

Acórdão: 17.176/05/3^a Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010115076-32
Impugnante: Cervejaria Petrópolis S.A
Proc. S. Passivo: Márcia Gomes Nunes/Outros
PTA/AI: 02.000208664-17
CNPJ: 73.410.326/0003-22
Origem: DF/Uberaba

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - CERVEJA – FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO ICMS/ST - Constatou-se a falta de destaque e retenção do ICMS/ST em notas fiscais que acobertavam operações de venda de cerveja promovida por indústria localizado no Estado de São Paulo para estabelecimento distribuidor localizado neste Estado, bem como a consignação de base de cálculo do ICMS/ST diversa da prevista na legislação tributária, em referidos documentos. Não acolhida as razões de defesa, uma vez que a decisão judicial citada na peça defensiva não ampara a falta de destaque e recolhimento do ICMS/ST devido nas mencionadas operações. Outrossim, a consulta formulada pela Impugnante não alcançou os efeitos previstos no inciso III do art. 21 da CLTA/MG, uma vez que foi declarada inepta com fulcro no art. 22, inciso II, alínea “c” da CLTA/MG. Mantidas as exigências de ICMS, MR e MI. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre falta de destaque e retenção do ICMS/ST devido nas operações de venda de cerveja, promovidas pela Autuada para distribuidora localizada neste Estado, durante os meses de outubro e novembro/2.004, acobertadas pelas notas fiscais relacionadas no Anexo I (fls. 06/10), bem como consignação, em referidos documentos, de base de cálculo do ICMS/ST diversa da prevista na legislação tributária. As mercadorias foram remetidas por conta e ordem da adquirente mineira para às seguintes empresas: Água Branca Comércio de Bebidas Ltda., localizada em Uberlândia/MG e Águas Claras Comércio de Bebidas Ltda., estabelecida em Uberaba/MG.

Lavrado em 23/12/04 – Auto de Infração exigindo ICMS, MR (100%) e MI capitulada no art. 55, inciso VII da Lei 6763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 244/263.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O Fisco se manifesta às fls. 451/473, refutando as alegações da Impugnante.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 476/484, opina pela procedência do Lançamento.

DECISÃO

DA PRELIMINAR

Argúi a Impugnante a nulidade do Auto de Infração face aos efeitos da consulta que protocolizou em 12/07/04, buscando esclarecer dúvidas acerca do concreto procedimento para compensar/repassar os créditos de ICMS/ST, apurados e escriturados pela Distribuidora de Bebidas ABC Ltda., em virtude de decisão judicial proferida no Mandado de Segurança proc. n.º 024.97.102.119-1 e da Execução Provisória da Sentença proc. 024.00.108.415-1.

Sustenta, ainda, que nos termos do inciso III do art. 21 da CLTA/MG (Dec. 23.780/84) é vedado qualquer procedimento fiscal, relativamente à espécie consultada, durante a tramitação da consulta ou enquanto a solução não for reformulada. Salienta que somente em 19/10/04 foi cientificada do ato que declarou a “inépcia da consulta”. Entretanto, contra este ato interpôs recurso com efeito suspensivo para o Secretário de Estado da Fazenda, nos termos do art. 25 da CLTA/MG.

No entanto, razão não assiste à Impugnante, uma vez que não cabe recurso, expressamente previsto na legislação (art. 25 da CLTA/MG), no caso de consulta declarada inepta. Muito embora o recurso mencionado pela Impugnante seja admitido, face ao direito a ampla defesa e ao contraditório assegurados pela Constituição da República, este não surtirá os efeitos de que trata o art. 21 da CLTA/MG.

Importante transcrever “parte” da citada consulta, onde se evidencia que a matéria consultada já teria sido objeto de autuações:

“Não obstante todos os cuidados das Consulentes em proceder de modo a viabilizar o estrito cumprimento da decisão judicial, após praticamente 8 (oito) meses de reiteração destes procedimentos, agentes fiscais de plantão no Posto Fiscal “Antônio Reimão de Mello” autuaram a 1ª Consulente e identificaram a 2ª Consulente como coobrigada, em virtude de terem constatado a falta de destaque do ICMS/ST na Nota Fiscal n.º 039.102, emitida em 04/06/04, conforme AI/PTA n.º 02.000207536-21, seguindo outros pelas mesmas razões.”

Salienta-se que as Consulentes são as empresas Cervejaria Petrópolis S.A (1ª) e Distribuidora de Bebidas ABC Ltda. (2ª).

