

Acórdão: 15.543/03/2ª Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010109303-96
Impugnante: Companhia de Bebidas Ipiranga
Proc. S. Passivo: Sônia Corrêa da Silva Almeida Prado/Outro(s)
PTA/AI: 01.000141044-72
Inscr. Estadual: 435.195097.00-63
Origem: DF/Belo Horizonte

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - REFRIGERANTES - FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO ICMS/ST - Venda de refrigerantes a estabelecimentos atacadistas mineiros sem a retenção e recolhimento do imposto devido por substituição tributária, conforme disposto no art. 151 do Anexo IX do RICMS/96. Crédito tributário reformulado pelo Fisco. Exclusão das exigências relacionadas com notas fiscais emitidas em períodos em que os destinatários se encontravam regularmente inscritos sob o CAE 27.4.1.00-8 (fabricação de refrigerantes), aplicando-se neste caso o disposto no inciso II do artigo 153 do mesmo anexo do decreto regulamentar. Exigências fiscais parcialmente mantidas. Lançamento parcialmente procedente. Decisão Unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre falta de retenção e recolhimento do ICMS/ST relativo a remessas de refrigerantes a contribuintes estabelecidos em território mineiro, conforme notas fiscais relacionadas em planilha que compõe o Auto de Infração, cujas cópias encontram-se anexadas aos autos. O contribuinte deixou de efetuar a retenção e recolhimento com fulcro na cláusula quinta do Convênio 81/93, que dispõe sobre a inaplicabilidade da substituição tributária às operações que destinem mercadorias a sujeito passivo por substituição da mesma mercadoria.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 218/225, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 245/255.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 259/268, opina pela procedência parcial do lançamento.

A 2ª Câmara de Julgamento, em sessão realizada aos 09/04/03 delibera converter o julgamento em diligência de fls. 277. O Fisco atende a diligência às fls. 279/282, a Autuada se manifesta às fls. 283/284. O Fisco retifica o crédito tributário às

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

fls. 286/289 intimando a Contribuinte. A Auditoria Fiscal retifica seu entendimento anterior (fls. 292/295).

DECISÃO

Trata o presente Auto de Infração da exigência de ICMS e MR em dobro por falta de retenção e recolhimento do ICMS devido por substituição tributária relativo a remessas de refrigerantes a contribuintes estabelecidos em território mineiro, conforme notas fiscais relacionadas em planilha que compõe o Auto de Infração, cujas cópias encontram-se anexadas aos autos. O Contribuinte deixou de efetuar a retenção e recolhimento com fulcro na cláusula quinta do Convênio 81/93, que dispõe sobre a inaplicabilidade da substituição tributária às operações que destinem mercadorias a sujeito passivo por substituição da mesma mercadoria.

O Fisco relacionou as notas fiscais objeto da autuação às fls. 27/29, cujas cópias encontram-se anexadas às fls. 30/205. Às fls. 207/215 encontra-se a planilha de apuração do crédito tributário, cujos cálculos foram realizados em conformidade com a base de cálculo determinada pela legislação no artigo 156, inciso I, alíneas “a” e “j” do Anexo IX do RICMS/96.

A matéria encontra-se disciplinada no artigo 151 do Anexo IX do RICMS/96, que dispõe sobre a responsabilidade atribuída, entre outros, ao estabelecimento industrial situado no Estado de São Paulo (caso da Autuada), na condição de substituto, pela retenção e recolhimento do imposto devido nas operações subsequentes, no caso das remessas de refrigerantes destinadas a estabelecimento localizado neste Estado:

RICMS/96 – 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 NBM/SH, destinadas a estabelecimento localizado neste Estado, são responsáveis, na condição de substitutos, pela retenção e recolhimento do imposto devido nas operações subsequentes.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Tal disposição regulamentar tem sua origem nas disposições contidas no Protocolo ICMS 11/91, publicado no DOU de 23.05.91, e no Convênio ICMS 81/93, publicado no DOU de 15.09.93, ratificado nacionalmente aos 04.10.93, ambos já transcritos em parte pelo Fisco por ocasião da manifestação fiscal (fls. 251/252).

Na esteira do que dispõem tanto o inciso II da cláusula primeira do Protocolo ICMS 11/91, quanto a cláusula quinta do Convênio ICMS 81/93, o decreto regulamentar prevê em seu artigo 153 os casos em que a responsabilidade pela retenção e recolhimento não se aplicam:

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

I - às transferências das mercadorias, em operações internas e interestaduais, realizadas entre estabelecimentos da mesma empresa, exceto quando o destinatário for estabelecimento varejista;

II - às operações interestaduais entre sujeitos passivos por substituição, industrial, importador, arrematante ou engarrafador; (gn)

III - às operações internas entre estabelecimentos industrial, importador, arrematante de mercadoria importada e apreendida ou engarrafador, desde que substitutos tributários de produto classificado na mesma posição da tabela anexa ao Regulamento do 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 promover a saída da mercadoria para estabelecimento de pessoa diversa.

