

Acórdão: 22.573/21/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.001444929-10
Impugnação: 40.010149809-75
Impugnante: CRBS S/A
IE: 001878557.16-36
Proc. S. Passivo: Luiz Gustavo Antônio Silva Bichara/Outro(s)
Origem: DF/Uberlândia

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOR DE ICMS/ST - BEBIDAS. Constatado que a Autuada fez a retenção e recolhimento a menor do ICMS devido por substituição tributária incidente sobre operações internas com bebidas alcoólicas, cerveja, chope, refrigerantes e bebidas hidroeletrólíticas (isotônicas). Infração caracterizada nos termos do art. 19, inciso I, alínea “b”, item 3 c/c art. 47-B, § 1º, inciso I da Parte 1, ambos do Anexo XV do RICMS/02. Reconhecimento parcial do crédito tributário pela Autuada. Crédito tributário reformulado pela Fiscalização. Corretas as exigências remanescentes de ICMS/ST, Multa de Revalidação em dobro nos termos do art. 56, inciso II, c/c § 2º, inciso I e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso VII, alínea “c”, ambos da Lei nº 6.763/75.

BASE DE CÁLCULO - CONSIGNADA A MENOR. Constatado o recolhimento a menor do ICMS, diferencial de alíquotas, incidente sobre operações de entradas interestaduais destinadas ao ativo imobilizado e uso e consumo do estabelecimento, em decorrência de utilização de base de cálculo a menor. Infração caracterizada nos termos do art. 6º, inciso II c/c art. 13, § 15, ambos da Lei nº 6.763/75. Corretas as exigências de ICMS/DIFAL e da Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre retenção e recolhimento a menor do ICMS devido por substituição tributária, no período de julho de 2017 a abril de 2019, em operações de saídas de cervejas e refrigerantes, produtos previstos no Protocolo ICMS nº 11/91 e alterações posteriores, para destinatários localizados neste estado.

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

Constatado, ainda, o recolhimento a menor do ICMS – Diferencial de Alíquota, no período de setembro de 2017 a abril de 2019, em operações de entradas interestaduais de mercadorias destinadas ao ativo imobilizado e para uso e consumo do

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

estabelecimento, em decorrência da utilização de base de cálculo a menor conforme disposto no art. 6º, inciso II c/c art. 13, § 15, ambos da Lei nº 6.763/75.

Exige-se o ICMS/DIFAL e a Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 54/82, Termo de Reconhecimento Parcial de Débito e comprovante de quitação, conforme documentos de fls. 110/113.

Em virtude de acatamento parcial da impugnação e da quitação parcial do crédito tributário pela Autuada, a Fiscalização reformula o lançamento às fls. 148/149 e colaciona aos autos o Demonstrativo do Crédito Tributário de fls. 150/153.

Aberta vista, a Impugnante promove o aditamento da Impugnação às fls. 157/161.

A Fiscalização novamente se manifesta (fls. 168/189).

DECISÃO

Conforme relatado, a autuação versa sobre retenção e recolhimento a menor do ICMS devido por substituição tributária, no período de julho de 2017 a abril de 2019, em operações de saídas de cervejas e refrigerantes, produtos previstos no Protocolo ICMS nº 11/91 e alterações posteriores, para destinatários localizados neste estado.

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

Constatado, ainda, o recolhimento a menor do ICMS – Diferencial de Alíquota, no período de setembro de 2017 a abril de 2019, em operações de entradas interestaduais de mercadorias destinadas ao ativo imobilizado e para uso e consumo do estabelecimento, em decorrência da utilização de base de cálculo a menor conforme disposto no art. 6º, inciso II c/c art. 13, § 15, ambos da Lei nº 6.763/75.

Exige-se o ICMS/DIFAL e a Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

A infração apontada pela irregularidade listada no item “c” do “Relatório Fiscal” às fls. 12 foi motivada pelo uso incorreto da base de cálculo do imposto, uma vez que os valores dos PMPF utilizados para apuração das bases de cálculo do ICMS das operações próprias da remetente/Atuada foram diversos dos PMPF divulgados em Portarias da Superintendência de Tributação (SUTRI) para as operações nas datas de emissão das notas fiscais constantes na autuação, conforme listado na planilha “CONFE PMPF (julho de 2017 a abril de 2019)“Varginha” constante no Anexo VI da peça fiscal.

O comparativo das bases de cálculo nas operações, objeto da autuação, encontra-se descrito na planilha eletrônica “AI-01.001444929-10 Total Apuração MVA (julho de 2017 a abril de 2019)“Varginha” Anexo VI ALTERAÇÃO AI.xlsx”

elaborada pela Fiscalização e integrante destes autos – posto integralmente reproduzida na mídia de fls. 147. A planilha não foi impressa dada a enormidade de informações nela contidas – todos os campos da NF-e. Os dados expressos na planilha refletem os itens de mercadorias originalmente contidos na NF-e e não foram alterados. A Fiscalização apenas acrescentou as colunas “V” a “AG” de modo a propiciar a realização dos cálculos necessários à conferência.

Como demonstrado no presente PTA, constatou-se erro na apuração da base de cálculo por parte da Autuada e o ICMS/ST exigido equivale exatamente à diferença entre o erroneamente apurado e o correto, tal como determinado pela legislação.