Ademais, os argumentos trazidos pela Impugnante, em preliminar (no PTA, ora em exame), quanto a nulidade da autuação, por referirem-se a espécie já objeto de consulta, são no mínimo contraditórios aos expostos em seu “Recurso” dirigido ao Secretário de Estado da Fazenda de Minas Gerais (a seguir, parcialmente, transcrito):

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

“É certo que na data do protocolo da consulta a Cervejaria Petrópolis S.A já tinha contra si 7 (sete) Autos de Infração, todos lavrados no Posto Fiscal Antônio Reimão de Mello” que, em apenas um deles, a Distribuidora de Bebidas ABC Ltda., fora mencionada como coobrigada.

.....

Destarte, pela simples leitura dos “Relatórios” dos referidos Autos de Infrações lavrados contra a Cervejaria Petrópolis S.A, ou, ainda, pela leitura da “Origem, Natureza e Fundamento” da Dívida Inscrita contra a Distribuidora de Bebidas ABC Ltda., sobeja a verdade cristalina que referidas autuações e dívida inscrita – ainda que pudessem ser consideradas “ações fiscais”, ad argumentandum tantum, para fins do instituto da consulta – seguramente não versam sobre a matéria consultada.”

Ora, se a infração cometida pela Impugnante constante dos relatórios dos mencionados Autos de Infração (lavrados anteriormente à formulação da citada consulta), é a mesma do presente Auto de Infração e se a própria Impugnante frisa (em seu recurso) que a matéria versada na consulta não é a mesma dos mencionados 07 Autos de Infração, logo a referida consulta não surtiria os efeitos suspensivos previstos no art. 21, inciso III da CLTA/MG relativamente ao presente AI.

Conclui-se do exposto que:

a) Sendo a matéria objeto da consulta a mesma dos Autos de Infração (originalmente lavrados contra a Impugnante), **como restou demonstrado**, o Fisco não estava impedido de lavrar o presente Auto de Infração, nos termos do art. 22, inciso II, alínea “c” da CLTA/MG (a seguir transcrito), face a inépcia da consulta.

“Art. 22 - A consulta não produz os efeitos previstos no artigo anterior quando:

I - declarada ineficaz, por versar sobre disposição claramente expressa na legislação tributária ou sobre questão de direito já resolvida por ato normativo;

II - declarada inepta, hipótese em que será determinado o seu arquivamento:

.....

c - por encontrar-se qualquer estabelecimento do consulente inscrito neste Estado sob ação fiscal em relação à matéria consultada;

III - versar sobre matéria relacionada a fato praticado pelo consulente, ou do qual resulta para este responsabilidade tributária, decidido no âmbito administrativo ou judicial.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

IV - versar sobre arguição de inconstitucionalidade ou sobre negativa de aplicação de lei, decreto ou ato normativo;

V - vencido o prazo legal para cumprimento da obrigação a que se referir.

b) Acaso a matéria consultada fosse diversa da tratada nos AIs lavrados contra a Impugnante (os quais, repita-se, contêm a mesma acusação fiscal), igualmente assistiria razão ao Fisco, posto que não existe qualquer dispositivo legal que impedisse a sua atuação. Importante acrescentar que os efeitos previstos no art. 21 da CLTA/MG, ou seja, a vedação de qualquer procedimento fiscal, somente se aplica à espécie consultada.

“Art. 21 - Fica vedado qualquer procedimento fiscal, relativamente à **espécie consultada**:

I - quando o contribuinte protocolar a consulta dentro do prazo legal para o cumprimento da obrigação a que se refira;

II - quando o contribuinte proceder de conformidade com a solução dada pela DOET/SLT à consulta por ele formulada;

III - durante a tramitação da consulta ou enquanto a solução não for reformulada. (gn)

DO MÉRITO

Exige-se no presente trabalho fiscal ICMS, MR e MI (estatuída no art. 55, inciso VII da Lei 6763/75), em razão da falta de destaque e retenção do ICMS/ST devido nas operações de venda de cerveja, promovidas pela Autuada para a Distribuidora de Bebidas ABC Ltda., localizada neste Estado, durante os meses de outubro e novembro/2.004, acobertadas pelas notas fiscais relacionadas no Anexo I (fls. 06/10), bem como consignação, em referidos documentos, de base de cálculo do ICMS/ST diversa da prevista na legislação tributária.

Cópias das notas fiscais objeto da presente autuação encontram-se acostadas às fls. 37/143.

As mercadorias constantes das citadas notas fiscais foram remetidas por conta e ordem da adquirente mineira para as seguintes empresas: Água Branca Comércio de Bebidas Ltda., localizada em Uberlândia/MG e Águas Claras Comércio de Bebidas Ltda., estabelecida em Uberaba/MG (3ª via destes documentos foram anexados às fls. 148/240).

