

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 18.612/08/3ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000155134-90
Impugnação: 40.010121281-12
Impugnante: Nevada Distribuidora de Bebidas Ltda
IE: 090800429.01-28
Proc. S. Passivo: Dalmar do Espírito Santo Pimenta
Origem: DF/Betim

EMENTA

NOTA FISCAL – FALTA DE DESTAQUE DO ICMS – OPERAÇÃO PRÓPRIA – ÁGUA MINERAL. Constatada a falta de destaque nas notas fiscais e o recolhimento do ICMS normal, devido pelas saídas de água mineral, em razão da equiparação da Impugnante a estabelecimento industrial. Exigências de ICMS e da Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei 6.763/75.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - ÁGUA MINERAL - FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO ICMS/ST. Constatada a falta de retenção e recolhimento do imposto devido a título de substituição tributária nas operações com água mineral natural e gaseificada, em razão da equiparação da Impugnante a estabelecimento industrial, acarretando as exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação, prevista no art. 56, e § 2º, inciso I da Lei 6763/75 e Multa Isolada, prevista no inciso VII, do art. 55, do citado diploma legal, majorada em 50% (cinquenta por cento) por reincidência. Exclusão da Multa Isolada, por inaplicável à espécie. Infração, em parte, caracterizada. Lançamento parcialmente procedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a imputação de que a Autuada, no período de 01/05/2005 a 31/01/2006, teria promovido saída de água mineral natural e gaseificada, deixando de destacar e recolher o ICMS incidente sobre as suas próprias operações e de fazer a retenção e o recolhimento do tributo devido por substituição tributária, tendo em vista que se equipara a empresa industrial, passando a ser a substituta tributária das operações com água mineral envasada natural e, com relação ao produto água mineral envasada gaseificada, torna-se substituta tributária em virtude do disposto no inciso III, do art. 153 do Anexo IX do RICMS/02, consoante inciso II da cláusula primeira do Protocolo ICMS 11/91.

Exige-se ICMS, ICMS/ST, Multas de Revalidação (50% e 100%) previstas no artigo 56, inciso II, e § 2º, inciso I, da Lei 6763/75, Multa Isolada (40%) prevista no art. 55, VII da Lei 6763/75, majorada em 50% por constatação de reincidência, nos termos do art. 53, § 7º, da Lei 6763/75.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente, por intermédio de seu procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 445/483, juntando os documentos às fls. 485/519.

O Fisco, em Manifestação Fiscal às fls. 526/538, refuta as alegações da defesa.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 543/557, opina pela procedência do lançamento.

DECISÃO

DA PRELIMINAR

A Autuada argúi a nulidade do Auto de Infração por entender que haveria total incongruência entre os dispositivos legais e o suporte fático descrito no relatório, não havendo subsunção dos fatos às normas citadas na peça fiscal, estando, portanto, eivado de vícios.

Não procede a arguição da Impugnante, pois o Auto de Infração foi lavrado através de procedimento fiscal idôneo e previsto na legislação tributária, sendo composto de diversas planilhas que foram encaminhadas ao Contribuinte e estão anexadas às fls. 22/197 dos autos, demonstrando detalhadamente as irregularidades praticadas pela Autuada e a origem das exigências fiscais.

A descrição das irregularidades cometidas consta claramente no campo “Relatório” no Anexo I do Auto de Infração (fls. 22/27), o mesmo acontecendo com os dispositivos legais relativos às infringências e penalidades, que constam do campo próprio da peça fiscal. O presente lançamento atende a todas as formalidades e requisitos exigidos nos artigos 57/59 da CLTA/MG, vigentes à época, bem como ao disposto no artigo 142 do CTN.

Ainda que se verificasse alguma falha no presente lançamento, cumpre lembrar que o RPTA (Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos), hoje vigente, estabelece, em seu art. 92, que possíveis incorreções ou omissões da peça fiscal não acarretarão sua nulidade, quando nela constarem elementos suficientes para determinar com segurança a natureza da infração argüida.