A Autuada se defende inicialmente atacando o instituto da substituição tributária e apresenta argumentos e doutrinas sobre a sua inconstitucionalidade. No entanto, afirma que a despeito dos respeitáveis pronunciamentos doutrinários pertinentes, vem se curvando ao atual estágio da questão em face da jurisprudência que, mormente a partir da Emenda Constitucional n.º 03, não tem reconhecido as razões de inconstitucionalidade, submetendo-se às normas referentes à substituição.

Esclarece, entretanto, que deixou de efetuar a retenção e recolhimento do ICMS/ST nas remessas de refrigerantes aos contribuintes mineiros destinatários dos documentos fiscais em comento, por entender que se aplica, ao caso, o disposto na

CONSELHO DE CONTRIBUINTE DO ESTADO DE MINAS GERAIS

cláusula quinta do Convênio ICMS 91/93, que dispõe exatamente da mesma forma que o inciso II do artigo retrocitado, no sentido de que a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS/ST não se aplica às operações interestaduais entre sujeitos passivos por substituição (industrial, importador, arrematante ou engarrafador), uma vez que tais destinatários seriam estabelecimentos industriais (fabricantes de refrigerantes), conforme cadastro de contribuintes da própria Secretaria de Estado de Fazenda do Estado mineiro.

O Fisco, por sua vez, argumenta que os destinatários constantes dos documentos fiscais exerciam de fato, à época das operações consubstanciadas nos documentos fiscais autuados, atividades de comércio atacadista, portanto não se aplica ao caso a disposição da cláusula quinta do Convênio, conforme quer o contribuinte, sendo portanto legítima a atribuição de responsabilidade à Autuada pela retenção e recolhimento do ICMS/ST.

No que se refere às considerações sobre a inconstitucionalidade do instituto da substituição tributária, há de se considerar que o foro adequado para tal celeuma não é o contencioso administrativo, devendo tal pleito ser ajuizado junto ao Poder Judiciário. Ademais, lembramos que a teor do disposto no artigo 88 da CLTA/MG, não cabe ao CC/MG pronunciar-se sobre o tema.

O mérito da questão resume-se, portanto, a definir se no caso dos autos, aplica-se ou não a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS/ST, conforme estatuído no artigo 151 do Anexo IX do RICMS/96 c/c inciso II do artigo 153, em função da atividade exercida pelos estabelecimentos destinatários nos períodos fiscalizados – fabricação de refrigerantes, como afirma a Autuada, ou comércio atacadista, conforme defende o Fisco.

Abaixo analisam-se as exigências consubstanciadas no *AI* e a documentação carreada aos autos, em relação a cada um dos destinatários constantes das notas fiscais objeto da autuação.

1. Perma Indústria de Bebidas S/A, IE 277.038239.00-69, estabelecida em Governador Valadares/MG.

O *AI* exige ICMS/ST relativo a 27 (vinte e sete) notas fiscais emitidas no período de 05/03/99 a 26/01/00. Os dados cadastrais da empresa (fls. 14) mostram que sua inscrição estadual estava cancelada (cancelamento publicado aos 27.04.01) por ocasião da lavratura da peça fiscal, sendo que havia sido bloqueada desde 21.10.99 por inexistência de estabelecimento no endereço inscrito. Desde a data de sua inscrição, aos 28.06.71, esteve sempre inscrita sob o CAE 27.4.1.00-8 (fabricação de refrigerantes). Às fls. 15 o Fisco anexa documento firmado por procurador da empresa aos 14 de outubro de 2002, declarando que houve a paralisação das linhas de produção, encerrando assim as atividades de fabricação de refrigerantes, a partir de 28 de fevereiro de 1999.

2. Nitvitgov Refrigerantes S/A, IE 277 046869 00-01, estabelecida em Governador Valadares/MG.

CONSELHO DE CONTRIBUINTE DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O *AI* exige ICMS/ST relativo a 12 (doze) notas fiscais emitidas no período de 08/02/00 a 31/05/00. Os dados cadastrais da empresa (fls. 14) mostram que se encontrava com a inscrição estadual bloqueada por ocasião da lavratura da peça fiscal, sendo que o bloqueio efetivou-se aos 15.06.00 por solicitação de baixa por incorporação, fusão ou cisão total. Desde a data de sua inscrição, aos 21.10.1999, esteve sempre inscrita sob o CAE 43.2.7.10-1 (comércio atacadista de cervejas, chopes, refrigerantes e águas minerais).

