

Acórdão: 23.495/20/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.001207511-41
Impugnação: 40.010148232-33
Impugnante: Brasal Refrigerantes S/A
IE: 001195081.02-08
Proc. S. Passivo: Luiz Fernando Sachet/Outro(s)
Origem: DF/Patos de Minas

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOR DE ICMS/ST – BEBIDAS – BASE DE CÁLCULO. Constatado que a Autuada efetuou a retenção e o recolhimento a menor do ICMS devido por substituição tributária ao estado de Minas Gerais, incidente nas operações internas com bebidas, em decorrência da adoção de base de cálculo do imposto em desacordo com o estabelecido no art. 47-B e art. 112, do Anexo XV, do RICMS/02. Crédito tributário reformulado pelo Fisco, para inclusão do IPI e de outras despesas, nos termos da legislação pertinente, na base de cálculo do imposto, bem como para corrigir a MVA nas saídas de refrigerantes, em determinado período. Corretas as exigências remanescentes, referentes ao ICMS/ST apurado, acrescido das Multas de Revalidação e Isolada capituladas nos arts. 56, § 2º, inciso I e 55, inciso VII, alínea “c”, ambos da Lei nº 6.763/75.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOR DE ICMS/ST - FUNDO DE ERRADICAÇÃO DA MISÉRIA (FEM). Constatou-se, ainda, falta de recolhimento do Fundo de Erradicação da Miséria (FEM), incidente nas operações internas com mercadorias previstas no inciso IV do art. 2º do Decreto nº 46.927/15. Crédito tributário reformulado pelo Fisco para correção da fórmula utilizada para cálculo das exigências. Corretas as exigências remanescentes de ICMS/ST, correspondente à diferença apurada do adicional de alíquota do ICMS relativo ao Fundo de Erradicação da Miséria (FEM), e Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e § 2º, inciso I, da Lei nº 6.763/75.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A presente autuação versa sobre a retenção e recolhimento a menor do ICMS, devido por substituição tributária, relativamente ao período de julho de 2014 a junho de 2018, incidente sobre operações internas com mercadorias relacionadas no Capítulo 3, da Parte 2, do Anexo XV, do RICMS/02 (relativamente a cervejas, chopes, refrigerantes, águas e outras bebidas), tendo em vista que a base de cálculo, consignada nos documentos fiscais de saída, foi apurada com fundamento no art. 19, inciso I, alínea “b”, item 1, do mesmo diploma regulamentar (Preço Médio Ponderado a Consumidor Final - PMPF), quando o correto seria aquela prevista no art. 19, inciso I,

alínea “b”, item 3 (Margem de Valor Agregado - MVA), na forma dos arts. 47-B, caput, e 112, todos da Parte 1 do citado anexo, uma vez que o valor da operação própria praticada pela Autuada foi superior a 86% (oitenta e seis por cento) do PMPF estabelecido para a mercadoria, no caso de saídas de refrigerantes, isotônicos e energéticos e a 75% (setenta e cinco por cento), no caso de saídas de águas minerais.

Está sendo exigido o ICMS/ST e o adicional de 2% (dois por cento) na alíquota do imposto, devida ao Fundo de Erradicação da Miséria (FEM), a Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso I, do citado artigo e a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso VII, alínea c, ambos da Lei n. 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 30/56.

A Fiscalização reformula o lançamento, adequando alguns itens referentes à apuração do crédito tributário (fls. 146/153), os quais resultaram, no geral, na majoração dos valores, motivo pelo qual, foi reaberto o prazo de 30 (trinta) dias à Impugnante.

A Autuada comparece novamente aos autos, aditando sua Impugnação (fls. 159/183).

A Fiscalização se manifesta às fls. 218/225.

DECISÃO

Da Preliminar

A Impugnante pleiteia a produção de prova pericial, como forma de comprovação de suas alegações, por entender ser necessária à elucidação de eventuais obscuridades deste processo.

Para tanto, formula os quesitos de fls. 182/183, onde questiona:

- a) a base de cálculo utilizada para apuração das exigências em análise;
- b) se foi observada a redução do ICMS da operação própria;
- c) qual o valor efetivo do imposto, até o consumidor final, das operações realizadas, confrontando-o com o valor do ICMS/ST calculado; e
- d) quais operações possuem percentual menor que 86% (oitenta e seis por cento) e 75% (setenta e cinco por cento) do valor do PMPF, excluindo-se o IPI e demais despesas.

