

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.867/10/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 02.000215167-62
Impugnação: 40.010127130-40
Impugnante: Companhia de Bebidas das Américas - Ambev
IE: 740358740.07-96
Proc. S. Passivo: Peter de Moraes Rossi/Outro(s)
Origem: P.F/Antônio Reimão de Melo - Juiz de Fora

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - BEBIDAS - RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS/ST – BASE DE CÁLCULO - MARGEM DE VALOR AGREGADO. Constatou-se, no trânsito de mercadorias, que a Impugnante reteve a menor ICMS devido por substituição tributária ao Estado de Minas Gerais, em decorrência de a apuração da base de cálculo do imposto estar em desacordo com o estabelecido art. 47-A do Anexo XV do RICMS/02. Contudo, a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso VII da Lei n.º 6.763/75 deve ser excluída do lançamento por não se adequar à espécie. Mantidas as exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação em dobro prevista no art. 56, inciso II da Lei n.º 6.763/75. Lançamento parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

Versa o presente lançamento acerca da imputação fiscal de apuração a menor da base de cálculo do ICMS devido por substituição tributária incidente sobre operações interestaduais com refrigerantes e tônicas, decorrente da constatação de que o valor da operação própria praticado pelo remetente (Autuada) é superior a 75% (setenta e cinco por cento) do preço médio ponderado a consumidor final (PMPF), divulgado em portaria da Superintendência de Tributação (SUTRI). Inobservância do disposto no art. 47-A do Anexo XV do RICMS/02.

Exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação em dobro nos termos do art. 56, inciso II, § 2º, e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso VII, ambos da Lei n.º 6.763/75.

A multa isolada foi agravada em 100% em função de reincidência na penalidade conforme autuações n.ºs 04.002033997.09 e 04.002031094.84 lavradas contra o estabelecimento de inscrição estadual n.º 740.035840.00-44.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 13/34, aos seguintes argumentos:

- a regra básica em relação à base de cálculo nas operações com cervejas e refrigerantes é a imposta pelo art. 19 do Anexo XV do RICMS/MG;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- não discute que adota o Estado de Minas Gerais o chamado Preço Médio Ponderado a Consumidor Final – PMPF, antes denominado simplesmente “Pauta Fiscal”. Este é o critério definitivo;

- recentemente, o Estado de Minas Gerais instituiu, unilateralmente, mudança de regras, quebrando a segurança jurídica existente, quando da adoção dos preços médios ponderados, isso porque a pauta é a base de cálculo definitiva e impenetrante;

- a Lei Complementar nº 87/96 estabeleceu as normas gerais para instituição do ICMS e regulamentou o instituto da substituição tributária;

- importante ressaltar, no que se refere à definição da base de cálculo dos tributos, que a Constituição Federal estabeleceu a necessidade de edição de lei, por força do princípio da legalidade tributária;

- a Lei Complementar nº 87/96 define a hipótese da incidência tributária, configuradora do fato gerador tributável, descrito como hábil a gerar a obrigação tributária para quaisquer tipos de crédito de caráter tributário ao Fisco;

- a substituição tributária deve ser regulamentada por lei estadual;

- a exigência, pelo fisco mineiro, do acréscimo do valor agregado na referida base de cálculo do ICMS/ST não pode prosperar, pois se configura, outrossim, inadmissível prática do “gatilho” fiscal;

- o Estado de Minas Gerais, nas prerrogativas e atribuições que a lei lhe confere, opta pelo instituto da substituição tributária “para frente”;

- cita o art. 128 do Código Tributário Nacional;

- discorre sobre a substituição tributária para frente;

- no caso em tela, alega-se que os valores atribuídos a título de substituição tributária aos seus produtos estão com cálculos inexatos, em virtude de suposto erro na composição da base de cálculo;

- ocorre que a Fiscalização não atentou para o que está estabelecido na legislação, a qual prevê que a base de cálculo do ICMS para fins de substituição tributária é o preço de venda a consumidor sugerido pelo fabricante ou fixado pela autoridade competente, conforme estabelecido no art. 19, já mencionado;

- cita manifestação do Supremo Tribunal Federal acerca da questão;