O regime de recolhimento do ICMS através de substituição tributária encontra-se previsto nos seguintes dispositivos legais: § 7º do art. 150 da CF/88, § 1º do art. 6º da LC 87/96 e art. 22 da Lei 6763/75.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Relativamente a tributação do produto consignado na nota fiscal objeto da autuação dispõe o art. 151 do Anexo IX do RICMS/02:

(Efeitos a partir de 01/07/04)

“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, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Pará, Paraíba, Paraná, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Rondônia, Roraima, Santa Catarina, São Paulo, Sergipe, Tocantins e no Distrito Federal, nas operações com cerveja, chope, refrigerante e água mineral ou potável envasada, classificados nas posições 2201 a 2203 da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema Harmonizado (NBM/SH), com sistema de classificação adotado até 31 de dezembro de 1996, destinadas a estabelecimento localizado neste Estado, são responsáveis na condição de substitutos, pela retenção e recolhimento do imposto devido nas operações subsequentes.**” (gn)

Mediante exame das notas fiscais autuadas, percebe-se que os campos destinados a informar a “**base de cálculo do ICMS substituição**” e “**valor do ICMS substituição**” estão preenchidos com “0,00”. Constata-se, ainda, informação, no campo relativo à “**descrição dos produtos**”, sobre o não destaque do ICMS/ST em razão de Mandado de Segurança de n.º 145241-4 (3ª Tur./TJ MG).

Em sua peça defensiva a Impugnante afirma que o presente lançamento não pode prosperar, uma vez que atenta contra legítimo direito lhe assegurado em ordem concedida em Ação de Mandado de Segurança (proc. n.º 024.97.102.119-1). Transcreve as sentenças proferidas no mencionado Mandado e nos Embargos de Declaração interpostos, bem como esclarece os procedimentos adotados pela remetente e destinatária da cerveja, acrescentando que a Distribuidora de Bebidas ABC Ltda. (contribuinte substituído) repassa ao substituto tributário (Cervejaria Petrópolis S.A.), o crédito acumulado de ICMS/ST.

No entanto, a decisão proferida no citado Mandado de Segurança é inaplicável à Cervejaria Petrópolis S.A (Autuada), tendo em vista que referido contribuinte não integra a relação processual naqueles autos de processo judicial. O máximo que se pode dizer é que a Distribuidora de Bebidas ABC Ltda. (destinatária dos produtos) conseguiu provimento judicial, nos autos não transitado em julgado, para que não fosse retido, pela substituta “Refrigerantes Minas Gerais Ltda.”, o ICMS decorrente da tributação excessiva do regime ST. Não há ordem judicial que autorize a conduta da Cervejaria Petrópolis S.A..

Assim sendo, razão não assiste a Impugnante, posto que seu procedimento (emissão de notas fiscais sem destaque e retenção do ICMS/ST), quando das vendas com destino à Distribuidora de Bebidas ABC Ltda., não encontra respaldo no Acórdão 145.341-4 e nem no Mandado de Segurança 024.97.102119-1.

CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Importante a transcrição das decisões judiciais (cujas cópias encontram-se acostadas aos autos) para elucidar a questão.

Sentença proferida no mencionado Mandado de Segurança :

“Ante o exposto, concedo o mandado de segurança em parte, para autorizar a impetrante a estornar os excessos de ICMS decorrentes do regime de substituição tributária, sempre que a base de cálculo do fato gerador efetivado, seja inferior a prevista para fins de antecipação do pagamento, cabendo a autoridade administrativa verificar se ela se creditou com acerto, a teor do art. 150 do Código Tributário Nacional.”

Sentença, após “Embargos de Declaração”:

“Ante o exposto concedo o mandado de segurança em parte para autorizar a impetrante a estornar os excessos de ICMS decorrentes do regime de substituição tributária, sempre que a base de cálculo do fato gerador efetivado seja inferior à prevista para fins de antecipação do pagamento, repassando ao substituto o que recolheu em excesso, cabendo a autoridade administrativa verificar se ela creditou com acerto, a teor do art. 150 do CTN”.

Após novos “Embargos de Declaração”, o dispositivo da sentença ficou acrescido da seguinte parte:

“Expeça-se ofício a substituta Refrigerantes Minas Gerais Ltda., a fim de que deixe de reter o ICMS nas vendas dos produtos para impetrante, somente em relação aos valores correspondentes aos créditos oriundos da tributação excessiva do ICMS, provocada pelo regime de substituição tributária.”

Decisão do Tribunal de Justiça (Terceira Câmara Cível, em Turma) ao apreciar os Recursos de Apelação interpostos pela Distribuidora de Bebidas ABC Ltda. e pela Fazenda Pública Estadual, em reexame necessário:

“Assim, merece parcial acolhida o inconformismo recursal, para deferir à recorrente a aplicação da correção monetária dos valores pagos a maior, a partir do recolhimento indevido, ficando os demais argumentos prejudicados com a confirmação da r. sentença no reexame necessário, no que a eles pertine.”