Pois bem. Segundo a doutrina “*em casos em que o julgamento do mérito da causa depende de conhecimentos técnicos de que o magistrado não dispõe, deverá ele recorrer ao auxílio de um especialista, o perito, que dispondo do conhecimento técnico necessário, transmitirá ao órgão jurisdicional seu parecer sobre o tema posto à sua apreciação*” (Alexandre Freitas Câmara; Lições de D. Processual Civil), ou seja, somente deverá haver perícia quando o exame do fato probando depender de conhecimentos técnicos ou especiais e essa prova tiver utilidade diante dos elementos disponíveis para exame.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, a perícia, por se tratar de prova especial, só pode ser admitida quando a apuração do fato em litígio não se puder fazer pelos meios ordinários de convencimento.

Entretanto, é verificado, diante dos quesitos formulados, que os argumentos carreados aos autos pela Fiscalização, bem como pela própria Impugnante em sua defesa, revelam-se suficientes para a elucidação da questão.

Prescreve o art. 142, § 1º, inciso II, alínea “a” do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, estabelecido pelo Decreto nº 44.747/08:

Art. 142 - A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação, e será realizada quando deferido o pedido do requerente pela Câmara ou quando esta a determinar, observado o seguinte:

(...)

§ 1º - Relativamente ao pedido de perícia do requerente:

(...)

II - será indeferido quando o procedimento for:

a) desnecessário para a elucidação da questão ou suprido por outras provas produzidas;

Desse modo, como os quesitos propostos não demandam especialista com conhecimentos técnicos específicos, as respostas aos questionamentos encontram-se no conjunto probatório constante dos autos ou se mostram desnecessárias para o desfecho da questão, conforme veremos na abordagem meritória, indefere-se o pedido de produção de prova pericial.

As demais questões levantadas pela Autuada, no que se refere à nulidade do AI, por se confundirem com o mérito das exigências, serão abordadas adiante.

Do Mérito

Conforme acima relatado, a presente autuação versa sobre a retenção e recolhimento a menor do ICMS, devido por substituição tributária, relativamente ao período de julho de 2014 a junho de 2018, incidente sobre operações internas com mercadorias relacionadas no Capítulo 3, da Parte 2, do Anexo XV, do RICMS/02 (relativamente a cervejas, chopes, refrigerantes, águas e outras bebidas), tendo em vista que a base de cálculo consignada nos documentos fiscais de saída foi apurada com fundamento no art. 19, inciso I, alínea “b”, item 1, do mesmo diploma regulamentar (Preço Médio Ponderado a Consumidor Final - PMPF), quando o correto seria aquela prevista no art. 19, inciso I, alínea “b”, item 3 (Margem de Valor Agregado - MVA), na forma dos arts. 47-B, caput, e 112, todos da Parte 1 do citado anexo, uma vez que o valor da operação própria praticada pela Autuada foi superior a 86% (oitenta e seis por cento) do PMPF estabelecido para a mercadoria, no caso de saídas de refrigerantes, isotônicos e energéticos e a 75% (setenta e cinco por cento), no caso de saídas de águas minerais.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Está sendo exigido o ICMS/ST e o adicional de 2% (dois por cento) na alíquota do imposto, devida ao Fundo de Erradicação da Miséria (FEM), a Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso I, do citado artigo e a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso VII, alínea c, ambos da Lei n. 6.763/1975.

Para análise do presente trabalho, cabe trazer à colação a legislação de regência da matéria, que disciplina as regras aplicáveis à apuração da base de cálculo do ICMS/ST, a começar pelo art. 13 da Lei nº 6.763/75, *in verbis*:

Lei nº 6.763/75

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 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.

Conforme se observa, o item 2, do § 19, do art. 13, da Lei mineira, dispõe que a base de cálculo do ICMS/ST será o valor da operação, nele incluídos os demais valores cobrados do destinatário e acrescido da MVA.

Como alternativa a essa forma de apuração, o § 29 do mesmo artigo possibilita a utilização do PMPF, na forma estabelecida em regulamento.