- no que concerne à impossibilidade de aplicação do denominado “Gatilho” do ICMS/ST, que no caso de Minas é a utilização do valor agregado e não da pauta, cita parecer de Hugo de Brito Machado e Hugo de Brito Machado Segundo;

- o critério temporal do fato gerador do ICMS/ST será, de acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, a saída das mercadorias do estabelecimento produtor, recolhendo-se o ICMS, a título de substituição tributária, em razão da saída das mercadorias do estabelecimento industrial de outro Estado, não há como se exigir qualquer diferença, muito menos a aplicação do “Gatilho”;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- ou seja, o ICMS-ST foi retido e recolhido, tendo-se como base de cálculo a pauta fiscal estabelecida pelo Governo do Estado, em acordo com o estabelecido pelo art. 19 do Anexo XV do RICMS/MG;

- o que se denominou de "gatilho" na substituição tributária de ICMS é a cobrança da diferença entre a pauta e o valor do produto praticado pelo contribuinte. Referida diferença caso gere crédito a favor do Estado é cobrada seja pela diferença de pauta, seja por estar acima da mesma;

- entretanto, caso exista valor a restituir, isto é, a operação for feita a menor, não existe previsão legal referente à restituição;

- cita o julgamento da ADIN nº 1.851, proferido pelo Supremo Tribunal Federal com eficácia vinculante;

- assim, a substituição ocorre no momento da saída da mercadoria do estabelecimento emitente, não sendo devida qualquer complementação, seja a que título for, em função das diferenças de pautas fiscais, ou dos acréscimos de margem de lucro;

- ademais, uma vez feitas as operações com valor inferior ao da pauta fiscal, aplicam-se os valores definidos na referida pauta, sem necessidade de qualquer agregação, pois foram praticados preços abaixo do valor estimado;

- transcreve parte de vários julgados que entende adequados à matéria suscitada;

- não procede, de igual maneira, a multa isolada por reincidência, isso porque as empresas que teriam sido autuadas foram outras;

- não se pode admitir reincidência de fatos que não foram realizados pela mesma pessoa jurídica.

Ao final, pede seja provida a presente impugnação e, via de consequência, julgado insubsistente o auto de infração, canceladas as cominações ali previstas.

O Fisco se manifesta às fls. 62/68, contrariamente ao alegado pela defesa, resumidamente, aos argumentos seguintes:

- a questão basilar do presente PTA encontra-se na correta apuração da base de cálculo do ICMS/ST relativo às mercadorias constantes da Nota Fiscal nº 138935;

- a legislação mineira traz expressamente no art. 13 da Lei n.º 6.763/75, §§ 19 a 21 e 29 os regramentos quanto à apuração da base de cálculo do ICMS/ST;

- o item 2 do § 19 dispõe que a base de cálculo do ICMS/ST será o valor da operação nele incluídos os demais valores cobrados do destinatário e acrescido de margem de valor agregado (MVA);

- como alternativa a essa forma de apuração, o § 29 possibilita a utilização do preço médio ponderado a consumidor final - PMPF, por meio de Portaria da Superintendência de Tributação;

- os mesmos ditames estão expressos na alínea "b" do art. 19 do Anexo XV do RICMS/02;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- desta forma, no caso do refrigerante, que não possui preço sugerido pelos fabricantes, a legislação permite a utilização de duas sistemáticas para apurar a base de cálculo do ICMS/ST para as mercadorias alvo desse PTA;

- o PMPF é aplicado como regra geral, no entanto existe uma exceção à sua utilização prevista no art. 47-A do RICMS/02;

- o art. 47-A do Anexo XV do RICMS/02 veio para coibir distorções na apuração do ICMS/ST quando o valor da operação própria se aproxima em demasia do valor do PMPF;

- independente do que motivou a distorção, o art. 47-A condiciona a utilização do PMPF somente às operações em que a operação própria seja ao menos 25% inferior ao valor do PMPF;

- no caso em tela, uma vez que a operação própria é superior a 75% do PMPF, a empresa autuada deveria ter apurado a base de cálculo do ICMS/ST através do disposto no art. 19, I, "b", 3 do Anexo XV, ou seja, por meio da aplicação da MVA;

- o princípio da definitividade da substituição tributária está atrelado à correta apuração do ICMS/ST e de sua base de cálculo conforme disposto na legislação tributária;

