

Acórdão: 15.176/01/3^a
Impugnação: 40.010105149-02
Impugnante: Cervejaria Americana Ltda
PTA/AI: 01.000109023-15
Inscrição Estadual: 367.017582.00-59(Autuada)
Origem: AF/ Juiz de Fora
Rito: Ordinário

EMENTA

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA – LEVANTAMENTO QUANTITATIVO - APLICAÇÃO DE ÍNDICE TÉCNICO. Constatado através de levantamento quantitativo com aplicação de índice técnico a produção de cervejas e refrigerantes à margem da contabilidade oficial e, conseqüentemente, saída dessas mesmas mercadorias desacobertas de documentação fiscal, com omissão do recolhimento do ICMS devido pelas operações próprias e do ICMS devido por substituição tributária. Acolhimento parcial das razões da Impugnante para aplicar o percentual de 61.13% no cálculo da produção de mosto quente ao invés do índice de 73%, aplicado pelo Fisco. Exigências parcialmente mantidas.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - CERVEJA - MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA – LEVANTAMENTO QUANTITATIVO. Constatada a saída de mercadorias (cerveja) desacobertas de documentação fiscal com omissão do recolhimento do ICMS devido pelas operações próprias e do ICMS devido por substituição tributária. Infração caracterizada. Exigências fiscais mantidas.

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - ÍNDICE TÉCNICO - BAGAÇO DE MOSTO. Constatado através de aplicação de índice técnico saídas do subproduto bagaço do mosto, sem emissão de documentos fiscais e sem recolhimento do ICMS devido. Infração caracterizada. Exigências fiscais mantidas.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – CERVEJAS E REFRIGERANTES – RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS/ST – Aplicação errônea da margem de agregação para se determinar a base de cálculo da substituição tributária. Infração caracterizada. Exigências fiscais mantidas.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS – Exigência de Multa Isolada por falta de escrituração de documentos fiscais no Livro Registro de Controle da Produção e do Estoque. Infração caracterizada. Exigência fiscal mantida.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre recolhimento a menor do ICMS, pelas seguintes irregularidades:

- 1 - Produção de cervejas e refrigerantes a margem da contabilidade oficial e consequentemente saídas desacobertas de documentação fiscal dessas mercadorias, com omissão do recolhimento do ICMS pelas operações próprias e por substituição tributária, apurada através de Levantamento Quantitativo por Espécies de Mercadorias, com utilização de índices técnicos;
- 2 - Saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, sem o recolhimento do ICMS devido pelas operações próprias e substituição tributária, apuradas através de Levantamento Quantitativo por Espécies de Mercadorias, conforme quadros demonstrativos anexos ao TO;
- 3 - Saídas desacobertas de documentação fiscal do subproduto Bagaço do Mosto, sem o recolhimento do ICMS devido, apuradas através da utilização de índices técnicos, conforme quadros demonstrativos anexos ao TO;
- 4 - Recolhimento a menor do ICMS/ST por errônea aplicação da legislação tributária, escudada pela minoração do valor agregado, apurado através de Verificação Fiscal Analítica, conforme quadros demonstrativos anexos ao TO;
- 5 - Sistemática falta de escrituração do Livro Registro de Controle da Produção e do Estoque, conforme quadros demonstrativos anexos ao TO.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu representante legal, Impugnação às fls. 215 a 235, contra a qual o Fisco apresenta manifestação às fls.305 a 320.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 322 a 339, opina pela procedência parcial do lançamento para que:

- 1) Aplique-se o percentual de rendimento de 61,13% no cálculo da produção de mosto quente ao invés do índice de 73% defendido pelo Fisco;
- 2) Cancele-se a exigência constante do item 6.3 do AI referente à saída desacoberta de documentação fiscal do subproduto “bagaço de mosto”.

DECISÃO

DA PRELIMINAR

A Impugnante pretende a nulidade do Auto de Infração por entender que as infringências apontadas pelo Fisco foram baseadas no Decreto Estadual nº 32.535,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

decreto este revogado anteriormente à emissão do Auto de Infração pelo Decreto Estadual nº 38.104/96.

Conforme se constata pelo item 1.1 do relatório do Auto de Infração (fls. 209) o período fiscalizado, considerando a mais remota data inicial e a mais recente data final, foi de 01/03/94 a 09/04/96.