Importante salientar que todos os valores apontados pela Defesa nos itens da Impugnação IV.6, às fls. 73/76, como erroneamente adotados pelo Fisco no levantamento foram revistos e corrigidos nas colunas “X a AE”, conforme detalhados no Relatório Fiscal de fls. 136/153 e listados na planilha “CONFE MVA (julho de 2017 a abril de 2019) “Varginha” – ANEXO VI” integralmente reproduzida na mídia de fls. 147.

Assim, reaberto o prazo regulamentar para pagamento com as reduções previstas, conforme documentos de fls. 154/155, a Autuada optou pela repetição da sua tese defensiva original, consoante o aditamento oferecido.

Nesse contexto, cabe frisar a licitude da revisão e manutenção do lançamento fiscal, em face dos ditames do art. 92 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA, estabelecido pelo Decreto nº 44.747/08, segundo o qual as incorreções da peça fiscal não acarretarão sua nulidade quando dela constarem elementos suficientes para determinar com segurança a natureza da infração arguida, como é o caso.

Razão não assiste à Defesa no item IV.2a, às fls. 59/60, da Impugnação inicial, no que tange ao emprego pelo Fisco de PMPF atribuído a “Pepsi Twist / Zero” previsto nas Portarias SUTRI, para saídas do produto “Pepsi Zero Lata 350ML SH C 12 NPAL – código 0009274”.

Como se pode constatar na planilha “CONFE PMPF (julho de 2017 a abril de 2019) “Varginha”, reproduzida no Anexo VI, às fls. 147, para o referido produto, só existe menção à variação “Zero” nas Portarias SUTRI no PMPF utilizado pelo Fisco, ficando a alegação da Autuada, de que deveria ser usado o PMPF atribuído a “Pepsi Cola /Light”, prejudicada, pois a variação “Zero” é diferente da variação “Light”, pois ela possui sódio em sua composição, caracterizando-se como um produto novo.

Portanto, perfeitamente legítimos os PMPFs aplicados pelo Fisco, conforme relacionados na planilha “CONFE PMPF (julho de 2017a abril de 2019)“Varginha”, reproduzida no Anexo II, às fls. 147.

No tocante aos produtos elencados pela Defesa na planilha denominada doc. 09 - CD (fls. 108) no item IV.3 da Impugnação, às fls. 60/63, relacionados ao período atuado, sobre os quais afirma que foram devidamente escriturados e o respectivo imposto recolhido, a Fiscalização verificou que as referidas notas fiscais destes produtos foram escrituradas no período de apuração posterior, conforme se comprova inclusive pelos exemplos citados pela própria Impugnante às fls. 60/61.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

É o caso da Nota Fiscal de nº 205414 emitida em 31/12/18, com a data de saída como sendo 02/01/19. Para o registro de tal documento e apuração do tributo mensalmente devido, a Autuada considerou a data atribuída à saída em prejuízo da data de emissão, infringindo a legislação vigente da época.

O art. 173 do Anexo V do RICMS/02 estabelece a escrituração do livro Registro de Saídas segundo a data de emissão dos documentos fiscais. Confira-se:

Anexo V - RICMS/02

Art. 173. A escrituração será feita em ordem cronológica, segundo a data de emissão dos documentos fiscais, pelo total diário das prestações ou operações da mesma natureza, de acordo com o Código Fiscal de Operações e Prestações (CFOP) constante da Parte 2 deste Anexo, sendo permitido o registro conjunto dos documentos de numeração seguida, emitidos em talonário da mesma série e subsérie.

Pertinente esclarecer que é obrigação do contribuinte do imposto, por norma do art. 16, incisos VI, IX e XIII, da Lei nº 6.763/75, escriturar os livros na forma regulamentar, pagar o imposto devido na forma e prazos estipulados, além de cumprir todas as exigências fiscais previstas na legislação tributária.

Posição favorável ao Fisco, sobre esse mesmo tema, já foi adotada pelo Conselho de Contribuintes de Minas Gerais - CCMG no julgamento do Acórdão nº 22.027/16/3ª relativo à autuação de uma das filiais da própria Impugnante.

Quanto aos valores apontados pela Defesa no item III, às fls. 56, referentes a pagamento parcial de ICMS/ST, relativo à divergência apurada em relação aos novos valores de PMPF fixados pelas Portarias emitidas pela Superintendência de Tributação, conforme planilha anexa (doc. 05 às fls. 108), foi efetuada pelo Fisco a reformulação do crédito tributário às fls. 136/153, onde foram refeitos os cálculos do ICMS/ST no período autuado referentes aos recolhimentos de complementação de pauta de PMPF efetuados pela Autuada a título de pagamento parcial do Auto de Infração, valor este que se tratava dos registros autuados e que ficou demonstrado no Anexo II por meio das seguintes planilhas: “doc.05 - CD Impugnação”, “CONFÉ PMPF (julho de 2017 a abril de 2019) “Varginha”.