Ademais, a própria peça impugnatória demonstra que não houve qualquer prejuízo ou cerceamento ao amplo direito de defesa da Impugnante, vez que a mesma entendeu perfeitamente as imputações fiscais e defendeu-se seguramente contra todos os pontos do Auto de Infração.

Nesse sentido, incabível a preliminar argüida, não se vislumbrando qualquer ilegalidade ou nulidade no lançamento fiscal.

DO MÉRITO

Conforme relatado anteriormente, o presente contencioso versa sobre a constatação de que a Autuada teria promovido saídas de água mineral natural e gaseificada, sem o destaque e o recolhimento do ICMS incidente sobre as próprias

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

operações e sem a retenção e o recolhimento do tributo devido por substituição tributária, tendo em vista a sua equiparação a empresa industrial.

Ressalta-se, inicialmente, que os fundamentos expostos no parecer da Auditoria Fiscal foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e por esta razão passarão a compor o presente Acórdão.

Esclarece o Fisco no relatório do Auto de Infração e no Anexo I (fls. 22/27), que a Impugnante recebeu produtos da empresa Hidrobrás Águas Minerais do Brasil Ltda., IE 062.125244.00-99 (denominada “Fonte”), que seria a substituta tributária original na condição de estabelecimento industrial. No entanto, foi constatado que a Fonte realizou industrialização dos produtos por encomenda da Autuada, tornando esta última responsável pelos tributos na condição de equiparada a industrial, de acordo com o artigo 152, I do Anexo IX e artigo 12 do Anexo XV, ambos do RICMS/02.

No período de 01/05/2005 a 31/01/2006, a Impugnante enviava materiais intermediários à Hidrobrás/Fonte, para o envase de água mineral e esta, por sua vez, retornava o produto envasado acobertado por duas notas fiscais, sendo uma de devolução dos materiais intermediários e outra relativa à “água mineral para envase”. Essa última nota fiscal era tributada erroneamente pelo regime de substituição tributária. Por equiparar-se a industrial, a Autuada passa a ser o substituto tributário das operações com água mineral envasada natural.

Com relação ao produto “água mineral envasada gaseificada”, recebido da empresa Hidrobrás/Atacadista (IE nº 090.125244.03-95), torna-se substituta tributária em virtude do disposto no inciso III, do art. 153, do Anexo IX do RICMS/02, consoante com o inciso II da cláusula primeira do Protocolo ICMS 11/91, vez que os estabelecimentos são substitutos tributários de produto classificado na mesma posição da tabela anexa ao Regulamento do Imposto sobre Produtos Industrializados (RIPI).

Às fls. 22/23, o Fisco apresenta diagramas que representam o fluxo das operações de entrada de produtos, oriundos das empresas Hidrobrás/Fonte e Hidrobrás/Atacadista com utilização indevida do regime da substituição tributária, demonstrando que as operações de saída da Impugnante desconsideravam sua condição de substituta tributária, deixando de reter e recolher o imposto devido.

Para apuração das irregularidades acima descritas, o Fisco elaborou as planilhas de fls. 29/197 (Anexo II), onde relaciona as notas fiscais de saída da Autuada e apura o ICMS a recolher sobre as operações próprias e o imposto devido por substituição tributária. Junta ainda, às fls. 198/293, cópias do livro Registro de Saídas e amostragem das notas fiscais em questão.

Já nas planilhas de fls. 294/297 (Anexo III), é demonstrado o arbitramento do valor do frete para a composição da base de cálculo da substituição tributária no período de 01 a 10/06/2005 e às fls. 298 consta a relação dos produtos comercializados pela Impugnante (Anexo IV).

As demais planilhas juntadas aos autos são: Anexo V (fls. 299/402) – Relação das notas fiscais de entradas e amostragem das respectivas notas fiscais e lançamentos no LRE e LRAICMS; Anexo VI (fl. 408) – Demonstrativo do Crédito

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Tributário; e Anexo VII (fls. 409/411) – Consultas ao SICAF que comprovam a reincidência exigida no período de 29 a 31/01/2006.

