

Acórdão: 5.265/19/CE Rito: Sumário  
PTA/AI: 01.001055750-10  
Recurso de Revisão: 40.060148564-46  
Recorrente: Fazenda Pública Estadual  
Recorrido: Supermercado Elias e Moreira Ltda.  
Proc. S. Passivo: Esdras Lovo/Outro(s)  
Origem: DFT/Teófilo Otoni

**EMENTA**

**SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – FALTA DE RETENÇÃO E DE RECOLHIMENTO DE ICMS/ST – PROTOCOLO/CONVÊNIO.** Acusação fiscal de falta de recolhimento de ICMS/ST, devido pela Autuada, estabelecida no estado de São Paulo e que, por força do Protocolo ICMS nº 11/91, está obrigada a reter e recolher o ICMS/ST na saída de mercadorias (cerveja) para contribuintes estabelecidos no estado de Minas Gerais, na condição de substituta tributária. Exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação e Multa Isolada, capituladas respectivamente no art. 56, inciso II, c/c § 2º, inciso I e art. 55, inciso XXXVII, ambos da Lei nº 6.763/75. Infração caracterizada. Reformada a decisão recorrida para restabelecer as exigências fiscais.

**SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - FALTA DE RETENÇÃO E DE RECOLHIMENTO DE ICMS/ST – FUNDO DE ERRADICAÇÃO DA MISÉRIA (FEM) - BEBIDAS.** Acusação fiscal de que a Autuada deixou de destacar e recolher o adicional de alíquota do ICMS/ST correspondente ao Fundo de Erradicação da Miséria (FEM), incidente nas operações com mercadorias (bebidas) previstas no inciso do art. 2º, inciso I c/c art. 3º, inciso I, ambos do Decreto nº 45.934/12. Exigências de ICMS/ST correspondente ao adicional de 2% (dois por cento), Multa de Revalidação e Multa Isolada, capituladas respectivamente nos arts. 56, inciso II, § 2º, inciso I e 54, inciso VI, ambos da Lei nº 6.763/75. Infração caracterizada. Reformada a decisão recorrida para restabelecer as exigências fiscais.

**Recurso de Revisão conhecido à unanimidade e provido por maioria de votos.**

**RELATÓRIO**

A autuação versa sobre a acusação fiscal de falta de recolhimento do ICMS devido por substituição tributária na venda (mediante a Nota Fiscal nº 847, de 18/11/15) de mercadoria relacionada no item 3 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02 (cerveja), destinada ao estado de Minas Gerais, cuja responsabilidade é atribuída ao

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Sujeito Passivo por força do Protocolo ICMS nº 11/91 e do disposto no art. 12 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02.

Exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação em dobro prevista no art. 56, inciso II, § 2º, inciso I e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXXVII, todos da Lei nº 6.763/75.

Versa ainda a presente autuação acerca da falta de recolhimento do percentual de 2% (dois por cento) de adicional de alíquota incidente sobre as operações com bebidas alcólicas sujeitas à substituição tributária, em desacordo com o disposto no inciso I do art. 2º do Decreto nº 45.934/12.

Exige-se o referido adicional de alíquota ICMS/ST correspondente ao Fundo de Erradicação da Miséria (FEM) e a Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, c/c § 2º, da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 17/22, contra a qual a Fiscalização manifesta-se às fls. 45/52.

A 3ª Câmara de Julgamento determina a realização de diligência de fls. 62, que resulta na manifestação da Fiscalização às fls. 64 e juntada de documentos de fls. 65/81.

Aberta vista para a Impugnante, que se manifesta às fls. 84/87.

A Fiscalização, novamente, manifesta-se às fls. 89/95.

A 3ª Câmara de Julgamento, em decisão consubstanciada no Acórdão nº 23.279/19/3ª, julgou improcedente o lançamento. Vencidos os Conselheiros Erick de Paula Carmo (Relator) e Cindy Andrade Moraes, que o julgavam procedente.