Em relação aos valores apontados pela Defesa no item IV.1, às fls. 57, referentes a pagamento complementar das divergências apuradas em relação aos novos valores de PMPF fixados pelas Portarias emitidas pela Superintendência de Tributação, conforme planilha anexa (doc. 07 às fls. 108), foi efetuada pelo Fisco a reformulação do crédito tributário às fls. 136/153, onde foram refeitos os cálculos do ICMS/ST no período autuado referentes aos recolhimentos de complementação de pauta de PMPF efetuados pela Autuada, valor este que se tratava dos registros autuados e que ficou demonstrado no Anexo II mediante as seguintes planilhas: “doc.07 - CD Impugnação”, “CONFÉ PMPF (julho de 2017 a abril de 2019)“Varginha”.

A infração apontada pela irregularidade listada no item “a” do “Relatório Fiscal” às fls. 10/12 foi motivada pelo uso incorreto da base de cálculo do imposto, uma vez que o valor da base de cálculo do ICMS da operação própria da Autuada foi

superior a 86% (oitenta e seis por cento) do Preço Médio Ponderado a Consumidor Final (PMPF), divulgado em Portaria da Superintendência de Tributação (SUTRI), situação em que o imposto devido por substituição tributária deve ser calculado mediante a utilização da chamada Margem de Valor Agregado – MVA, de que trata o art. 19, inciso I, alínea “b”, item 3, do Anexo XV do RICMS/02.

A infração se caracteriza quando o resultado do cálculo da “BC Comparativa”, composta pelos fatores (Quantidade de Produto X PMPF X Quantidade do Produto por Unidade Venda X 86%) é inferior à “Base de Cálculo do ICMS da Operação Própria.

Na prática, significa que a Impugnante, ao compor a base de cálculo do ICMS/ST nas suas vendas, utilizou-se do Preço Médio Ponderado a Consumidor Final (PMPF) quando, na verdade, deveria utilizar a Margem de Valor Agregado – MVA.

Neste contexto, cabe analisar a legislação de regência, §§ 19, 20, 21 e 29, todos do art. 13 da Lei nº 6.763/75, a qual disciplina as regras aplicáveis à apuração da base de cálculo do ICMS/ST. Veja-se:

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 subsequentes, obtida pelo somatório das parcelas seguintes:

(...)

c) a margem de valor agregado, nela incluída a parcela referente ao lucro e o montante do próprio imposto, relativa a operação ou prestação subsequentes, 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 subsequentes 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 mencionado § 19 do art. 13 da Lei nº 6.763/75 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 do art. 13 da Lei nº 6.763/75 possibilita a utilização do Preço Médio Ponderado a Consumidor Final (PMPF).

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

Ressalte-se que a regra, prevista no § 2º, do art. 8º da LC nº 87/96 em tese, se refere a preços fixados, determinados pelo poder público, o que não é o caso das bebidas. Tal dispositivo se aplica hodiernamente quando há as chamadas tarifas públicas ou, no passado, quando havia tabelamento de preços por órgão oficial.

O art. 19, inciso I, alínea "b", item 3 do Anexo XV do RICMS/02 dispõe que a base de cálculo será formada pela aplicação sobre o preço praticado pelo remetente, do percentual de Margem de Valor Agregado (MVA) estabelecido para a mercadoria na Parte 2 do Anexo XV. Confira-se:

Anexo XV - RICMS/02

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 submetida ao regime de substituição tributária que não tenha seu preço fixado por órgão público competente, observada a ordem:

(...)

3. 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, ainda que por terceiros, adicionado da parcela resultante da aplicação sobre o referido montante do percentual de margem de valor agregado (MVA)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

estabelecido para a mercadoria submetida ao regime de substituição tributária relacionada na Parte 2 deste Anexo e observado o disposto nos §§ 5º a 8º.

Portanto, no caso da cerveja e do refrigerante, que não possuem preço sugerido pelos fabricantes, a legislação permite a utilização de duas sistemáticas para se 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 o art. 19, inciso I, da Parte 1, do Anexo XV do RICMS/02. No entanto, quanto aos produtos cerveja, chope, refrigerantes, águas e outras bebidas, há uma norma específica que estabelece uma exceção à sua utilização, consoante o art. 47-B, Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02, nos seguintes termos:

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.

O dispositivo transcrito foi inserido na legislação visando coibir distorções na apuração do ICMS/ST nas situações em que o valor da base de cálculo da operação própria se aproxima em demasia do valor do PMPF.

Registre-se que a previsão contida no art. 47-B do Anexo XV do RICMS/02, cuida de norma especial antielisiva, a qual visa a impedir que o contribuinte eventualmente aumente o valor de sua operação própria, aproximando-a do PMPF, implicando, por consequência, na redução do valor do ICMS/ST devido em cada operação.

Destarte, o fato de elevar a base de cálculo do imposto da operação própria de forma proposital, inexoravelmente diminui o valor do imposto devido por substituição tributária. Neste ensejo, a legislação prevê que a base de cálculo do imposto deve ser calculada de acordo com a técnica da Margem de Valor Agregado (MVA).

Observa-se que na planilha mencionada acima, quando há a indicação de que o cálculo foi efetuado por MVA, na coluna "AB" – "BCOP>86%BCST" consta a expressão "SIM", que indica que a base de cálculo do ICMS – Operação Própria (coluna "O") é superior a 86% (oitenta e seis por cento) do valor contido na coluna "AA" – "BCST_PMPF_FISCO". Para estes casos a planilha calcula o ICMS/ST pela MVA (Margem de Valor Agregado), tomando o valor da base de cálculo do ICMS-OP acrescido das demais parcelas cobradas do adquirente e acrescido pela MVA inserida na coluna "Y".