- desta maneira, estando corretamente apurado o ICMS/ST, não há que se falar em restituição ou cobrança complementar quando da comparação posterior entre o valor do ICMS/ST presumido e o valor a consumidor final realmente praticado;

- no presente PTA encontramos um cálculo errôneo por parte da Autuada e o ICMS/ST que se está a exigir é a diferença entre o apurado erradamente e aquele que seria o correto, estipulado pela legislação;

- toda a jurisprudência apresentada é irrelevante para a análise do feito fiscal uma vez que a definitividade da substituição tributária não está em questão nesse PTA;

- não cabem os questionamentos da reincidência exigida na multa isolada ficando evidente o desconhecimento do disposto no art. 53, § 6º da Lei n.º 6.763/75 que ao definir a reincidência considera sua ocorrência para o conjunto de todos os estabelecimentos do autuado;

- com relação ao pedido de perícia específica, este é desnecessário e meramente protelatório, tendo em vista que a infração está claramente tipificada e o cálculo de fácil compreensão;

- idêntica infração já foi cometida pela Autuada e recentemente julgada procedente por esse egrégio Conselho de Contribuintes através do acórdão 19.489/10/1ª.

Ao final, pede seja julgado procedente o lançamento.

DECISÃO

Compete à Câmara analisar o presente processo o qual versa sobre a imputação fiscal de retenção a menor do ICMS devido por substituição tributária

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

incidente sobre operações interestaduais com refrigerante e tônica, em virtude da apuração incorreta da base de cálculo do imposto relativo às mercadorias constantes da Nota Fiscal n.º 138935, de 03 de março de 2010, face o valor da operação própria praticado pelo remetente (Impugnante) ser superior a 75% (setenta e cinco por cento) do preço médio ponderado a consumidor final (PMPF), divulgado em portaria da Superintendência de Tributação (SUTRI).

Segundo consta do relatório do Auto de Infração, o cálculo do ICMS/ST teria sido feito em desacordo com o determinado pelo art. 47-A do Anexo XV, uma vez que o valor da operação própria da operação é superior a 75% (setenta e cinco por cento) do valor do PMPF.

A multa isolada foi agravada em 100% (cem por cento) em função de reincidência na penalidade conforme PTAs n.ºs 04.002033997.09 e 04.002031094.84 lavradas contra o estabelecimento de inscrição estadual n.º 740.035840.00-44.

Exigências de ICMS/ST, multa de revalidação em dobro nos termos do art. 56, inciso II, § 2º, e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso VII, ambos da Lei n.º 6.763/75.

A hipótese em questão, portanto, refere-se à correta apuração da base de cálculo para retenção do ICMS devido por substituição tributária em operação interestadual, praticada por estabelecimento fabricante, com as mercadorias constantes na Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02.

A Impugnante em sua peça de defesa invoca a necessidade da existência de lei estadual específica, em respeito ao princípio da legalidade, para a exigência do imposto devido por substituição tributária.

Contudo, não assiste razão à Impugnante visto que para as operações com mercadorias sujeitas à sistemática do ICMS por substituição tributária, a Lei n.º 6.763/75 disciplinou a questão da apuração base de cálculo nos seguintes termos:

"Art. 13 - A base de cálculo do imposto é:

.....
§ 19 - A base de cálculo, para fins de substituição tributária, será:

.....
2) em relação a operação ou prestação subseqüentes, obtida pelo somatório das parcelas seguintes:

a - o valor da operação ou da prestação própria realizada pelo substituto tributário ou pelo substituído intermediário;

b - o montante dos valores de seguro, de frete e de outros encargos cobrados ou transferíveis ao adquirente ou ao tomador de serviço;

c - a margem de valor agregado, nela incluída a parcela referente ao lucro e o montante do próprio imposto, relativa a operação ou prestação subseqüentes, que será estabelecida em

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

regulamento, com base em preço usualmente praticado no mercado considerado, obtido por levantamento, ainda que por amostragem, ou através de informações e outros elementos fornecidos por entidade representativa do respectivo setor, adotando-se a média ponderada dos preços coletados.

§ 20 - Tratando-se de mercadoria ou serviço cujo preço final ao consumidor, único ou máximo, seja fixado por órgão público competente, a base de cálculo do imposto, para fins de substituição tributária, será o referido preço por ele estabelecido.

