

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 5.346/20/CE Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.001124142-80
Recurso de Revisão: 40.060149557-71, 40.060149556-90 (Coob.)
Recorrente: Maximus Atacadista Distribuidor de Produtos Alimentícios Eireli
CNPJ: 08.691096/0001-93
Maximus Atacadista e Distribuidor de Produtos Alimentícios Eireli (Coob.)
IE: 002656694.00-57
Recorrido: Fazenda Pública Estadual
Proc. S. Passivo: Saulo Vinícius de Alcântara/Outro(s)
Origem: DGP/SUFIS – NCONEXT/DF

EMENTA

RECURSO DE REVISÃO - NÃO CONHECIMENTO - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA. Não comprovada a divergência jurisprudencial prevista no art. 163, inciso II do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA, não se configurando, por conseguinte, os pressupostos de admissibilidade para o recurso.

Recursos de Revisão não conhecidos à unanimidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre recolhimento a menor de ICMS/ST, no período de maio de 2016 a dezembro de 2017, uma vez que a Autuada, estabelecida em Brasília/DF, CNAE-F principal 46.91-5-00 (comércio atacadista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios), contribuinte substituta tributária por força dos Protocolos ICMS n°s 30/13, 31/13 e 32/13, destacou base de cálculo menor do que a prevista na legislação, nas operações interestaduais de transferências de mercadorias sujeitas à substituição tributária para sua Filial mineira, localizada em Unaí/MG.

O Fisco verificou que a Contribuinte não obedeceu ao comando do art. 19, § 11, inciso I e § 12 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02, que dispõe sobre a formação da base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária, na operação interestadual de transferência, entre estabelecimentos do mesmo titular, destinada a não varejista, em que deve substituir o “preço praticado pelo remetente” pelo “preço médio ponderado”, obtido com base nas operações de saídas internas do estabelecimento mineiro (Filial).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e § 2º, inciso I da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso VII, alínea “c” da citada lei.

Foi constatado, também, que, em relação às mesmas operações, a Autuada deixou de recolher os 2% (dois por cento) de adicional de alíquota do ICMS relativo ao Fundo de Erradicação da Miséria (FEM), previsto no Decreto nº 46.927/15 (art. 2º) e no art. 12-A da Lei nº 6.763/75.

Exigências de ICMS/FEM e correspondente Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e § 2º, inciso I da Lei nº 6.763/75.

Considerando, ainda, que a Contribuinte não atendeu ao objeto de intimação fiscal, determinada mediante Auto de Início de Ação Fiscal-AIAF, o Fisco exigiu a Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 6.763/75.

A empresa destinatária, Maximus Atacadista Distribuidor de Produtos Alimentícios Ltda (Filial), IE 02656694.00-57, estabelecida em Unaí/MG, foi incluída no polo passivo da presente obrigação tributária, como Coobrigada, em decorrência do art. 15 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02.

A 3ª Câmara de Julgamento, em decisão consubstanciada no Acórdão nº 23.438/19/3ª, por maioria de votos, julga parcialmente procedente o lançamento, nos termos das reformulações do crédito tributário efetuadas pela Fiscalização às fls. 362/611 e 787/816, nos termos do parecer da Assessoria do CCMG. Vencida, em parte, a Conselheira Mariel Orsi Gameiro (Revisora), que o julgava parcialmente procedente para, ainda, excluir a majoração da multa de revalidação. Pelas Impugnantes, sustentou oralmente o Dr. Marcelo Augusto Gomes da Rocha e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Marcelo Cássio Amorim Rebouças.

Inconformados, os Recorrentes interpõem, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, o Recurso de Revisão de fls. 957/981.

Afirmam que a decisão recorrida revela-se divergente das decisões proferidas nos seguintes acórdãos indicados como paradigmas: 22.266/19/2ª, 19.705/10/3ª e 3.650/10/CE (cópias às fls. 986/1.021).

Os Recorrentes apresentam, ainda, como paradigma, decisão proferida pelo TJMG (fls. 1.022/1.038).

Requerem, ao final, o conhecimento e provimento do Recurso de Revisão.

A Assessoria do CCMG, em parecer de fls. 1.041/1.048, opina em preliminar, pelo não conhecimento do Recurso de Revisão e, quanto ao mérito, pelo seu não provimento.