Portanto os valores levados a efeito nos cálculos eram de conhecimento prévio da Impugnante que deveria acompanhar a relação percentual entre a "BC

Operação Própria” e o “PMPF” estipulado, aplicando, assim, corretamente a legislação tributária de regência no momento da saída das mercadorias de seu estabelecimento e consequente emissão do documento fiscal correspondente.

E como a regra vigia anteriormente ao fato imponible em si, improcede qualquer alegação de ofensa à segurança jurídica. Mesmo porque, a inobservância da regra combatida é que obviamente implica em infringência aos princípios da isonomia e da livre concorrência, posto colocar a Impugnante em posição deveras vantajosa relativamente aos seus concorrentes, que licitamente ajam.

Há de se considerar que o art. 19, inciso I, alínea “b”, item 3, está inserido na Parte 1, do Anexo XV, do RICMS/02, no Título I – Das Disposições Gerais, enquanto o art. 47-B está contemplado no Título II – Das Disposições Específicas dos Regimes de Substituição Tributária, Capítulo I – Das Operações Com Cerveja, Chope e Refrigerante.

De acordo com as normas de interpretação do ordenamento jurídico pátrio, a regra específica se sobrepõe à norma geral. Logo, em se tratando de base de cálculo do ICMS/ST, em operações com cerveja e refrigerantes, deve prevalecer a disposição contida no art. 47-B, do Anexo XV, do RICMS/02.

Por oportuno, importante abordar a questão de que ao emitir a nota fiscal, certo é que a Autuada possuía todos os elementos necessários para determinar se a operação estava, ou não, em conformidade com a condição imposta pelo art. 47-B, do Anexo XV do RICMS/02. Para tanto, bastaria verificar se o valor unitário do seu produto estava 86% (oitenta e seis por cento) superior ao PMPF constante da Portaria da Superintendência de Tributação (SUTRI). Caso afirmativo, deveria ser utilizada a MVA e não o PMPF.

Como demonstrado no presente PTA, constatou-se erro na apuração da base de cálculo por parte da Autuada, e o ICMS/ST exigido equivale exatamente à diferença entre o erroneamente apurado e o correto, tal como determinado pela legislação.

Sendo assim, pelo fato de a legislação mineira se conformar totalmente aos mandamentos próprios da Lei Complementar nº 87/96, são inverídicos os argumentos defensórios de ofensa aos preceitos dispostos nos art. 146, inciso III, alínea “a”, art. 150, inciso I e art. 155, § 2º, inciso XII, alínea “b”, todos da Constituição da República de 1988 – CR/88.

A propósito, corroboram com a assertiva de legalidade do feito fiscal, inúmeros julgamentos do Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG a respeito do mesmo tema, dentre os quais se juntou cópias do inteiro teor dos Acórdãos constantes no Anexo 3 do Auto de Infração, reproduzidos na mídia de fls. 42.

A Impugnante alega, ainda, que não poderiam ter sido considerados, tal como fez a Fiscalização, os valores referentes aos descontos incondicionais na apuração da base de cálculo do imposto, o que já estaria pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ, por meio da Súmula nº 457. Isso porque, entende que o substituto deverá aplicar a Margem de Valor Agregado - MVA sobre o efetivo preço por ele praticado em suas operações próprias para chegar à base presumida da operação para frente.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 LC nº 87/96 e art. 13, § 2º, inciso 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.

E, em 11/08/11, foi publicado o Decreto nº 45.688, que alterou a redação do item 3, alínea “b”, inciso I do art. 19, Parte 1, Anexo XV do RICMS/02, evidenciando, de forma expressa, que os “descontos concedidos, inclusive o incondicional”, integram a base de cálculo da substituição tributária. Confira-se:

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:

(...)

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).

(...)

Tal disposição respalda-se no art. 8º da LC nº 87/96, *in verbis*:

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;

(...)

§ 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 (...).

Saliente-se que a Lei nº 6.763/75 traz redação idêntica.

Ressalta-se que essa alteração na legislação teve por escopo corrigir distorções verificadas na base de cálculo do imposto devido por substituição tributária, provocadas pela utilização indevida dos descontos incondicionais, como artifício para reduzir o valor do ICMS/ST a pagar.

Assim, com respaldo em decisão do Superior Tribunal de Justiça - Recurso Especial nº 1.027.786-MG – segundo a qual os descontos incondicionais devem compor a base de cálculo da substituição tributária para frente, promoveu-se a alteração supracitada no Anexo XV do RICMS/02.

Sobre o tema, discorre Hugo de Brito Machado, no artigo “A Bonificação e a Base de Cálculo do ICMS na Substituição Tributária”, publicado na Revista Dialética de Direito Tributário nº 186 e disponível em <http://abat.adv.br/biblioteca/files/artp/000098.pdf>:

É a denominada substituição tributária para frente, que mais exatamente se poderia chamar de cobrança antecipada do imposto, quer dizer, cobrança do imposto antes que o mesmo se faça devido.