Tal regramento está em consonância com o disposto no inciso II c/c § 6º, ambos do art. 8º, da Lei Complementar nº 87/96, que autoriza os Estados a adotarem como base de cálculo da substituição tributária, facultativamente, a MVA ou o PMPF.

Lei Complementar nº 87/96

Art. 8º A base de cálculo, para fins de substituição tributária, será:

[...]

II - em relação às operações ou prestações subsequentes, obtida pelo somatório das parcelas seguintes:

a) o valor da operação ou 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 aos adquirentes ou tomadores de serviço;

c) a margem de valor agregado, inclusive lucro, relativa às operações ou prestações subsequentes.

[...]

§ 2º Tratando-se de mercadoria ou serviço cujo preço final a consumidor, único ou máximo, seja fixado por órgão público competente, a base de cálculo do imposto, para fins de substituição tributária, é o referido preço por ele estabelecido.

[...]

§ 4º A margem a que se refere a alínea c do inciso II do caput será estabelecida com base em preços usualmente praticados no mercado considerado, obtidos por levantamento, ainda que por amostragem ou através de informações e outros elementos fornecidos por entidades representativas dos respectivos setores, adotando-se a média ponderada dos preços coletados, devendo os critérios para sua fixação ser previstos em lei.

[...]

§ 6º Em substituição ao disposto no inciso II do caput, 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 sua similar, em condições de livre concorrência, adotando-se para sua apuração as regras estabelecidas no § 4º deste artigo.

Ressalte-se que a regra prevista no § 2º, do mesmo art. 8º, se refere a preços fixados, determinados pelo poder público, o que não é o caso das bebidas. Tal dispositivo se aplica quando há as chamadas tarifas públicas ou, no passado, quando havia tabelamento de preços por órgão oficial.

Por sua vez, a alínea “b”, do art. 19, do Anexo XV, do RICMS/02, determina:

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 submetida ao regime de substituição tributária 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

(Efeitos de 1º/01/2016 31/12/2018 - Redação dada pelo art. 1º, e vigência estabelecida pelo art. 19, III, ambos do Dec. nº 46.931, de 30/12/2015):

3. o preço praticado pelo remetente acrescido dos valores correspondentes a descontos concedidos, inclusive o incondicional, frete, seguro, impostos, contribuições, royalties relativos a franquia e de 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 submetida ao regime de substituição tributária relacionada na Parte 2 deste Anexo e observado o disposto nos §§ 5º a 8º;

(Efeitos de 12/08/2011 a 31/12/2015 - Redação dada pelo art. 3º e vigência estabelecida pelo art. 5º, III, ambos do Dec. nº 45.688, de 11/08/2011):

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

3. o preço praticado pelo remetente acrescido dos valores correspondentes a descontos concedidos, inclusive o incondicional, frete, seguro, impostos, contribuições, royalties relativos a franquia e de 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;

Portanto, no caso das bebidas, que não possuem preço sugerido pelos fabricantes, a legislação permite a utilização de duas sistemáticas para apurar a base de cálculo do ICMS/ST.

O PMPF é aplicado como regra geral, uma vez que, pela ordem, é o primeiro critério, conforme art. 19, inciso I, da Parte 1, do Anexo XV, do RICMS/02. No entanto, quanto aos produtos cerveja, chope, refrigerante, água e outras bebidas, há norma específica que estabelece uma exceção à sua utilização, consoante art. 47-B e art. 112, ambos da Parte 1, do Anexo XV, do RICMS/02.

Assim, verifica-se que em tais dispositivos regulamentares, consta expressamente que, nas operações internas com as mercadorias em questão, se o valor da operação própria do remetente for superior a 86% (oitenta e seis por cento) e 75 (setenta e cinco por cento) do PMPF divulgado pela SEF/MG, a base de cálculo do ICMS/ST a ser adotada, será a estabelecida no art. 19, inciso I, alínea “b”, item 3 do referido Anexo XV (Margem de Valor Agregado – MVA) e **não** o PMPF:

Art. 47-B. Na hipótese de operação interna com mercadoria submetida ao regime de substituição tributária com âmbito de aplicação 3.1 de que trata o capítulo 3 da Parte 2 deste Anexo em que o valor da operação própria praticado pelo remetente seja superior a 86% (oitenta e seis por cento) do preço médio ponderado a consumidor final (PMPF) estabelecido para a mercadoria, o imposto devido por substituição tributária será calculado utilizando-se da base de cálculo estabelecida no art. 19, I, “b”, 3, desta Parte.

