

Acórdão: 17.516/06/1^a Rito: Sumário
Impugnação: 40.010116160-41
Impugnante: Cervejaria Petrópolis SA
Proc. S. Passivo: Márcia Gomes Nunes/Outro(s)
PTA/AI: 02.000208449-79
Inscr. Estadual: 041.897708.00-56
Origem: DF/Juiz de Fora

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – CERVEJA – BASE DE CÁLCULO – FALTA DE RETENÇÃO DO ICMS. Evidenciada a venda de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária sem consignar a base de cálculo do ICMS/ST e sem destacar o próprio ICMS/ST nos documentos fiscais. Exigências de ICMS/ST, MR capitulada no art. 56, inciso II, § 2º, item I da Lei 6763/75 e MI prevista no art. 55, inciso VII do mesmo diploma legal. Infração plenamente caracterizada. Razões de defesa insuficientes para elidir o trabalho fiscal. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Constatou-se, no Posto Fiscal Antônio Reimão de Mello, que o sujeito passivo promoveu remessa de mercadoria sujeita à substituição tributária, para contribuinte mineiro, sem consignar a BC do ICMS/ST e sem destacar e recolher o imposto.

Foram autuadas as Notas Fiscais 46920, 46924, 46921 e 46935 de 28.10.2004.

Lavrou-se Auto de Infração para exigir ICMS, MR (art. 56, inciso II, § 2º, item I da Lei 6763/75) e MI (art.55, inciso VII da Lei 6763/75), pela infringência aos artigos: 24, incisos I e II; e 89, inciso IV, do RICMS/02, e 156, § 3º, do Anexo IX do citado regulamento.

Instruíram-no os documentos de fls. 05/18.

Não se conformando, o contribuinte apresentou, regular e tempestivamente, a Impugnação de fls. 20/38.

À peça de defesa foram anexados os documentos de fls. 47/215.

- cópia de peças do processo judicial (fls. 47/120 e 130/134)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- docs. referente a informações e recolhimentos do ICMS/ST (fls. 148/195)
- planilha de compensação do ICMS (fls. 196/211)
- planilhas – diferença entre preço de pauta e de venda (fls. 212/215)

O subprocurador-geral de defesa contenciosa, Dr. Roberto Portes Ribeiro de Oliveira, manifestou-se a fls. 225/226 no sentido da inaplicabilidade do art. 11 da CLTA, visto que “*o processo judicial citado não guarda qualquer relação com a empresa autuada*”. Faz acompanhar a esta peça a manifestação ofertada no PTA 02.000207536.21 e o parecer da lavra do Dr. Célio Kalume (fls. 227/237).

A procuradora da empresa autuada foi intimada, em 22.09.2005, da juntada destes documentos (fls. 239/240), mas não se pronunciou.

O agente autuante refutou a defesa apresentada, em Manifestação fiscal de fls. 242/256.

Reincidência não constatada pela DCRC/SCT (fls. 257).

DECISÃO

Da Preliminar

Em sua bem elaborada peça de defesa, o Contribuinte argüi, preliminarmente, a nulidade do Auto de Infração, dada a impossibilidade da atuação fiscal, em razão dos efeitos da Consulta fiscal.

Narra que foi protocolada, em 12.07.04, uma consulta (PTA 1.000107663.98) para esclarecer os procedimentos para compensação/repasso dos créditos de ICMS/ST apurados e escriturados pela distribuidora, em virtude de decisão judicial.

- Consulta (fls. 121/129 e 135/147)

Não cabe razão ao contribuinte.

De fato, a CLTA veda ao Fisco intentar qualquer procedimento, relativamente à espécie consultada, durante a tramitação da consulta fiscal. *In verbis*:

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;

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

No entanto, a aludida consulta foi declarada inepta pela Delegacia Fiscal de Varginha, em 19.10.2004, nos termos da alínea “c” do inciso II do art. 22 da CLTA, por se encontrar a consulente sob ação fiscal em relação à matéria consultada, e, por consequência, não se produzem os efeitos previsto no art. 21 do mesmo diploma legal.

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

(...)

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;

Neste sentido, o Parecer DOET/SUTRI n. 041/2004, transcrito pelo agente fazendário em sua Manifestação.