Realmente, se o imposto diz respeito a um “fato gerador que deva ocorrer posteriormente”, esse imposto ainda não é devido, porque é precisamente a ocorrência do fato gerador do imposto que o torna devido. Mas esta é outra questão, cujo desenvolvimento aqui não seria oportuno. Basta, aqui, deixarmos claro que, nesse tipo de substituição tributária, ao substituto é atribuída a responsabilidade pelo pagamento de tributo que ainda não existe no plano concreto. É coisa do futuro.

(...)

Quando uma empresa vende mercadorias a outra que as vai revender, se concede bonificação ou desconto, o valor da bonificação ou do desconto não deve ser somado ao preço da venda porque este constitui o valor da operação, valor que se define considerando tanto a bonificação como o desconto.

Em outras palavras, a bonificação oferecida ou o desconto incondicional concedido participam da definição do preço efetivamente praticado, vale dizer, do valor da operação que é a base de cálculo do ICMS. Essa bonificação, ou esse desconto incondicional, todavia, dizem respeito apenas à operação realizada entre o contribuinte substituto e o contribuinte substituído, ficando o primeiro com a obrigação de recolher o ICMS relativo a essa operação, na condição de contribuinte mesmo.

A empresa que deu a bonificação ou o desconto incondicional é também obrigada a recolher, na condição de substituto tributário, o ICMS relativo a operações futuras, que ainda devem ocorrer, mas ela não é parte nessas operações e as bonificações ou descontos que concedeu não se projetam necessariamente a elas.

(...)

No Superior Tribunal de Justiça firmou-se o entendimento segundo o qual o valor das bonificações e dos descontos incondicionais não integra a base de cálculo do ICMS. E esse entendimento tem sido invocado pelos que pretendem ver adotado o mesmo critério no que diz respeito à base de cálculo do ICMS referente às operações futuras, vale dizer, às operações realizadas pelos substituídos.

Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça tem decidido que inexistindo a garantia de que a bonificação concedida pelo substituto tributário ao substituído vai ser transferida ao consumidor final, o recolhimento do ICMS sobre o regime de substituição tributária deve ser realizado integralmente. (Grifou-se).

Portanto, em se tratando de substituição tributária, não se aplica o disposto na Súmula nº 457 do STJ, citada pela Impugnante. A referida súmula aplica-se apenas às operações próprias do remetente da mercadoria, para as quais vale o disposto no art. 13, § 2º, item 1 da Lei nº 6.763/75 e no art. 50, inciso I do RICMS/02.

Essa matéria já foi objeto de análise pelo Conselho de Contribuintes de Minas Gerais - CCMG, oportunidade em que foi considerada correta a inclusão do desconto incondicional na base de cálculo do ICMS/ST, conforme se verifica dos Acórdãos nºs 21.081/13/1ª, 21.458/14/1ª, 21.619/15/3ª, 21.694/15/3ª, 4.099/15/CE, 4386/15/CE e 4398/15/CE, dentre outros.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais - TJMG vem corroborando esse entendimento. Confira-se:

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 DESTE 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 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)

Pelo exposto, conclui-se que, em se tratando da operação própria realizada pelo remetente da mercadoria, o valor do desconto incondicional por ele concedido não compõe a base de cálculo do ICMS, o mesmo não se aplicando em relação às operações por substituição tributária, quando o valor do desconto incondicional deverá ser somado ao preço praticado pelo remetente para fins de formação da base de cálculo do ICMS/ST, uma vez que não há garantia do repasse de tal desconto até o consumidor final.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Alega a Impugnante de que o estado de Minas Gerais alterou o modo como o imposto deve integrar a sua própria base de cálculo, majorando-a por simples decreto, afirmando que a Orientação Tributária DOLT/SUTRI nº 002/16, editada pela Secretaria de Fazenda de Minas Gerais após a promulgação do Decreto Estadual nº 46.930/15, ao traduzir as disposições do aludido decreto, é clara ao demonstrar a majoração do imposto devido por diferencial de alíquotas em um exemplo numérico.

A Defesa entende que a Lei nº 21.781/15 teria autorizado o Poder Executivo a definir o cálculo do imposto por decreto, concluindo pela impossibilidade de delegação dos elementos definidores da norma de incidência tributária por ofensa ao art. 150, inciso I da Constituição da República de 1988 – CR/88.

Ressalta que a majoração de tributos deve atender ao princípio da legalidade tributária, sendo inconstitucional a suposta majoração do imposto sem edição de lei em sentido formal.

Argumenta que o Decreto nº 46.930/15 teria incorrido em inconstitucionalidade formal por usurpação de competência reservada à lei complementar por supostamente extrapolar as balizas estatuídas na Lei Complementar nº 87/96.

Sustenta ainda que a referida Lei Complementar não conteria qualquer dispositivo que suporte o cálculo do diferencial do modo em que estabelecido no ato normativo expedido pelo Poder Executivo de Minas Gerais.

Todavia, não lhe cabe razão.

O ICMS correspondente à diferença entre a alíquota interna da unidade federada de destino e a alíquota interestadual (DIFAL) teve os seus contornos alterados pela Emenda Constitucional nº 87/15, passando a prever a Constituição da República de 1988:

CR/88

"Art. 155 Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

(...)

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

(...)