Por todo este período, o Regulamento do ICMS vigorou através do Dec. 32.535/91, sendo que o balizamento do feito fiscal em suas diretrizes revelou-se correto tendo sido atendido, inclusive, o disposto no artigo 144 do CTN que dispõe:

Art. 144 - O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.

Entende ainda a Impugnante que lhe foi cerceado o direito à defesa pela forma acintosa de desrespeito e pela maneira como foram ignoradas as suas alegações, com idéias pré-formadas.

Tal assertiva é desprovida de qualquer fundamentação. Não se pode dizer que as alegações da Impugnante foram ignoradas com idéias pré-formadas já que o Fisco expõe de forma minuciosa todo o desenrolar da autuação, demonstrando como a mesma se desenvolveu.

A alegação da Impugnante de que o Fisco estadual utilizou o tributo com efeito de confisco, é repelida ante a caracterização de que o que se lhe infligiu o foi em atendimento irrestrito às determinações legais

Embora a Autuada em sua peça impugnatória tenha protestado pela produção de prova pericial, não apresentou os indispensáveis quesitos, razão pela qual o pedido de perícia revelou-se prejudicado à luz das determinações do artigo 98, inciso III do Dec. 23.780/84 – CLTA/MG.

O Auto de Infração, às fls. 209, apresenta um equívoco na informação do exercício final do período fiscalizado relativamente aos itens 1.2 (ICMS/Substituição Tributária) e 1.3 (Escrituração de Livros Fiscais).

Nos mesmos foram digitados como exercício final o ano de “94” quando o correto seria digitar-se “96”.

É incontestável que se trata unicamente de um equívoco pois, se observar o período fiscalizado relativamente ao item 1.2 ver-se-á que a data final acabou por ser informada como sendo pretérita à data inicial e no item 1.3 o período fiscalizado foi apresentado como relativo a um único mês.

Trata-se de um mero erro de digitação já que o exercício correto, ao qual o Fisco realmente intencionava referir-se é o de 96, ou seja, houve uma troca do algarismo seis (6), representativo da unidade do ano, pelo algarismo 4 (quatro).

Não obstante, entende-se que este fato não propiciou ao contribuinte qualquer dificuldade em defender-se, já que as relações de entrada (fls. 28 a 48), os quadros de saída (fls. 49 a 53), o mapa de escoamento (fls. 54), as planilhas de produção declarada (fls. 55 a 57), os quadros demonstrativos da produção de cerveja e refrigerante (fls. 62 a 67) o quadro relativo ao arbitramento do bagaço de mosto (fls. 68), a planilha de substituição tributária (fls. 69 a 75), o quadro demonstrativo dos valores concernentes à falta de escrituração do Livro Registro Controle de Produção e do Estoque (fls. 76 a 78), o DCMM (fls. 211 a 212), os TIAF's (fls. 02 e 03), o visto na Nota Fiscal 005.058 (fls. 13), o levantamento quantitativo (fls. 14 a 17), as intimações de fls. 19 e 26 com os correspondentes atendimentos por parte do Sujeito Passivo além do demonstrativo do crédito tributário de fls. 79 deixam claro que o termo final do período fiscalizado, relativamente a qualquer irregularidade, situou-se no exercício de 1996 e o contribuinte, em suas várias intervenções no PTA, demonstrou perfeito entendimento do que se lhe imputavam como infrações e, também, dos períodos a que as mesmas referiam-se.

DO MÉRITO

O feito fiscal refere-se a cinco irregularidades, numeradas no AI (fls. 209/210) sob os números 6.1 a 6.5.

Produção de cervejas e refrigerantes a margem da contabilidade oficial e consequentemente saídas desacobertadas de documentação fiscal dessas mercadorias, com omissão do recolhimento do ICMS pelas operações próprias e por substituição tributária, apurada através de Levantamento Quantitativo por Espécies de Mercadorias, com utilização de índices técnicos (item 6.1 do AI).

A fim de apurar a quantidade de mercadorias produzidas pela Autuada, o Fisco valeu-se de índices técnicos que, na sua grande maioria, foram informados pelo próprio contribuinte.

Apenas dois dos índices utilizados divergiram daqueles citados pelo contribuinte. Tratam-se dos índices “Percentual de Rendimento” e “Perda de Rótulo de Papel” nas garrafas de refrigerantes.

O índice de perda informado, relativamente ao rótulo de papel utilizado nas garrafas de refrigerantes, foi de 5% (item 1.11 – fls. 24).