Art. 112. Na hipótese de operação com mercadoria submetida ao regime de substituição tributária com âmbito de aplicação 3.3 de que trata o capítulo 3 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.

(Grifou-se).

O dispositivo legal supratranscrito veio para coibir distorções na apuração do ICMS/ST, quando o valor da operação própria se aproxima em demasia do valor do PMPF, e está em consonância com o disposto no art. 8º, inciso II c/c § 6º da Lei Complementar nº 87/96, que autoriza os Estados a adotarem como base de cálculo da substituição tributária, facultativamente, a MVA ou o PMPF.

Em sua Defesa, alega a Autuada:

- que o PMPF deve ser aplicado como regra geral, uma que o art. 19, inciso I, b do RICMS, o colocou em posição de preferência na ordem dos critérios possíveis, o que foi observado, porém a Fiscalização entendeu que deveria ter sido utilizada a MVA, nos termos do art. 47-b e art. 112, todos do Anexo XV do RICMS/02;
- que o Regulamento do ICMS, nos artigos 47-B e 112, ambos da Parte 1 do Anexo XV, estabelece critério híbrido e inovador de apuração da base de cálculo do ICMS/ST, por meio do “gatilho”, que alterna entre a aplicação do PMPF e da MVA e que tal critério não pode se dar mediante decreto, em face do princípio da legalidade, conforme art. 150, I, da Constituição Federal/1988;
- que ao Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais, não compete apreciar a constitucionalidade de normas, mas que pode exercer o livre direito/dever da interpretação, obedecendo o princípio da unidade do ordenamento jurídico;
- que, se entender pela aplicação do critério previsto nos arts. 47-b e 112 do Anexo XV do RICMS/02, o AI mostra-se nulo, em razão da apuração equivocada da BC do ICMS, implicando em cobrança extremamente superior ao montante efetivamente devido, conforme demonstra;
- que ao apurar o ICMS/ST, a autoridade cometeu grave equívoco, pois a MVA deve considerar o preço efetivo da mercadoria, em uma operação para cálculo do ICMS normal, sem utilização do PMPF, conforme demonstra, isto é, a seu ver, o valor a ser multiplicado pela MVA corresponde à soma da base de cálculo do ICMS incidente sobre a operação própria e do IPI e que houve erro na apuração do crédito tributário, que se traduz em vício material insanável;
- cita jurisprudência que, a seu ver, consolidou o entendimento de que o erro de direito não autoriza a revisão do lançamento;
- que quando existe possibilidade de se apurar a operação real, não há que se falar em valor presumido;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- que sendo mantida a autuação, não se aplica a MR no percentual de 100%, já que a descrição da norma, não guarda relação com o fato autuado, já que reteve e recolheu o ICMS/ST.

Após a apresentação da impugnação, a Fiscalização reformulou o crédito tributário (fls. 146/153, planilhas de fls. 154/156 e mídia de fls. 157), promovendo as seguintes alterações:

- cômputo do IPI e outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, na obtenção das razões estabelecidas no art. 47-b e art. 112, ambos do Anexo XV, do RICMS/02;
- cômputo do IPI e outros encargos, conforme descrito no item anterior, no montante sobre o qual aplicou a Margem de Valor Agregado (MVA);
- correção da fórmula utilizada para cálculo do Fundo de Erradicação da Miséria – FEM;
- Correção da Margem de Valor Agregado – MVA, relativamente às saídas de “refrigerantes”, em determinado período.

Foi reaberto o prazo de 30 (trinta) dias à Autuada, que comparece novamente aos autos, alegando:

- repisa alguns dos argumentos anteriormente apresentados;
- que além do erro na apuração da BC, foi alterado o critério e apuração do razão, para incluir o valor do IPI, pois para o critério de aplicação comparativa dos 86% e 75% estabelecidos no arts. 47-b e 112 do RICMS, não se aplica o IPI no cálculo da operação própria do remetente, por falta de previsão legal;
- cita o art. 150, § 7º, da Constituição, afirmando que, no caso em tela, é possível apurar o valor do ICMS a partir do valor efetivo da operação de venda a consumidor final e não com base no valor presumido dessa, sendo necessário excluir, do crédito tributário exigido, os valores cobrados acima do valor real.