VII -nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado, adotar-se-á a alíquota interestadual e caberá ao Estado de localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual;

VIII - a responsabilidade pelo recolhimento do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual de que trata o inciso VII será atribuída:

a) ao destinatário, quando este for contribuinte do imposto;

b) ao remetente, quando o destinatário não for contribuinte do imposto;"

(Grifou-se).

Desta forma, com base na CR/88, o estado de Minas Gerais preconiza, em sua Lei nº 6.763/75:

"Art. 5º O Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS - tem como fato gerador as operações relativas à circulação de mercadorias e às prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

(...)

§ 1º O imposto incide sobre:

(...)

6.a entrada, em estabelecimento de contribuinte, de mercadoria oriunda de outra unidade da Federação, destinada a uso, consumo ou ativo imobilizado;" (grifou-se).

Art. 6º Ocorre o fato gerador do imposto:

(...)

II -na entrada no estabelecimento de contribuinte de mercadoria oriunda de outra unidade da Federação, destinada a uso, consumo ou ativo imobilizado;

(...)

§ 5º O Estado poderá exigir o pagamento antecipado do imposto, com a fixação, se for o caso, do valor da operação ou da prestação subsequente, a ser efetuada pelo próprio contribuinte, na hipótese de:

(...)

c) operação interestadual que tenha destinado mercadoria ou serviço a contribuinte domiciliado neste Estado, na condição de consumidor final, relativamente à diferença de alíquota;"

(Grifou-se).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

E em seu Decreto nº 43.080/02 – RICMS/02¹:

“Art. 1º O Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) incide sobre:

(...)

VII - a entrada, em estabelecimento de contribuinte, em decorrência de operação interestadual, de mercadoria destinada a uso, consumo ou ativo permanente;”

(...)

Art. 43. Ressalvado o disposto no artigo seguinte e em outras hipóteses previstas neste Regulamento e no Anexo IV, a base de cálculo do imposto é:

(...)

§ 8º Para cálculo da parcela do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a alíquota interestadual, devida a este Estado, será observado o seguinte:

I - na hipótese do inciso VII do caput do art. 1º deste Regulamento:

a) para fins do disposto no art. 49 deste Regulamento:

a.1) do valor da operação será excluído o valor do imposto correspondente à operação interestadual;

a.2) ao valor obtido na forma da subalínea “a.1” será incluído o valor do imposto considerando a alíquota interna a consumidor final estabelecida neste Estado para a mercadoria;

b) sobre o valor obtido na forma da subalínea “a.2” será aplicada a alíquota interna a consumidor final estabelecida neste Estado para a mercadoria;

c) o imposto devido corresponderá à diferença positiva entre o valor obtido na forma da alínea “b” e o valor do imposto relativo à operação interestadual, assim considerado o valor resultante da aplicação da alíquota interestadual sobre o valor da operação de que trata a subalínea “a.1” antes da exclusão do imposto;”

(Grifou-se).

¹ Redação dada pelo Decreto nº 46.930, de 30 de dezembro de 2015.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O reconhecimento da constitucionalidade da inclusão do ICMS na sua própria base de cálculo foi realizado pelo Supremo Tribunal Federal - STF no RE 582461-SP, com repercussão geral. Examine-se:

“O TRIBUNAL, POR MAIORIA E NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, CONHECEU DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, CONTRA O VOTO DA SENHORA MINISTRA CÂRMEN LÚCIA, QUE DELE CONHECIA APENAS EM PARTE. NO MÉRITO, O TRIBUNAL, POR MAIORIA, NEGOU PROVIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, CONTRA OS VOTOS DOS SENHORES MINISTROS MARCO AURÉLIO E CELSO DE MELLO. VOTOU O PRESIDENTE, MINISTRO CEZAR PELUSO. EM SEGUIDA, O PRESIDENTE APRESENTOU PROPOSTA DE REDAÇÃO DE SÚMULA VINCULANTE, A SER ENCAMINHADA À COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA, COM O SEGUINTE TEOR: “É CONSTITUCIONAL A INCLUSÃO DO VALOR DO IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS – ICMS NA SUA PRÓPRIA BASE DE CÁLCULO.” FALARAM, PELO RECORRIDO, O DR. AYLTON MARCELO BARBOSA DA SILVA, PROCURADOR DO ESTADO E, PELO AMICUS CURIAE, A DRA. CLÁUDIA APARECIDA DE SOUZA TRINDADE, PROCURADORA DA FAZENDA NACIONAL. AUSENTES, JUSTIFICADAMENTE, O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA E, EM VIAGEM OFICIAL À FEDERAÇÃO DA RÚSSIA, O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI. PLENÁRIO, 18.05.2011.”

(DATA DE PUBLICAÇÃO DJE 18/08/2011 - ATA Nº 116/2011. DJE Nº 158, DIVULGADO EM 17/08/2011). (GRIFOU-SE).

No julgamento do RE 582.461-SP “reafirmou-se orientação fixada no julgamento do RE 212.209/RS (DJU de 14.2.2003), segundo a qual a quantia relativa ao ICMS faz parte do conjunto que representa a viabilização jurídica da operação e, por isso, integra a sua própria base de cálculo”².