Este percentual não se coaduna com o índice de perda de 1%, também informado, porém no item 2.6 (fls. 25), relativamente aos rótulos de papel utilizados nas garrafas de cerveja.

A Impugnante advoga que a fiscalização não pode esquecer que os seus equipamentos industriais são antigos, sendo alguns até obsoletos e, assim, suas perdas são bem maiores que as dos seus concorrentes, entretanto, levando-se em consideração que a máquina utilizada para a colocação dos rótulos de papel é a mesma, tanto na fabricação de cervejas como na fabricação de refrigerantes, corretamente entendeu o Fisco que o percentual de 5% de perda dos rótulos de papel para os refrigerantes estaria

CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

majorado, o que o fez aplicar, como índice de perda de rótulos de papel na fabricação destes produtos, o mesmo percentual informado pelo contribuinte para a perda de rótulos de papel na fabricação de cervejas, ou seja, 1%.

O outro índice técnico ao qual o Fisco aplicou valor diferente daquele informado pelo contribuinte foi o de percentual de rendimento. Adotou-se no trabalho fiscal o percentual de 73% em detrimento do índice de 61,13% informado pela Autuada.

O Fisco apoia-se na literatura específica para adotar o índice de 73% por entender que o percentual de 61,13% jamais poderia representar o índice de rendimento do setor.

O que se espera de uma impugnação à um feito fiscal elaborado a partir de índices técnicos são contestações aos próprios índices usados ou à sistemática levada a efeito para transformar as quantidades iniciais de matérias primas e/ou embalagens em produtos acabados.

Apesar de taxar o processo utilizado pelo Fisco de empírico e, por isso mesmo, qualificar como fantasiosos e irreais os números gerados, a Autuada não desce a detalhes que poderiam balançar a estrutura na qual se apoia o feito fiscal.

Em raros momentos os questionamentos trazidos pela Impugnante contestam efetivamente o trabalho fiscal com apresentação de argumentos merecedores de maior análise a fim de se buscar a verdade material dos fatos.

Num desses momentos a Impugnante alega que a média de litros de refrigerantes, produzidos através de quilos de açúcar, sofreu, nos três períodos apurados, grandes variações, aproximando-se de 400%.

As fls. 226 a Impugnante apresenta um quadro demonstrativo desta tese e ressalta que tamanha distorção mostra que o levantamento quantitativo elaborado pela fiscalização não possui base sólida.

Acerca do referido quadro de fls.226 temos que a coluna TOTAL PERÍODO reflete os dados lançados nas planilhas elaboradas pelo Fisco às fls. 31, 37 e 44, sendo que os números ali apresentados referem-se a entradas de açúcar e não a consumo de açúcar. Não foram considerados os totais relativos aos estoques inicial e final e nem à quantidade de açúcar consumida na fabricação de cervejas.

O consumo de açúcar real deveria ser: $Ei + Ent - Ef$.

Ajustando, por exemplo, o primeiro período veremos que o consumo de açúcar, matematicamente falando, deveria ser: $79.550,59 + 440.450,00 - 158.438,45$ que resultaria em 361.562,14 quilos de açúcar consumidos.

Tal operação já fora, inclusive, apresentada na planilha de fls. 62, não sofrendo contestação por parte da Autuada.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Este consumo de 361.562,14 quilos de açúcar refere-se à produção conjunta de cervejas e refrigerantes. Subtraindo-se a quantidade gasta para a fabricação de cervejas (27.390 kg – fls. 21), encontraria-se a quantidade de 334.172,14 quilos que, enfim, representa o consumo total (em quilos) de açúcar na produção de refrigerantes, no primeiro período.

Segundo os dados referentes à açúcar constantes das planilhas “Controles de matéria prima e embalagens” (fls. 62, 64 e 66) e considerando ainda a produção de refrigerantes encontradas nas planilhas “Produção de refrigerantes” (fls. 63, 65 e 67), as médias apresentadas pela Autuada às fls. 226 deveriam ser de:

Períodos	Ei	+	Ent	-	Ef	-	Cons. Cerveja	=	Cons. Refrig.	÷	Prod. Refrig.	=	Média
1º	79.550,59		440.450,00		158.438,45		27.390,00		334.172,14		3.253.011,54		9,73
2º	158.438,45		809.150,00		182.064,42		6.390,00		779.134,03		6.354.777,10		8,15
3º	182.064,42		312.315,00		5.000,00		230,00		489.149,42		8.474.024,09		17,32

Conclui-se que não procede a alegação da Impugnante de que nos três períodos apurados houve variações de aproximadamente 400% pois a maior variação encontrada foi de, exatos, 112,51%, correspondente ao intervalo existente entre a média do 2º período (8,15) e a média do 3º período (17,32).

