

Acórdão: 17.728/07/2ª Rito: Sumário
Impugnação: 40.010117316-13
Impugnante: Refrigerantes Minas Gerais Ltda.
Proc. S. Passivo: Paula de Abreu Machado Derzi/Outro(s)
PTA/AI: 01.000151916-38
Inscr. Estadual: 062009367.00-94
Origem: DF/BH-1

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – BEBIDAS – FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO – Constatada saída de mercadorias originárias de estabelecimento industrial sediado neste Estado sem a retenção e recolhimento do ICMS/ST. Infração ao disposto no art. 156 do Anexo IX do RICMS/96. Exigências de ICMS e Multa de Revalidação conforme art. 56 § 2º da Lei 6763/75. Crédito tributário reformulado pelo Fisco. Lançamento parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a falta de retenção e recolhimento de ICMS por substituição tributária incidente sobre saídas de mercadorias ocorridas no período de janeiro a dezembro de 2000, conforme relação de fls. 35/163.

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

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 172/181 aduzindo, em síntese, o que segue:

- alega que as exigências cujos fatos geradores ocorreram em data anterior a 29/12/2000 foram alcançadas pela decadência, fundamentando sua assertiva no art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional – CTN;

- afirma que o Fisco utilizou incorretamente a pauta de valores aprovada pela Receita Estadual, além de efetivar cobrança em duplicidade.

- argumenta que as operações objeto da autuação teriam sido destinadas a consumidores finais, não sendo devida a exigência de ICMS/ST;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- ao final, pugna pela procedência da Impugnação e requer a produção de prova pericial, apresentando quesitos e assistente técnico.

O Fisco se manifesta às fls. 522/534, refuta cada um dos pontos aduzidos pela Impugnante, admite que houve equívoco na aplicação da pauta de valores e efetua a reformulação do crédito tributário às fls. 454/521.

A Impugnante se manifesta às fls. 538/539, considera sanadas as incorreções na aplicação dos valores de pauta e desiste da produção da prova pericial requerida.

O Fisco se manifesta, novamente, às fls. 541/546.

A 2ª Câmara de Julgamento exara o despacho interlocutório de fls. 553, o qual é cumprido pela Autuada (fls. 558/1.123). O Fisco se manifesta a respeito às fls. 1.125/1.170 e 1.252/1.266 e promove nova reformulação do crédito tributário às fls. 1.171/1.251. A Impugnante se manifesta a respeito às fls. 1.272/1.280 e o Fisco ratifica os termos da Manifestação Fiscal às fls. 1.282/1.307.

DECISÃO

Conforme relatado, versa o presente contencioso administrativo sobre a exigência de ICMS-ST e penalidade de revalidação pela falta de retenção e recolhimento do imposto incidente sobre saídas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária ocorridas no período de janeiro a dezembro de 2000, conforme relação de fls. 35/163.

A Autuada, com atividade de fabricação de refrigerantes, conforme contrato social de fls. 426/451, é responsável pela retenção e recolhimento do imposto devido nas operações subsequentes, nos termos do art. 151 do Anexo IX do RICMS/96, à época vigente, in verbis:

“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, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Pará, Paraíba, Paraná, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Rondônia, Roraima, Santa Catarina, São Paulo, Tocantins e no Distrito Federal, nas operações com cerveja, chope, refrigerante e água mineral ou potável envasada, classificados nas posições 2201 a 2203 da NBM/SH, destinadas a estabelecimento localizado neste Estado, são responsáveis, na condição de substitutos, pela retenção e recolhimento do imposto devido nas operações subsequentes.**” (destacamos)

O levantamento do crédito tributário foi efetuado pelo Fisco, mediante conferência de arquivos magnéticos, livros e documentos fiscais da Impugnante,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

constando dos autos (fls. 35/163) Relatório de Apuração da Substituição Tributária Devida, contendo número e data do documento fiscal, razão social do destinatário, descrição e quantidade do produto e os valores da base de cálculo e do tributo devido.

