolo ICM 11/85 e alterações posteriores a forma de cálculo prevista neste Protocolo...*”

Portanto, o cerne da presente lide reside no fato da obrigatoriedade de se incluir ou não o frete na base de cálculo da substituição tributária.

Nesse sentido, a Lei Complementar 87/96, assim disciplina, em seu art. 8.º, II:

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

(...)

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

a) o valor da operação ou 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 aos adquirentes ou tomadores de serviço;

c) a margem de valor agregado, inclusive lucro, relativa às operações ou prestações subsequentes.” (G.N.)

Essa norma foi reproduzida no art. 13, § 19, ”2”, da Lei 6763/75, e regulamentada através do art. 172, § 1.º, do Anexo IX, do RICMS/96.

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

(...)

2) em relação a operação ou prestação subsequentes, 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 subsequentes, que será estabelecida em

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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." (G.N.)

.....

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 carrêto 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.)

Depreende-se dos dispositivos legais acima transcritos que o valor do frete, ao contrário da tese defendida pela Autuada, sempre deverá compor a base de cálculo da substituição tributária, independentemente das operações se realizarem sob cláusula CIF ou FOB. Não obstante, é importante salientar que no presente caso as operações ocorreram sob cláusula FOB, ou seja, o ônus do frete recaiu sobre os adquirentes mineiros.

O intuito do regime de substituição tributária é alcançar o ICMS que seria devido até o consumidor final da mercadoria, fazendo com que o Estado possa arrecadar, antecipadamente, o imposto relativo a todas as etapas de circulação econômica da mercadoria, sendo que o frete é um componente essencial na composição do custo que é repassado ao consumidor.

As cópias das notas fiscais de fls. 380/383 ratificam a informação de que o frete era de responsabilidade do destinatário da mercadoria e demonstram que a Autuada tinha conhecimento prévio de seu valor, uma vez que no corpo das referidas notas fiscais constavam a base cálculo do serviço de transporte e o valor do respectivo ICMS.

Assim, corretamente agiu o Fisco mineiro ao exigir a diferença do ICMS relativo à substituição tributária, pela não inclusão do frete na base de cálculo do imposto.

Para tal fim, através de arquivos magnéticos fornecidos pela Autuada, o Fisco elaborou o "Relatório de Apuração do ICMS/ST Devido" (fls. 18/349), adotando a base de cálculo prevista no art. 172, § 1.º, do anexo IX, do RICMS/96, exigindo a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

diferença apurada na coluna “Diferença ICMS/ST”, obtida pela dedução do valor efetivamente devido e aquele destacado em cada documento fiscal.

Esse “Relatório”, no entanto, foi retificado pelo de fls. 448/776, tendo em vista que, após a Diligência determinada pela Auditoria Fiscal (fl. 439), o Fisco constatou que as notas fiscais listadas à fl. 445 não continham qualquer informação relativa ao frete, o que motivou a exclusão das exigências fiscais a elas relativas.

Com a exclusão dessas notas, o crédito tributário foi também retificado, passando a ser aquele demonstrado às fls. 446/447, do qual a Impugnante foi regularmente cientificada (fls. 778/779), sem, entretanto, manifestar-se a respeito.

Em sua peça impugnatória a Impugnante alegara que no Auto de Infração foram incluídas notas fiscais cujas mercadorias foram destinadas ao Estado do Rio de Janeiro e não ao Estado de Minas Gerais, o que tornaria indevida a cobrança de ICMS/ST para este Estado. Entretanto, a mesma, após ter sido intimada a apresentar os originais dos referidos documentos, voltou atrás (fls. 372), reconhecendo que os estabelecimentos destinatários são, realmente, mineiros.

Quanto à multa de revalidação, exigida no percentual de 100 % (cem por cento) do valor do imposto não retido, sua aplicação encontra-se respaldada no art. 56, § 2.º, da Lei 6763/75, *in verbis*:

“Art. 56 - Nos casos previstos no inciso III do artigo 53, serão os seguintes os valores das multas:

(...)

II - havendo ação fiscal, a multa será de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, observadas as reduções previstas nos itens 1 a 3 do § 9º do artigo 53.

(...)

§ 2º - Tratando-se de crédito tributário por não-retenção ou de falta de pagamento do imposto retido em decorrência de substituição tributária, as multas serão cobradas em dobro, quando da ação fiscal, aplicando-se as reduções previstas no inciso II deste artigo.” (G.N)

Estando a multa prevista em Lei, não há que se falar em confiscatoriedade ou em valor excessivo. Se a Lei assim determina, assim deve ser. Ademais, nos termos do art. 88, I, da CLTA/MG, Não se incluem na competência deste órgão julgador “*a declaração de inconstitucionalidade ou negativa de aplicação de lei, decreto ou ato normativo.*”

Portanto, o feito fiscal demonstra-se correto, sendo legítima a exigência do crédito tributário constituído, observada a retificação de fls. 445/447.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante são insuficientes para descaracterizar a infração.

Diante do exposto, ACORDA a 2.^a Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em negar provimento ao Recurso de Agravo Retido nos autos. Ainda em preliminar, à unanimidade, rejeitaram-se as prefaciais argüidas. No mérito, também à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o Lançamento, nos termos da reformulação de fls. 445/447. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Marismar Cirino Motta. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Thadeu Leão Pereira e Aparecida Gontijo Sampaio.

Sala das Sessões, 02/09/03.

Francisco Maurício Barbosa Simões
Presidente/Revisor

José Eymard Costa
Relator