

Acórdão: 17.477/07/2ª Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010114861-98
Impugnante: Primo Schincariol Ind. de Cerveja e Refrig. do Rio de Janeiro S/A
Proc. S. Passivo: Osvaldo Zorzeto Júnior/Outro(s)
PTA/AI: 01.000147592-91
Inscr. Estadual: 009083005.00-00
Origem: DGP/SUFIS

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – BEBIDAS – BASE DE CÁLCULO - RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS/ST – Constatada a saída de mercadorias originárias de estabelecimento industrial sediado no Estado do Rio de Janeiro, com destino a estabelecimentos varejistas mineiros, com retenção e recolhimento a menor do ICMS/ST, face a aplicação incorreta da margem de comercialização para a formação da base de cálculo ou de valor menor que o estabelecido em Termo de Acordo. Infração ao disposto no art. 156, § 1º, item 2 e § 2º do Anexo IX dos RICMS/96 e 2002. Crédito tributário reformulado pelo Fisco. Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A presente autuação versa sobre trabalho fiscal consistente em conferência de apuração e recolhimento do ICMS/ST devido pela Autuada na condição de substituto tributário, no período 01/06/2000 a 30/06/2003, no qual se constatou recolhimento a menor nas remessas a varejistas deste Estado, em função de adoção de margem de comercialização incorreta ou valor diverso do estabelecido em Termo de Acordo, com conseqüente redução da base de cálculo do ICMS/ST e recolhimento a menor do imposto, infringindo o disposto no art. 156, § 1º, item 2 e § 2º do Anexo IX dos RICMS/96 e 2002.

Exige-se diferença do ICMS/ST e Multa de Revalidação (100 %) capitulada no art. 56, inciso II, § 2º da Lei 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 365/384, citando os dispositivos da legislação atinentes à matéria e postulando afastamento do pólo passivo da exigência tributária, garantindo que houve erro em sua eleição para ali figurar. Propugna, por fim, pela improcedência do lançamento e cancelamento do Auto de Infração.

O Fisco, em Manifestação Fiscal às fls. 395/410, refuta as alegações da defesa, pedindo que seja julgada improcedente a Impugnação.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Auditoria Fiscal, no intuito de esclarecer o feito fiscal, solicita diligências ao Fisco, conforme despachos exarados às fls. 443, 483 e 529 dos autos, com atendimento, respectivamente, às fls. 444, 527 e 711.

Em virtude das diligências solicitadas, o Fisco reformulou as exigências fiscais, conforme demonstrado às fls. 543/550, anexando novos documentos e planilhas demonstrativas das alterações efetivadas. A Autuada foi corretamente intimada após o atendimento de cada uma das diligências, para pagamento do crédito tributário ou manifestação, conforme fls. 473, 523 e 687 dos autos.

A Impugnante comparece aos autos às fls. 475, 525 e 690/709, reiterando as alegações da primeira impugnação e aduzindo alteração de critérios jurídicos na reformulação do crédito tributário, nos termos do art. 146 do CTN, propugnando pela extinção do crédito tributário em face de subsunção ao disposto no § 4º, art. 150 do CTN e aproveita para anexar diversos acórdãos exarados por este Egrégio Conselho de Contribuintes sobre matérias consideradas idênticas.

O Fisco renova a manifestação fiscal, contesta novamente as alegações da Impugnante, propugnando pela procedência do lançamento, nos termos da reformulação às fls. 543/552.

DECISÃO

Cumpra esclarecer, de início, que o presente contencioso administrativo foi diligente e cuidadosamente acompanhado e analisado pela zelosa Auditoria Fiscal, culminando no bem elaborado parecer, motivo pelo qual este será adotado como fundamento desta decisão, apenas com pequenas alterações e/ou adequações.

O processo tributário em discussão tem por escopo a exigência de ICMS decorrente de utilização indevida de margem de valor agregado ou valor diverso do estabelecido em Termo de Acordo para composição da base de cálculo do ICMS/ST praticada pela Autuada, contribuinte substituto nas operações com bebidas destinadas a contribuintes deste Estado.