Ainda assim, este percentual poderia ser objeto de questionamentos por ser elevado, entretanto, considerando que seu cálculo origina-se do confronto de valores escriturados com saídas reais, não se pode pretender que as médias aproximem-se umas das outras pois, fazê-lo, equivaleria à pretensão de que os números não levados à escrita da Impugnante o tenham sido de forma proporcional nos três períodos.

Importa ressaltar que não procede a alegação da Impugnante de que não foi comprovado pela fiscalização, em momento algum, a entrada no seu estabelecimento, das mercadorias das Notas Fiscais 140, 143, 150, 151 e 156 da empresa Ciex Comércio Importação e Exportação Ltda, já que tal comprovação encontra-se no documento postado pela referida empresa, onde são relacionadas todas as Notas Fiscais por ela emitida com destino à Cervejaria Americana Ltda (fls. 176 a 178) e na cópia do comprovante de depósito referente à Nota Fiscal 000.143.

Às fls. 305 a 320, o Fisco, quando de sua manifestação fiscal, explica detalhadamente o desenvolvimento da ação fiscal que culminou com a apuração de saídas de produção do estabelecimento desacombertadas de documentação fiscal no período fiscalizado.

Em linhas gerais a ação fiscal partiu dos estoques iniciais de matéria prima, estoques estes constantes dos livros fiscais da empresa Autuada e sobre os mesmos o Fisco aplicou os índices técnicos informados e, seguindo o fluxograma da produção de cervejas e refrigerantes, apurou a quantidade produzida de cada produto.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Especificamente no tocante a refrigerantes, o Fisco, além do procedimento acima relatado, também determinou a produção com base nas embalagens, tanto com relação às retornáveis quanto com relação às descartáveis.

Após a obtenção da produção total de refrigerantes com base nas embalagens, o Fisco determinou a produção real de cada sub-período como sendo a média aritmética entre a produção com base nas embalagens e a produção obtida com base nos insumos.

Desta produção real, abateu-se a quantidade correspondente à produção declarada obtendo-se a diferença, em litros, de refrigerantes comercializados à margem da escrita fiscal que, multiplicada pelo valor unitário médio do litro do refrigerante, determinou a base de cálculo do ICMS.

Relativamente à produção de cerveja (2º quadro de fls. 62), o Fisco partiu do estoque inicial de matéria prima (MP) em quilos (malte, arroz, milho e açúcar utilizado na cervejaria), e os estoques, inicial e final, de mosto, para determinar, primeiramente a produção de Mosto Quente (MQ) e, seguindo o fluxograma de produção da cerveja, encontrou a quantidade de litros do produto na última fase, a de engarrafamento.

Esta quantidade (em litros) foi transformada em quantidade de caixas de cervejas pela sua divisão por 15, que é o total de litros por caixa (24 garrafas de 625 ml), sendo, pois, a produção real de cerveja, que subtraída da produção declarada, gerou a diferença exigida no presente processo, por referir-se à saída sem emissão de Notas Fiscais.

É de se observar o cuidado do Fisco em valer-se de vários insumos utilizados no processo produtivo da empresa Autuada para determinar a quantidade real produzida, principalmente no que se refere aos refrigerantes.

Assim agindo, vários foram os quanta apurados. Se o interesse do Fisco fosse o de obter o maior valor possivelmente sonegado, usaria tão somente aquele índice que apresentasse a maior variação entre a produção real e a produção declarada.

Entretanto, numa atitude que espelha justiça, o Fisco procedeu a todos os cálculos possíveis, obtendo resultados variados para, então, determinar a média entre os mesmos.

A utilização de um único índice poderia gerar injustas distorções nos números finais mas o modelo implementado neste PTA teve o mérito de reduzir as possíveis incorreções a um plano aceitável.

As diversas perdas que ocorrem no processo produtivo foram sendo consideradas pelo Fisco de tal sorte a reduzir a produção final calculada.

A produção de refrigerantes foi obtida considerando a média ponderada da produção oficial de cada sabor em relação ao total da produção informada.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Tal proceder fiscal reduziu as disparidades que poderiam aparecer se assim não agisse.

