

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS
--

Acórdão:	3.426/09/CE	Rito: Ordinário
PTA/AI:	01.000154797-47	
Recurso de Revisão:	40.060124346-41	
Recorrente:	Refrigerantes Minas Gerais Ltda.	
	IE: 062009367.00-94	
Recorrida:	Fazenda Pública Estadual	
Proc. S. Passivo:	Paula de Abreu Machado Derzi Botelho/Outro(s)	
Origem:	DF/BH-4 - Belo Horizonte	

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – REFRIGERANTE - FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO ICMS/ST. Constatação fiscal de vendas de refrigerantes promovidas por indústria localizada neste Estado com destino a diversos estabelecimentos sem a retenção e recolhimento do ICMS/ST. Exigências de ICMS/ST e Multa de Revalidação capitulada no artigo 56, II, § 2º da Lei 6763/75. Crédito tributário reformulado pelo Fisco em face do acolhimento parcial das razões de defesa apresentadas pela Impugnante. Mantidas as exigências remanescentes. Recurso conhecido por unanimidade e não provido por voto de qualidade.

RELATÓRIO

Versa a presente autuação sobre falta de retenção e recolhimento do ICMS/ST nas saídas de bebidas destinadas a diversos estabelecimentos localizados neste Estado, no período de janeiro a dezembro de 2002, constatada mediante conferência de arquivos magnéticos, livros e documentos fiscais.

As exigências fiscais referem-se ao ICMS/ST, acrescido da Multa de Revalidação prevista no artigo 56, inciso II, § 2º da Lei 6763/75.

A decisão consubstanciada no Acórdão nº 18.907/09/3ª, à unanimidade dos votos, julgou parcialmente procedente o lançamento, para remanescer o crédito tributário reformulado pelo Fisco às fls. 729/732.

Inconformado, o Sujeito Passivo interpõe, tempestivamente, através de procuradora regularmente constituída, o Recurso de Revisão de fls. 868/876.

A Assessoria do CC/MG, em parecer de fls. 887/891, opina em preliminar, pelo conhecimento do Recurso de Revisão e, quanto ao mérito, pelo seu não provimento.

DECISÃO

DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

Superada, de plano, a condição de admissibilidade referente ao rito processual, capitulada no inciso II do art. 163 do RPTA, aprovado pelo Decreto nº. 44.747/2008, cumpre verificar o atendimento, também, da segunda condição estatuída no citado dispositivo legal, relativa à divergência jurisprudencial.

Após análise dos autos e inteiro teor do acórdão indicado como divergente (18.073/08/2ª), constata-se assistir razão à Recorrente.

A divergência jurisprudencial pode ser visualizada através do trecho a seguir reproduzido, extraído do acórdão paradigma:

“EM RÉPLICA, O FISCO SE MANIFESTA BUSCANDO DEMONSTRAR QUE, EM VERDADE, MUITAS MERCADORIAS – REFRIGERANTES – NÃO ERAM DE FATO DESTINADAS A CONSUMIDORES FINAIS E SIM A EMPRESAS **EM QUE OS DESTINATÁRIOS FINAIS TERCEIRIZAVAM ESTA REMESSA DE REFRIGERANTES, HIPÓTESE EM QUE HÁ A INCIDÊNCIA DO ICMS/ST.**

NO ENTANTO, EM OUTROS CASOS EM QUE O CONTRIBUINTE REGISTRA NOS AUTOS A REMESSA DIRETA AOS PRÓPRIOS CLIENTES, QUERENDO AÍ DEMONSTRAR QUE A DESTINAÇÃO ERA MESMO A CONSUMIDOR FINAL, O FISCO NADA TROUXE E NADA PONTUOU DE MANEIRA OBJETIVA E ANALÍTICA EM RELAÇÃO A TAIS DESTINATÁRIOS.

NESTE COMPASSO, A RAZÃO ESTÁ COM O CONTRIBUINTE NAQUELES CASOS, REPITA-SE, EM QUE **O FISCO NÃO DEMONSTROU NOS AUTOS A SUGERIDA TERCEIRIZAÇÃO**, POIS NÃO HAVENDO PROVA EM CONTRÁRIO, FICA EVIDENTE E MATERIALIZADO NOS AUTOS QUE **NESTES CASOS AQUI PONTUADOS (AUSÊNCIA DE PROVA DO FISCO DA TERCEIRIZAÇÃO), A ST É INDEVIDA.**” (G.N.)

Vê-se, pois, que no caso em questão a E. 2ª Câmara de Julgamento entendeu que, inexistindo intermediação, ou seja, se o fornecimento da alimentação industrial fosse efetuado de forma direta pela própria empresa envolvida (*adquirente dos refrigerantes*) não haveria fato gerador do ICMS/ST.