A respeito do julgamento do RE 212.209/RS, o advogado e jurista André Mendes Moreira leciona:

“Para JOBIM, o ICMS não incidiria sobre o valor auferido pelo comerciante (no qual, por óbvio, não se inclui o imposto), mas sim sobre a operação de circulação jurídica da mercadoria – cujos contornos poderiam, como de fato o foram ser delineados pelo legislador complementar. Assim, votou JOBIM pela constitucionalidade do cálculo “por dentro” do ICMS.

Entretanto, foram os Ministros MOREIRA ALVES, SEPÚLVEDA PERTENCE e ILMAR GALVÃO que analisaram o tema sub examine em face da não-cumulatividade, tendo os dois primeiros sustentado que o cálculo “por dentro” é imprescindível para a

² Informativo 627 do STF. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo627.htm#ICMS> e “cálculo por dentro” – 1 em 27.09.16.

operacionalização da não-cumulatividade, ao passo que o último não chegou a tanto, apenas tendo pugnado que a sistemática de apuração não-cumulativa legitima o cálculo “por dentro”, pois autoriza o abatimento de todo o imposto pago na etapa anterior.”³ (Grifou-se) .

Assim, não há dúvida acerca da legalidade da inclusão do montante do imposto em sua própria base de cálculo, regra essa que não é nova, eis que inserida no ordenamento jurídico anteriormente à Emenda Constitucional nº 87/15.

A Lei Complementar nº 87/96, conforme o disposto no art. 146 da CR/88 estabelecia em seu art. 13, em sua redação original:

LC nº 87/96

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

I - na saída de mercadoria prevista nos incisos I, III e IV do art. 12, o valor da operação;

II - na hipótese do inciso II do art. 12, o valor da operação, compreendendo mercadoria e serviço;

III - na prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, o preço do serviço;

IV - no fornecimento de que trata o inciso VIII do art. 12;

a) o valor da operação, na hipótese da alínea a;

b) o preço corrente da mercadoria fornecida ou empregada, na hipótese da alínea b;

V - na hipótese do inciso IX do art. 12, a soma das seguintes parcelas:

(...)

§ 1º Integra a base de cálculo do imposto:

I - o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle;

II - o valor correspondente a:

a) seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição;

b) frete, caso o transporte seja efetuado pelo próprio remetente ou por sua conta e ordem e seja cobrado em separado.” (Grifou-se)

Desta forma, a fundamentação do “cálculo por dentro” do imposto está alicerçada em disposição expressa da Lei Complementar nº 87/96, desde a sua publicação original em seu art. 13, § 1º, inciso I, conforme supra exposto, o que foi

³MOREIRA. André Mendes. *A não cumulatividade dos tributos*. São Paulo: Noeses, 2010, p. 206.

reforçado pela Lei Complementar nº 114/02, no que tange à sua aplicação para a hipótese do desembaraço aduaneiro das mercadorias ou bens importados do exterior.⁴

Portanto, desde sua publicação a Lei Complementar nº 87/96 estabelece que a apuração da base de cálculo do ICMS seja realizada utilizando-se a técnica chamada de “cálculo por dentro”.

A legislação mineira prevê que o montante do imposto integra a sua base de cálculo tal qual a previsão da referida Lei Complementar nº 87/96, conforme se segue:

Lei nº 6.763/75

“Art. 13. A base de cálculo do imposto é:

(...)

§ 15. O montante do imposto integra sua base de cálculo, inclusive nas hipóteses previstas nos incisos I e II, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle.”

RICMS/02

“Art. 49. O montante do imposto integra sua base de cálculo, inclusive nas hipóteses previstas nos incisos I e II do caput do artigo 43 deste Regulamento, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle.

(Grifou-se).

Saliente-se que a única exceção à regra geral do “cálculo por dentro” na Lei Complementar nº 87/96 refere-se à prestação de serviço de transporte a consumidor final contribuinte do imposto, conforme dicção expressa do seu § 3º do art. 13, *in verbis*:

“Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

(...)

V - do início da prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, de qualquer natureza;

(...)

XIII - da utilização, por contribuinte, de serviço cuja prestação se tenha iniciado em outro Estado e não esteja vinculada a operação ou prestação subsequente.

(...)

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

(...)

IX - na hipótese do inciso XIII do art. 12, o valor da prestação no Estado de origem.

⁴ A Lei Complementar nº 114/02 alterou o art. 13, § 1º caput que passou a prever: “§ 1º Integra a base de cálculo do imposto, inclusive na hipótese do inciso V do caput deste artigo:”

(...)

§ 3º No caso do inciso IX, o imposto a pagar será o valor resultante da aplicação do percentual equivalente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sobre o valor ali previsto."

(Grifou-se).

Desse modo, somente na hipótese do § 3º do art. 13 da LC nº 87/96, em que o dispositivo complementar estabelece que "o imposto a pagar será o valor resultante da aplicação do percentual equivalente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sobre o valor ali previsto", aplica-se o chamado "cálculo por fora do ICMS", que será exemplificado adiante.

A hipótese do § 3º do art. 13 da referida Lei Complementar ("cálculo por fora do ICMS") foi preservada no RICMS/02 ao teor do art. 43, § 11, reproduzido a seguir:

"Art. 1º O Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) incide sobre:

(...)