A Fiscalização, por sua vez, se manifesta, sob os seguintes argumentos:

- que o pedido de produção de prova pericial é meramente protelatório, uma vez que o quadro constante do Anexo 01 (Apuração do Crédito Tributário) é suficientemente claro para demonstrar os critérios utilizados na apuração dos valores, bem como os cálculos realizados;
- quanto às alegação de inconstitucionalidade dos artigos 47-B e 112, ambos da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/2002, de acordo com o art. 110, I, do RPTA, não se incluem na competência do órgão julgador a

declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo;

- que não procede a alegação sobre a suposta existência de erro na apuração do crédito tributário, em decorrência de incorreção na apuração da base de cálculo do ICMS/ST, pelo critério da MVA adotado pelo Fisco, pois, ao apurar a base de cálculo do imposto devido por substituição tributária, agiu exatamente dentro dos limites definidos no art. 19, § 4º, II, a, da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/2002;

- traz exemplo do cálculo relativo ao produto COCA COLA PET 18X250ML (NCM 2202.10.00), descrito na nota fiscal de saída n. 420, emitida em 05/07/2014;

- que a alegação de erro apontado pela Impugnante, relativamente ao valor da base de cálculo utilizada na operação própria, não merece acolhida, demonstrando estar correto os valores utilizados e estar correta a apuração da base de cálculo do ICMS/ST realizada no presente trabalho, não havendo que se falar em ajuste ou em vício no crédito tributário;

- que, da mesma forma, não há que se falar em erro na verificação do “disparo do gatilho”, ou seja, no cálculo da razão de 86% e 75%, prevista nos artigos 47-B, caput e 112, ambos da Parte 1, do Anexo XV, do RICMS/2002, explicando que a Impugnante entende que, no cálculo da razão, o denominador corresponde tão somente ao valor total da mercadoria consignado na nota fiscal e não à somatória desse valor, do IPI e de outras despesas cobradas do destinatário, como entende o Fisco;

- prossegue, afirmando que a correção do trabalho fiscal, nesse aspecto, encontra amparo nos artigos 47-B, caput e 112, ambos da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/2002, que utilizam a expressão “valor da operação própria praticado” e não “preço praticado pelo remetente”;

- que a expressão “valor da operação própria praticado pelo remetente” significa o preço praticado pelo remetente, acrescido dos valores correspondentes a descontos concedidos, inclusive o incondicional, frete, seguro, impostos, contribuições, royalties relativos a franquias e de outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, portanto, ao contrário do que alega a Autuada, o valor do IPI deve, sim, ser levado em conta na aferição do “disparo do gatilho”, bem como o valor relativo às “despesas acessórias” cobradas do destinatário;

- quanto à alegação da Defesa, de que deve ser excluído do crédito tributário, os valores de ICMS cuja base de cálculo na operação a consumidor final tenha sido inferior à base de cálculo do fato gerador presumido, cabe mencionar que tais valores são passíveis de restituição ao contribuinte substituído, ou seja, ao contribuinte que houver praticado a operação interna de circulação da mercadoria a consumidor final, nos termos do art. 31-C da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/2002 e não à Impugnante, na condição de substituto tributário, uma vez que não remete, para consumidor final, mercadorias com ICMS retido ou recolhido por substituição tributária;

- que está correta a exigência em dobro da multa de revalidação

Note-se, portanto, que não assiste razão à Impugnante, pois as normas acima expostas são taxativas ao admitir a utilização do PMPF, em operações internas, somente nos casos em que o valor da operação própria praticado pelo remetente seja inferior a 75 (setenta e cinco por cento) e 86% (oitenta e seis por cento) do valor do PMPF, nos casos especificados.

A Impugnante alega, ainda, que não poderiam ter sido considerados, tal como fez a Fiscalização, os valores referentes ao IPI e demais despesas, por falta de previsão legal, na apuração da base de cálculo da operação própria do remetente.

