

Acórdão: 17.177/05/3^a Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010114304-01
Impugnante: Cervejaria Petrópolis S. A.
Proc. S. Passivo: Márcia Gomes Nunes/Outro(s)
PTA/AI: 02.000208416-60
Inscr. Estadual: 041.897708.0056
Origem: DF/Juiz de Fora

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – CERVEJA - FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO ICMS/ST. Constatou-se a falta de destaque do ICMS/ST em notas fiscais que acobertavam operações de vendas de cerveja promovida por indústria localizada no Estado do Rio de Janeiro com destino a estabelecimento distribuidor localizado neste Estado. Não acolhidas 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. A consulta formulada pela Impugnante não alcançou os efeitos previstos no art. 21, III, da CLTA/MG, uma vez que foi declarada inepta com fulcro no art. 22, II, “c”, do mesmo diploma legal. Exigências fiscais mantidas. Lançamento precedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação de que o Sujeito Passivo, situado em outra unidade da federação, com inscrição em Minas Gerais, promoveu, para este Estado, venda de mercadorias sujeitas à retenção do ICMS/ST (cerveja), sem informar a base de cálculo e sem destacar o próprio ICMS/ST em diversas notas fiscais, cujas 3^{as} vias e cópias das 1^{as} vias encontram-se nos autos.

Inconformada com as exigências fiscais, a Autuada apresenta, tempestivamente, através de procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 48/66, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 197/211.

A Auditoria Fiscal determina a realização da Diligência de fls. 214, que resulta na manifestação da Subprocuradoria da Defesa Contenciosa às fls. 215/216 e na juntada de documentos de fls. 217/228.

Novamente a Auditoria baixa os autos em diligência (fl. 229), para que o Fisco procedesse a correção dos valores lançados a título de multa isolada e de revalidação, cujos códigos foram indevidamente trocados.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Os valores lançados nos códigos das multas isolada e de revalidação foram corrigidos no DCMM de fl. 230, sendo o Sujeito Passivo devidamente comunicado sobre a alteração efetuada (fls. 231/232), o qual, no entanto, se mostrou inerte, não tecendo qualquer comentário sobre o assunto.

Por fim, a Auditoria Fiscal, através do parecer de fls. 233/245, opina pela procedência do lançamento.

DECISÃO

DAS PRELIMINARES

Preliminar 1:

Não pode prevalecer o entendimento da Impugnante em suscitar a preliminar de nulidade da autuação em virtude dos efeitos da consulta fiscal, com base no art. 21, inciso III da CLTA/MG.

No dia 12 de julho de 2004 a Impugnante protocolizou, juntamente com a Distribuidora de Bebidas ABC Ltda., consulta na Delegacia Fiscal de Lavras (PTA nº 16.000107663.98), com a finalidade de esclarecer dúvidas acerca do correto procedimento para compensar/repassar os créditos de ICMS/ST apurados e escriturados pela Distribuidora de Bebidas ABC Ltda.

A referida consulta foi declarada inepta, nos termos da alínea “c”, inciso II, art. 22 da CLTA/MG, por se encontrar a Consulente sob ação fiscal em relação à matéria consultada.

Inconformadas com a decisão, a Distribuidora ABC Ltda juntamente com a Impugnante, interpuseram recurso com efeito suspensivo para o Secretário de Estado de Fazenda, nos termos do art. 25, caput, da CLTA/MG, concluindo que aquela consulta continuaria a produzir todos os efeitos jurídicos que lhe seriam pertinentes, até a apreciação do recurso.

O parecer DOET/SUTRI Nº 041/2004 de 17 de dezembro de 2004, abaixo transcrito, trata dos efeitos do recurso à declaração de inépcia da consulta:

“DO MÉRITO:

A RESPOSTA EM CONSULTA DE CONTRIBUINTES, NOS TERMOS DO ARTIGO 17 DA CLTA/MG, PRESTA-SE À DEFINIÇÃO DA CORRETA INTERPRETAÇÃO SOBRE APLICAÇÃO DE DISPOSITIVOS DA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA ESTADUAL.

