

Acórdão:	15.187/01/1 ^a
Impugnação:	40.010104559-14
Impugnante:	Cervejarias Kaiser Brasil Ltda.
Proc. do Sujeito Passivo:	João Dácio de Souza Pereira Rolim/Outros
PTA/AI:	01.000138155-61
Inscrição Estadual:	071.213183.03-70
Origem:	AF/Escritório Conext – Rio de Janeiro
Rito:	Ordinário

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – CERVEJA - ICMS - RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOR – Acusação de retenção e recolhimento a menor do ICMS/ST pela remessa de mercadoria (cerveja), em operações destinadas a contribuinte atacadista localizado em Minas Gerais, face à aplicação da margem de comercialização incorreta (70%), para a formação da base de cálculo do imposto devido. Exclusão das exigências fiscais referentes aos valores relativos as notas fiscais cujas datas de emissão dizem respeito ao período em que não havia previsão positiva para aplicação da margem de agregação de 140%. Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a imputação fiscal feita a Contribuinte de ter promovido operações de saídas de bebidas sujeitas a retenção do ICMS por substituição tributária para contribuintes varejistas mineiros, no período de 01/10/96 a 31/07/2000, aplicando margem de comercialização incorreta para formação da base de cálculo do imposto devido.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 226/240, aos seguintes argumentos:

- os dispositivos legais que regulamentam a matéria determinam a utilização de base de cálculo correspondente ao valor da operação, com acréscimo de 70%;

- os produtos que fabrica estão sujeitos ao ICMS por substituição tributária, e para apuração desta base de cálculo devem ser agregados ao valor da operação percentuais de acréscimos determinados no RICMS, os quais podem ser de 70% ou de 140%. Tanto pela redação original quanto pela nova redação do RICMS entende que deve aplicar o percentual de 70%, visto que além de fabricar o produto realiza toda a operação de distribuição, destinando a mercadoria a estabelecimentos atacadistas;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- até abril de 1998, o legislador não contemplava de forma explícita a situação em que o fabricante e o distribuidor são o mesmo estabelecimento, contudo, seus procedimentos já eram corretos. Os Decretos nºs 39.547 e 39.602 de 1998 ao alterarem a legislação estadual, atribuíram maior correção aos seus procedimentos, colocando fim ao problema interpretativo;

- com relação aos meses de 1998 a partir de abril a capitulação legal efetuada pela fiscalização está incorreta visto que o Decreto nº 39.547/98 modificou a redação do inciso I do artigo 156 do Anexo IX do RICMS/MG;

- ao aplicar o acréscimo de 70% e não o de 140% agiu de acordo com o RICMS/96, visto que atuou como distribuidor;

- a base de cálculo presumida do ICMS/ST deve tentar ser o mais próximo possível do valor da operação futura, objeto da substituição;

- mesmo que não tivesse retido o ICMS nos percentuais devidos inexistiria prejuízo para o Fisco visto que nas próximas operações com as mercadorias o ICMS já estaria sendo recolhido;

- ao realizar a venda direta a estabelecimento varejista, o industrial arcou, ele próprio com os custos da distribuição até o varejista;

- pelo menos no tocante ao período posterior a 09/04/98 sua pretensão deve ser acolhida.

Requer a procedência da Impugnação.

O Fisco manifesta-se contrariamente ao alegado, às fls. 285/300, aos seguintes argumentos:

- com relação ao período de 01/11/96 a 08/04/98, não é possível se agregar apenas a margem de 70% sobre o preço de partida visto que no art. 156 do Anexo IX do RICMS/MG existem apenas duas hipóteses para formação da bases de cálculo da substituição tributária, conforme o preço de partida seja o praticado pelo industrial ou pelo distribuidor;

- na hipótese dos autos temos a prática do preço de partida pelo industrial e portanto deve ser aplicada a margem de 140%, artigo 156, inciso III, alínea “a” do Anexo IX do RICMS/MG;

- relativamente ao período posterior a 09/04/98, não foi feita comprovação de que nos preços praticados pelo fabricante estavam incluídos os custos de distribuição;

- o Contribuinte utiliza-se de preços unitários nas vendas a varejista com a inclusão dos custos de distribuição, alcançando preço menor se comparado com as vendas realizadas para atacadistas.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Por fim pede a improcedência da Impugnação.

A Auditoria Fiscal em parecer fundamentado e conclusivo de fls. 363 a 372 opina pela procedência parcial do lançamento.

DECISÃO

A autuação versa sobre a imputação fiscal feita ao contribuinte de ter promovido operações de saídas de bebidas sujeitas a retenção do ICMS por substituição tributária para contribuintes varejistas mineiros, no período de 01/10/96 a 31/07/2000, aplicando margem de comercialização incorreta para formação da base de cálculo do imposto devido.

A Impugnante, estabelecida no Estado do Rio de Janeiro, ao promover a remessa de cervejas para estabelecimento localizado no Estado de Minas Gerais tem como obrigação reter e recolher o ICMS devido por substituição tributária tal como preconiza a legislação tributária estadual.

A Contribuinte - contribuinte industrial situado em outra unidade da Federação, no período de 01/10/96 a 31/07/2000, efetuou remessa de mercadorias (cervejas), com destino a estabelecimentos varejistas no Estado de Minas Gerais, com retenção e recolhimento a menor do imposto devido por Substituição Tributária, face à aplicação incorreta do percentual de 70% (setenta por cento).

O determinante da margem a ser agregada ao valor da mercadoria para fins de se obter a base de cálculo da substituição tributária está na característica da atividade exercida pelo contribuinte remetente da mercadoria conforme prevê o artigo 156, incisos, I, II e III do Anexo IX, do RICMS/96. Dessa forma, pode ser este distribuidor, depósito, atacadista, industrial, importando que se faça a prova cabal em qual situação a Contribuinte se enquadrava na operação questionada pelo Fisco. É esta a hipótese do Acórdão 13381/99/2ª, citado pela Impugnante. No entanto tal comprovação não está presente nestes autos.

