

Acórdão: 16.629/04/3^a Rito: Sumário
Impugnação: 40.010110618-71
Impugnante: Distribuidora de Bebidas Nute Ltda
PTA/AI: 02.000205793-11
Inscr. Estadual: 704.174291.00-42
Origem: DF/Unai

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – BEBIDAS – BASE DE CÁLCULO – RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS/ST. Constatado que a Autuada recolheu ICMS/ST a menor, nas aquisições de cervejas e refrigerantes de contribuinte de outro Estado, não inscrito em Minas Gerais como Substituto Tributário, tendo em vista a não observância, pelo remetente, das disposições contidas no inciso II, parágrafo 2º, do artigo 156, do Anexo IX, do RICMS/02, bem como da Cláusula Quarta de seu Termo de Acordo. Acolhimento parcial das razões da Impugnante para considerar como base de cálculo/ST, o valor consignado nos documentos fiscais. Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Consta do relatório do Auto de Infração ora impugnado que foi constatado que:

“1. (...) as notas fiscais remetidas pela Primo Schincariol Ind. de Cervejas e Refrigerantes S/A, CNPJ 50.221.019/0013-70 – filial Goiás, não inscrita em Minas Gerais como substituto tributário, apresentavam divergências na constituição da base de cálculo do ICMS/ST e, conseqüentemente, destaque e recolhimento do ICMS/ST incorretos.

A empresa remetente (...) utilizou preço de pauta, baseando-se no Termo de Acordo – PTA n. 16.000064764-61, que permite à matriz (CNPJ 50.221.019/0001-36) adotar preço médio sugerido pela Tabela publicada periodicamente nos termos do §2º do art. 156 do Anexo IX do RICMS/96 - legislação da época.

A filial de Goiás apóia-se no disposto no inciso I do §2º do art. 156 do Decreto 43.080, de 13.12.2002, para adotar preço de pauta, contudo deixa de cumprir o disposto no inciso II do §2º do art. 156 do mesmo decreto; bem como a cláusula 4ª do mesmo Termo de Acordo, na qual “o acordante deverá indicar a expressão: ‘base de cálculo/substituição tributária conforme termo de acordo/PTA n. 16.000064764-61’, em todos os documentos fiscais que acobertarem as operações previstas neste termo”.

CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Sendo assim, a base de cálculo da substituição tributária deve ser adotada conforme disposto no artigo 156, inciso I, Anexo IX, do RICMS/02.

2. a aplicação indevida do valor referente ao ICMS da operação própria destacado nas NFs da Primo Schincariol Ind. de Cervejas e Refrigerantes S/A – filial Goiás, uma vez que a remetente participa do Programa de Desenvolvimento Industrial de Goiás – Produzir, por meio do TARE (Termo de Acordo de Regime Especial) n. 020/03-GSF, incentivo que alcança o ICMS devido pelas saídas correspondentes a operação própria cujo recolhimento acontece mediante DARE no percentual de 27% do valor apurado.

Assim, o ICMS/ST devido ao Estado de MG deve considerar como dedução o valor do ICMS ST destacado nos documentos fiscais e o ICMS de operações próprias com redução de 27%”.

Considerou-se ter ocorrido infringência aos seguintes dispositivos:

- Constituição Federal: art. 155, XII-g;
- LC 24/75: art 1º, par. único, IV; art. 2º, §2º; art. 8º, I e II;
- Lei 6763: art. 16, IX e XIII;
- Decreto 43.080, Anexo IX: art. 156, II e §2º, II;

Sendo aplicadas as penalidades previstas pelos artigos 53, III e §2º; e 56, II, §2º, da lei 6763/75.

Instruíram o Auto de Infração os documentos de fls. 05 a 70.

Inconformada, a Autuada apresenta, regular e tempestivamente, a Impugnação de fls. 77 a 88.

Argúi, em preliminar, sua ilegitimidade passiva e pede a anulação do Auto, porque está impedida “a formação de eventual título executivo em favor da Administração Tributária, em decorrência de não poder o crédito tributário se revestir de certeza e exigibilidade diante de contribuinte que não esteja obrigado a suportar a sanção imposta”.

No mérito, divide sua defesa nos seguintes tópicos:

A – A regularidade do recolhimento efetuado pela substituta:

Defende a possibilidade de utilização da pauta fiscal, já que, embora o Termo de Acordo tenha sido firmado pela matriz paulista, determina o artigo 156, I, do Regulamento mineiro, que “o regime especial alcança todos os estabelecimentos do contribuinte”.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

B – O encargo suportado pela substituída no mecanismo da substituição tributária:

Pondera que “se a forma de pagamento da operação anterior foi parcelada em um regime especial usufruído pela substituta isso nada tem a ver com a operação posterior praticada pela substituída, que tem o direito de que o valor retido considere a integralidade do imposto incidente anteriormente”.