Não obstante os argumentos apresentados, são incontroversas as disposições contidas na norma que rege a matéria, haja vista a redação do já citado item 3, alínea “b”, inciso I, do art. 19, Parte 1, Anexo XV do RICMS/02. Confira-se, mais uma vez:

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

I - em relação às operações subsequentes:

(...)

b) tratando-se de mercadoria que não tenha seu preço fixado por órgão público competente, observada a ordem:

(...)

(Efeitos de 1º/01/2016 31/12/2018 - Redação dada pelo art. 1º, e vigência estabelecida pelo art. 19, III, ambos do Dec. nº 46.931, de 30/12/2015):

3. o preço praticado pelo remetente acrescido dos valores correspondentes a descontos concedidos, inclusive o incondicional, frete, seguro, impostos, contribuições, royalties relativos a franquia e de 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 submetida ao regime de substituição tributária relacionada na Parte 2

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

deste Anexo e observado o disposto nos §§ 5º a 8º;

(Efeitos de 12/08/2011 a 31/12/2015 - Redação dada pelo art. 3º e vigência estabelecida pelo art. 5º, III, ambos do Dec. nº 45.688, de 11/08/2011):

3. o preço praticado pelo remetente acrescido dos valores correspondentes a descontos concedidos, inclusive o incondicional, frete, seguro, impostos, contribuições, royalties relativos a franquia e de 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;

(Grifou-se)

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJ/MG) vem corroborando esse entendimento, o que pode ser observado através da decisão abaixo reproduzida, que envolve caso análogo ao do presente processo:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - ICMS/ST PARA FRENTE - BASE DE CÁLCULO - VENDA DE CERVEJA E REFRIGERANTE - ART. 47-A DO RICMS/MG - RECOLHIMENTO A MENOR - MULTAS - CABIMENTO - JUROS DE MORA - INCIDÊNCIA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - MANUTENÇÃO - RECURSO NÃO PROVIDO 1. A BASE DE CÁLCULO DO ICMS-ST, NOS CASOS EM QUE O VALOR DA OPERAÇÃO PRÓPRIA SUPERA 80% (OITENTA POR CENTO) DO PMPF, É "O PREÇO PRATICADO PELO REMETENTE ACRESCIDO DOS VALORES CORRESPONDENTES A DESCONTOS CONCEDIDOS, INCLUSIVE O INCONDICIONAL, FRETE, SEGURO, IMPOSTOS, CONTRIBUIÇÕES, ROYALTIES RELATIVOS A FRANQUIA E DE 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)..." E NÃO " O PREÇO MÉDIO PONDERADO A CONSUMIDOR FINAL (PMPF) DIVULGADO EM PORTARIA DA SUPERINTENDÊNCIA DE TRIBUTAÇÃO.

2. NÃO HÁ QUE SE FALAR EM INAPLICABILIDADE DO ART. 47-A POR SUPOSTA VIOLAÇÃO A LEI COMPLEMENTAR Nº. 87/96, AO PROTOCOLO ICMS Nº11/91 E A DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NOS AUTOS DA ADI 1.851/AL, TENDO EM VISTA O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL PACÍFICO DESTA EG. TRIBUNAL, NO SENTIDO DE QUE SE TRATA DE IMPORTANTE REGRA DE ELISÃO FISCAL.

3. TAMBÉM NÃO SE VERIFICA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA, POIS O VALOR DEVIDO É CONHECIDO PREVIAMENTE PELO RESPONSÁVEL. O MESMO SE DIGA QUANTO

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA, HAJA VISTA QUE A INOBSERVÂNCIA DO ART. 47-A COLOCARIA O CONTRIBUINTE EM POSIÇÃO DE VANTAGEM EM RELAÇÃO ÀS DEMAIS EMPRESAS DO RAMO, O QUE REDUNDARIA, AÍ SIM, EM INFRINGÊNCIA AO PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA.

(...)