A Impugnante baseia sua defesa, basicamente, na consideração de que exerce efetivamente a distribuição de seus produtos, estando autorizada a adotar a margem de 70% a partir do valor de partida de suas operações próprias.

Na manifestação fiscal, o Fisco rebate este entendimento, anexando planilhas comparativas de preços de partida praticados na venda ao atacadista e aos varejistas, onde se observa a adoção de preços iguais, não havendo qualquer influência do custo de distribuição na utilização dos preços de partida.

O Fisco, utiliza-se de argumentos jurídicos e fáticos consistentes, adequadamente oponíveis às alegações da Impugnante, com os quais há de se

CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

concordar na plenitude, considerando os esclarecimentos que se seguem sobre o regime da substituição tributária específicos ao caso em discussão e sobre a sujeição passiva tributária.

Na substituição tributária de bebidas, a legislação tributária, excepcionalmente, autorizava ao remetente substituto tributário aplicar sobre seu preço de partida, na venda ao varejo, a mesma margem utilizada quando pratica vendas ao distribuidor/atacadista, desde que o próprio fabricante exerça a função de distribuir seus produtos à extensa rede pulverizada de estabelecimentos varejistas (bares, mercearias, armazéns) e desde que não se utilize dos preços de venda a consumidor final autorizado pelo Fisco.

A regra é lógica e isonômica. Ora, se o próprio fabricante assume os custos de distribuição, nada mais justo que utilize sobre o valor da sua operação a mesma margem que seria utilizada na venda ao distribuidor. No entanto, se a norma é coerente e lógica, é também excepcional e como se sabe, a exceção se interpreta de forma restritiva.

Dessa forma, quando o dispositivo da legislação (art. 156, § 1º, item 2 do Anexo IX dos RICMS/96 e 2002) permitia a utilização, nas vendas a varejista, dos percentuais de agregação praticados na venda a distribuidor, condicionava-o a que o fabricante suportasse, efetivamente, os custos de distribuição à rede varejista pulverizada, significando maior onerosidade nos preços de partida. Tal raciocínio não se aplica nas vendas eventuais a grandes supermercados.

É que as grandes redes supermercadistas exercem atividade equiparada ao distribuidor, no que toca à aquisição de seus produtos, adquirindo grandes quantidades, podendo inclusive negociar preços diferenciados. Daí, não se pode considerar a venda a um varejista supermercado como atividade de distribuição, devendo-se adotar nessas vendas a margem de agregação comum, assim considerada a margem prevista para as vendas normais do fabricante ao varejo (140%).

E como demonstra o Fisco às fls. 402/407 e às fls. 639/685, a Impugnante não somente praticava os mesmos preços a um e a outro – atacado e varejo – como também tinha como clientes apenas supermercados e hipermercados.

Acrescente-se que se deve entender como custo de distribuição as despesas com vendas, faturamento, cobrança, entregas, etc, da comercialização pulverizada efetuada à rede varejista (vendas a retalhos), que normalmente possui altos custos. Isto não ocorre nas vendas para grandes supermercados que se apresentam em grandes volumes (normalmente cargas fechadas). Vê-se com facilidade que não há nesta modalidade de comercialização o “custo de distribuição” a que se refere a legislação no dispositivo mencionado alhures.

Logo, não há como sustentar a existência de custo de distribuição nestas operações a grandes supermercados. Operacionalmente, o custo é o mesmo na remessa a distribuidor ou a eventual supermercado situado numa mesma cidade.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ressalte-se, por oportuno, que a aplicação do percentual de agregação tem por objetivo a obtenção do preço médio ponderado de venda a consumidor final. Assim, se o preço de partida é semelhante ao preço praticado com o distribuidor, o percentual de agregação a ser aplicado é maior (140%). Por outro lado, se o preço de partida é semelhante ao preço praticado com o varejista (onde está incluído o custo de distribuição) o percentual de agregação a ser aplicado é menor (70%). A questão é meramente matemática, de forma que aplicando um ou outro percentual de agregação o resultado deverá ser o mesmo, ou seja, o preço médio ponderado de venda a consumidor final aludido.