A matéria encontra-se disciplinada no Regulamento do ICMS de 2002, que assim estabelece:

Vigência de 15/12/04 a 30/11/05 (Anexo IX) :

Art. 151 - Os estabelecimentos industrial, importador, arrematante de mercadoria importada e apreendida ou abandonada e engarrafador de água, situados nos Estados do Acre, Alagoas, Amapá, Amazonas, Bahia, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Pará, Paraíba, Paraná, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Rondônia, Roraima, Santa Catarina, São Paulo, Tocantins e no Distrito Federal, nas operações com cerveja, chope, refrigerante e água mineral ou potável envasada, classificados nas posições 2201 a 2203 da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema Harmonizado (NBM/SH - com o sistema de classificação adotado até 31 de dezembro de 1996), destinadas a estabelecimento localizado neste Estado, são responsáveis, na condição de substitutos, pela retenção e recolhimento do imposto devido nas operações subseqüentes."

(...)

Art. 152 - A responsabilidade prevista no artigo anterior é igualmente atribuída:

I - aos estabelecimentos industrial, importador, arrematante de mercadoria importada e apreendida ou abandonada e engarrafador de água, localizados neste Estado, ressalvado, quanto às suas operações interestaduais, o que dispuser a legislação da unidade da Federação destinatária;

(...)

Art. 153 - O disposto nos artigos deste Capítulo não se aplica:

(...)

III - às operações internas **entre estabelecimentos industrial, importador, arrematante de mercadoria importada e apreendida ou abandonada e engarrafador, desde que substitutos tributários de produto classificado na mesma posição** da tabela anexa ao Regulamento do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI);

IV - às operações realizadas **entre estabelecimentos de empresas interdependentes**, exceto quando o destinatário for estabelecimento varejista.

Parágrafo único - A substituição tributária caberá ao estabelecimento destinatário que

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

promover a saída da mercadoria para estabelecimento de pessoa diversa. (GN)

(...)

Vigência a partir de 01/12/05 (Anexo XV) :

Art. 12 - O estabelecimento industrial situado neste Estado ou nas unidades da Federação com as quais Minas Gerais tenha celebrado protocolo ou convênio para a instituição de substituição tributária, nas remessas das mercadorias relacionadas na Parte 2 deste Anexo para estabelecimento de contribuinte deste Estado, é responsável, na condição de sujeito passivo por substituição, pela retenção e pelo recolhimento do ICMS devido nas operações subseqüentes.

§ 1º - As unidades da Federação com as quais Minas Gerais tenha celebrado protocolo ou convênio para a instituição de substituição tributária, por mercadoria ou agrupamento de mercadorias, são as identificadas nos itens da Parte 2 deste Anexo.

§ 2º - A responsabilidade prevista neste artigo aplica-se também ao imposto devido na entrada, em operação interestadual iniciada em unidade da Federação com a qual Minas Gerais tenha celebrado protocolo ou convênio para a instituição de substituição tributária, das mercadorias relacionadas nos itens 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 16 e 26 da Parte 2 deste Anexo e destinadas, conforme o caso, a uso, consumo ou ativo permanente do destinatário.

(...)

Art. 18 - A substituição tributária de que trata esta Seção não se aplica:

I - às operações, inclusive de importação e de aquisição em licitação promovida pelo poder público, **que destinem mercadorias a estabelecimento industrial fabricante da mesma mercadoria,** assim entendida a classificada no mesmo subitem da Parte 2 deste Anexo, hipótese em que a retenção do imposto devido por substituição tributária será realizada no momento da saída da mercadoria;

II - às operações promovidas por estabelecimento industrial em retorno ao estabelecimento encomendante da industrialização, hipótese em que a este é atribuída a responsabilidade pelo recolhimento do imposto a título de substituição tributária; (GN)

(...)

