

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.789/12/1ª Rito: Sumário  
PTA/AI: 01.000172852-57  
Impugnação: 40.010131482-31  
Impugnante: NS Indústria e Comércio de Alimentos e Bebidas Ltda.  
CNPJ: 10.254798/0001-51  
Proc. S. Passivo: José Fernando Gobbi Finzzeto  
Origem: P.F/Extrema – DFT/Pouso Alegre

### **EMENTA**

**SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOR ICMS/ST - BASE DE CÁLCULO.** Constatado no trânsito de mercadorias que a Impugnante reteve e recolheu a menor ICMS devido por substituição tributária ao Estado de Minas Gerais, incidente nas operações interestaduais, em decorrência de a apuração da base de cálculo do imposto estar em desacordo com o estabelecido no art. 19, alínea “b” subalínea “1”, Parte 1, Anexo XV do RICMS/02. Corretas as exigências de ICMS/ST e Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, § 2º da Lei nº 6.763/75. Lançamento procedente. Decisão unânime.

### **RELATÓRIO**

A autuação versa sobre a constatação, no dia 15/12/11, no Posto Fiscal de Extrema/MG, do transporte de mercadoria (bebida energética) sujeita ao ICMS/ST, com destaque a menor da base de cálculo ICMS/ST e sem recolhimento do imposto devido. A Autuada (NS Indústria e Comércio de Alimentos e Bebidas Ltda), localizada na Cidade de São Paulo/SP, remeteu para a Coobrigada (Garra Representações e Distribuição Ltda - EPP, CNPJ: 10.906.323/0002-83), localizada em Pouso Alegre/MG, um lote de energético (BIG TOHR em embalagens de 2000/1000/260 ml) por meio das Notas Fiscais Eletrônicas/DANFES nºs 1445 e 1448 com destaque a menor (tanto da base de cálculo como do valor do ICMS/ST) em desacordo com o estabelecido pelo Protocolo ICMS/91, pela Portaria SUTRI nº 104/11 – ENERGÉTICOS – OUTRAS MARCAS e pelos arts. 20 c/c 13 da Parte 1 e item 1 da Parte 2, ambos do Anexo XV do RICMS/02.

Exige-se ICMS/ST e Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, § 2º da Lei nº 6763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 14/29, acompanhada dos documentos de fls. 30/54, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 56/59.

### **DECISÃO**

### **Da Preliminar**

A Impugnante apresenta sua preliminar de nulidade de forma confusa, pois sua argumentação se confunde com o mérito. Alega que há ofensa aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, concluindo pela nulidade do Auto de Infração, tendo em vista a suposta falta de apresentação da fundamentação legal para a autuação, bem como dos índices utilizados no cálculo das exigências.

Entende, também, que a utilização do preço médio ponderado a consumidor final (PMPF) para cálculo da base de cálculo levou a um valor incorreto, abusivo e sem fundamentação, acarretando a nulidade do Auto de Infração.

Entretanto, o Auto de Infração que originou o presente PTA foi lavrado em perfeita atenção aos ditames do art. 89 do RPTA, restando demonstradas as infrações procedidas pela Impugnante, bem como os dispositivos legais que lhe dão suporte. Vale também esclarecer que não há de se falar em falta de apresentação dos índices que balizaram o cálculo das exigências, bem como de ilegalidade no uso do preço médio ponderado a consumidor final (PMPF), vez que todos estes aspectos se basearam na Portaria SUTRI nº 104/11.

Portanto, não há de se falar em ofensa aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, bem como na falta de embasamento legal para a autuação fiscal.

Pelo exposto, rejeita-se a preliminar de nulidade arguida.

### **Do Mérito**

A autuação versa sobre a constatação, no dia 15/12/11, no Posto Fiscal de Extrema/MG, do transporte de mercadoria (bebida energética) sujeita ao ICMS/ST, com destaque a menor da base de cálculo ICMS/ST e sem recolhimento do imposto devido. A Autuada (NS Indústria e Comércio de Alimentos e Bebidas Ltda), localizada na Cidade de São Paulo/SP, remeteu para a Coobrigada (Garra Representações e Distribuição Ltda - EPP, CNPJ: 10.906.323/0002-83), localizada em Pouso Alegre/MG, um lote de energético (BIG THOR em embalagens de 2000/1000/260 ml) por meio das Notas Fiscais Eletrônicas/DANFES nºs 1445 e 1448 com destaque a menor (tanto da base de cálculo como do valor do ICMS/ST) em desacordo com o estabelecido pelo Protocolo ICMS/91, pela Portaria SUTRI nº 104/11 – ENERGÉTICOS – OUTRAS MARCAS e pelos arts. 20 c/c 13 da Parte 1 e item 1 da Parte 2, ambos do Anexo XV do RICMS/02.