No que tange às operações em que foram utilizadas como base de cálculo do ICMS/ST valor inferior aos constantes das tabelas aludidas no Regime Especial/Termo de Acordo firmado entre a Impugnante e Receita Estadual deste Estado, a irregularidade restou devidamente comprovada no conjunto probatório dos autos, não tendo a Impugnante trazido aos autos elementos capazes de ilidir a imputação.

A alegação da Impugnante de ocorrência da decadência pela adoção de novos critérios jurídicos na reformulação efetuada pelo Fisco, não pode prosperar. Isso porque não houve novo fato gerador ou imputação por novo ilícito tributário, tendo ocorrido apenas uma revisão do lançamento, como bem explica o Fisco em sua manifestação fiscal às fls. 713/714. Acrescente-se, por oportuno, que a hipótese em exame é regida pelo art. 173, inciso I do Código Tributário Nacional – CTN e não pelo art. 150, § 4º do mesmo diploma legal, como quer a Impugnante.

Errôneo também o entendimento da Impugnante quanto à pretensão de se afastar do pólo passivo. É pacífica a questão da sujeição passiva indireta, mas própria, do substituto tributário e equivoca-se, também, quanto aos acórdãos colacionados. É que o Acórdão 16.629/04/3ª diz respeito a mercadorias sujeitas à antecipação tributária interna (fraldas e medicamentos), na qual se estabelece a responsabilidade pelo pagamento do ICMS/ST ao adquirente mineiro na entrada da mercadoria neste Estado, enquanto no outro a obrigação do adquirente mineiro decorre de aquisição de contribuinte não inscrito neste Estado.

De qualquer forma, a legislação mineira (art. 22, §§ 18 a 20 da Lei 6.763/75), estabelece a responsabilidade do adquirente mineiro pelo recolhimento do imposto devido a este Estado, sempre que não houver recolhimento ou ocorrer recolhimento a menor pelo remetente obrigado. Porém, não afasta a responsabilidade do substituto tributário. Desta forma, ambos respondem solidariamente pelo crédito tributário, podendo o Fisco escolher se irá exigí-lo de um, de outro ou de ambos.

Ademais, a Impugnante, enquanto sociedade empresária, já tinha conhecimento do entendimento da Secretaria de Fazenda quanto a esse tema, já que, por intermédio de seu estabelecimento situado em ITU- SP, formulou consulta ao órgão próprio da SEF, originando a Consulta de Contribuinte nº. 182/97, cujo teor de ementa transcreve-se:

“ORIGEM: Itu/São Paulo - SRF/Metropolitana -

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - BASE DE CÁLCULO - CERVEJA E REFRIGERANTE - Quando o industrial, substituto tributário, promove as vendas de seus produtos (cervejas e refrigerantes) diretamente ao comércio varejista, sem se utilizar, em nenhuma hipótese, de redes de distribuição, a base de cálculo do ICMS/ST é o preço por ele praticado, nele incluídos os valores relativos ao IPI, frete, carreto e demais despesas debitadas ao destinatário, ainda que cobradas por terceiros, acrescido da parcela resultante da aplicação do percentual previsto na alínea "a" do inciso III do artigo 156 do Anexo IX ao RICMS/96.

DOT/DLT/SRE, em 17 de dezembro de 1997".

Os demais argumentos e citações apresentados pela Impugnante em sua peça defensiva não são suficientes para descaracterizar as infrações, sendo, pois, legítimas as exigências de ICMS/ST e Multa de Revalidação (100 %) capitulada no art. 56, inciso II, § 2º da Lei 6.763/75, na forma da reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, por maioria de votos, em rejeitar a proposta de diligência feita pelo Conselheiro Sauro Henrique de Almeida (Revisor) para que o Fisco anexe aos autos as intimações feitas ao Contribuinte, anteriormente à lavratura do Auto de Infração, para que este demonstrasse que suporta os custos de distribuição nas operações com varejista agregando-os ao seu preço. Vencido o proponente. No mérito, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco às fls. 543/550. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Celso Alves Feitosa e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Maurício Bhering Andrade. Participou do julgamento, além dos signatários e do Conselheiro retromencionado, o Conselheiro Mauro Heleno Galvão.

Sala das Sessões, 23/05/07.

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente

Edvaldo Ferreira
Relator