Depreende-se da legislação acima transcrita que a Autuada não poderia receber água mineral da empresa Hidrobrás com a retenção do ICMS por substituição tributária, de acordo com o que dispõe os artigos 153, II e art. 18, I acima citados, haja

vista que tanto a Impugnante quanto a sua mencionada fornecedora são substitutas tributárias de produtos classificados na mesma posição (água mineral).

Não bastasse, o Fisco verificou a existência de relação de interdependência entre as mesmas, o que também afasta a aplicação da substituição tributária nas operações em que a Impugnante recebe produtos da empresa Hidrobrás, por vedação expressa contida no inciso IV do mencionado art. 153.

A relação de interdependência foi constatada pelo Fisco ao verificar que um dos sócios da empresa fornecedora é pai dos sócios da Autuada, houve transferência de veículos transportadores entre as referidas empresas, estas possuem o mesmo representante junto à SEF/MG, além de funcionarem no mesmo endereço, de acordo com os documentos juntados às fls. 412/444 e no que dispõe o inciso IX do art. 222 do RICMS/02, *in verbis*:

Art. 222 - Para os efeitos de aplicação da legislação do imposto: (...)

IX - consideram-se interdependentes duas empresas, quando:

a - uma delas, por si, seus sócios ou acionistas, ou respectivos cônjuges ou filhos menores, for titular de mais de 50% (cinquenta por cento) do capital da outra, ou uma delas locar ou transferir a outra, a qualquer título, veículo destinado ao transporte de mercadorias;

b - uma mesma pessoa fizer parte de ambas na qualidade de diretor ou sócio com funções de gerência, ainda que exercidas sob outra denominação;

Embora a Impugnante tenha comprovado através das fotos de fls. 513/516 que os endereços das empresas, apesar de contíguos, são distintos, e o Fisco admita em sua Manifestação que as informações sobre a composição societária das empresas ou a contratação de auditor independente comum não caracterizam a interdependência, no caso em questão, tais informações contribuem para a formação do entendimento de que a interdependência existiu no período analisado.

Ademais, a prática reiterada da Fonte/Hidrobrás no sentido de efetuar a entrega dos produtos aos clientes da Impugnante, comprovado através dos dados das DAFs de fls. 413/418, e admitido pela própria Autuada em sua peça de defesa, caracteriza um contrato verbal de transferência de veículos de transporte de mercadoria, quer seja oneroso ou gratuito, evidenciando, portanto, a interdependência entre elas, nos termos do artigo 222, acima transcrito.

Assim, diante da constatação que o ICMS foi retido indevidamente nas operações anteriores, caberia à Autuada a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto a título de substituição tributária nas suas operações de venda, haja vista que foi esta quem promoveu a saída da mercadoria para estabelecimento de pessoa diversa, nos termos do parágrafo único do art. 153 e art. 18 II, transcritos acima, bem como pelo recolhimento do ICMS pelas suas operações próprias.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Impugnante sustenta não ser substituta tributária entendendo que as operações realizadas com a Fonte não se caracterizam como industrialização por encomenda e que nem a Fonte/Hidrobrás seria enquadrada como industrial. Entretanto, cabe analisar o conceito de industrialização constante do RICMS/02:

Art. 222 - Para os efeitos de aplicação da legislação do imposto:

(...)

II - industrialização é qualquer operação que modifique a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade do produto ou o aperfeiçoe para o consumo, observado o disposto nos §§ 1º a 3º deste artigo, tais como:

(...)

d - a que importe em alterar a apresentação do produto pela colocação de embalagem, ainda que em substituição à original, salvo quando a embalagem colocada se destine apenas ao transporte de mercadoria (acondicionamento ou reacondicionamento);

(...)