§ 21 - Existindo preço final a consumidor sugerido pelo fabricante, pelo importador ou por entidade representativa dos respectivos segmentos econômicos, poderá o regulamento estabelecer como base de cálculo esse preço.

.....
§ 29 - Em substituição ao disposto no item 2 do § 19 deste artigo, a base de cálculo em relação às operações ou prestações subseqüentes poderá ser o preço a consumidor final usualmente praticado no mercado considerado, relativamente ao serviço, à mercadoria ou a sua similar, em condições de livre concorrência, adotando-se para sua apuração as regras estabelecidas na alínea "c" do mesmo item."

Como se verifica, a lei estabelece nos dispositivos acima transcritos os critérios para se chegar à base de cálculo a ser utilizada nas operações com mercadorias sujeitas à substituição tributária.

Assim o § 20 se refere a mercadorias que possuam preço fixado por órgão público competente, ou seja, que estejam tabelados, situação que inexistente atualmente na economia nacional.

Também o § 21 não afeta a base de cálculo do ICMS/ST dos produtos relacionados no item 1 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, pois esses não possuem preço sugerido pelos fabricantes.

Dessa forma, dos dispositivos acima mencionados, interessam para o caso dos autos os §§ 19 e 29.

O item 2 do § 19 dispõe que a base de cálculo do ICMS/ST será o valor da operação nele incluídos os demais valores cobrados do destinatário e acrescido de margem de valor agregado (MVA).

Como alternativa a essa forma de apuração, o § 29 possibilita a utilização do preço médio ponderado a consumidor final (PMPF) divulgado por meio de Portaria da Superintendência de Tributação.

Os mesmos ditames estão expressos no art. 19, inciso I, alínea "b", item 3, Anexo XV do RICMS/02, *in verbis*:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

"Art. 19 - A base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária é:

I - em relação às operações subseqüentes:

-
- b - tratando-se de mercadoria que não tenha seu preço fixado por órgão público competente, observada a ordem:
- 1 - o preço médio ponderado a consumidor final (PMPF) divulgado em portaria da Superintendência de Tributação;
 - 2 - o preço final a consumidor sugerido ou divulgado pelo industrial, pelo importador ou por entidade representativa dos respectivos segmentos econômicos aprovado em portaria da Superintendência de Tributação; ou
 - 3 - o preço praticado pelo remetente, acrescido dos valores correspondentes a frete, seguro, impostos, contribuições, royalties relativos a franquia e outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, ainda que por terceiros, adicionado da parcela resultante da aplicação sobre o referido montante do percentual de margem de valor agregado (MVA) estabelecido para a mercadoria na Parte 2 deste Anexo e observado o disposto nos §§ 5º a 8º deste artigo;
-"

Dessa forma, no caso da refrigerante e da tônica, que não possui preço sugerido pelos fabricantes, a legislação permite a utilização de duas sistemáticas para apuração da base de cálculo do ICMS/ST.

O preço médio ponderado a consumidor final (PMPF) é aplicado como regra geral uma vez que, pela ordem, é o primeiro critério. No entanto existe uma exceção à sua utilização prevista no art. 47-A do RICMS/02, que assim dispõe:

"Art. 47-A - Na hipótese de operação interestadual com mercadoria de que trata o item 1 da Parte 2 deste Anexo em que o valor da operação própria praticado pelo remetente, compreendidos os valores correspondentes a frete, seguro, impostos e outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, seja superior a 75% (setenta e cinco por cento) do preço médio ponderado a consumidor final (PMPF), divulgado em portaria da Superintendência de Tributação, o imposto devido por substituição tributária será calculado utilizando-se da base de cálculo estabelecida no art. 19, I, "b", 3, desta Parte".

Depreende-se que o art. 47-A, Anexo XV do RICMS/02, veio para corrigir distorções na apuração do ICMS/ST quando o valor da operação própria se aproxima em demasia do valor do preço médio ponderado a consumidor final (PMPF).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Isso pode acontecer em virtude de uma defasagem no valor apurado do preço médio ponderado a consumidor final (PMPF) em determinadas regiões do Estado ou mesmo em função do interesse da empresa vendedora em majorar sua operação própria, reduzindo o ICMS/ST no destino, tendo em vista algum benefício fiscal obtido no seu Estado de origem.