O Fisco promoveu reformulação no crédito tributário, por duas vezes, (fls. 454/521 e 1.171/1.251) para sanar incorreções na aplicação das pautas de valores e ou para excluir parcelas cuja exigibilidade não restou inequivocamente comprovada.

A alegação da Impugnante de que muitos dos adquirentes das mercadorias são consumidores finais (notadamente grandes empresas) que, gratuitamente ou mediante valores simbólicos, fornecem alimentos a seus empregados (aí incluídos refrigerantes, água, etc.), não lhe socorre.

É que o fornecimento de refeições por empresas a seus empregados, diretamente ou por intermédio de terceiros, ainda que mediante pagamento de valores simbólicos ou incentivado por programa social trabalhista, constitui operação de circulação de mercadoria alcançada pela incidência do ICMS.

Prova da mencionada incidência é a isenção concedida para o fornecimento de alimentação efetuado, direta e exclusivamente, aos empregados do fornecedor e desde que aquela, ou a mercadoria adquirida para seu preparo, tenha sido acobertada por documentação fiscal, prevista no item 19 do Anexo I do RICMS/96 (Convênio ICMS 1/75). E, ainda neste caso, devida é a retenção e o recolhimento do imposto, por substituição tributária, no momento da saída da mercadoria do estabelecimento substituto, cabendo ao contribuinte substituído requerer a restituição do valor retido, na hipótese de ocorrência de saída com isenção, a teor do art. 22 e seguintes do Anexo XV do RICMS/02.

Não procede o argumento de que a venda de refrigerantes é uma atividade totalmente estranha ao objeto social dos destinatários. O ICMS incide sobre a circulação das mercadorias, a teor do art. 55, Parte Geral do RICMS/1996:

"Art. 55 - Contribuinte do imposto é qualquer pessoa, física ou jurídica, **que realize operação de circulação de mercadoria** ou prestação de serviço descrita como fato gerador do imposto.

§ 1º - **A condição de contribuinte independe de estar a pessoa constituída ou registrada**, bastando que pratique com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial a operação ou a prestação referidas no *caput* deste artigo." (destacamos)

Assim, infere-se que, ainda que o destinatário não seja inscrito no cadastro de contribuintes em relação à mencionada atividade, caso pratique com habitualidade operações de circulação de mercadorias, há a incidência do ICMS, situação esta configurada nos autos, caracterizando a inocuidade das consultas ao Sintegra utilizadas pela Impugnante em sua defesa.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A documentação trazida pela Impugnante (fls. 562/1.123) em cumprimento ao despacho interlocutório de fls. 553, foi submetida a uma análise detalhada efetuada pelo Fisco, que checkou as condições dos destinatários e das operações e apresentou os devidos esclarecimentos em sua manifestação de fls. 1.252/1.266, ratificando-os às fls. 1.282/1.307.

No que tange às operações destinadas a amostra, e a alegação de que as mesmas estariam beneficiadas pela isenção, pela simples análise dos documentos de fls. 1.008/1.123 trazidos pela Impugnante, verifica-se que o referido benefício não se aplica às operações neles referidas, por não se amoldarem às condições previstas no caput do item 76 do RICMS/96. Conforme asseverado pelo Fisco, a remota hipótese de que estas saídas se destinaram à degustação, o que, em tese, caracterizaria a destinação para consumo final, além de não justificar a não retenção do ICMS-ST, fica afastada em face das quantidades, valores e, em alguns casos, remessas reiteradas para um mesmo destinatário.

O Fisco, ainda assim, a despeito das evidências, procedeu à exclusão das notas fiscais relacionadas no Demonstrativo de fls. 1.171/1.184, ou por constarem no campo “Dados Adicionais” a expressão degustação ou por se referirem a quantidades e valores ínfimos ou operações cujos adquirentes encontram-se com inscrição baixada ou cancelada. Não se justificou, nestes casos, levando em consideração a relação custo/benefício, a realização de diligência nos estabelecimentos dos destinatários para verificação quanto às operações subseqüentes.

Pelas mesmas razões, inexecutabilidade das diligências, foram excluídas da apuração do crédito tributário as notas fiscais de fls. 872/874, conforme demonstrativo de fls. 1.171/1.184.