§ 1º - São irrelevantes para caracterizar a operação como industrialização:

I - o processo utilizado para a obtenção do produto;

II - a localização e as condições das instalações ou dos equipamentos empregados. (grifos nossos)

Oportuno transcrever, conforme consta da manifestação fiscal, o conceito de empresa industrial lecionado pela insigne professora Maria Helena Diniz:

"EMPRESA INDUSTRIAL. Direito comercial. Estabelecimento que manufatura produtos finais ou insumos, exercendo com eles a mercancia." (Diniz, Maria Helena, Dicionário Jurídico, Saraiva)

Importante destacar também a diferença entre industrialização e prestação de serviços, na lição doutrinária do mestre Marçal Justen Filho citada pelo jurista José Eduardo Soares de Melo:

"Compreende por industrialização as atividades materiais de produção ou beneficiamento de bens, realizadas em massa, em série, estandardizadamente: os bens industriais surgem como espécimes idênticos dentro de uma classe ou de uma série intensivamente produzida.

Entende que industrializar, em suma, é conceito que reúne dois requisitos (aspectos) básicos e necessários, quais sejam: a) alteração da configuração de um bem material; b) padronização e massificação." (Melo, José Eduardo Soares de, ICMS: Teoria e Prática)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ressalte-se que no texto do RIPI não se exclui os estabelecimentos “engarrafadores” de produtos constantes da TIPI (Tabela do IPI) no Capítulo 22, da condição de industrial ou de equiparado a industrial:

Art. 274. O Secretário da Receita Federal poderá exigir dos estabelecimentos industriais ou equiparados a industrial, dos produtos do Capítulo 22 da TIPI, o registro especial a que se refere o art. 267, estabelecendo os seus requisitos, notadamente quanto à constituição da empresa em sociedade, seu capital mínimo e instalações industriais (Decreto-Lei n.º. 1.593, de 1977, art. 22, e Medida Provisória n.º. 2.158-35, de 2001, art. 58, § 1º, inciso I). (gn)

Sobre o assunto, o entendimento da Superintendência Regional da Receita Federal da 8ª Região Fiscal em resposta a consultas de contribuintes é que o envase de água mineral caracteriza-se como industrialização, estando o produto resultante dessa operação sujeito à incidência do IPI, eis que a imunidade prevista na Constituição Federal aos minerais é inaplicável a produto que não se comprove ser uma substância mineral e/ou tenha sofrido processo de industrialização, conforme ementa da Solução de Consulta SRF n.º. 340, transcrita pelo Fisco às fls. 531/532.

Ratifica o entendimento de que o envase de água mineral é industrialização a Solução de Consulta SRF n.º. 52, da 3ª Região Fiscal da Superintendência Regional da Receita Federal, ao tratar do aproveitamento de crédito de IPI relativo aos insumos deste processo, reproduzida à fl. 532.

Resta demonstrado que o processo de envase de água mineral natural caracteriza-se como industrialização, importando na alteração da apresentação do produto pela colocação de embalagem, haja vista que o produto é envasado em diversos tipos de vasilhame (PET ou PP), com diversas capacidades de volume (200 ml, 330 ml, 505 ml, 510 ml, 1500 ml, 5 litros e 20 litros).

Ademais, percebe-se pelas notas fiscais juntadas aos autos às fls. 331/386 que a Impugnante enviava não só os vasilhames mas também rótulos, lacres, tampas, filmes (plásticos) e caixas de papelão para que a Fonte (Hidrobrás) industrializasse o produto, devolvendo-o pronto e acabado para o consumo. O processo em questão reúne os aspectos básicos e necessários para a caracterização da industrialização, quais sejam: alteração da configuração de um bem matéria, padronização e massificação.

Conclui-se que a Hidrobrás (Fonte) seria a substituta tributária original na condição de estabelecimento industrial. No entanto, no período em questão, diante da constatação de industrialização por encomenda, a Impugnante tornou-se a responsável pelos tributos na condição de equiparada a industrial, de acordo com o artigo 152, I do Anexo IX e artigo 12 do Anexo XV, ambos do RICMS/02, contrariando a afirmação da Impugnante de que seria a Fonte a responsável pelo recolhimento do ICMS-ST.