Considerando os fluxogramas do processo produtivo da empresa Autuada, tanto em relação aos refrigerantes quanto à cerveja, e correlacionando-os às planilhas de fls. 62 a 67, onde os cálculos são apresentados, ver-se-á que o Fisco foi probo e deveras meticoloso no desenvolvimento do trabalho e, de forma oposta, notar-se-á que, na defesa apresentada, a Autuada não rebate eficazmente o trabalho fiscal, limitando-se a taxá-lo de mirabolante e milagroso.

Aplicando a fórmula da produção constante das fls. 62 (e de outras) e o índice de 73% de “percentual de rendimento” o Fisco obteve a produção de 29.101,2359 hectolitros de mosto quente o que corresponde a 2.910.123,59 litros do mesmo insumo.

O Fisco não logrou comprovar, entretanto, a origem do índice de 73% relativo ao “percentual de rendimento” e tampouco a sua adequação ao caso em apreço e à empresa fiscalizada, razão pela qual os cálculos foram refeitos pela Auditoria Fiscal com a utilização do percentual de rendimento de 61,13% que fora o índice apresentado pela Autuada (item 2.8 – fls. 25) em resposta à intimação fiscal de fls. 22/23.

A utilização do percentual de rendimento de 61,13% (informado pelo contribuinte) fez reduzir a produção de cerveja nos três sub-períodos fiscalizados. Reduzindo-se a produção de cerveja, reduziu-se também a quantidade de rolhas metálicas e de rótulos de papel nelas empregados.

Assim, a produção de refrigerantes com base nas embalagens foi “aumentada”, já que, tendo sido reduzido o consumo de rolhas metálicas e rótulos de papel na cervejaria e considerando que este consumo desempenhava o papel de subtraendo do consumo total de rolhas metálicas e rótulos de papel, “elevou-se” o número atribuído ao consumo destes materiais no engarrafamento de refrigerantes.

Nas planilhas anexadas pela Auditoria Fiscal (fls. 340 a 345) há a demonstração dos cálculos com a utilização do índice de 61,13% em cada sub-período. Nelas pode-se ver a “majoração” da produção de refrigerantes pois também são apresentados os números originalmente encontrados pelo Fisco.

Em virtude da impossibilidade da propositura de acréscimo no Auto de Infração, ainda que em relação a somente um item, o Demonstrativo do Crédito Tributário, também anexado (fls. 346), não contempla os novos números encontrados referentes aos refrigerantes.

Neste Demonstrativo os valores relativos à cerveja espelham as quantidades obtidas com a utilização do percentual de rendimento de 61,13% informado pelo contribuinte mas não o faz com relação aos refrigerantes em face do referido “aumento”.

Assim, apesar do novo cálculo, efetuado com o índice informado pela Autuada, apresentar acréscimo na produção de refrigerantes, o mesmo foi desconsiderado no Demonstrativo do Crédito Tributário anexo às fls. 346, ficando resguardado ao Fisco o direito de exigir a diferença apontada, porém em um novo Auto de Infração.

Saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, sem o recolhimento do ICMS devido pelas operações próprias e substituição tributária, apuradas através de Levantamento Quantitativo por Espécies de Mercadorias, conforme quadros demonstrativos anexos ao TO (item 6.2 do AI)

Esta irregularidade foi encontrada pelo Fisco através de uma análise simples dos próprios números, apresentados pela Impugnante, como representativos da sua produção.

Às fls. 57 (1º quadro) o Fisco, ao inserir os valores dos estoques iniciais e finais, as saídas com Notas Fiscais, os escoamentos e as entradas com Notas Fiscais (devoluções, etc) dos diversos produtos, encontrou a produção dos mesmos.

Entretanto, no que concerne ao produto “cerveja” o referido quadro apresenta uma saída sem Notas Fiscais de 478 caixas.

Esta quantidade, multiplicada pelo valor unitário médio da caixa (R\$ 7,57), obtido através do mapa de saídas (fls. 53), propiciou ao Fisco encontrar a base de cálculo relativa a esta irregularidade, qual seja, R\$ 3.618,46.

A partir da mesma quantificou-se o ICMS devido pelas operações próprias e o ICMS à título de substituição tributária, além das respectivas multas de revalidação e isolada.