Conforme acima dito, a Impugnante confunde questões de mérito e preliminares, aduzindo que o PMPF (Preço Médio Ponderado a Consumidor Final) utilizado é ilegal. Destaca o preço de R\$18,42 (dezoito reais e quarenta e dois centavos) para a embalagem do BIG THOR 2000 ml considerando esse valor incorreto e abusivo (fl.18). Para comprovar, junta alguns panfletos promocionais do comércio varejista da Cidade de Pouso Alegre/MG (hipermercados) que mostra propaganda do energético BIG THOR – 2L com valores de venda finais de R\$7,99 (sete reais e noventa e nove centavos) e R\$ 7,89 (sete reais e oitenta e nove centavos), bem como os valores praticados para outras embalagens (fls. 18, 38/43).

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Para dar fundamentação ao caráter abusivo do valor monetário determinado pelo Fisco/MG e para observar os direitos garantidos pelo ordenamento jurídico, baseia-se na Constituição Federal citando o “princípio da proporcionalidade” (fl. 18), e o “princípio da razoabilidade” (fl. 19). Utiliza-se também de jurisprudências e de doutrinas (fls. 19/22).

Nas folhas 24 e 25 a Impugnante reproduz o texto da Portaria SUTRI Nº 104/11, dando ênfase ao art. 3º, inciso II – “*produto enquadrado em OUTROS, com descrição de embalagem para a qual não haja indicação de preço sugerido*”. Aduz que as bebidas energéticas continham o preço sugerido nas embalagens e que esse valor deveria ter sido considerado pelo Fisco para determinação da base de cálculo do ICMS/ST.

Entretanto, não merecem guarida as alegações da Impugnante, vez que a afirmação de que o Fisco deveria ter considerado o valor constante nas embalagens dos energéticos para determinação da base de cálculo do imposto e das multas, não se sustenta à luz da Cláusula Quarta-A, do Protocolo ICMS nº 11/91, combinado com o art. 1º da Portaria SUTRI nº 104/11. Senão, veja-se:

### Protocolo ICMS 11/91

Cláusula Quarta-A - Em substituição ao disposto na cláusula quarta, a unidade federada de destino poderá determinar que a base de cálculo para fins de substituição tributária seja a média ponderada dos preços a consumidor final usualmente praticados em seu mercado varejista.

### Portaria SUTRI 104/11

Art. 1º - Para o cálculo do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) devido por substituição tributária nas operações com refrigerantes e bebidas hidroeletrólíticas (isotônicas) ou energética, no período de 1º de agosto de 2011 a 31 de dezembro de 2011, o contribuinte deverá observar os preços médios ponderados a consumidor final (PMPF) constantes dos Anexos I, II e III desta Portaria.

Vale acrescentar que não se aplica ao presente caso o inciso II, do art. 3º, da Portaria em comento, pois o seu Anexo III dispõe expressamente sobre os produtos, objeto da apreensão no Posto Fiscal e posterior lavratura do presente Auto de Infração. Senão, veja-se:

EMBALAGEM	VOLUME	MARCA	CÓDIGO FABRICANTE	PMPF
VD PET PD	de 251ml até 360ml	Outras Marcas de Energéticos	61	4,83
VD PET PD	1000 ml	Outras Marcas de Energéticos	61	16,66
VD PET PD	2000 ml	Outras Marcas de Energéticos	61	18,42

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Por fim, de acordo com o RPTA (Decreto nº 44747/08), art. 110, a análise da inconstitucionalidade, bem como, do afrontamento aos princípios fundamentais estabelecidos pela Carta Magna, contidos em normas legais e administrativas, não é atribuição do Processo Administrativo Tributário:

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

I - a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive em relação à resposta à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. No mérito, também à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Fernando Luiz Saldanha e Luiz Fernando Castro Trópia.

**Sala das Sessões, 26 de abril de 2012.**

**Maria de Lourdes Medeiros**  
**Presidente / Revisora**

**Rodrigo da Silva Ferreira**  
**Relator**