

Acórdão: 14.576/01/2^a
Impugnação: 40.010103654-19
Impugnante: Gelobras Ltda
PTA/AI: 01.000137839-61
Inscrição Estadual: 702.007822.00-18
Origem: AF/Uberlândia
Rito: Ordinário

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - GELO - FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO ICMS/ST. Falta de retenção e recolhimento de ICMS/ST nas saídas subsequentes de gelo destinadas à estabelecimentos varejistas. Acolhimento parcial das razões da Impugnante, para excluir das exigências fiscais as parcelas de ICMS/ST E MR referentes às notas fiscais decorrentes das saídas de gelo destinadas a bares, restaurantes, lanchonetes, casas noturnas, clubes recreativos, peixaria e estabelecimentos de ensino. Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a falta de retenção e recolhimento de ICMS/ST, por estabelecimento industrial mineiro, nas saídas de gelo destinadas a estabelecimentos varejistas. Exige-se ICMS e MR.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu representante legal, Impugnação às fls. 65/71, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 98/102.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 112/118, opina pela procedência parcial do lançamento.

DECISÃO**DAS PRELIMINARES**

Inicialmente, faz-se necessário observar que, ao contrário do que afirma a Impugnante, não houve incompatibilidade entre a acusação fiscal e a capitulação legal apontada no AI.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Uma única omissão cometera o Fisco, quando deixou de mencionar que os artigos 151 e 152, referidos à fl. 03 dos autos, são aqueles do Anexo IX do RICMS/96.

Contudo, verificado o lapso, tratou a Autoridade Lançadora de proceder a retificação, a fim de complementar os dispositivos regulamentares apontados no AI (fls.91/92), cuja correção foi objeto de notificação do Sujeito Passivo, concomitantemente à reabertura de prazos previstos na legislação tributária, conforme denota o Of. AF/III/UDI nº 265/01 (fl. 94).

Ademais, a ausência da expressão "Anexo IX", na capitulação da infringência, não ocasionou qualquer limitação à apresentação de defesa, tendo em vista que o Sujeito Passivo, quando da apresentação da peça impugnatória, demonstra conhecer a acusação que lhe fora imputada.

Assim, entende-se que a incorreção do AI, já sanada pelo Fisco, não tem o condão de acarretar a nulidade da peça fiscal, mesmo porque dela constam todos os elementos suficientes para determinar a natureza da infração argüida, tal como estabelece o art. 60 da CLTA/MG.

DO MÉRITO

A acusação fiscal em discussão versa sobre falta de retenção e recolhimento do ICMS/ST, por estabelecimento industrial mineiro, nas saídas de gelo destinadas a estabelecimentos varejistas.

As planilhas de fls. 11 a 40 indicam as notas fiscais, objeto da presente autuação, e demonstram o cálculo do ICMS/ST ora exigido, em razão da inobservância, pelo Contribuinte, do disposto na legislação tributária vigente ao tempo dos fatos, que atribui ao estabelecimento industrial mineiro, nas operações com gelo, a responsabilidade, na condição de substituto, pela retenção e recolhimento do imposto devido nas operações subsequentes, nos termos do art. 151 e 152, I, ambos do Anexo IX, do RICMS/96.

De salientar-se que a base de cálculo fora encontrada tomando-se o valor da operação, acrescido do percentual de 100% (cem por cento), previsto no art. 156, inciso I, alínea "i", do mesmo diploma legal.

Embora o Contribuinte encontrasse enquadrado no "Microgerais", como EPP, as operações por ele realizadas, relativamente à saída de gelo, estão sujeitas à substituição tributária, não sendo alcançadas pela modalidade de pagamento diferenciada, prevista no Anexo X, do RICMS/96, tendo em vista a disposição inserida no art. 30, inciso II, vigente até 31/03/00 e, a partir de 01/04/00, no art. 46, inciso II, ambos do mesmo Anexo.

Cumprе destacar que até 31/03/00, no cálculo da exigência do ICMS, a título de ST, não houve abatimento do valor do ICMS devido pela operação própria, tendo em vista que a legislação tributária vigente à época vedava, de forma expressa, o

CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

destaque do imposto no documento fiscal emitido por ME - microempresas e EPP - empresas de pequeno porte.

Já a partir de 01/04/00, o Fisco passou a abater o valor devido pela operação própria, em função da mudança na legislação tributária, a qual passou a estabelecer algumas hipóteses em que o contribuinte deveria destacar o imposto e, nos casos de retenção, na condição de substituto, pudesse deduzir o imposto calculado sobre a operação própria, (art. 18, § 2º, item 1 e § 4º, do Anexo X, do RICMS/96).