C – A infração à obrigação acessória:

Entende que não houve qualquer prejuízo ao Fisco, apto a legitimar a imposição, pois o comportamento da emitente estava amparado por Termo de Acordo firmado com o Estado de Minas Gerais, que, por isso, tinha prévio conhecimento de seu conteúdo.

Insurge-se contra o valor da multa, que considera afrontar a Carta de 88.

Discordando da linha de defesa, o Fisco apresenta Manifestação (fls. 90 a 92), onde refuta todos os tópicos da defesa apresentada.

Ressalta, ainda, que, em duas oportunidades, a empresa fora autuada e recolhera o tributo e as multas, mediante os documentos de arrecadação fiscal n. 04310225-48 e 04325790-07, os quais anexa à esta peça (fls. 93 a 94).

Em razão da juntada de documentos, foi aberto prazo de 05 dias, para a Autuada, que compareceu aos autos (fls. 98 a 100) para ratificar a defesa anteriormente apresentada e dizer que, nas duas ocasiões anteriores, efetuara o pagamento do crédito tributário tão-somente porque necessitava da rápida liberação das cargas, que haviam sido apreendidas.

Em resposta, o Fisco reitera sua Manifestação anterior (fls. 102 a 103).

DECISÃO

Trata o presente feito de acusação fiscal de recolhimento a menor de ICMS/ST em decorrência de utilização indevida preço de pauta e errônea dedução do valor integral do ICMS/operação própria, destacado no documento.

A ora autuada é distribuidora de bebidas e a operação em tela decorreu da aquisição de produtos junto à filial Primo Schincariol Indústria de Cervejas e Refrigerantes S/A, localizada em Goiás.

A empresa fabricante recolhe ao Estado de Goiás o percentual de 12%, reduzido a 27% do valor apurado, a título de ICMS/próprio, bem como, na condição de substituta tributária, o ICMS calculado com base na pauta fiscal, de acordo com o Termo de Acordo – PTA 16.000064764.61.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Desta sistemática de apuração do tributo decorrem as duas irregularidades apontadas pelo Fisco.

1. divergência na constituição da base de cálculo:

Informa o Fisco que a empresa fabricante utilizou, como base de cálculo do ICMS/ST, preço de pauta, baseando-se no Termo de Acordo – PTA n. 16.000064764-61, que permite à matriz adotar preço médio sugerido pela tabela publicada periodicamente, nos termos do §2º do art. 156 do Anexo IX do RICMS/96, então vigente.

Entende que a filial de Goiás se apóia no disposto no inciso I do §2º do art. 156 do decreto 43.080 de 13.12.2002, para adotar preço de pauta, deixando, contudo, de cumprir o disposto no inciso II do §2º do art. 156 do mesmo decreto; bem como a cláusula 4ª do mesmo Termo de Acordo, na qual 'o acordante deverá indicar a expressão: 'base de cálculo/substituição tributária conforme termo de acordo/PTA n. 16.000064764-61', em todos os documentos fiscais que acobertarem as operações previstas neste termo.

Dispõe o artigo 156 do Anexo IX do RICMS/02 que:

Art. 156 - Não havendo a fixação dos valores ou dos percentuais referidos nos incisos do artigo anterior, a base de cálculo será:

(...)

§ 2º - Em substituição aos percentuais previstos nos incisos I e II do caput deste artigo, poderá ser adotado como base de cálculo do imposto devido por substituição tributária o preço de venda a consumidor apurado na forma do § 6º do artigo 44 deste Regulamento, desde que autorizado em regime especial concedido pelo Diretor da Diretoria de Fiscalização da Superintendência da Receita Estadual (DIF/SRE), hipótese em que:

I - o regime especial alcança todos os estabelecimentos do contribuinte, ressalvada disposição em contrário no próprio regime;

II - o documento fiscal que acobertar a operação conterá a expressão: "Base de Cálculo/ST - RE/PTA n° ...";

III - a média ponderada dos preços de venda a consumidor usualmente praticados no mercado considerado será definida pela Secretaria de Estado de Fazenda ou, a seu critério, por entidade de classe representativa do setor, observado, no que couber, o disposto no § 4º do art. 44 deste Regulamento.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 3º - Os valores da base de cálculo da substituição tributária de que trata o parágrafo anterior serão publicados periodicamente, mediante comunicado da Superintendência da Receita Estadual (SRE), observado, no que couber, o disposto nos §§ 2º e 4º do artigo 44 deste Regulamento.