Independente do que motivou a distorção, o art. 47-A condiciona a utilização do preço médio ponderado a consumidor final (PMPF) somente às operações em que a operação própria seja ao menos 25% (vinte e cinco por cento) inferior ao valor deste.

No presente lançamento, já que o valor da operação própria é superior a 75% (setenta e cinco por cento) do preço médio ponderado a consumidor final (PMPF), a apuração da base de cálculo para retenção do ICMS devido por substituição tributaria teria de ser nos termos do disposto no art. 19, inciso I, alínea "b", item 3 do Anexo XV do RICMS/02, ou seja, por meio da aplicação da margem de valor agregado (MVA).

A Impugnante argumenta que promoveu corretamente o cálculo do ICMS/ST, com base no art. 19, Anexo XV do RICMS/02, e para a apuração se utilizou do preço médio ponderado a consumidor final (PMPF), ao qual chama de "pauta fiscal", e contesta o art. 47-A, Anexo XV do RICMS/02, afirmando que o mesmo se caracteriza por um "gatilho" que contrariaria o princípio da definitividade da substituição tributária consagrada na jurisprudência das cortes superiores de justiça.

Como se observa da legislação citada acima, a utilização do preço médio ponderado a consumidor final (PMPF) para os produtos cerveja, chope e refrigerante está condicionada, pelo art. 47-A, Anexo XV do RICMS/02, à existência de uma diferença igual ou superior a 25% (vinte e cinco por cento) entre o valor da operação própria e do preço médio ponderado a consumidor final (PMPF). Caso contrário, o cálculo deverá ser feito usando-se a margem de valor agregado (MVA) previsto no item 1 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02.

Contrário ao entendimento da Impugnante, o princípio da definitividade da substituição tributária está atrelada à correta apuração da base de cálculo para retenção do ICMS devido por substituição tributária de acordo com o disposto na legislação tributária.

Neste sentido, correta a infração apontada pelo Fisco, sendo devido o recolhimento do ICMS/ST pela Impugnante, com a respectiva multa de revalidação.

Não se verifica aqui a argüição de confisco na atual cobrança, porquanto o presente Auto de Infração foi lavrado observando o estrito cumprimento das normas tributárias mineiras às quais encontra-se o Conselho de Contribuintes adstrito em seu julgamento a teor do art. 110 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos do Estado de Minas Gerais, aprovado pelo Decreto n.º 44.747/08, que assim determina:

"Art. 110. Não se incluem na competência do órgão julgador:

I - a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

em relação à resposta à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda;

II- a aplicação de equidade.”

Cabe ressalva, contudo, em relação a penalidade isolada exigida.

Assim, a partir da penalidade exigida, percebe-se que o Fisco entendeu que foi descumprida a obrigação de emitir documentos fiscais com o correto destaque do imposto devido por substituição tributária.

Necessária se faz a análise pormenorizada do tipo descrito no inciso VII do art. 55 da Lei n.º 6.763/75, para verificação da perfeita aplicação da penalidade prevista em face da imputação fiscal ora em exame, a saber:

“Art. 55 - As multas para as quais se adotarão os critérios a que se refere os incisos II e IV do art. 53 desta Lei são os seguintes:

.....
VII - por consignar em documento fiscal que acobertar a operação ou a prestação base de cálculo diversa da prevista pela legislação ou quantidade de mercadoria inferior à efetivamente saída - 40% (quarenta por cento) do valor da diferença apurada;
.....” (grifos não constam do original)

Analisando o dispositivo acima transcrito percebe-se que a conduta descrita na norma sancionatória é a consignação em documento fiscal de “base de cálculo diversa da prevista pela legislação”.

Dos autos extrai-se que a Impugnante entendia que à época da ocorrência das operações a base de cálculo do ICMS devido por substituição tributária era exatamente aquela por ela destacada. Assim, não há nos autos nem mesmo indícios de que a Defendente tenha destacado a base de cálculo por ela adotada utilizando-se de fraude, dolo ou má-fé. O que se conclui do conjunto probatório dos autos é que a Impugnante fez uma interpretação das normas estaduais diversa daquela feita pelo Fisco.