(APELAÇÃO CÍVEL 1.0024.13.022901-6/002, RELATOR(A): DES.(A) TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO, 8ª CÂMARA CÍVEL, JULGAMENTO EM 22/05/2014, PUBLICAÇÃO DA SÚMULA EM 02/06/2014)

(GRIFOU-SE)

As demais questões alegadas pela Defesa, no que se refere a supostos equívocos do crédito tributário, foram todas rebatidas pela Fiscalização, conforme acima referenciado, bem como demonstrado, nos autos, o correto cálculo das exigências fiscais.

Da mesma forma, correta a cobrança de 2% (dois por cento) de adicional de alíquota do ICMS relativo ao Fundo de Erradicação da Miséria (FEM), previsto no art. 2º, inciso IV c/c art. 3º, inciso I, alínea “a”, ambos do Decreto nº 46.927/15 e no art. 12-A, inciso IV, da Lei nº 6.763/75:

Decreto nº 46.927/15

Art. 2º A alíquota do ICMS prevista no inciso I do art. 42 do Regulamento do ICMS - RICMS -, aprovado pelo Decreto nº 43.080, de 13 de dezembro de 2002, será adicionada de dois pontos percentuais na operação interna que tenha como destinatário consumidor final, realizada até 31 de dezembro de 2019, com as seguintes mercadorias:

(...)

IV - refrigerantes, bebidas isotônicas e bebidas energéticas;

(...)

Art. 3º O disposto no art. 2º:

I - aplica-se, também:

a) na retenção ou no recolhimento do ICMS devido por substituição tributária, inclusive nos casos em que o estabelecimento do responsável esteja situado em outra unidade da Federação;

Lei nº 6.763/75

Art. 12-A. Fica estabelecido, para os fins do disposto no § 1º do art. 82 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição da República, com vigência até 31 de dezembro de 2019, o adicional de dois pontos percentuais na alíquota prevista para a operação interna que tenha como destinatário consumidor final, contribuinte ou não do imposto, com as

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

mercadorias abaixo relacionadas, inclusive quando a alíquota for fixada no regulamento do imposto:

(...)

IV - refrigerantes, bebidas isotônicas e bebidas energéticas;

Relativamente às penalidades, ao contrário do que afirma a Autuada, a exigência da Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso I da Lei nº 6.763/75, ou seja, com a majoração prevista nesse último, reputa-se correta, visto que deve ser aplicada, tanto nos casos de **falta de recolhimento**, quanto naqueles de **recolhimento a menor** do imposto, em função das disposições contidas no art. 53, inciso III, do mesmo diploma legal, que prescrevem:

Lei nº 6.763/75:

Art. 53. As multas serão calculadas tomando-se como base:

(...)

III - o valor do imposto não recolhido tempestivamente no todo ou em parte;

(...)

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 hipóteses de reduções previstas nos §§ 9º e 10 do art. 53.

(...)

§ 2º As multas serão cobradas em dobro, quando da ação fiscal, aplicando-se as reduções previstas no § 9º do art. 53, na hipótese de crédito tributário:

(...)

I - por não-retenção ou por falta de pagamento do imposto retido em decorrência de substituição tributária;

(Grifou-se)

Devidamente exigida, também, a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso VII, alínea “c”, da Lei 6.763/75, conforme discriminado nas planilhas juntadas aos autos. Tal dispositivo preceitua:

Lei nº 6.763/75:

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:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

VII - por consignar em documento fiscal que acobertar a operação ou a prestação

c) valor da base de cálculo menor do que a prevista na legislação, relativamente à prestação ou operação própria ou à substituição tributária, nas hipóteses não abrangidas pelas alíneas "a" e "b" deste inciso - 20% (vinte por cento) do valor da diferença apurada;

Quanto às assertivas de ilegalidade e inconstitucionalidade trazidas pela Defesa, cumpre registrar que não cabe ao Conselho de Contribuintes negar aplicação a dispositivos de lei, por força de sua limitação de competência constante do art. 182 da Lei nº 6.763/75 (e art. 110, inciso I do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA), *in verbis*:

Art. 182. 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 consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda, nos termos do § 2º do art. 146;

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento, considerando o Termo de Rerratificação de fls. 146/153. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Alexandra Codo Ferreira de Azevedo (Revisora) e Wagner Dias Rabelo.

Sala das Sessões, 18 de fevereiro de 2020.

Cindy Andrade Moraes
Relatora

Eduardo de Souza Assis
Presidente