Tal cálculo encontra-se discriminado no item 6.2 do Demonstrativo do Crédito Tributário, às fls. 200, estando em consonância com os ditames legais e regulamentares, apenas merecendo a adequação das multas de revalidação aos percentuais vigentes após a Lei 12.729, de 30/12/97.

Saídas desacobertas de documentação fiscal do subproduto Bagaço do Mosto, sem o recolhimento do ICMS devido, apuradas através da utilização de índices técnicos, conforme quadros demonstrativos anexos ao TO (item 6.3 do AI);

A quantidade, em toneladas, do subproduto bagaço de mosto foi obtida aplicando-se o percentual de 80% à quantidade consumida de malte mais cereais, em cada período fiscalizado.

Assim, concluiu o Fisco que a Impugnante “produziu” no primeiro período, que vai de 01/03/1994 a 31/12/1994, a quantidade de 314,25 toneladas de bagaço de mosto (80% de 392.615,90 quilos de malte + cereais); no segundo período a quantidade foi de 53,57 toneladas (80% de 66.965,46 quilos de malte + cereais) e no terceiro e último período a “produção” de bagaço de mosto foi de 349,14 toneladas (80% de 436.429,14 quilos de malte + cereais).

Estas quantidades relativas a cada um dos períodos foi multiplicada pelo valor médio unitário da tonelada do referido subproduto de forma a se chegar às bases de cálculo das saídas desacobertadas. Nada houve para ser diminuído destas bases de cálculo já que nenhuma saída de bagaço de mosto foi realizada com emissão de documentos fiscais.

Importa ressaltar que os valores médios da tonelada do subproduto bagaço de mosto foi obtido junto a outras empresas de mesma atividade econômica, no caso, a Brahma e a Antartica, já que o Fisco não obteve junto ao próprio contribuinte fiscalizado qualquer documento ao qual pudesse se embasar para arbitrar o valor.

Perscrutando os autos vê-se que não há nenhuma comprovação de emissão de documentos fiscais relativos às saídas e recolhimento do imposto deste produto, legitimando-se, assim, as exigências fiscais.

Recolhimento a menor do ICMS/ST por errônea aplicação da legislação tributária, escudada pela minoração do valor agregado, apurado através de Verificação Fiscal Analítica, conforme quadros demonstrativos anexos ao TO (item 6.4 do AI)

A própria Impugnante afirma que realizava vendas direta e por conta própria ao comércio varejista e reforça sua assertiva ao sustentar a não realização de vendas para distribuidores exclusivos ou para o comércio atacadista.

Conclui-se, por conseguinte, que é incontroversa, nos autos, a condição dos destinatários das mercadorias, ou seja, é inconteste que tratam-se de varejistas.

Em assim sendo, o Fisco agiu com correção ao exigir que aos preços de partida praticados pela Autuada, nas operações de vendas das mercadorias de sua produção, fossem agregados o percentual de 140% a fim de se determinar as bases de cálculo do ICMS/ST, tal como determina a alínea “a” do inciso III, do artigo 617, do RICMS/91, com efeitos de 01/01/92 a 15/07/96, ou seja, durante todo o período fiscalizado.

Não procede a alegação da Autuada de que a agregação deveria ser de 40% no caso de refrigerante em garrafa com capacidade igual ou superior a 600 ml., e de 70% quando se tratar de cerveja, pelo fato de que a cadeia das vendas se resume de fabricante a comerciante varejista.

De forma oposta ao seu entendimento e justamente por se tratar de vendas diretas do fabricante ao comércio varejista é que o regulamento do ICMS prevê a agregação de 140% ao preço de partida praticado pela Autuada.

O Fisco, após apurar a quantidade de caixas ou pacotes (nos casos de refrigerantes PET de 2 litros) saída com recolhimento a menor do ICMS/ST por errônea aplicação da margem de agregação, procedeu à feitura das planilhas de fls. 69 a 74 onde, por simples operações matemáticas, demonstrou todo o cálculo efetuado para se conhecer o real valor mensal devido por cada mercadoria, à título de ICMS/ST, o

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

que, nas citadas planilhas de fls. 69 a 74, corresponde à última linha de cada mês, denominada ST APURADA.

Obtendo em seguida o valor total da ST, devida mês a mês, equivalente ao somatório das ST's de cada produto, o Fisco confeccionou a planilha de fls. 75 onde deduz dos valores encontrados aqueles que foram declarados pela empresa Autuada nos seus livros fiscais.