Observe-se que o procedimento fiscal não se pautou por abater o valor da operação própria tão-somente nos casos em que houve o **destaque** do imposto pela Impugnante, mas sim em obediência à previsão regulamentar vigente, a qual, em um momento não permitia o destaque e em outro passou a exigí-lo, desde que configuradas as hipóteses elencadas no art. 18, § 2º do Anexo supracitado.

Se assim não fosse, mesmo a partir de 01/04/00, não poderia ter havido o abatimento previsto no cálculo do ICMS/ST, conforme preceitua o art. 31, do RICMS/96, pois, segundo apontam as notas fiscais de fls. 54/61, a Impugnante **não** efetuou o destaque do imposto, mesmo quando a legislação passou a exigí-lo.

Necessário ressaltar a insubsistência do argumento da Autuada de que o procedimento fiscal resultaria em exigência de imposto em duplicidade, vez que, em se tratando de contribuinte enquadrado no Programa "Microgerais", o recolhimento do imposto não se dá em razão do ICMS correspondente à operação própria, ainda que destacado, mas em função dos percentuais aplicados à Receita Bruta do período, conforme estabelece o Anexo X, do RICMS/96.

A Defendente, estabelecimento fabricante de gelo, inscrita no CAE 26.9.3.00.3, pretende eximir-se da obrigação tributária que lhe fora imposta, sob o argumento de que a exigência fiscal deveria recair sobre os varejistas, adquirentes da mercadoria, tendo em vista o disposto no art. 29, § 1º, do RICMS/96.

Tal tese não merece acolhida, eis que a responsabilidade originária pelo recolhimento do imposto é atribuída ao estabelecimento industrial e, no caso dos autos, ao varejista, **somente quando este receber mercadoria de outra unidade da Federação**, sem a retenção do imposto, conforme estabelece o art. 154, do Anexo IX, do RICMS/96, o que não é o caso dos autos.

Por outro lado, o argumento da Autuada de que não teria meios de se ressarcir junto aos seus clientes, dos valores ora exigidos, vez que não os teria cobrado dos adquirentes, não é problema a ser resolvido pelo Fisco.

Contudo, uma parcela do crédito tributário merece questionamento, qual seja, aquela decorrente das saídas de gelo destinadas a bares, restaurantes, lanchonetes, casas noturnas, clubes recreativos, peixaria, estabelecimentos de ensino, cujas notas fiscais foram apontadas pela Impugnante às fls. 72/82.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Veja-se: tais estabelecimentos adquirem o gelo no intuito de dar aos produtos que comercializa (bebidas, alimentos, etc.) a condição de temperatura ideal para revenda ou conservação.

Percebe-se então que, em tais circunstâncias, o gelo é consumido pelo próprio estabelecimento adquirente, não se configurando, nestes casos, fato gerador presumido, pela ausência de **operação subsequente com a mesma mercadoria**, o que é pressuposto essencial para a caracterização do instituto da substituição tributária.

Mesmo no caso do gelo em cubo, que geralmente é servido juntamente com a bebida, é inaplicável a exigência do ICMS/ST, uma vez que o gelo em si, não é objeto de comercialização, em separado, mas sim a bebida gelada.

Exemplo diferente poderia ser citado: a venda de sorvete, servido como sobremesa, o qual, embora componha a refeição, com esta não se confunde, sendo que, neste caso, as saídas de sorvete, do estabelecimento industrial, destinado a restaurante, estariam sujeitas à retenção do imposto por ST, tal como se pronunciara a SLT/SEF, quando da resposta à Consulta de Contribuinte nº 126/99 (fl. 110/111).

Destarte, em face da ausência de previsão legal que atribua a responsabilidade do fabricante de gelo, pela retenção do imposto devido nas operações para **uso e consumo do destinatário**, devem ser **excluídas**, do montante do crédito tributário, as exigências fiscais relacionadas com as notas fiscais arroladas às fls. 72/82, por concebermos que, nas operações ali mencionadas, a saída de gelo teria sido destinada a consumidor final, hipótese que não se configura o fato gerador presumido, dada a ausência de operação subsequente com a mesma mercadoria.

Fora isso, infere-se restar caracterizada a infração sobre as demais operações apontadas pelo Fisco, sendo, portanto, legítima a cobrança do ICMS/ST, acrescida da Multa de Revalidação em dobro, por força do disposto no art. 56, II e § 2º d a Lei 6.763/75.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para excluir as exigências fiscais relacionadas ao ICMS/ST e Multa de Revalidação, decorrentes das Notas Fiscais relacionadas às fls. 72/82, nos termos do parecer da Auditoria Fiscal. Participaram do julgamento, além dos signatários, as Conselheiras Cláudia Campos Lopes Lara (Revisora), Glemer Cássia Viana Diniz Lobato e Cleusa dos Reis Costa.

Sala das Sessões, 18/10/01.

Windson Luiz da Silva
Presidente/Relator

VDP/LG