CASO A CONSULTA SEJA FORMULADA QUANDO A CONSULENTE JÁ SE ENCONTRAR SOB AÇÃO FISCAL, DEVE SER DECLARADA INEPTA, HIPÓTESE EM QUE É ARQUIVADA E NÃO SE PRODUZEM OS EFEITOS PREVISTOS NO ARTIGO 21 DA CLTA/MG, NOS TERMOS DA ALÍNEA ‘C’, INCISO II, ARTIGO 22 DESSA CONSOLIDAÇÃO.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DESSE MODO, NÃO FICAM VEDADOS PROCEDIMENTOS FISCAIS, INCLUSIVE AUTUAÇÕES, COMO SE A CONSULENTE NÃO HOUVESSE CONSULTADO, EM VIRTUDE DA INÉPCIA DA CONSULTA.

ACERCA DO RECURSO À DECLARAÇÃO DE INÉPCIA IMPETRADO PELA CONSULENTE, NÃO SE TRATA DE HIPÓTESE DE RECURSO PREVISTA EXPRESSAMENTE. ISTO PORQUE O RECURSO PREVISTO NO ARTIGO 25 DA CLTA/MG É RECURSO DA SOLUÇÃO DADA À CONSULTA E, NO CASO DE DECLARAÇÃO DE INÉPCIA, NÃO HÁ RESPOSTA À CONSULTA, OU SEJA, NÃO HÁ SOLUÇÃO DE MÉRITO.

NOS CASOS EM QUE NÃO HÁ HIPÓTESE DE RECURSO PREVISTA EXPRESSAMENTE NA LEGISLAÇÃO, APLICA-SE A SOLUÇÃO CONTEMPLADA NA LEI ESTADUAL 14.184/02 QUE REGE O PROCESSO ADMINISTRATIVO ESTADUAL. ADMITE-SE O RECURSO AINDA QUE NÃO PREVISTO EXPRESSAMENTE, EM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO, ASSEGURADOS PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ASSIM, O RECURSO EM EXAME HÁ DE SER O RECURSO HIERÁRQUICO, ENCAMINHADO À AUTORIDADE HIERARQUICAMENTE SUPERIOR À PROLATORA DA DECISÃO, NOS TERMOS DO § 1º, ARTIGO 51, DA LEI ESTADUAL 14.184/02.

SALIENTE-SE, TAMBÉM, QUE NÃO CABE EFEITO SUSPENSIVO NESSA MODALIDADE DE RECURSO, DADO QUE O EFEITO SUSPENSIVO EM RECURSO ADMINISTRATIVO DEPENDE DE PREVISÃO EXPRESSA, NOS TERMOS DO ARTIGO 57 DA REFERIDA LEI ESTADUAL.

PORTANTO, DA DECLARAÇÃO DE INÉPCIA DE CONSULTA E DO RESPECTIVO RECURSO NÃO DECORREM OS EFEITOS DE QUE TRATA O ARTIGO 21 DA CLTA/MG, NÃO FICANDO VEDADOS PROCEDIMENTOS FISCAIS EM RELAÇÃO À CONSULENTE.”

Preliminar 2:

Em sua impugnação a Autuada afirma que o presente lançamento não pode prosperar, uma vez que atenta contra legítimo direito assegurado em ordem concedida em Ação de Mandado de Segurança (proc. n.º 024.97.102.119-1). Transcreve em sua peça defensiva 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 do 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..

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim sendo, razão não lhe assiste, posto que seu procedimento (emissão de notas fiscais sem destaque 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.

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 À PREVISTA PARA FINS DE ANTECIPAÇÃO DO PAGAMENTO, CABENDO À 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 À 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 À 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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

Ressalte-se que no segundo item de sua petição inicial a Impetrante requereu: "*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*". O Poder Judiciário deferiu o mencionado pedido nos exatos termos em que requerido, ou seja, determinando a expedição do ofício exclusivamente à empresa Refrigerantes Minas Gerais Ltda.

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.