3. Cia. Fluminense de Refrigerantes, IE 596 110244 01-91, estabelecida em Sta. Rita do Sapucaí/MG.

O *AI* exige ICMS/ST relativo a 08 (oito) notas fiscais emitidas no período de 10/01/98 a 28/12/98. Os dados cadastrais da empresa (fls. 17) mostram que se encontrava bloqueada por ocasião da lavratura da peça fiscal (foi bloqueada aos 14.01.02 por motivo de baixa requerida para encerramento de atividades). Desde a data de sua inscrição, aos 16.01.1978, esteve sempre inscrita sob o CAE 43.2.7.10-1 (comércio atacadista de cervejas, chopes, refrigerantes e águas minerais).

4. Cia. Fluminense de Refrigerantes, IE 155 110244 02-03, estabelecida em Caxambu/MG.

O *AI* exige ICMS/ST relativo a 03 (três) notas fiscais emitidas no período de 10/01/98 a 21/02/98. Os dados cadastrais da empresa (fls. 17) mostram que se encontrava ativa por ocasião da lavratura da peça fiscal (depois foi bloqueada, aos 08.11.02, por motivo de baixa requerida para encerramento de atividades). Desde a data de sua inscrição, aos 01.10.1979, esteve sempre inscrita sob o CAE 43.2.7.10-1 (comércio atacadista de cervejas, chopes, refrigerantes e águas minerais).

5. Cia. Fluminense de Refrigerantes, IE 693 110244 00-32, estabelecida em Três Corações/MG.

O *AI* exige ICMS/ST relativo a 126 (cento e vinte e seis) notas fiscais emitidas no período de 05/11/98 a 01/10/01. Os dados cadastrais da empresa (fls. 18) mostram que se encontrava ativa por ocasião da lavratura da peça fiscal, inscrita sob o CAE 43.2.7.10-1 (comércio atacadista de cervejas, chopes, refrigerantes e águas minerais).

A consulta de histórico de CAE demonstra que da data de sua inscrição até 01.10.1992 foi inscrita sob o CAE 27.4.1.99-7, que foi alterado aos 02.10.1992 para 27.4.1.00.8 (fabricação de refrigerantes), que prevaleceu até a data de 06.06.01. Aos 07.06.01, foi alterado para o CAE atual (43.2.7.10-1, relativo à atividade de comércio atacadista) – fls. 18.

O Fisco anexou às fls. 20 cópia de ata da reunião de diretoria realizada no dia 16 de janeiro de 2001 em que consta, entre as deliberações tomadas, a ratificação da paralisação por prazo indeterminado, em outubro de 1998, da atividade industrial da fábrica localizada na Rodovia MG 167 – Km 46, Distrito Industrial, em Três Corações/MG, permanecendo, todavia, com atividades comerciais.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Da análise acima demonstrada, conclui-se que em relação às notas fiscais cujos destinatários estão relacionados nos itens **2, 3 e 4**, não há qualquer dúvida sobre a responsabilidade da autuada pela retenção e recolhimento do ICMS/ST devido pelas operações subseqüentes, relativos às remessas de refrigerantes, uma vez que está comprovado que durante o período em que as notas fiscais foram emitidas, seus estabelecimentos estavam cadastrados no Cadastro de Contribuintes do Estado de Minas Gerais sob o CAE 43.2.7.10-1, exercendo a atividade de comércio atacadista, razão pela qual não se aplica o disposto na cláusula quinta do Convênio ICMS 81/93.

Necessário se faz, no entanto, analisar separadamente a condição dos outros dois destinatários, relacionados nos itens **1 e 5**.

Cumprindo decisão exarada por esta Câmara de Julgamento às fls. 277, o Fisco anexou aos autos cópia da publicação do cancelamento da inscrição da empresa **Perma Indústria e Comércio de Bebidas S/A**, efetivada aos 27 de abril de 2001 (fls. 279).

Uma vez que o bloqueio compulsório por falta de estabelecimento no endereço inscrito havia ocorrido aos 21.10.1999, portanto 18 (dezoito) meses antes, julgamos ser necessário esclarecer se efetivamente o contribuinte havia paralisado suas atividades por ocasião do bloqueio.

A pesquisa realizada no SICAF demonstrou que, embora ausente do endereço inscrito, o contribuinte seguiu com suas atividades normalmente, entregando os DAPI e efetuando o recolhimento dos valores declarados, até o mês de fevereiro/2000, conforme atestam as cópias das telas anexas.