De modo diverso, na decisão recorrida (*Acórdão 18.907/09/3ª*), que analisou caso idêntico, em PTA com a mesma sujeição passiva, foi defendida a tese da ocorrência do fato gerador do ICMS/ST, independentemente de o fornecimento da alimentação, incluídos os refrigerantes, ocorrer de forma direta ou por empresa especificamente contratada para esse fim (*intermediação*), *in verbis*:

“NÃO HÁ COMO PREVALECER, PORTANTO, AS ALEGAÇÕES RETRO ADUZIDAS, HAJA VISTA QUE **O FORNECIMENTO DE REFEIÇÕES POR EMPRESAS A SEUS EMPREGADOS, DIRETAMENTE OU POR INTERMÉDIO DE TERCEIROS, AINDA QUE MEDIANTE PAGAMENTO DE VALOR SIMBÓLICO** OU INCENTIVADO POR PROGRAMA SOCIAL TRABALHISTA, **CONSTITUI OPERAÇÃO DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIA ALCANÇADA PELA INCIDÊNCIA DO ICMS.**

PORTANTO, **AS SAÍDAS DAS MERCADORIAS DO ESTABELECIMENTO DA AUTUADA NÃO FORAM DIRETAMENTE A CONSUMIDORES FINAIS, EM FACE DAS OPERAÇÕES SUBSEQUENTES ESTAREM MATERIALMENTE COMPROVADAS NOS AUTOS.**” (G.N.)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante disso, reputa-se atendida a segunda condição prevista no inciso II do art. 163 do RPTA, aprovado pelo Decreto nº. 44.747/2008 (*divergência jurisprudencial*), com o cumprimento da exigência de preenchimento cumulativo das condições, conforme previsto no referido dispositivo legal.

Via de consequência, configuram-se os pressupostos de admissibilidade para o Recurso de Revisão/Revista em relação à matéria acima citada.

DO MÉRITO

Da leitura do recurso interposto, depreende-se que as razões apontadas pela Recorrente, contrárias à decisão recorrida, são basicamente as mesmas de sua peça impugnatória, cabendo ressaltar que o recurso versa sobre a impossibilidade de cobrança do ICMS/ST sobre a venda de produtos para consumidores finais (*empresas que fornecem a alimentação de forma direta*).

Os fundamentos expostos na decisão recorrida foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e por esta razão passam a compor o presente Acórdão, salvo alterações pertinentes.

Decorrem as exigências fiscais formalizadas da falta de recolhimento e/ou recolhimento a menor do ICMS em virtude da constatação, mediante conferência de arquivos magnéticos, livros e documentos fiscais, que o Contribuinte, no período de janeiro a dezembro/2002, deixou de reter e recolher o ICMS/ST nas saídas de mercadorias a que se referem as notas fiscais relacionadas no Anexo ao Auto de Infração. Por conseguinte, exigiu-se o ICMS/ST e a correspondente Multa de Revalidação no percentual de 100% (cem por cento).

O Contribuinte alega em sua defesa que as mercadorias são destinadas diretamente a consumidores finais (notadamente grandes empresas), que, gratuitamente ou mediante preços simbólicos, fornecem alimentos (ai incluídos os refrigerantes) a seus empregados, a fim de gozar dos benefícios do PAT – Programa de Alimentação do Trabalhador. Acresce que neste caso não haveria operação posterior que ensejasse o regime de Substituição Tributária e, mesmo que houvesse, ela seria isenta.

Em verificação das notas fiscais apensadas por cópias às fls. 257/304 (amostragem), constata-se que, de fato, a maior parte das vendas foi destinada a empresas de grande porte, sendo que nestas operações, em regra, a Autuada não efetuou o destaque do ICMS/ST.

Observa-se, também, que em algumas das notas fiscais ocorreu o destaque do mencionado tributo, porém a menor, acarretando a exigência das correspondentes diferenças na presente autuação.

No quadro abaixo são apontadas, a título de exemplo, as situações acima comentadas, valendo destacar a preponderância de grandes empresas como destinatárias das mercadorias comercializadas:

DESTINATÁRIO	Destaque do ICMS/ST	Destaque a menor do ICMS/ST
Fiat Automóveis S/A	Não	

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

V & M Mineração Ltda	Não	
Belgo Bekaert Arames S/A	Não	
Cia. Siderúrgica Belgo Mineira	Não	
Serviço Social da Indústria – SESI	Não	
Vallourec & Mannesman Tubes	A maioria não	Sim, na nota fiscal de fl. 269
Grember – Grêmio dos Emp. MBR	A maioria não	Sim, na nota fiscal de fl. 275
EC Industrial Ltda		Sim, na nota fiscal de fl. 279
Lavor Serv. Com. Ltda.		Sim, na nota fiscal de fl. 283
Nutrição Refeições Ind. Ltda		Sim, na nota fiscal de fl. 288
Org. Cook Ltda		Sim, na nota fiscal de fls. 295 e 298
Sistali Ltda		Sim, na nota fiscal de fls. 299 e 300
Puras do Brasil S/A		Sim, na nota fiscal de fl. 302
Minas Aerocomissária Ltda.		Sim, na nota fiscal de fl. 303

Não há como prevalecer, portanto, as alegações retro aduzidas, haja vista que o fornecimento de refeições por empresas a seus empregados, diretamente ou por intermédio de terceiros, ainda que mediante pagamento de valor simbólico ou incentivado por programa social trabalhista, constitui operação de circulação de mercadoria alcançada pela incidência do ICMS.