DO MÉRITO

A Fazenda Pública está a exigir da impugnante o pagamento do crédito tributário ora em análise, pois a Autuada, na condição de substituta tributária, não destacou o ICMS/ST nas notas fiscais anexadas ao presente PTA, em operações de vendas de cerveja ao contribuinte mineiro Distribuidora de Bebidas ABC Ltda.

O Regime da Substituição Tributária tem como principal característica a atribuição ao contribuinte substituto de responsabilizar-se pelo cálculo, retenção e recolhimento aos cofres públicos do montante do imposto devido pelas operações de terceiros – contribuinte substituído, além do seu próprio imposto.

O imposto devido é apurado em cada operação, de forma individualizada, de forma compensatória entre débito e crédito. Como regra geral, tal sistemática encerra todo o ciclo de tributação de uma mercadoria sujeita ao ICMS/ST, não mais sofrendo incidência do imposto nas operações subseqüentes.

Distingue-se, portanto, da mercadoria sujeita ao regime dito “normal” onde o confronto entre débitos e créditos é apurado em períodos de tempo legalmente definidos enquanto houver sua circulação.

A substituição tributária é uma instituição jurídica introduzida na Constituição Federal de 1988, no artigo 150, §7º, através da Emenda Constitucional nº 3, de 17/03/93, que autoriza os entes públicos nacionais (Federal, Estadual e Municipal), mediante lei, a cobrança antecipada de imposto ou contribuição decorrente de um fato gerador futuro.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No tocante ao ICMS, a Constituição Federal de 1988, no inciso XII, do artigo 155, determina que caberá à lei complementar dispor sobre a substituição tributária:

“Art. 155 - Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

XII - cabe à lei complementar :

definir seus contribuintes;

dispor sobre substituição tributária;

No âmbito nacional, consoante determina a Constituição Federal, a Substituição Tributária está definida no art. 6.º, da Lei Complementar nº 87 de 13/09/96 publicada no Diário Oficial da União em 16/09/96.

“Art. 6º - Lei Estadual poderá atribuir a contribuinte do imposto ou a depositário a qualquer título a responsabilidade pelo seu pagamento, hipótese em que o contribuinte assumirá a condição de substituto tributário.

§ 1º - A responsabilidade poderá ser atribuída em relação ao imposto incidente sobre uma ou mais operações ou prestações, sejam antecedentes, concomitantes ou subsequentes.”

Encontra-se na Lei 6763/75, que consolida a legislação tributária de Minas Gerais, em seu artigo 22, as disposições gerais sobre a substituição tributária:

“Art. 22- Ocorre a substituição tributária, quando o recolhimento do imposto devido pelo :

II- adquirente ou destinatário da mercadoria pelas operações subsequentes, ficar sob a responsabilidade do alienante ou do remetente da mercadoria;”

O Regulamento do ICMS/MG em seu Anexo IX, capítulo XIII, trata especificamente da substituição tributária de operações relativas a Cervejas, Chopes, Refrigerantes, Água Mineral ou Potável Envasada e estabelece que a base de cálculo do imposto devido por substituição tributária é a média ponderada dos preços de venda a consumidor final usualmente praticados no mercado considerado, observado o disposto em regime especial concedido pelo Diretor da Diretoria de Gestão de Projetos da Superintendência de Fiscalização (DGP/SUFIS).

Uma vez concedido o regime especial para a utilização do preço sugerido, conforme publicado em Comunicado da SRE, o contribuinte signatário não poderá utilizar, na vigência do mesmo, as margens de valor agregado previstas para a obtenção da base de cálculo do ICMS/ST (ANEXO IX – RICMS/MG), caso julgar que este procedimento lhe seja mais favorável.

A Impugnante possui o referido regime especial sob o nº 16.000030348.33 e o Comunicado SRE nº 21/2004 foi o utilizado para a obtenção da base de cálculo das autuações ora analisadas.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Na interceptação pelo Fisco das notas fiscais constantes dos autos, sem o devido destaque do ICMS/ST, esgotou-se o prazo para o recolhimento do mesmo. Nesse sentido dispõe o art. 89, IV, do RICMS/02, segundo o qual considera-se esgotado o prazo para o recolhimento do imposto, relativamente a operação com mercadoria cuja saída, entrega, transporte ou manutenção em estoque ocorra com documento fiscal sem destaque do imposto devido a este Estado.