No que concerne às saídas para troca de produtos danificados ou com prazo de validade vencido, por absoluta falta de previsão legal para a exoneração pretendida pela Impugnante, o Fisco manteve integralmente o crédito tributário correspondente.

Por oportuno, cabe ressaltar que, tratando-se de matéria tributária, o ilícito pode advir do não pagamento do tributo ou do não cumprimento dos deveres instrumentais ou formais, como no caso. Em qualquer das hipóteses, verifica-se a não prestação de uma obrigação imposta por lei.

Saliente-se que a intenção do agente é, portanto, irrelevante (art. 136 do CTN) para a tipificação do ilícito fiscal. Sendo as infrações objetivas, havendo o resultado previsto na descrição normativa, qualquer que seja a motivação ou ânimo do agente, tem-se por configurado o ilícito.

É imperioso destacar que as infrações descritas no Auto de Infração são formais e objetivas e encontram-se perfeitamente caracterizadas.

A penalidade imposta pelo Fisco coaduna-se perfeitamente com a infringência narrada, estando prevista na Lei nº 6.763/75, artigo 56, inciso II, § 2º, à época vigente, *in verbis*:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

"Art. 56 - Nos casos previstos no inciso III do artigo 53, serão os seguintes os valores das multas:

(...)

II - havendo ação fiscal, a multa será de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, observadas as reduções previstas nos itens 1 a 3 do § 9º do artigo 53.

(...)

§ 2º - Tratando-se de crédito tributário por não-retenção ou de falta de pagamento do imposto retido em decorrência de substituição tributária, as multas serão cobradas em dobro, quando da ação fiscal, aplicando-se as reduções previstas no inciso II deste artigo."

Destarte, é imperioso afirmar que a aplicação da penalidade foi efetivada na medida prevista na legislação, não competindo a esta Câmara de Julgamento declarar inconstitucionalidade ou negar aplicação de dispositivo legal, nos termos do artigo 88 da Consolidação da Legislação Tributária e Administrativa do Estado de Minas Gerais (CLTA/MG), aprovada pelo Decreto 23.780, de 10 de agosto de 1984.

No tocante à arguição de decadência do crédito tributário, relativa a todos os fatos geradores ocorridos em data anterior a 29/12/2000, efetivada pela Impugnante com base na regra contida no art. 150, § 4º do CTN, revela-se totalmente improcedente.

Na hipótese dos autos em exame, a decadência deve ser regida pelo art. 173, inciso I do CTN, onde o prazo de 5 anos conta-se a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Da análise das peças que compõem os autos, tem-se que, em relação aos fatos geradores ocorridos no exercício de 2000, a contagem do prazo decadencial iniciou-se em 01/01/2001, findando-se em 31/12/2005.

Considerando que o Auto de Infração foi lavrado em 27/12/2005 e que a Impugnante foi intimada em 29/12/2005 (intimação pessoal – fls. 05), verifica-se, inequivocamente, a não ocorrência da decadência do direito de promover o lançamento.

Portanto, afiguram-se corretas as exigências de ICMS e penalidades cabíveis procedidas pelo Fisco, pela falta de retenção e recolhimento do imposto devido nas operações em exame.

Os demais argumentos trazidos pela Impugnante em sua peça de defesa não são suficientes para ilidir as exigências efetivadas pelo Fisco.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação feita pelo Fisco às fls. 1.185/1.250. Vencido, em parte, o Conselheiro

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Sauro Henrique de Almeida, que o julgava improcedente, excluindo as exigências relativas ao período anterior a 29/12/00 com fulcro no art. 150, §4º do CTN e impugnação de fls.174 e as exigências remanescentes com base no art.112, II do CTN. Participou do julgamento, além dos signatários e do Conselheiro vencido, o Conselheiro Luiz Geraldo de Oliveira.

Sala das Sessões, 23/10/07.

Luiz Fernando Castro Trópia
Presidente/Revisor

Edvaldo Ferreira
Relator

CC/MG