Importante anotar que não existe previsão legal do cabimento de recurso contra decisão que declara inepta a Consulta, razão pela qual se torna possível a presente autuação.

Ultrapassada a preliminar argüida, passa-se ao exame do mérito.

Do Mérito

Versa o presente processo sobre falta de destaque e retenção de ICMS/ST, em operações de remessa de mercadorias (cerveja) para contribuinte mineiro.

- AI lavrado em 28.10.2004 (fls. 02/04) e recebido em 16.11.2004 (fl. 17)

No momento da abordagem, foram apresentados os seguintes documentos:

- NF 46920 (fls. 05/06) – emitida, pela Cervejaria Petrópolis, para Distribuidora de Bebidas ABC Ltda. (Matias Barbosa/MG), em 28.10.2004 – natureza da operação: venda (CFOP 6401) – sem destaque de base de calculo e ICMS/ST - contém anotação de que o imposto não foi destacado devido a compensação conf. decisão do MS 145241-4 TJMG des. Aloísio Nogueira e carta de sentença de 02.10.00 (ofício 1514/00) proc. 02497102.19-1;

- docs. do veículo e do motorista (fls. 07/08);

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- NF 46921 (fls. 09/10) – emitida, pela Cervejaria Petrópolis, para Distribuidora de Bebidas ABC Ltda. (Matias Barbosa/MG), em 28.10.2004 – natureza da operação: venda (CFOP 6401) – sem destaque de base de calculo e ICMS/ST - contém anotação de que o imposto não foi destacado devido a compensação conf. decisão do MS 145241-4 TJMG des. Aloísio Nogueira e carta de sentença de 02.10.00 (ofício 1514/00) proc. 02497102.19-1;
- docs. do veículo e do motorista (fl. 11);
- NF 46924 (fl. 12) – emitida, pela Cervejaria Petrópolis, para Distribuidora de Bebidas ABC Ltda. (Matias Barbosa/MG), em 28.10.2004 – natureza da operação: remessa (CFOP 6910) – destaque de ICMS/OP – sem destaque de base de calculo e ICMS/ST - contém anotação de que o imposto não foi destacado devido a compensação conf. decisão do MS 145241-4 TJMG des. Aloísio Nogueira e carta de sentença de 02.10.00 (ofício 1514/00) proc. 02497102.19-1;
- docs. do veículo e do motorista (fl. 13);
- NF 46935 (fls. 14-15) – emitida, pela Cervejaria Petrópolis, para Distribuidora de Bebidas ABC Ltda. (Matias Barbosa/MG), em 28.10.2004 – natureza da operação: venda (CFOP 6401) – sem destaque de base de calculo e ICMS/ST - contém anotação de que o imposto não foi destacado devido a compensação conf. decisão do MS 145241-4 TJMG des. Aloísio Nogueira e carta de sentença de 02.10.00 (ofício 1514/00) proc. 02497102.19-1;
- docs. do veículo e do motorista (fl. 16);

Convém, em um primeiro momento, discorrer brevemente sobre o regime de substituição tributária e os fundamentos da presente autuação.

Em termos conceituais, é possível definir a substituição tributária como o regime jurídico que atribui, por força de lei, a determinado contribuinte do ICMS ou a depositário de mercadoria a qualquer título, a responsabilidade pela retenção e/ou recolhimento do imposto incidente em uma ou mais operações ou prestações, sejam elas antecedentes, concomitantes ou subseqüentes, inclusive ao valor decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestadual, quando devido, nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte do imposto, localizado no Estado destinatário.

Assim diferencia a legislação duas modalidades de contribuintes:

- a) Contribuinte Substituto: é aquele eleito para efetuar a retenção e/ou recolhimento do imposto;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

b) Contribuinte Substituído: é aquele que, nas operações ou prestações antecedentes ou concomitantes é beneficiado pelo diferimento do imposto e nas operações ou prestações subseqüentes sofre a retenção.

Em relação às operações subseqüentes, em razão da antecipação do ICMS, por força do regime de substituição tributária, as posteriores operações e prestações internas realizadas pelos contribuintes substituídos, como regra geral, não mais serão tributadas pelo imposto, encerrando-se o ciclo de tributação, não cabendo restituição ou cobrança complementar do imposto quando a operação ou a prestação subseqüente à cobrança do ICMS se realizar com valor inferior ou superior àquele estabelecido.