DECISÃO

Os fundamentos expostos no parecer da Assessoria do CCMG foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e por essa razão passam a compor o presente Acórdão, salvo pequenas alterações.

Dos Pressupostos de Admissibilidade

Superada a condição de admissibilidade referente ao rito processual, capitulada no inciso II do art. 163 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, cumpre verificar o atendimento, também, da segunda condição estatuída no citado dispositivo legal, relativa à divergência jurisprudencial.

Para efeito de se avaliar a admissibilidade do Recurso, deve-se ressaltar que essa espécie de Recurso de Revisão tem como pressuposto de cabimento a existência de decisões divergentes quanto à aplicação da legislação tributária, sobre a mesma matéria e em circunstâncias/condições iguais, proferidas pela mesma ou por outra Câmara de Julgamento deste Órgão Julgador.

Nesse sentido, o objetivo buscado pelo Órgão Julgador é o da uniformização das decisões, evitando que as Câmaras decidam de forma diferente sobre determinada matéria.

Os Recorrentes sustentam que a decisão recorrida revela-se divergente das decisões proferidas nos Acórdãos nºs 22.266/19/2ª, 19.705/10/3ª e 3.650/10/CE (cópias às fls. 986/1.021).

Apresentam, ainda, como paradigma, decisão proferida pelo TJMG (fls. 1.022/1.038).

Cumprе esclarecer, *a priori*, que o pressuposto de cabimento para o Recurso de Revisão, conforme previsto no inciso II do art. 163 do RPTA, não leva em consideração decisões tomadas pelo Poder Judiciário ou por outros órgãos de jurisdição administrativa, tendo em vista que o objetivo processual de uniformização das decisões pretendido com essa possibilidade recursal se circunscreve às possíveis divergências jurisprudenciais ocorridas no âmbito deste Órgão Julgador.

Decisões Apontadas como Paradigmas: Acórdãos nºs 19.705/10/3ª e 3.650/10/CE

Cumprе ressaltar, *a priori*, que as decisões proferidas nos Acórdãos nº 19.705/10/3ª e 3.650/10/CE foram publicadas no Diário Oficial no exercício de 2010 (25/09 e 11/12, respectivamente), ou seja, há mais de 5 (cinco) anos da data da publicação da decisão recorrida, esta proferida no Acórdão nº 23.438/19/3ª, disponibilizada no Diário Eletrônico da SEF/MG em 20/12/19 (fls. 956 dos autos), sendo considerada publicada no primeiro dia útil seguinte, ou seja, em 23/12/19.

Nesse sentido, resta prejudicada a análise quanto à possível divergência jurisprudencial em relação a essas decisões, com fulcro na previsão contida no inciso I do art. 165 do RPTA, *in verbis*:

Art. 165. Relativamente ao Recurso de Revisão interposto com fundamento no art. 163, II, será observado o seguinte:

I - a petição indicará de forma precisa a decisão divergente, cujo acórdão tenha sido publicado no máximo há 5 (cinco) anos da data da publicação da decisão recorrida, sob pena de ser declarado deserto;

(Grifou-se) .

(...)

Decisão Apontada como Paradigma: Acórdão nº 22.266/19/2ª

A decisão proferida no Acórdão nº 22.266/19/2ª é definitiva na esfera administrativa.

Afirmam os Recorrentes que o caso dessa decisão é semelhante à discussão travada na decisão recorrida.

Sustentam que nessa decisão o contribuinte havia supostamente recolhido ICMS/ST por ter utilizado base de cálculo menor que o valor da operação, que era de venda para contribuintes mineiros.

Aduzem que a 2ª Câmara de Julgamento decidiu que a Fiscalização não poderia selecionar indevidamente os maiores valores praticados pelo contribuinte como forma de arbitramento para exigência do imposto a título de substituição tributária.

Afirmam que a prática de formação da base de cálculo do ICMS/ST por meio de arbitramento é prática não prevista na legislação tributária aplicável.

Nesse sentido, entendem que a *ratio decidendi* disposta no acórdão paradigma deve ser, inevitavelmente, a mesma a ser aplicada na decisão do acórdão recorrido.