Não se pode concordar ainda, com o entendimento da Impugnante acerca da aplicação da penalidade cabível. O artigo 55, VII, da Lei 6763/75 expressamente dispõe :

“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;”

Ao apor nos campos base de cálculo do ICMS/ST e valor do ICMS/ST os valores de “0,00”, a Impugnante claramente consignou nos documentos fiscais anexados ao PTA uma base de cálculo diversa da prevista pela legislação, enquadrando-se perfeitamente, portanto, na previsão do art. 55, VII da Lei 6763/75.

Para corroborar a aplicação da referida penalidade isolada, o Fisco transcreve, em parte, o parecer DOET/SLT N°031/2004 de 04 de agosto de 2004:

“QUESTIONAMENTOS:

1 – NO QUE DIZ RESPEITO À PENALIDADE PREVISTA NO ARTIGO 55, INCISO VII DA LEI 6763/75

...

PERGUNTA-SE:

1.1 – O DISPOSITIVO EM TELA PODERÁ SER APLICADO NOS CASOS EM QUE O CONTRIBUINTE DEIXAR DE CONSIGNAR A BASE DE CÁLCULO NO DOCUMENTO FISCAL? NESSES CASOS, PODERÁ SER CONSIDERADO QUE A BASE DE CÁLCULO CONSIGNADA FOI DE ZERO?

1.2 – NO CASO DA BASE DE CÁLCULO ESTAR CONSIGNADA DIVERSAMENTE DO PREVISTO NA LEGISLAÇÃO, MAS COM VALOR A MAIOR, AINDA ASSIM A PENALIDADE DEVERÁ SER APLICADA?

...

DO MÉRITO/CONCLUSÃO:

ASSIM RESPONDEMOS ÀS INDAGAÇÕES FORMULADAS:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

1.1 – SIM. A NORMA EM COMENTO TEM POR OBJETIVO APENAR O CONTRIBUINTE QUE CONSIGNA NO DOCUMENTO FISCAL BASE DE CÁLCULO DIFERENTE DA PRESCRITA NA LEGISLAÇÃO, RAZÃO PELA QUAL, A NOSSO VER, INCORRE NA INFRAÇÃO TANTO AQUELE QUE INDICA VALOR DIVERSO DO CORRETO, COMO TAMBÉM AQUELE QUE DEIXA DE PRESTAR A DEVIDA INFORMAÇÃO, OBSERVADO O DISPOSTO NA RESPOSTA AO QUESTIONAMENTO 1.2 ABAIXO.

1.2 – IMPORTA TER PRESENTE QUE O BEM JURÍDICO QUE SE PRETENDEU TUTELAR COM A REFERIDA PENALIDADE CONSISTE, PRECISAMENTE, NO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL POR PARTE DO CONTRIBUINTE. COM EFEITO, INDEPENDENTEMENTE DE HAVER SIDO CONSIGNADO VALOR SUPERIOR, INFERIOR OU MESMO NENHUM VALOR A TÍTULO DE BASE DE CÁLCULO, O FATO É QUE A AUSÊNCIA DA CORRETA INFORMAÇÃO PREVISTA NA LEGISLAÇÃO ASSUME RELEVÂNCIA, EM TERMOS TRIBUTÁRIOS, QUANDO ASSOCIADA AO NÃO-RECOLHIMENTO OU RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO, SITUAÇÕES ESTAS EM QUE SE REPUTA APLICÁVEL O DISPOSITIVO EM QUESTÃO.”

Diante do exposto, ACORDA a 3.^a Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do Auto de Infração. No mérito, também à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Marco Túlio Caldeira Gomes. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Luiz Fernando Castro Trópia (Revisor) e Luciana Mundim de Mattos Paixão.

Sala das Sessões, 26/09/05

**Aparecida Gontijo Sampaio
Presidente**

**José Eymard Costa
Relator**