Inconformada, a Fazenda Pública Estadual interpõe o Recurso de Revisão de fls. 112/121, requerendo, ao final, seu provimento.

A Recorrida, tempestivamente e por intermédio de seu procurador regularmente constituído, às fls. 125/130, contrarrazoa o recurso interposto e pede o seu desprovimento.

---

### **DECISÃO**

Superadas as condições de admissibilidade capituladas no art. 163, inciso I e § 3º do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA, estabelecido pelo Decreto nº 44.747/08, uma vez que a decisão recorrida, desfavorável à Fazenda Pública Estadual, foi tomada pelo voto de qualidade, é cabível o presente Recurso de Revisão.

Cumprido de início ressaltar que, nos termos do art. 168 do RPTA, o Recurso de Revisão admitido devolve à Câmara Especial o conhecimento da matéria nele versada.

Ressalta-se que os fundamentos expostos no voto vencido do Conselheiro Erick de Paula Carmo foram utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e, por

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

essa razão, passam a compor o presente acórdão, salvo pequenas adequações de estilo e acréscimos necessários.

Trata-se, *in casu*, de operação interestadual praticada por estabelecimento comercial, situado no município de Franca (SP), em que houve a aquisição de grande quantidade de mercadorias por pessoa física, domiciliada em Perdizes (MG), o qual atuou efetivamente como comerciante e teve sua situação cadastral baixada em março de 2014, conforme se denota do documento de fl.79.

O adquirente da mercadoria teria comprado no balcão do estabelecimento empresarial nada menos que 55.400 (cinquenta e cinco mil e quatrocentas) latas de cerveja e ainda teria solicitado que o respectivo documento fiscal (Nota Fiscal eletrônica nº 847) fosse emitido em seu nome, tendo inclusive fornecido o seu número de inscrição no Cadastro de Pessoa Física (CPF). Demais disso, o adquirente mineiro também teria se desincumbido do transporte das mercadorias.

Isto posto, é de se destacar que, segundo dispõem os arts. 12 e 13 do Anexo XV do RICMS/02, a condição de substituto tributário é atribuída inclusive ao estabelecimento não-industrial que figurar como remetente das mercadorias, em operação interestadual, para destinatário situado neste Estado.

Confira-se:

Art. 12. O estabelecimento industrial situado neste Estado ou nas unidades da Federação com as quais Minas Gerais tenha celebrado protocolo ou convênio para a instituição de substituição tributária, nas remessas das mercadorias relacionadas na Parte 2 deste Anexo para estabelecimento de contribuinte deste Estado, é responsável, na condição de sujeito passivo por substituição, pela retenção e pelo recolhimento do ICMS devido nas operações subsequentes.

Art. 13. A responsabilidade prevista no artigo anterior aplica-se também ao remetente não-industrial situado em unidade da Federação com a qual Minas Gerais tenha celebrado protocolo ou convênio para a instituição de substituição tributária, que realizar operação interestadual para destinatário situado neste Estado, ainda que o imposto tenha sido retido anteriormente para outra unidade da Federação.

Em se tratando especificamente das operações com cerveja, assim prevê o Protocolo de ICMS nº 11/91, *in verbis*:

Protocolo ICMS Nº 11 DE 21/05/91

Dispõe sobre a substituição tributária nas operações com cerveja, refrigerantes, água mineral ou potável e gelo.

Os Estados do Acre, Bahia, Espírito Santo, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Paraná, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Santa Catarina, São Paulo e o Distrito Federal, neste ato representados pelos seus respectivos

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Secretários de Fazenda ou Finanças, tendo em vista o disposto no parágrafo único do art. 25 do Anexo único ao Convênio ICM 66/88, de 14 de dezembro de 1988, conjugado com as disposições do art. 199 do Código Tributário Nacional ( Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 ), resolvem celebrar o seguinte:

### PROTOCOLO

Cláusula primeira Nas operações interestaduais com cerveja, inclusive chope, refrigerante, água mineral ou potável e gelo, classificados nas posições 2201 a 2203 da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias, Sistema Harmonização - NBM/SH, entre contribuintes situados nos seus territórios, fica atribuída ao estabelecimento industrial, importador, arrematante de mercadorias importada e apreendida ou engarrafador de água, na qualidade de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) relativo às operações subseqüentes.