Transcrevem o seguinte trecho da decisão apontada como paradigma que entendem fundamentar seu argumento:

DECISÃO APONTADA COMO PARADIGMA: ACÓRDÃO 22.266/19/2ª

ENTRETANTO, COMO SALIENTADO PELO FISCO, OS PEDIDOS E AS TABELAS DE VENDA NÃO DERAM SUPORTE AO LANÇAMENTO E, POR OUTRO LADO, OS VALORES DAS OPERAÇÕES TIVERAM COMO PARÂMETRO O PRÓPRIO VALOR ADOTADO PELA IMPUGNANTE NA EMISSÃO DE SUAS NOTAS FISCAIS, SEMPRE O MAIOR PARA CADA TIPO DE PRODUTO.

ORA, EMBORA DEMONSTRADAS DIVERGÊNCIAS DE VALORES EM RELAÇÃO AOS DIVERSOS PRODUTOS COMERCIALIZADOS, NÃO NECESSARIAMENTE SIGNIFICA QUE O PROCEDIMENTO É IRREGULAR E QUE IMPLICA EM SONEGAÇÃO FISCAL, PODENDO ATÉ SER FRUTO, COMO ALEGA A AUTUADA, DE DESCONTOS CONCEDIDOS NAS OPERAÇÕES.

NESTE PONTO, É OPORTUNO DESTACAR QUE É INCONTROVERSO O ENTENDIMENTO DE QUE OS DESCONTOS QUE INDEPENDEM DE CONDIÇÃO NÃO INTEGRAM A BASE DE CÁLCULO DO ICMS NAS OPERAÇÕES PRÓPRIAS DO CONTRIBUINTE, CONFORME PRESCREVEM OS ART. 13, § 1º, INCISO II, ALÍNEA "A" DA LEI COMPLEMENTAR Nº 87/96 E ART. 13, § 2º, ITEM 1, ALÍNEA "B" DA LEI Nº 6.763/75.

CONTUDO, ESSE ENTENDIMENTO NÃO PODE SER INVOCADO PARA QUE SE ADOTE O MESMO CRITÉRIO NA FORMAÇÃO DA BASE

DE CÁLCULO DO ICMS/ST EM RAZÃO DE SE TRATAR DE OPERAÇÃO FUTURA, INEXISTINDO A GARANTIA DE QUE O DESCONTO SERÁ AUTOMATICAMENTE TRANSFERIDO AO CONSUMIDOR FINAL.

ESCLAREÇA-SE QUE O ITEM 3 DA ALÍNEA “B” DO INCISO I DO ART. 19 DA PARTE 1 DO ANEXO XV DO RICMS/02 EVIDENCIA, DE FORMA EXPRESSA, QUE OS DESCONTOS CONCEDIDOS, INCLUSIVE O INCONDICIONAL, INTEGRAM A BASE DE CÁLCULO DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, PORÉM, ESTA CIRCUNSTÂNCIA NÃO FOI OBJETO, NO PRESENTE TRABALHO, DE CONSIDERAÇÃO POR PARTE DA FISCALIZAÇÃO.

DESSA FORMA, CONSIDERANDO QUE NA PRESENTE SITUAÇÃO FÁTICA, A APURAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO ICMS/ST, MEDIANTE ARBITRAMENTO, NÃO ENCONTRA AMPARO NAS HIPÓTESES PREVISTAS NO ART. 53 DO RICMS/02, NÃO HÁ COMO MANTER AS EXIGÊNCIAS FISCAIS. (GRIFADO PELOS RECORRENTES).

(...)

Verifica-se, pelo trecho transcrito da decisão, que a improcedência do lançamento teve como fundamento a não observância pela Fiscalização das previsões legais para formação da base de cálculo do ICMS/ST.

A base de cálculo do ICMS/ST, para a situação daqueles autos, segundo a previsão constante do item 2 do § 19 do art. 13 da Lei nº 6.763/75, deveria ser 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 art. 13 da Lei nº 6.763/75 possibilitava a utilização do PMPF, na forma estabelecida em regulamento.

Contudo, descumprindo determinação legal, a Fiscalização entendeu que o ICMS/ST deveria ter sido calculado nos termos do art. 19, inciso I, alínea “b”, item 3 do Anexo XV do RICMS/02, ou seja, utilizando-se a base de cálculo formada pelo preço praticado pelo Contribuinte, acrescida do percentual de margem de valor agregado (MVA) estabelecida para a mercadoria, constante da Parte 2 do mesmo Anexo XV.