Este fato torna-se importante para o deslinde da questão e para a verificação da correta aplicação da penalidade determinada no art. 55, inciso VII da Lei n.º 6.763/75.

Neste sentido, a base de cálculo do ICMS destacado nos documentos fiscais objeto do lançamento está determinada, na forma ditada pela Lei n.º 6.763/75 e pelo art. 43 do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto n.º 43.080/02.

Portanto, os fatos e fundamentos que levaram a autuação dizem respeito a entendimentos e interpretações da legislação tributária.

Ao analisar a questão do erro no Direito Penal, o eminente jurista Hugo de Brito Machado, em sua obra “Estudos de Direito Penal Tributário”, assim se manifesta:

“ A doutrina do Direito Penal registra notável evolução no tratamento do erro. Antes, referia-se ao erro de fato, como capaz de elidir a responsabilidade penal, e ao erro de direito, que tinha como irrelevante para esse fim, fundada no princípio de que ninguém pode descumprir a lei alegando que a desconhece.

A doutrina moderna, porém, já não cogita de *erro de fato* e *erro de direito*, mas de *erro de tipo* e *erro de proibição*. (.....)

Assim, o erro na interpretação da lei tributária, que no entendimento do Chefe do Ministério Público Federal, acolhido em alguns julgados da Corte Maior, é capaz de excluir a configuração do crime de supressão ou redução de tributo, ganha explicação coerente, e consistente, no âmbito da doutrina dos penalistas, como *erro de tipo*. O erro, que, em princípio, não tem esse relevo é o denominado erro de proibição, consistente no errado entendimento do próprio preceito penal.”

Ademais, para aplicação das penalidades no campo tributário, por se tratar de norma sancionatória, deve-se ter em mente os mesmos ditames do direito penal e para tanto deve o tipo descrito na norma sancionatória guardar estrita consonância com a conduta tida como faltosa ou delituosa.

Não é outro o entendimento da doutrina pátria. Neste sentido, cite-se do Mestre Ricardo Corrêa Dalla, em sua obra “Multas Tributárias – natureza jurídica, sistematização e princípios aplicáveis”:

“ Toda legislação sobre multas deve necessariamente obedecer aos Princípios da Tipicidade e da Generalidade, conforme exposto neste trabalho.

De que tratam realmente estes princípios?

Quanto ao primeiro, o da Tipicidade, pode ser definido como sendo o delineamento completo da hipótese de incidência das multas. É o que descreve a sujeição ativa e passiva, a base econômica, a alíquota, a materialidade, o lugar, o tempo de descumprimento dos deveres instrumentais e outros aspectos relevantes.

Misabel Derzi já esclareceu que **“o modo de pensar padronizante (dito, inadequadamente, tipificante) conduz o intérprete a uma distância do caso isolado; ele só alcança o esquema do próprio caso.”**

Costuma-se entender a tipicidade de forma restritiva. Para nos, trata-se do delineamento completo da hipótese sancionatória, no caso, a multa tributária.”

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No caso em tela, a norma determina como conduta a ser punida “*consignar em documento fiscal que acobertar a operação (...) base de cálculo diversa da prevista pela legislação.*”

Na hipótese ora analisada, a Impugnante destacou o imposto devido por substituição tributária sendo a imputação fiscal a apuração incorreta da base de cálculo do imposto.

É de se destacar aqui que a penalidade inculpada no inciso VII do art. 55, da forma como está redigida, procura punir contribuinte que, conhecendo a base de cálculo da operação no momento de sua realização, deixa de consigná-la no documento fiscal de forma proposital visando reduzir os valores a serem recolhidos de forma indevida. Efetivamente, a norma não visa punir o erro na interpretação das leis tributárias.

Assim, esta penalidade apresenta-se afeta aos casos conhecidos como de subfaturamento, hipótese em que o contribuinte conhece exatamente o valor da base de cálculo do imposto, mas, propositalmente, consigna no documento fiscal destinado a informar ao Fisco o imposto devido, valor da operação inferior.

Portanto, por qualquer prisma que se analise a penalidade não há como aplicá-la à matéria tratada nos presentes autos, devendo ser excluída do crédito tributário a exigência da Multa Isolada capitulada no inciso VII do art. 55 da Lei n.º 6.763/75.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para excluir a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso VII da Lei n.º 6763/75. Vencido, em parte, o Conselheiro Mauro Heleno Galvão (Revisor) que julgava procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Maria de Lourdes Medeiros e Edécio José Cançado Ferreira.