(...)

(Grifou-se).

Feitos estes registros, cumpre invocar, ademais, as disposições contidas no art. 55, *caput* e § 1º, atinentes à definição legal de contribuinte, *in litteris*:

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.

§ 2º Entende-se por **habitualidade**, para fins de tributação, a prática de operações que importem em circulação de mercadorias ou de prestações de serviços de transporte, interestadual ou intermunicipal, ou de comunicação, a qual, pela sua repetição, induz à presunção de que tal prática constitui atividade própria de contribuinte regular."

(Destacou-se).

Vê-se, portanto, que de acordo com os comandos supratranscritos (em relação aos quais, como é sabido, não é dado ao Impugnante alegar o seu desconhecimento), a condição de contribuinte se verifica independentemente de estar a pessoa regularmente constituída ou registrada, sendo bastante que pratique, com

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operação de circulação de mercadoria descrita como fato gerador do imposto.

Demais disso, ressalte-se, por oportuno, que em resposta à decisão interlocutória promovida pela 3ª Câmara julgadora deste Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais (fl. 64), a Fiscalização anexou por amostragem diversos DANFES referentes a aquisições de grandes quantidades de mercadorias efetuadas pelo adquirente, em diversos estabelecimentos comerciais, nos exercícios de 2015 e 2016 (fls. 65/78), o que denota a continuidade da atividade de comerciante, não obstante de forma irregular e apesar da baixa de sua situação cadastral como empresário comerciante, em 21/03/14 (fl. 79).

Como se não bastasse, a própria utilização da alíquota de 7% (sete por cento) para a operação em questão, alíquota esta que é aplicável somente em relação a destinatários que se qualificam como contribuintes do ICMS, corrobora o fato de que o próprio Impugnante não desconhecia a provável realização de subseqüentes operações no estado de Minas Gerais.

Lado outro, o mencionado Impugnante também não ofereceu contraprova suficiente para elidir a presunção legal acerca da condição de contribuinte, decorrente do volume (quantidade) de mercadoria envolvida na operação (reitera-se: nada menos que cinquenta e cinco mil e quatrocentas latas de cerveja).

Nesta esteira, corretas as exigências fiscais de ICMS/ST não recolhido pela Autuada no percentual de 18% (dezoito por cento), acrescido do adicional de alíquota de 2% (dois por cento) relativo ao Fundo de Erradicação da Miséria. De igual modo, as multas cominadas foram cobradas adequadamente e segundo a legislação tributária mineira vigente, não cabendo, pois, nenhum juízo de valor por parte dos Conselheiros julgadores, em virtude da limitação imposta no âmbito do art. 182 da Lei nº 6.763/75.

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em conhecer do Recurso de Revisão. No mérito, por maioria de votos, em lhe dar provimento para restabelecer as exigências fiscais. Vencidos os Conselheiros Carlos Alberto Moreira Alves (Relator) e Eduardo de Souza Assis, que lhe negavam provimento, nos termos do acórdão recorrido. Designado relator o Conselheiro Manoel Nazareno Procópio de Moura Júnior (Revisor). Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Célio Lopes Kalume. Participaram do julgamento, além do signatário e dos Conselheiros vencidos, os Conselheiros Erick de Paula Carmo, Luiz Geraldo de Oliveira e Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri.

**Sala das Sessões, 27 de setembro de 2019.**

**Manoel Nazareno Procópio de Moura Júnior  
Presidente / Relator designado**

P

CC/MG