Foi firmado, nos termos da norma citada, entre o Estado de Minas Gerais e a matriz paulista da Primo Schincariol Ind. de Cervejas e Refrigerantes S/A, CNPJ 50.221.019/0001-36, o Termo de Acordo – PTA n. 16.000064764-61 (fls. 63 a 65).

Estabelece este, em sua Cláusula 2ª, que a base de cálculo, para efeitos de substituição será igual ao preço médio sugerido, conforme tabela periodicamente publicada; e, na Cláusula 3ª, que o ICMS/ST devido será a diferença entre o valor apurado, mediante aplicação da alíquota vigente para as operações internas sobre a base de cálculo, e o devido pelas operações próprias.

Foi, no caso *sub judice*, utilizado exatamente o preço constante das tabelas regularmente publicadas, como previsto no artigo 156, §2º, c/c Termo de acordo.

A possibilidade de utilização da base de cálculo pelo valor de pauta decorre do comando veiculado pelo inciso I do § 2º, acima transcrito. Corretamente celebrado pela matriz, alcança as operações realizadas também pelas filiais.

Argumenta, ainda, o Fisco que a utilização de preço de pauta está condicionada ao cumprimento do disposto na Cláusula 4ª do Termo de Acordo e no artigo 156, §2º, II, do Anexo IX, pela qual deve constar, nos documentos fiscais, a expressão ‘base de cálculo/substituição tributária conforme termo de acordo/PTA n. 16.000064764-61’.

De fato, esta é uma formalidade imposta, pelo Regulamento mineiro, com o objetivo de facilitar a fiscalização; mas cujo descumprimento não tem o condão de alterar a base de cálculo aplicável.

Nem todas as formalidades legais são requisitos de validade. No caso, são requisitos de validade a existência de um Termo de acordo devidamente assinado e a existência de tabelas de preços periodicamente publicadas.

Oportuno mencionar que é irrelevante se o preço de tabela é maior, igual ou inferior ao preço real, uma vez o Estado de Minas Gerais estabeleceu que a base de cálculo/ST é o preço de pauta periódica e regularmente publicada, e o valor recolhido é definitivo, por força de lei.

Lei 6763/75

Art. 22 - (...)

§ 10 - Ressalvadas as hipóteses previstas nos §§ 11 e 11-A deste artigo, o imposto corretamente recolhido por substituição tributária é

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

definitivo, não ficando, qualquer que seja o valor das saídas das mercadorias:

1) o contribuinte e o responsável sujeitos ao recolhimento da diferença do tributo;

2) o Estado sujeito à restituição de qualquer valor, ainda que sob a forma de aproveitamento de crédito para compensação com débito por saída de outra mercadoria.

Pelo acima dito, entende-se correta a base de cálculo destacada nos documentos fiscais de fls. 08 a 36, a qual deve prevalecer.

2 – abatimento do valor integral do ICMS/operação própria destacado:

A fabricante, remetente das mercadorias, Primo Schincariol Indústria de Cervejas e Refrigerantes S/A – filial Goiás participa do Programa de Desenvolvimento Industrial de Goiás – Produzir, por meio do Termo de Acordo de Regime Especial - TARE n. 020/03-GSF.

Reza a Cláusula 1ª, § 2º, deste Termo de Acordo (fls. 37 a 40), que seus dispositivos só alcançam o ICMS/operação própria, com produto previsto no projeto e industrializado pela acordante. A Cláusula 2ª, por seu turno, estabelece que o pagamento ocorrerá, via DARE, no percentual de 27% do valor apurado em regime normal – deve mencionar o fato na NF.

Referido programa foi instituído pela Lei estadual goiana n.º 13.591/00 (fls. 41-61), em desacordo com o disposto nos artigos 1º, parágrafo único, e 2º, §2º, da LC n.º 24/75. *In verbis*:

Art. 1º – As isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias serão concedidas ou revogadas nos termos de convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal, segundo esta Lei.

Parágrafo único – O disposto neste artigo também se aplica:

I – à redução da base de cálculo; (...)

Art. 2º – Os convênios a que alude o artigo 1º serão celebrados em reuniões para as quais tenham sido convocados representantes de todos os Estados e do Distrito Federal, sob a presidência de representantes do Governo Federal.

(...)

§ 2º – A concessão de benefícios dependerá sempre de decisão unânime dos Estados representados; a sua revogação total ou parcial dependerá de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

aprovação de quatro quintos pelo menos dos representantes presentes.