A diferença, então, foi objeto de exigência neste PTA sob o título de ICMS/ST sendo que também cobrou-se a correspondente multa de revalidação, que no caso equivale a 100% do ICMS/ST devido a cada mês.

Ressalta-se que em relação ao mês de dezembro de 1994 (fls. 69), na coluna relativa ao produto cerveja, há a informação de que 949 caixas do referido produto teriam saído com minoração da base de cálculo do ICMS/ST.

Ocorre, todavia, que, a julgar pelos “Mapas de Saídas” (fls. 50), não houve saídas de cerveja 600 ml. neste mês de dezembro/94, o que, por si só, já seria fator impeditivo ao entendimento de que teria havido saídas com base de cálculo do ICMS/ST calculada a menor.

Entretanto, a não aposição, na planilha de fls. 50, da quantidade de cervejas 600 ml. saídas no mês de dezembro/94, não passou de um equívoco, que pode ser comprovado pela declaração da própria Impugnante às fls. 89 onde, detalhando as vendas efetuadas no mês de dezembro/94, informa ter dado saída para o varejo mineiro a 581 caixas de cerveja e a 368 caixas de cerveja C. Beer, quantidades estas que, somadas, perfazem aquele total de 949 caixas apresentado na planilha de fls. 69.

Um fato que deve ser ressaltado e que derruba a alegação da Impugnante de que este Auto de Infração não levou em consideração o Termo de Ocorrência nº 000119040 é que tal TO teve como termo final o mês de setembro de 1994 e referiu-se à ST e, neste Auto de Infração, as exigências relativas à ST somente se fizeram presentes a contar do mês de outubro de 1994 (mês seguinte àquele tido como termo final no AI anterior), apesar do período fiscalizado iniciar-se em 01 de março de 1994.

O percentual de agregação aplicado pelo Fisco realmente correspondeu àquele previsto na legislação tributária e os cálculos apresentaram-se de tal forma corretos que este item do AI não merece qualquer objeção, tendo sido apenas repetidos no Demonstrativo do Crédito Tributário que segue em anexo a este parecer.

Sistemática falta de escrituração do Livro Registro de Controle da Produção e do Estoque, conforme quadros demonstrativos anexos ao TO (item 6.5 do AI)

Às fls. 76 a 78 o Fisco demonstra, por período de apuração quinzenal até fevereiro de 1995 e mensal a partir de março de 1995 até março de 1996, todos os valores relativos a entradas e saídas e, sobre os totais destas parcelas, fez incidir o percentual de 2% previsto na alínea “a” do inciso I, do artigo 55 da Lei 6763/75.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Tal irregularidade é reconhecida pela Autuada que somente advoga a seu favor a aplicação da multa de 146,94 UFIR, prevista no art. 215, inciso II do RICMS/96, em substituição àquela que lhe foi aplicada.

O pleito da Impugnante, no entanto, não se mostra cabível uma vez que o dispositivo do RICMS/96 que lhe interessava ser aplicado no caso (art. 215, inciso II) refere-se à falta de livros fiscais registrados na repartição fazendária o que não é o caso presente que, indubitavelmente, trata-se de falta de registro de documentos próprios nos livros da escrita fiscal.

Os valores apresentados pelo Fisco não foram objeto de questionamentos por parte da Impugnante, o que apenas os corrobora.

Requer a Impugnante, neste tópico em particular, o cancelamento ou redução da multa, de acordo com o § 3º do art. 53 da Lei 6763/75.

Trata-se, pois, de um pedido para que o órgão julgador aplique ao caso o que convencionou-se chamar de permissivo legal.

A situação em apreço não se inclui nos casos de impossibilidade de aplicação do permissivo legal tendente a reduzir ou cancelar a multa isolada aplicada (parágrafos 5º e 6º do art. 53 da Lei 6763/75), entretanto, restando perfeitamente configurado o ilícito fiscal, do mesmo não se deveria fazer uso.

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

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, rejeitar a arguição de cerceamento do direito de defesa. No mérito, também à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o Lançamento, para aplicar o percentual de rendimento de 61.13% no cálculo da produção de mosto quente ao invés do índice de 73%(setenta e três por cento). Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros Cleusa dos Reis Costa (Revisora), Edmundo Spencer Martins e Luiz Fernando Castro Trópia.

Sala das Sessões, 05/12/01.

**Antônio César Ribeiro
Presidente/Relator**

ACR/EJ/RC