Portanto, as saídas das mercadorias do estabelecimento da ora Recorrente não foram diretamente a consumidores finais, em face das operações subsequentes estarem materialmente comprovadas nos autos.

A isenção concedida para o fornecimento de alimentação está condicionada a saída, 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, nos seguintes termos:

ANEXO I

DAS ISENÇÕES

(a que se refere o artigo 6º deste Regulamento)

Item 19 - Saída de refeição fornecida pelo contribuinte, direta e exclusivamente a seus empregados, desde que aquela, ou a mercadoria adquirida para seu preparo tenha sido acobertada por documentação fiscal. (g.n.)
--

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

E, ainda neste caso, é devida a retenção (destaque) 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 artigo 22 e seguintes do Anexo XV do RICMS/02.

Neste ponto cabe registrar, por relevante, que nos termos do Parecer CPT/SLT nº 009/99, de 06/05/99, os refrigerantes não se enquadram no conceito de “*refeição*” a fim de serem contemplados pela isenção. Esclarece o referido Parecer:

“PARECER CPT/SLT Nº 009/99

(em 06/05/99)

REFERÊNCIA:Convênio 9/93 RICMS Anexo IV, item 26.

ASSUNTO:CONCEITUAÇÃO DO TERMO REFEIÇÃO.

(...)

Para os efeitos do benefício fiscal para refeições, os estados vêm considerando como enquadrados todos os produtos consumidos em locais específicos para este fim, como refeitórios, restaurantes, bares e lanchonetes e que sejam preparados pelo próprio estabelecimento fornecedor.

Dessa forma, além dos pratos tradicionalmente entendidos como refeições, estendem-se os efeitos do benefício fiscal para sanduíches, salgados, bolos, doces, sucos de frutas, chás, cafés, chocolates, líquidos e outros, que sejam preparados pelo estabelecimento e ali servidos para consumo.

Neste contexto, **não se enquadram no benefício fiscal, refrigerantes,** cervejas, chope, água mineral, bebidas alcóolicas, bombons, balas, chocolates em barras, bem como serviços de buffet. (Sublinhado).

(...)”.

Assim sendo, resta claro que a operação de saída de refeição fornecida ao empregado, quer seja feita diretamente pelo empregador, quer por empresa prestadora de refeição coletiva, não compreende, como bebida, o refrigerante.

E não poderia ser diferente, posto não caber ao Estado, desonerando a operação, arcar com o ônus da conveniência do empregador de servir refrigerante aos seus empregados.

A propósito, vale destacar que parte da comercialização realizada foi destinada ao GREMBER – Grêmio dos Empregados da MBR (cópias de notas fiscais às fls. 262, 267, 275, 282, 293), que por sua vez promove a venda de refeições para a Minerações Brasileiras Reunidas – MBR, como se verifica nas notas fiscais de fls. 589 a 596. Neste caso não há que se falar em fornecimento direto de refeição pelo estabelecimento empregador.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No que tange à alegação de que a aquisição dos refrigerantes pelas empresas é feita não em garrafas pet ou latas, mas sim em post-mix não tem a mesma o condão de alterar a exigência fiscal, posto que não altera o seu conteúdo (refrigerante).

Nos termos do artigo 6º, inciso VI, da Lei nº 6763/75, ocorre o fato gerador na saída de mercadoria do estabelecimento, **a qualquer título**, inclusive em decorrência de bonificação, e ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular.

E de acordo com o disposto no § 8º do mesmo artigo 6º, considera-se irrelevante para a caracterização do fato gerador a natureza jurídica da operação de que resulte a saída da mercadoria.

Importante salientar que o Fisco buscou identificar as operações relativas às aquisições de terceiros, intimando a ora Recorrente a identificá-las. Entretanto, não foram identificadas outras operações.

De todo o acima exposto, verifica-se não merecer reforma a decisão recorrida, devendo ser mantida em sua íntegra.

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em conhecer do Recurso de Revisão. No mérito, pelo voto de qualidade, em negar provimento ao Recurso. Vencidos os Conselheiros André Barros de Moura (Relator), Luiz Fernando Castro Trópia e Roberto Nogueira Lima, que lhe davam provimento. Designado relator o Conselheiro Edwaldo Pereira de Salles. Pela Recorrente, sustentou oralmente a Dra. Sofia Goreti Rocha Machado e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Mariane Ribeiro Bueno Freire. Participaram do julgamento, além dos signatários e dos vencidos, a Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão.

Sala das Sessões, 22 de maio de 2009.

Mauro Heleno Galvão
Presidente / Revisor

Edwaldo Pereira de Salles
Relator / Designado