A Secretaria de Estado da Fazenda de Minas Gerais já se manifestou acerca do benefício concedido pelo Estado de Goiás, através da Resolução n.º 3166/01, na qual “veda a apropriação de crédito do ICMS nas entradas, decorrentes de operações interestaduais, de mercadorias cujos remetentes estejam beneficiados com incentivos fiscais concedidos em desacordo com a legislação de regência do imposto”.

É pacífico que a concessão de crédito presumido e outros benefícios fiscais há de ser acordada entre os Estados e o Distrito Federal. Uma vez concedido fora desta condição, não obriga ao Estado destinatário da mercadoria suportar como crédito de ICMS a parcela correspondente ao benefício inadequadamente previsto na legislação do Estado de origem. Isso, independentemente da Resolução n.º 3166/01, cuja publicação se fez necessária, para esclarecer o contribuinte mineiro e orientar a fiscalização quanto às operações realizadas ao abrigo de atos normativos, concessivos de benefício fiscal, que não observaram a legislação de regência do tributo ao serem emanados.

É o que determina o art. 8º da mencionada lei complementar:

Art. 8º - A inobservância dos dispositivos desta lei acarretará, cumulativamente:

I - a nulidade do ato e a ineficácia do crédito fiscal atribuído ao estabelecimento receptor da mercadoria;

II - a exigibilidade do imposto não pago ou devolvido e a ineficácia da lei ou ato que conceda remissão do débito correspondente.

Assim, o ICMS/ST devido ao Estado de MG deve considerar, como dedução, o valor do ICMS/op. própria destacado nos documentos fiscais, com redução de 27%, valor efetivamente recolhido aos cofres goianos.

O *quantum debeatur* que incidiu na operação própria é o valor total que deve ser deduzido do ICMS/ST para a apuração do montante devido, garantindo-se dessa maneira a concretização do princípio da não-cumulatividade.

3 – infração à obrigação acessória:

Questiona a Autuada a imposição de multa em razão de descumprimento de obrigação acessória.

Entretanto, não houve qualquer imposição de multa isolada (multa aplicável às infrações a obrigações acessórias). Entendera o Fisco que a falta de menção, nos documentos fiscais, de expressão legalmente exigida, acarretaria a impossibilidade de utilização do preço de tabela, promovendo a correção da base de cálculo do imposto

CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

devido ao Estado de Minas Gerais. Sobre a diferença apurada, fez incidir a multa de revalidação, devida por não cumprimento da obrigação principal.

A multa de revalidação está prevista no art. 56, II, da lei 6763/75, e, por força do art. 88, I, da CLTA, não cabe, no âmbito deste Conselho, a discussão acerca da constitucionalidade da norma estadual.

4. legitimidade passiva da empresa destinatária:

A Autuada argúi, ainda, sua ilegitimidade passiva, sob o argumento de que “se a substituta, ao reter o ICMS/ST, abateu percentual maior do que poderia, não pode a impugnante ser responsabilizada, vez que não participou das apurações do quantum devido”. Pede a anulação do Auto de Infração, por não ser possível opor-lhe crédito tributário líquido, certo e exigível.

A responsabilidade do substituído está expressa no art. 22, §18, do Regulamento mineiro, nos termos abaixo transcritos:

“Nas hipóteses em que fique atribuída ao alienante ou remetente a condição de contribuinte substituto, a responsabilidade pela substituição tributária caberá ao estabelecimento atacadista, distribuidor ou depósito que receber a mercadoria para distribuição no Estado sem retenção ou com retenção a menor do imposto”.

E, especificamente para o setor de bebidas, dispõe o art. 152, do Anexo IX, que esta responsabilidade recairá sobre o estabelecimento distribuidor. Confira-se:

Anexo IX do RICMS

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

(...)

III - aos estabelecimentos distribuidor, depósito e atacadista mineiros, que receberem as mercadorias para distribuição no Estado sem a retenção do imposto, observado, quanto ao prazo de pagamento, o disposto no inciso II do *caput* do artigo 85 deste Regulamento

Não há, pois, qualquer impedimento à formação de título executivo, certo, líquido e exigível, a ser oposto à Autuada.

Por fim, acrescenta-se que os demais argumentos de defesa não são suficientes para alterar o feito fiscal.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para considerar como base de cálculo/ST, o valor consignado nos documentos fiscais. Participaram do julgamento, além das signatárias, os Conselheiros José Eymard Costa (Revisor) e

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Leonardo de Lima Naves.

Sala das Sessões, 21/09/04.

Cláudia Campos Lopes Lara
Presidente

Juliana Diniz Quirino
Relatora

JDQ/EJ

CC/MG