Sala das Sessões, 22 de junho de 2010.

**Mauro Heleno Galvão
Presidente / Revisor**

**Luciana Mundim de Mattos Paixão
Relatora**

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão:	19.867/10/1ª	Rito: Sumário
PTA/AI:	02.000215167-62	
Impugnação:	40.010127130-40	
Impugnante:	Companhia de Bebidas das Américas - Ambev	
	IE: 740358740.07-96	
Proc. S. Passivo:	Peter de Moraes Rossi/Outro(s)	
Origem:	P.F/Antônio Reimão de Melo - Juiz de Fora	

Voto proferido pelo Conselheiro Mauro Heleno Galvão, nos termos do art. 53 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

A autuação versa sobre apuração a menor da base de cálculo do ICMS devido por substituição tributária incidente sobre operações interestaduais com refrigerantes e tônicas, decorrente da constatação de que o valor da operação própria praticado pelo remetente (Autuada) é superior a 75% (setenta e cinco por cento) do preço médio ponderado a consumidor final (PMPF), divulgado em portaria da Superintendência de Tributação (SUTRI).

Exigiu-se ICMS, Multa de Revalidação em dobro nos termos do art. 56, inciso II, § 2º, e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso VII, ambos da Lei nº 6.763/75.

A decisão consubstanciada no Acórdão nº 19.867/10/1ª, por maioria de votos, julgou parcialmente procedente o lançamento, para excluir a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso VII da Lei nº 6763/75.

Verifica-se que o voto vencedor excluiu a Multa Isolada capitulada no inciso VII do art. 55, ao fundamento de que o citado dispositivo não se aplica na situação ora em análise, em que uma possível supressão do imposto ocorre devido a erro de interpretação.

Vencido este Conselheiro que julgou procedente o lançamento.

Vê-se, pois, a Autuada não consignou corretamente a base de cálculo do ICMS nas notas fiscais que acobertaram as operações e, por consequência lógica, recolheu a menor o imposto devido na forma e prazo regulamentares.

Em face do acima exposto, além do ICMS e da multa de revalidação, foi exigida a Multa Isolada pelo descumprimento de obrigação acessória prevista no art. 55, inciso VII da Lei nº 6763/75, que prescreve:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 55 - As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II a IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

VII - por consignar em documento fiscal que acobertar a operação ou a prestação base de cálculo diversa da prevista pela legislação ou quantidade de mercadoria inferior à efetivamente saída - 40% (quarenta por cento) do valor da diferença apurada;

O dispositivo legal acima mencionado, ao penalizar a consignação em documento fiscal de base de cálculo diversa, prevê uma multa de 40% (quarenta por cento) do valor da diferença apurada, pelo descumprimento de obrigação tributária acessória, ainda que parcialmente.

Diverso, do lat. *Diversu*, adj., diferente, distinto, discordante, divergente, segundo o Dicionário Aurélio.

Ora, “diferença apurada” refere-se à diferença da base de cálculo, que, no caso dos autos, corresponde ao valor adotado pela Contribuinte e aquele previsto na legislação.

Há a destacar-se que a prescrição legal do art. 55, inciso VII da Lei nº 6763/75, transcrita, não distingue o tipo de operação a que se deva aplicar a multa por consignar em nota fiscal base de cálculo diversa, empregando-se a expressão “base de cálculo diversa” em sentido lato.

Assim, qualquer operação que apresente base de cálculo diversa, divergente, discordante, distinta, amolda-se ao tipo legal acima descrito, seja a operação submetida ao regime de débito/crédito ou ao regime de substituição tributária.

Por fim, restou demonstrado que a Autuada não cumpriu a obrigação acessória a que estava obrigada, ou seja, consignou a menor base de cálculo do ICMS prevista na legislação nas notas fiscais que emitiu.

Portanto, correto o procedimento adotado pelo Fisco de exigir a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso VII da Lei nº 6763/75.

Diante do exposto, dou provimento ao lançamento.

Sala das Sessões, 22 de junho de 2010.

**Mauro Heleno Galvão
Conselheiro**