XI - a utilização, por contribuinte, de serviço de transporte ou de serviço oneroso de comunicação cuja prestação, em ambos os casos, tenha se iniciado em outra unidade da Federação e não esteja vinculada a operação ou prestação subsequentes;

(...)

Art. 43. Ressalvado o disposto no artigo seguinte e em outras hipóteses previstas neste Regulamento e no Anexo IV, a base de cálculo do imposto é:

(...)

§ 11. Para cálculo da parcela do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a alíquota interestadual na hipótese do inciso XI do caput do art. 1º deste Regulamento será aplicado, sobre a base de cálculo prevista no inciso XIII do caput deste artigo, o percentual equivalente à diferença entre a alíquota interna estabelecida para a prestação a consumidor final neste Estado e a alíquota interestadual." (Grifou-se).

Os demais dispositivos da Lei nº 6.763/75 que asseguravam o "cálculo por fora do ICMS", a saber, o art. 12, § 2º e o art. 13, § 1º, foram revogados pelo art. 7º da Lei nº 21.781, publicada em 1º de outubro de 2015, com vigência a partir de 1º de janeiro de 2016, respeitando, assim, os princípios da anterioridade e da noventena:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 11. Ficam revogados o § 2º do art. 12, o § 1º do art. 13, o inciso XII do art. 15 e o item 10 da Tabela F da Lei nº 6.763, de 1975.

Eis a redação revogada dos dispositivos citados da Lei nº 6.763/75 (art. 12, § 2º e art. 13, § 1º):

Efeitos de 1º/01/1993 a 31/12/2015 - Redação dada pelo art. 28 e vigência estabelecida pelo art. 33, ambos da Lei nº 10.992/1992:

“Art. 12.

(...)

§ 2º Na hipótese de operação ou de prestação interestadual que tenha destinado mercadoria ou serviço a contribuinte domiciliado neste Estado, na condição de consumidor ou usuário final, fica este obrigado a recolher o imposto resultante da aplicação da diferença entre a alíquota interna e a interestadual que houver incidido sobre aquela operação ou prestação.”

Efeitos de 13/03/1989 a 31/12/2015 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 15, II, da Lei nº 9.758/1989:

“Art. 13.

(...)

§ 1º Nas hipóteses dos incisos II e III do artigo 6º, a base de cálculo do imposto é o valor da operação ou prestação sobre o qual foi cobrado o imposto na unidade da Federação de origem, e o imposto a recolher será o valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual.” (Grifou-se).

Os incisos II e III do art. 6º da Lei nº 6.763/75, citados no § 1º do art. 13 revogado, tem a seguinte redação (vigente):

Art. 6º Ocorre o fato gerador do imposto:

(...)

II - na entrada no estabelecimento de contribuinte de mercadoria oriunda de outra unidade da Federação, destinada a uso, consumo ou ativo imobilizado;

III - na utilização, por contribuinte, de serviço cuja prestação se tenha iniciado em outra unidade da Federação e não esteja vinculada a operação ou prestação subsequente;”

Quanto ao aditamento a Impugnação, onde a Autuada requer que seja reconhecida a insubsistência no lançamento combatido, implicando, via de consequência, na anulação do lançamento nos termos da impugnação, isso é facilmente refutado pelo fato de que o lançamento observou todas as normas previstas na legislação, reforçado pela exclusão dos valores recolhidos que foram apresentados na

impugnação, restando as diferenças detalhadas na reformulação do crédito tributário às fls. 136/153.

No que tange a alegação de que não é cabível a aplicação da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso VII, alínea “c”, da Lei nº 6.763/75, em razão de divergência interpretativa quanto à apuração da base de cálculo da obrigação principal, razão não assiste à Defesa.

Verifica-se que encontra-se perfeitamente demonstrado no presente PTA o descumprimento da obrigação acessória de informar corretamente a base de cálculo do ICMS/ST na nota fiscal emitida sobre a diferença apurada à base de cálculo do ICMS/ST.

Deve-se esclarecer também, que a Multa de Revalidação prevista no inciso II do art. 56, da Lei nº 6.763/75, apena o descumprimento da obrigação principal de recolher o imposto devido e esta é mais gravosa por se tratar de operação sujeita à substituição tributária, nos termos do art. 56, § 2º, da Lei nº 6.763/75. Veja-se:

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 10º 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;

(...)

Correta, portanto, a aplicação das penalidades na exata medida prevista na legislação tributária deste estado.

Quanto às assertivas de ilegalidade e inconstitucionalidade trazidas pela Defesa, inclusive quanto ao pretenso efeito confiscatório da multa, 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda, nos termos do § 2º do art. 146;

(...)

Dessa forma, caracterizada a infringência à legislação tributária por se tratar imposto não retido por substituição tributária, correta a formalização do crédito tributário, em obediência ao parágrafo único, do art. 142, do Código Tributário Nacional - CTN e, não tendo a Impugnante apresentado prova capaz de ilidir o lançamento, legítimas as exigências fiscais remanescentes.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CCMG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pela Fiscalização às fls. 136/153. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Victor Costa Ferreira e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Joana Faria Salomé. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Ivana Maria de Almeida (Revisora) e Alexandre Périssé de Abreu.

Sala das Sessões, 03 de março de 2021.

**Gislana da Silva Carlos
Relatora**

**Carlos Alberto Moreira Alves
Presidente**