O sistema de substituição tributária tem o escopo de modificar a característica do ICMS, de um imposto plurifásico, em um imposto monofásico, facilitando sua fiscalização e simplificando sua arrecadação, uma vez que a sua exigibilidade recai apenas em uma pessoa, o contribuinte substituto (SARANDY, Wiliam Wagner Silva. *Operações com Substituição Tributária - Considerações Gerais - Exemplos de Registros Fiscais e Contábeis*).

A responsabilidade pela obrigação tributária imputada à empresa Autuada advém da imposição prescrita no então vigente artigo 151 do Anexo IX do RICMS/02.

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 o 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 subseqüentes.

No mesmo texto normativo, fora precisada a base de cálculo do imposto:

Art. 155 - A base de cálculo do imposto devido por substituição tributária é:

I - o preço máximo de venda da mercadoria a consumidor, fixado pela autoridade competente;

II - na falta do valor a que se refere o inciso anterior, o montante formado pelo preço praticado

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

pelo fabricante, atacadista, distribuidor ou revendedor, nas vendas a estabelecimento varejista, nele incluídos os valores do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), frete, carreto e demais despesas atribuídas ao destinatário, mesmo que cobradas por terceiros, acrescido da parcela resultante da aplicação dos percentuais máximos de margem de comercialização, fixados pela autoridade competente.

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

I - quando o substituto tributário for industrial, importador, arrematante ou engarrafador, o montante formado pelo preço por ele praticado, nele incluídos os valores do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), se for o caso, frete e carreto até o estabelecimento destinatário e demais despesas a ele debitadas, ainda que cobrados por terceiros, acrescido do valor resultante da aplicação dos seguintes percentuais:

(...)

§ 1º - Na hipótese do inciso I do caput deste artigo:

I - quando o industrial, o importador, o arrematante ou o engarrafador venderem a estabelecimento varejista e em cujo preço praticado estiver incluído os custos de distribuição, os percentuais de agregação a serem acrescidos ao preço praticado serão os previstos nas alíneas "a" a "i" do inciso II do caput deste artigo;

II - quando o preço praticado pelo industrial não contemplar os custos de administração e promoção do produto, a base de cálculo da substituição tributária será formada adotando-se os critérios estabelecidos no inciso II do caput deste artigo, inclusive tomando-se como preço de partida o praticado pelo distribuidor.

§ 2º - Em substituição aos percentuais previstos nos incisos I e II do caput deste artigo, 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) e o seguinte:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 nº ...";

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.

§ 3º - O valor da base de cálculo da substituição tributária de que trata o § 2º deste artigo será publicado periodicamente, mediante comunicado da Superintendência de Legislação Tributária (SLT).

No tocante às formalidades, dispunha o art. 24 da Parte Geral do Regulamento que:

"O fabricante e o revendedor atacadista ou distribuidor, quando considerados contribuintes substitutos, deverão indicar, nos campos próprios da nota fiscal emitida para acobertar a operação por eles promovida, relativamente à retenção do imposto devido por substituição tributária, além dos demais requisitos exigidos:

I - a base de cálculo do imposto retido;

II - o valor do imposto retido;

III - o número de inscrição do emitente no cadastro de contribuintes da unidade da Federação em favor da qual é retido o imposto, quando se tratar de operação interestadual."

Verifica-se, portanto, que o estabelecimento remetente da mercadoria não observou a legislação mineira, restando, em tese, pertinente o lançamento.

A defesa aviada segue, no entanto, rumo diverso.

O contribuinte reconhece a substituição tributária, mas entende não ser aplicável às operações por ele efetivadas, visto que a destinatária das mercadorias, Distribuidora de Bebidas ABC Ltda., impetrou mandado de segurança para não se sujeitar a este regime (proc. n. 024.97.102.119-1).

A Segurança teria sido concedida e a empresa obtido o direito de apurar e estornar os excessos de ICMS decorrentes do regime, quando a base de cálculo real fosse inferior à prevista, repassando-o ao substituto tributário.

Também neste ponto, carece de razão ao contribuinte.