Desta forma, durante todo o período em que o sujeito passivo emitiu em seu nome as notas fiscais autuadas (de 05/03/99 a 26/01/00), a empresa cumpriu regularmente com suas obrigações fiscais, conforme os registros constantes do sistema SICAF da Secretaria de Estado da Fazenda (exceto pelo fato de ter mudado de endereço sem comunicar ao Fisco), inscrita sob o CAE 27.4.1.00-8 (cuja atividade é a fabricação de refrigerantes).

Esta Câmara em sua decisão solicitou ao Fisco que trouxesse aos autos os esclarecimentos que julgasse necessários.

Ao se manifestar às fls. 286, o Fisco limitou-se a sustentar os argumentos apresentados no parecer às fls. 266/267, ratificando os demais contra-argumentos anteriormente apresentados.

Desta forma, não tendo sido trazidas aos autos provas de que a empresa **Perma Indústria e Comércio de Bebidas S/A** encerrou as atividades de fabricação de refrigerantes aos 28 de fevereiro de 1999, conforme consta da declaração de fls. 15, deve prevalecer o fato de que se encontrava regularmente cadastrada sob o CAE 27.4.1.00-8 (fabricação de refrigerantes). Some-se a isto, o fato de que a empresa durante todo o período mencionado declarou débitos relativos a saídas de produtos

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

sujeitos a substituição tributária, efetuando os respectivos recolhimentos, conforme consta dos registros do SICAF.

Aplica-se, portanto, em relação à totalidade das notas fiscais emitidas para a empresa **Perma Indústria e Comércio de Bebidas S/A**, o disposto na cláusula quinta do Convênio ICMS 81/93, disciplinado pelo artigo 153 inciso II do Anexo IX do RICMS/96 então vigente.

Quanto a **Cia. Fluminense de Refrigerantes**, IE 693 110244 00-32, estabelecida em Três Corações/MG, no período de 02.10.1992 até a data de 06.06.01 esteve inscrita sob o CAE 27.4.1.00.8 (fabricação de refrigerantes), que somente aos 07.06.01 foi alterado para o CAE 43.2.7.10-1, relativo à atividade de comércio atacadista. A ata que ratifica a decisão de paralisar a atividade industrial da empresa a partir de outubro de 1998 é datada de 16 de janeiro de 2001, posterior, portanto, à ocorrência dos fatos geradores a que se referem as notas fiscais autuadas (trata-se de cópia da ata lavrada no livro próprio da empresa). Não há, nos autos, comprovação de que a alteração de atividade efetivamente ocorreu a partir de determinada data ou que foi objeto de divulgação à época, de forma que a Autuada pudesse dela se inteirar, de forma a desconsiderar a informação oficial constante do cadastro de contribuintes do Estado de que a empresa exercia a atividade de fabricante de refrigerantes.

Ressalte-se que, estando a empresa destinatária inscrita como fabricante de refrigerantes, cabe a ela a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS/ST, tendo em vista a determinação contida no parágrafo único do artigo 153 do Anexo IX do RICMS/96.

Quanto à arguição da Autuada de que o Fisco não efetuou qualquer diligência para verificar se houve recolhimento por parte dos destinatários, ressaltamos que nos casos em que a responsabilidade pela retenção e recolhimento é atribuída à Autuada, embora ao destinatário seja atribuída responsabilidade supletiva, nos termos previstos no artigo 29 do RICMS/96, este fato não retira a responsabilidade do remetente, que é legalmente determinada.

Por sua vez, os argumentos da Autuada contra a aplicação da penalidade imposta pelo Fisco não merecem acolhida, uma vez que no caso de falta de retenção e recolhimento do ICMS devido por substituição tributária, a exigência da penalidade em dobro está legalmente prevista – § 2º do artigo 56 da Lei 6763/75.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação de fls. 286/288, e ainda para que sejam excluídas as exigências relativas às notas fiscais emitidas em nome da empresa Perma Indústria e Comércio S/A e às notas fiscais emitidas até a data de 06.06.01 em nome da CIA Fluminense de Refrigerantes, IE 693.110244.00-32, estabelecida em Três Corações/MG, tendo em vista o regular registro sob o CAE 27.4.1.00.8 (fabricação de refrigerantes). Sustentou oralmente pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Marismar Cirino Motta. Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros José Eymard Costa (Revisor)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Aparecida Gontijo Sampaio e Thadeu Leão Pereira.

Sala das Sessões, 02/09/03.

Francisco Maurício Barbosa Simões
Presidente/Relator

MLR/cecs

cc/MG