Contudo, a Fiscalização não se utilizou dos valores dos pedidos e nem dos constantes das tabelas de preço do Sujeito Passivo para realização do lançamento, servindo-se deles apenas para ilustrar o trabalho no sentido de demonstrar que os valores praticados pela Autuada não seriam reais.

Dessa forma, a Fiscalização, ao efetuar o arbitramento, criou uma sistemática diferente da prevista em lei.

Diante desse fato, considerando que a apuração da base de cálculo do ICMS/ST, mediante arbitramento, não encontrava amparo nas hipóteses previstas no art. 53 do RICMS/02, a 2ª Câmara de Julgamento decidiu pela improcedência do lançamento, cancelando as exigências fiscais.

Contudo, no caso da situação fática da decisão recorrida, não houve descumprimento da previsão legal por parte da Fiscalização na formação da base de cálculo do ICMS/ST para as exigências fiscais constantes do lançamento.

Seguem trechos do acórdão que confirmam tal assertiva:

DECISÃO RECORRIDA: ACÓRDÃO Nº 23.438/19/3ª

NO ENTANTO, O PRESENTE LANÇAMENTO FOI EFETUADO PELO FISCO EM ESTRITA OBSERVÂNCIA À LEGISLAÇÃO E COM TOTAL CLAREZA E EXATIDÃO.

ESPECIALMENTE NO RELATÓRIO FISCAL, EM SEU ITEM 11 (FLS. 17/18 DOS AUTOS), FORAM APRESENTADOS OS FUNDAMENTOS DA AUTUAÇÃO, INDICANDO CLARAMENTE A FORMA CORRETA QUE DEVE SER APURADA A BASE DE CÁLCULO DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA NAS OPERAÇÕES DE TRANSFERÊNCIA INTERESTADUAL, ENTRE ESTABELECIMENTOS DO MESMO TITULAR, DESTINADA A NÃO VAREJISTA, QUE CORRESPONDEM EXATAMENTE AO CASO CONCRETO, DE ACORDO COM O DISPOSTO NO ART. 19, INCISO I, ALÍNEA "B", ITEM 3 C/C § 11, INCISO I, E § 12, DO MESMO ARTIGO DA PARTE 1 DO ANEXO XV DO RICMS/02, OU SEJA, DEVE-SE ADOTAR, NA APURAÇÃO DA BC/ST, O "PREÇO MÉDIO PONDERADO", OBTIDO COM BASE NAS OPERAÇÕES DE SAÍDAS INTERNAS DO ESTABELECIMENTO MINEIRO.

ASSIM, NÃO RESTAM DÚVIDAS ACERCA DA SISTEMÁTICA UTILIZADA PELO FISCO, À LUZ DA LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA, NA FORMAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA NAS OPERAÇÕES INTERESTADUAIS DE TRANSFERÊNCIAS OBJETO DE AUTUAÇÃO, TANTO QUE A PRÓPRIA DEFESA QUESTIONA INSISTENTEMENTE TAL LEGISLAÇÃO, POIS ENTENDE QUE DEVE SER ADOTADO O "PREÇO PRATICADO PELO REMETENTE", ALEGANDO, INCLUSIVE, INCONSTITUCIONALIDADE DO REFERIDO COMANDO LEGAL, O QUE SERÁ ABORDADO MAIS ADIANTE.

COMO A CONTRIBUINTE NÃO APUROU A BASE DE CÁLCULO NOS TERMOS DA MENCIONADA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA, O FISCO EXIGIU NOS PRESENTES AUTOS A DIFERENÇA DE IMPOSTO DEVIDA.

DESTACA-SE QUE A METODOLOGIA DE APURAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, BEM COMO O CONFRONTO DOS VALORES DO IMPOSTO APURADOS PELO FISCO E DECLARADOS PELA CONTRIBUINTE NOS DOCUMENTOS FISCAIS, RESULTANDO NA DIFERENÇA EXIGIDA NOS AUTOS, ENCONTRAM-SE CLARAMENTE DEMONSTRADOS NAS PLANILHAS CONSTANTES DOS ANEXOS 8.1, 8.2, 9.1 E 9.2 DO AUTO DE INFRAÇÃO, CUJOS DADOS A PRÓPRIA DEFESA RECONHECE ÀS FLS. 324.