Não procede a alegação da Autuada de que a embalagem para o seu produto teria como única finalidade o transporte do produto, não alterando qualquer característica do mesmo. A análise da relação de produtos comercializados pela Impugnante, constante do Anexo IV do Auto Infração (fls. 298), demonstra que a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

embalagem da água mineral compõe o produto e é vendida juntamente com o mesmo, como por exemplo, os copos de 200 ml e as garrafas e garrações PET e PP nos diversos volumes comercializados.

Saliente-se que as embalagens que têm a finalidade de transporte destes produtos são apenas as caixas de papelão para os copos e os fardos em filme plástico para os produtos em garrafas.

No tocante à afirmação da defesa, no sentido de que o artigo 8º do RIPI (Decreto nº 4.344/2002) exclui do conceito de estabelecimento industrial aquele que executa operações com produtos não-tributados, esclareça-se que referido dispositivo legal refere-se à não-tributação pelo IPI. Entretanto, o produto água mineral natural é mercadoria tributada normalmente pelo ICMS e a legislação do imposto estadual não prevê a mesma exclusão.

Ao contrário do que afirma a Impugnante, o fato de constar o “engarrafador de bebidas” dissociado do estabelecimento industrial na redação do artigo 152, I, do Anexo IX do RICMS/02 não retira sua característica de indústria, como poderá ocorrer com o importador ou arrematante. O referido dispositivo tão somente imputa responsabilidades de recolhimento do ICMS-ST àquelas pessoas nele elencadas.

Também não procede o argumento de que no período de vigência do artigo 12, do Anexo XV, do RICMS/02, nem a Fonte (Hidrobrás) nem a Impugnante poderiam ser responsáveis pelo ICMS-ST. Diante da equiparação da Autuada a estabelecimento industrial, nas operações entre as duas indústrias aplica-se o disposto no art. 18, I e II do mesmo diploma legal.

Quanto à contestação da determinação da base de cálculo por simples Portaria Administrativa, tal discussão encontra óbice na regra prevista no art. 110, inciso I do RPTA/MG que afasta da competência do órgão julgador administrativo a declaração de inconstitucionalidade ou inaplicabilidade de atos normativos. Não bastasse, de acordo com o § 29 do art. 13 da Lei 6763/75, em substituição ao valor estabelecido no item 2 do § 19 deste mesmo artigo, a base de cálculo nas operações subsequentes poderá ser o preço a consumidor final usualmente praticado no mercado em condições de livre concorrência, conforme segue:

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 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 subseqüentes, 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.

(...)

§ 29 - Em substituição ao disposto no item 2 do § 19 deste artigo, a base de cálculo em relação às operações ou prestações subseqüentes poderá ser o preço a consumidor final usualmente praticado no mercado considerado, relativamente ao serviço, à mercadoria ou a sua similar, em condições de livre concorrência, adotando-se para sua apuração as regras estabelecidas na alínea "c" do mesmo item.

Observa-se que o papel da Portaria Administrativa é de simples divulgação do PMPF (preço médio ponderado a consumidor final), obtido através de pesquisa, conforme determina o artigo 13, § 19, item 2, alínea "c" da Lei nº 6763/75, sendo que o RICMS/02 veio regulamentar o disposto no artigo 13, §§ 19 e 29 da referida lei, conforme artigo 19 do Anexo XV do RICMS/02:

Art. 19 - A base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária é:

I - em relação às operações subseqüentes:

a) - tratando-se de mercadoria cujo preço final a consumidor, único ou máximo, seja fixado por órgão público competente, o preço estabelecido;

b) - tratando-se de mercadoria que não tenha seu preço fixado por órgão público competente, observada a ordem:

1 - o preço médio ponderado a consumidor final (PMPF) divulgado em portaria da Superintendência de Tributação; (GN) (...)