A decisão do mencionado mandado de segurança é inaplicável ao caso, visto que a empresa Impugnante não integrara o pólo passivo daquela ação.

Em maiores detalhes: a Impugnante não era fornecedora da Distribuidora ABC na época em que esta impetrou o aludido Mandado de Segurança e, quando a impetrante requereu ao TJMG a expedição de ofícios determinando a transferência a ela dos créditos, foi-lhe expressamente negado este direito, sob a alegação de que esta não integrara o feito.

O pedido do MS era específico e também o foi a decisão, como o demonstra a própria peça defensiva, na qual é transcrito excerto do dispositivo da sentença, no qual o juiz determina a expedição de *“ofício à substituta Minas Gerais Ltda., a fim de que deixe de reter o ICMS (...) em relação aos valores correspondentes aos créditos oriundos da tributação excessiva”*.

Ademais, os valores retidos a maior referiam-se exclusivamente a operações realizadas com a mencionada empresa Refrigerantes Minas Gerais Ltda..

Sobre este tópico, merece menção o Parecer n. 021/2004 / Advocacia geral do Estado (fls. 188/196), da lavra do Dr. Célio Lopes Kalume, ao qual ora se reporta para complementar a fundamentação desta decisão administrativa.

“Jamais obtive o Impetrante qualquer provimento jurisdicional no sentido de que os fabricantes ficassem dispensados do destaque do ICMS devido por substituição tributária.

O máximo que teria obtido em tal sentido seria o direito de não ter sido retido o ICMS “somente em relação aos valores correspondentes aos créditos oriundos da tributação excessiva do ICMS, provocada pelo regime de substituição tributária”. Tributação excessiva, repita-se. Ou seja, quando muito poderia se admitir que a tributação pelo regime especial fosse feita em base inferior àquela prevista na legislação. A simples falta de destaque não se encontra albergada na decisão.

Em segundo lugar, a retenção a menor refere-se exclusivamente ao imposto retido pela “Refrigerantes Minas Gerais Ltda.”. Conforme a decisão proferida no agravo n. 212.064-0 não poderia a impetrante estender a decisão a empresas que não integram a relação processual (...).

Conveniente ressaltar que é irrelevante a possibilidade da Distribuidora ABC se responsabilizar pelo recolhimento do imposto (art. 152, inciso III, Anexo IX, Parte I do RICMS/02) ou tê-lo efetivamente realizado.

Não é admissível que os contribuintes elejam o sistema de recolhimento que melhor lhes atenda. Isto provocaria a perda do controle da arrecadação.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Não bastasse, com a interceptação do trânsito das notas fiscais, esgotou-se o prazo do contribuinte destinatário para recolhimento do imposto (RICMS/02, art. 89, inciso IV), não sendo cabível qualquer lançamento efetuado em sua conta gráfica.

Por fim, foi questionada a aplicação da multa isolada prevista no art. 55, inciso VII, da Lei 6763/75, sob o argumento de que não houve consignação de base de cálculo diversa da prevista em lei, mas ausência de aposição em função de decisão judicial.

Data venia, correta a imposição, uma vez que, ao apor, nos campos referentes à base de cálculo e ao valor do ICMS/ST, os valores 0,00, fez consignar base de cálculo diversa da prevista na legislação, tal qual descrito na norma penal.

A Fazenda estadual já se manifestou sobre o tema, através do Parecer DOET/SLT n. 031/2004, que admite a exigência da multa do art. 55, inciso VII da Lei 6763/75 na hipótese de não ser consignada base de cálculo em documento fiscal.

Quanto ao montante da penalidade, é de se ponderar que o lançamento é vinculado; a ocorrência, objetiva e legalmente prevista, não cabendo, pois, ao fiscal ou a este Conselho avaliações acerca da necessidade de gradação, da proporcionalidade ou da razoabilidade da mesma.

Art. 88 - Não se incluem na competência do órgão julgador:

I - a declaração de inconstitucionalidade ou negativa de aplicação de lei, decreto ou ato normativo.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do Auto de Infração. No mérito, também à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Aparecida Gontijo Sampaio (Revisora) e Antônio César Ribeiro.

Sala das Sessões, 21/03/06.

Roberto Nogueira Lima
Presidente

Juliana Diniz Quirino
Relatora

JDQ/cecs