ACRESCENTA-SE, TAMBÉM, QUE, COMO A CONTRIBUINTE NÃO FORNECEU OS VALORES DE "PREÇO MÉDIO PONDERADO" DOS PRODUTOS VENDIDOS PELA FILIAL DE UNAÍ/MG (DESTINATÁRIA DAS OPERAÇÕES OBJETO DE AUTUAÇÃO) PARA O COMÉRCIO

VAREJISTA MINEIRO, QUE DEVEM SER UTILIZADOS NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, O FISCO EFETUOU ESSA APURAÇÃO, COM BASE NOS DADOS CONSTANTES DAS NOTAS FISCAIS EMITIDAS PELO ESTABELECIMENTO MINEIRO, OS QUAIS SE ENCONTRAM PERFEITAMENTE DEMONSTRADOS NO ANEXO 7 DO AUTO DE INFRAÇÃO (FLS. 42/50).

RESSALTA-SE QUE AS IMPUGNANTES, SE QUISESSEM, PODERIAM FACILMENTE QUESTIONAR ESSES VALORES APURADOS DE PREÇO MÉDIO DAS SAÍDAS INTERNAS DA FILIAL DE UNAÍ/MG, CONTRADITANDO COM DOCUMENTOS QUE PUDESSEM COMPROVAR ALGUM ERRO, SE EXISTENTE, UMA VEZ QUE A APURAÇÃO EFETUADA PELO FISCO, COMO DITO, FOI COM BASE EM DOCUMENTOS EMITIDOS PELA COOBRIGADA.

CONTUDO, AS IMPUGNANTES TRAZEM APENAS ALEGAÇÕES SOLTAS DE QUE NÃO HÁ NOS AUTOS “NENHUMA NARRATIVA SOBRE COMO A AUTORIDADE ADMINISTRATIVA OBTVEU A BASE DE CÁLCULO QUE CONSIDEROU CORRETA E QUAL A METODOLOGIA UTILIZOU PARA APURAR A ACIMA REFERIDA MÉDIA PONDERADA”.

(...)

PORTANTO, CONFORME DEMONSTRADO, OS DISPOSITIVOS QUE FUNDAMENTARAM O TRABALHO FISCAL RESPEITAM PERFEITAMENTE O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE, LEMBRANDO QUE O PREÇO DE PARTIDA PARA FORMAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA É O PREÇO (MÉDIA PONDERADA) DO SUBSTITUTO INTERMEDIÁRIO, NOS TERMOS DO § 11 DO ART. 19 DA PARTE 1 DO ANEXO XV DO RICMS/02.

(...)

TAMBÉM NÃO HÁ QUE SE FALAR EM OFENSA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO CUMULATIVIDADE, COMO ALEGAM AS IMPUGNANTES, POIS A FORMA DE CÁLCULO DO ICMS/ST DEIXA CLARO QUE HÁ O ABATIMENTO DO ICMS DA ETAPA ANTERIOR (IMPOSTO DA OPERAÇÃO PRÓPRIA DESTACADO PELA AUTUADA NOS DOCUMENTOS FISCAIS), RESPEITANDO O ART. 28 DA LEI Nº 6.763/75:

(...)

Diante do confronto dos fundamentos das duas decisões, não se verifica qualquer divergência entre elas quanto à aplicação da legislação tributária.

Reiterando, observa-se que na decisão apontada como paradigma a Fiscalização descumpriu os preceitos legais para formação da base de cálculo do ICMS/ST, fato esse não observado nos fundamentos da decisão recorrida.

Diante do exposto, reputa-se não atendida a segunda condição prevista no inciso II do art. 163 do RPTA (divergência jurisprudencial), frustrando a exigência de preenchimento cumulativo das condições estabelecidas no referido dispositivo legal.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Por consequência, não se encontram configurados os pressupostos para admissibilidade do Recurso de Revisão.

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em não conhecer dos Recursos de Revisão, por ausência de pressupostos legais de cabimento. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente a Dra. Edrise Campos. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Alexandra Codo Ferreira de Azevedo, Cindy Andrade Moraes, Eduardo de Souza Assis e Marcelo Nogueira de Moraes.

Sala das Sessões, 25 de setembro de 2020.

Carlos Alberto Moreira Alves
Relator

Geraldo da Silva Datas
Presidente / Revisor