Depreende-se que, de acordo com o disposto no art. 19 acima transcrito, havendo PMPF divulgado através de Portaria, este será a base a ser adotada em substituição à determinada pelo preço praticado pelo remetente, acrescido do frete, seguro, impostos e outros encargos cobrados do destinatário, adicionado da parcela resultante da aplicação sobre o referido montante do percentual de margem de valor agregado (MVA), de acordo com o item 2, do § 19, também reproduzido acima.

Quanto às alegações de que as multas aplicadas seriam absurdas e afrontariam os princípios da vedação ao confisco, da proporcionalidade, da moralidade e da razoabilidade, pois seriam totalmente abusivas, saliente-se que não cabe tal discussão, neste foro, tendo em vista que os percentuais utilizados estão previstos na

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Lei nº 6.763/75. Há que se considerar, novamente, a regra prevista no art. 110, inciso I do RPTA/MG que limita a competência desta Casa.

Cumpre esclarecer que o pedido da Impugnante para ter vista da Manifestação Fiscal não encontra previsão no RPTA. Entretanto, após a publicação da pauta de julgamento relativa ao presente processo, o Sujeito Passivo teve vista dos autos nos dois primeiros dias úteis, no CC/MG, de acordo com o art. 153, inciso I, do RPTA, além de ser facultado ao contribuinte solicitar vista dos autos a qualquer tempo, comparecendo à repartição fazendária onde se encontre o PTA.

Quanto à solicitação para que seja intimada do deferimento ou indeferimento de perícia, registre-se que não houve requerimento por parte da Impugnante para a produção de prova pericial, tornando impossível qualquer manifestação sobre o assunto. Acrescente-se que o direito à perícia encontra-se precluso, nos termos do art. 119, III, do RPTA/MG.

Por fim, restando demonstrado que o ICMS foi retido indevidamente nas operações de aquisição da água mineral, caberia à Autuada a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto a título de substituição tributária nas suas operações de vendas, haja vista que foi esta quem promoveu a saída da mercadoria para estabelecimento de pessoa diversa, nos termos do parágrafo único do art. 153, do Anexo IX, e art. 18, II, do Anexo XV, ambos do RICMS/02, bem como pelo recolhimento do ICMS pelas suas operações próprias.

Por fim, constata-se que merece ressalva o lançamento apenas quanto à exigência da Multa Isolada, prevista no inciso VII, do art. 55, da Lei 6763/75:

Art. 55 - As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II a IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

VII - por consignar em documento fiscal que acobertar a operação ou a prestação base de cálculo diversa da prevista pela legislação ou quantidade de mercadoria inferior à efetivamente saída - 40% (quarenta por cento) do valor da diferença apurada;

A aplicação de tal penalidade pressupõe que tenha havido emissão de documento fiscal regular, no qual se consignou “*base de cálculo diversa da prevista pela legislação*”, o que não ocorreu no presente caso, pois não houve consignação de qualquer base de cálculo, tendo em vista o entendimento da Impugnante de não ser substituta tributária. Logo, evidencia-se incorreta sua aplicação face à inadequação do tipo descrito na citada norma à conduta da Impugnante.

Portanto, são legítimas as exigências fiscais constantes do presente Auto de Infração, vez que perfeitamente caracterizadas as infrações à legislação tributária, ressalvada a aplicação da multa isolada.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do Auto de Infração. No mérito, pelo voto de qualidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento para

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

excluir a Multa Isolada do artigo 55, VII, da Lei 6763/75. Vencidos, em parte, os Conselheiros Luciana Mundim de Mattos Paixão (Relatora) e André Barros de Moura, que o julgavam improcedente, nos termos da Impugnação de fls. 450/477. Designado relator o Conselheiro Edwaldo Pereira de Salles (Revisor). Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Dalmar do Espírito Santo Pimenta e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Célio Lopes Kalume. Participou do julgamento, além do signatário e dos Conselheiros vencidos, o Conselheiro René de Oliveira e Sousa Júnior.

Sala das Sessões, 16 de abril de 2008.

**Edwaldo Pereira de Salles
Presidente / Relator Designado**

CC/MG