Na falta de preço máximo de venda a varejo ou de percentuais máximos de margem de comercialização fixados por autoridades competentes (artigo 155, incisos I e II do Anexo IX do RICMS/96), a base de cálculo do ICMS/ST relativa às operações com as mercadorias remetidas por estabelecimento industrial (caso da Impugnante) destinadas a contribuintes deste Estado, não será formada a partir do preço de venda praticado pelo distribuidor, depósito ou estabelecimento atacadista.

A Impugnante entende como legítimo o percentual aplicado de 70% (setenta por cento) a título de margem de lucro, em face do disposto no artigo 156, Anexo IX, inciso I, alínea "h", do RICMS/96 (redação original), e do no artigo 156, Anexo IX, inciso II, alínea "h", do RICMS/96.

A Impugnante salienta em sua defesa que o Fisco errou ao pretender aplicar o percentual de agregação de 140% para composição da base de cálculo do ICMS

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

devido por substituição tributária pois apesar de ser empresa industrial, ao promover as saídas objeto da autuação agiu como estabelecimento distribuidor ou atacadista, o que justifica a aplicação do percentual de 70%.

Com relação ao período até 08/04/1998 temos que o artigo 156, inciso III, alínea “a” do Anexo IX do RICMS/MG (redação original) é claro ao determinar a aplicação do percentual de 140% a ser acrescido ao preço de partida praticado pelo próprio industrial.

No tocante ao período compreendido entre 09/04/1998 e 31/07/2000 a legislação tributária estadual prevê a aplicação do percentual de 140% quando o substituto tributário foi industrial, artigo 156, inciso I, alíneas “d” e “h” do Anexo IX do RICMS/96.

Assim, o preço de partida para obtenção da base de cálculo do ICMS/ST, na hipótese dos autos, será o preço praticado pela própria Contribuinte (estabelecimento industrial), nele incluídos os valores de IPI, frete e/ou carreto e demais despesas debitadas ao destinatário, ainda que cobradas por terceiros, acrescido da parcela resultante da aplicação do percentual previsto na alínea “a” do inciso III do artigo 156, Anexo IX do RICMS/96, para o período compreendido até 08/04/1998 e o previsto nas alíneas “a” e “h” do inciso I do artigo 156 do Anexo IX do RICMS/96, para o período seguinte.

A Impugnante não junta aos autos provas materiais para confirmar que os preços constantes das notas fiscais que deram origem ao vertente Auto de Infração estariam acrescidos dos custos de distribuição, logo, aplica-se às operações em discussão o previsto nos citados dispositivos legais.

No caso de vendas a varejistas, somente justificaria utilizar-se o percentual de 70% se o preço de partida fosse aquele praticado pelo próprio estabelecimento atacadista. Entretanto, não restando comprovado que o preço de partida não era aquele praticado pelo atacadista, correto foi o procedimento do Fisco.

O cerne da questão consiste no enquadramento legal das operações no tocante ao percentual de margem de comercialização a ser aplicado para o cálculo do ICMS devido por substituição tributária.

Neste sentido, entendemos como correto o procedimento do Fisco em considerar o percentual de 140% (cento e quarenta por cento), tomando como partida os valores praticados pelo estabelecimento industrial, ora a Impugnante.

O inciso I, do artigo 156, do Anexo IX, do RICMS/96, que em sua alínea “h” estabelecia ser de 70% o percentual a ser agregado ao preço praticado pelo distribuidor, quando tratava-se de cerveja, **teve efeitos de 01/08/96 a 08/04/98.**

Já o inciso III, que na sua alínea “a” estabelecia o percentual de 140% quando o preço de partida fosse o praticado pelo próprio industrial e no qual apoiou-se o Fisco para autuar, **teve efeitos de 01/08/96 até 31/03/98.**

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Não vigorou, portanto, dentro do interstício de **01/04/98 a 08/04/98**. Nesse período, não havia previsão positivada para aplicação da margem de agregação de 140%, razão pela qual as bases de cálculo do ICMS/ST das Notas Fiscais cujas datas de emissão dizem respeito ao citado período, devem ter seus valores recalculados, considerando-se o índice de agregação de 70%.

Tratam-se das Notas Fiscais 101891 de 02/04/98; 102258, 102259, 102260, 102261, 102262, 102275, 102276 e 102277, todas de 07/04/98 e, ainda 102332, 102355 e 102367, as três de 08/04/98. Em relação a tais notas a agregação do percentual de 70% procedida pela Impugnante revelou-se adequada não havendo que se falar em qualquer diferença de ICMS/ST a ser cobrada.

Por esta razão, devem ser subtraídos do Auto de Infração, no mês de abril/98, o somatório dos valores de ICMS/ST, assim como das correspondentes MR's, referentes às citadas Notas Fiscais e presentes na coluna "Diferença ICMS/ST" do relatório de fls. 24 a 224 (última coluna à direita).

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante não são suficientes para descaracterizar as infrações.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para excluir das exigências fiscais as Notas Fiscais nº 101891 de 02/04/98; 102258, 102259, 102260, 102261, 102262, 102275, 102276, 102277, todas de 07/04/98, e ainda, 102332, 102355 e 102367, as três de 08/04/98, relacionadas pela Auditoria Fiscal. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros José Eymard Costa (Revisor) e Cleusa dos Reis Costa.

Sala das Sessões, 11/09/01.

Francisco Maurício Barbosa Simões
Presidente

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Relatora

MLR/RC