Importante frisar que nenhuma das decisões determinou à Cervejaria Petrópolis S.A (Autuada) que deixasse de reter o ICMS/ST quando da venda de seus produtos para a Distribuidora de Bebidas ABC Ltda.

A cópia da petição inicial do mencionado Mandado de Segurança deixa também evidenciado que a própria Impetrante (Distribuidora de Bebidas ABC Ltda.) fez questão que ficasse delimitado o seu pedido.

Ressalta-se que no segundo item de sua petição inicial a Impetrante requereu:

*“b) a expedição de ofício à industrial **Refrigerantes Minas Gerais Ltda.** para que deixe de reter antecipadamente o ICMS nas vendas dos produtos para a Impetrante”.*

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Cabe ressaltar que o Poder Judiciário deferiu o mencionado pedido (restrito, portanto, à empresa retro citada).

Argumenta, ainda, a Impugnante que o Fisco não pode exigir duas vezes o mesmo imposto (do substituto tributário e do substituído), alertando que a destinatária dos produtos, amparada em decisão judicial, está deduzindo o valor do ICMS/ST devido pela Autuada do montante de seu crédito acumulado de ICMS, procedimento este que não traz qualquer prejuízo ao erário mineiro.

Entretanto, vale repetir que os procedimentos da remetente e destinatária dos produtos não se encontram amparados pela já discutida decisão judicial.

Sustenta a Impugnante que o Fisco está a exigir indevidamente destaque do ICMS em nota fiscais para acompanhar o transporte das mercadorias, em operações de venda à ordem, as quais segundo as disposições contidas no art. 304, inciso II, alínea “a” do Anexo IX do RICMS/02, deveriam ser emitidas sem o destaque do imposto.

Entretanto, equivocava-se a Impugnante, posto que as exigências fiscais referem-se, como já salientado, às notas fiscais de venda, em nome do adquirente originário (relacionadas no Anexo I), que nos termos do art. 304, inciso II, alínea “b” do Anexo IX do RICMS/02, deve conter o destaque do imposto se devido. Oportuno repetir que no presente caso o tributo é devido.

Entende a Impugnante que a Distribuidora de Bebidas ABC Ltda. pode se responsabilizar pelo recolhimento do ICMS/ST ora exigido, face as disposições contidas no art. 152 do Anexo IX do RICMS/02.

No entanto, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS/ST atribuída pelo Fisco à Autuada encontra-se amparo no art. 151 do Anexo IX do RICMS/02.

Certamente, nos termos do art. 152 do Anexo IX do RICMS/02, igual responsabilidade é atribuída à destinatária das mercadorias, visto que esta recebeu tais produtos sem a retenção do imposto. Porém a não inclusão da destinatária no pólo passivo da obrigação tributária não invalida ou altera o presente trabalho fiscal.

Os questionamentos da Impugnante, relativamente às multas aplicadas (MI e MR) também não prosperam, visto que foram corretamente aplicadas.

Dispõe o art. 55, inciso VII da Lei 6763/75:

“Art. 55 - As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II e IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

...

VII - por consignar em documento fiscal que acobertar a operação ou a prestação base de cálculo diversa da prevista pela legislação ou quantidade de mercadoria inferior à efetivamente saída - 40% (quarenta por cento) do valor da diferença apurada;”

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A base de cálculo do ICMS/ST de cada nota fiscal objeto da autuação encontra-se demonstrado no Anexo 3 (fls. 15/18). No entanto, mencionadas notas fiscais (cópias às fls. 37/143), consignam no campo - Base de Cálculo do ICMS Substituição – “0,00”, efetivamente, importância diversa da prevista na legislação tributária.

Insta destacar que a base de cálculo utilizada pelo Fisco para cálculo do ICMS/ST encontra-se prevista no art. 156, § 2º do Anexo IX do RICMS/02.

A Impugnante admite a cobrança da MI estatuída no art. 54, inciso VI da Lei 6763/75.

Entretanto, nos termos do art. 211 do RICMS/02, exigiu o Fisco, corretamente, a penalidade mais gravosa.

Por derradeiro, vale acrescentar que a MR exigida encontra-se prevista no art. 56, § 2º da Lei 6763/75.

Legítimas, portanto, as exigências fiscais constantes do vertente Auto de Infração, sendo inaplicáveis as disposições contidas no art. 112 do CTN e art. 3º, inciso II da CLTA/MG (conforme alega a Impugnante), face a inexistência de dúvidas que suscite a aplicação destes dispositivos.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a prefacial argüida de nulidade da autuação. No mérito, também à unanimidade, em julgar procedente o Lançamento. Participaram do julgamento, além da signatária, a Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão (Revisora) e os Conselheiros José Eymard Costa e Luiz Fernando Castro Trópia. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Marco Túlio Caldeira Gomes.

Sala das Sessões, 26/09/05.

Aparecida Gontijo Sampaio
Presidenta/Relatora