

Acórdão: 18.467/07/3^a Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010120217-68
Impugnante: Cia Sulamericana de Tabacos
Proc. S. Passivo: Sônia Mabel Alvarado Santana/Outro(s)
PTA/AI: 01.000153633-23
Inscr. Estadual: 062258763.0079
Origem: DF/BH-5

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – CIGARRO – BASE DE CÁLCULO – RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS/ST. Constatado que o Contribuinte reteve e recolheu a menor o ICMS/ST, tendo em vista não ter utilizado como base de cálculo o preço final de venda a consumidor final por ele sugerido, conforme previsto no inciso I, do art. 162, do Anexo IX, do RICMS/02, acarretando as exigências de ICMS/ST e Multa de Revalidação (100%), prevista no § 2º e inciso II, do art. 56, da Lei 6763/75. Infração plenamente caracterizada. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre retenção e recolhimento a menor o ICMS/ST nos meses de dezembro/2003, janeiro, novembro e dezembro/2004 e janeiro a julho/2005, tendo em vista a Autuada não ter utilizado como base de cálculo o preço final de venda a consumidor final por ela sugerido, conforme previsto no inciso I, do art. 162, do Anexo IX, do RICMS/02, acarretando as exigências de ICMS/ST e Multa de Revalidação (100%), prevista no § 2º e inciso II, do art. 56, da Lei 6763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 170/194, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 460/468.

A Auditoria Fiscal decide exarar Despacho Interlocutório de fls. 472, o qual é cumprido pela Autuada às fls. 475/480.

O Fisco novamente comparece aos autos (fls. 482 e 483), ratificando seu entendimento já externado.

A Auditoria Fiscal do CC/MG, em parecer de fls. 485/490, opina, em preliminar, pela rejeição da prefacial argüida e no mérito, pela procedência do lançamento.

DECISÃO

Confirmando o relatório, verifica-se que a autuação versa sobre retenção e recolhimento a menor o ICMS/ST nos meses de dezembro/2003, janeiro, novembro e dezembro/2004 e janeiro a julho/2005, tendo em vista a Autuada não ter utilizado como base de cálculo o preço final de venda a consumidor final por ela sugerido, conforme previsto no inciso I, do art. 162, do Anexo IX, do RICMS/02, acarretando as exigências de ICMS/ST e Multa de Revalidação (100%), prevista no § 2º e inciso II, do art. 56, da Lei 6763/75.

Ressalta-se, inicialmente, que os fundamentos expostos no parecer da Auditoria Fiscal do CC/MG foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e por esta razão passarão a compor o presente Acórdão.

DA PRELIMINAR

Nulidade do Auto de Infração

Argüi a Impugnante a nulidade do Auto de Infração por ausência de validade da tabela de preços sugeridos pelo fabricante utilizada para apuração da base de cálculo do ICMS/ST e ausência de quantitativo financeiro ou de mercadorias a comprovar a saída de mercadorias sem documento fiscal ou por preço diverso do indicado.

Inicialmente vale destacar que a base de cálculo do ICMS/ST utilizada pelo Fisco alicerça-se nas disposições contidas no art. 162, Parte 1, Anexo IX do RICMS/02 (vigente no período de ocorrência dos fatos geradores), *in verbis*:

Efeitos de 15/12/2002 a 30/11/2005 - Redação original:

“Art. 162 - A base de cálculo do imposto devido por substituição tributária é:

I - na saída de cigarro com o preço máximo de venda a consumidor fixado pelo fabricante, o respectivo preço;”

Oportuno registrar que a legislação transcrita pela Impugnante (art. 19 do Anexo XV do RICMS/02) passou a vigorar somente a partir de 1º/12/2005, ou seja, após a ocorrência dos fatos geradores ora em exame. Assim sendo, os argumentos de defesa alicerçados neste dispositivo não carecem de apreciação.

O cerne da discussão consiste em verificar se os preços dos cigarros, constantes dos documentos acostados às fls. 24/26 (utilizados pelo Fisco na formação da base de cálculo do ICMS/ST), expressam efetivamente o preço máximo de venda dos produtos a consumidor **fixado pelo fabricante**, conforme estabelecido no dispositivo **retro transcrito**.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

As tabelas de preços dos cigarros fabricados pela Cia Sulamericana de Tabacos remetidas à Secretaria da Receita Federal, em atendimento a Instrução Normativa N.º 060 de 28/05/1999 e IN SRF 373 de 22/12/2003, encontram-se anexadas às fls. **25** e **26** dos autos. Alerta-se que nos termos das citadas Instruções Normativas (cuja cópia encontram-se anexadas às fls. 27/29 dos autos), os preços constantes de referidas tabelas correspondem àqueles que os estabelecimentos varejistas deveriam cobrar dos consumidores dos produtos.

Depreende-se da análise das informações prestadas pela Impugnante, em atendimento ao Interlocutório de fls. 472, que o preço dos cigarros consignados na tabela de fls. **25** (R\$ 0,75 por maço) vigorou até 20/01/2004 e a partir desta data passou a vigorar os preços constantes da tabela de fls. 26 (R\$ **1,00** por vintena para os cigarros classificados na **Classe I** e R\$ **1,40** para aqueles classificados na **Classe III-R**).

Conclui-se, do exposto, que no período compreendido entre **01/12/2003 a 05/12/2004** o preço de venda a consumidor da vintena dos cigarros comercializados pela Autuada são aqueles apontados nas **tabelas de fls. 25 e 26**.

Relativamente à tabela de fls. **24**, que sustenta a base de cálculo do ICMS/ST para os **atos geradores ocorridos a partir de 06/12/2004**, afirma a Impugnante que referida tabela não foi apresentada à Secretaria da Receita Federal, haja vista que se destinava única e exclusivamente à pesquisa de mercado.

Adverte, ainda, que os preços relacionados no documento de fls. 26 vigoraram no período de 21/01/2004 a 01/04/2007, consoante se extrai das informações contidas nos documentos de fls. 26 e 479 encaminhados à Secretaria da Receita Federal.

Os argumentos retro mencionados não podem ser acolhidos, uma vez que no documento encaminhado à SRF (cópias às fls. 26 e 195), não há qualquer informação acerca da comercialização de cigarros enquadrados na Classe II. Porém, a Impugnante promoveu a venda de cigarros “**Classe II – Marca Fly**”, a partir de **janeiro/2005**, consoante se extrai do exame das notas fiscais anexadas às fls. 326, 330, 333, dentre outras.

Ressalta-se que a tabela de preços acostada às fls. 24 (que passou a vigorar justamente na ocasião em que foram realizadas as citadas vendas), relaciona cigarro da **Classe II**. Tal fato deixa evidenciado que a Impugnante entregou à SRF (em período anterior ao protocolo do documento de fls. 479), em atendimento à IN SRF n.º 373/2003, informações sobre o preço de comercialização de cigarros enquadrados na Classe II.

De qualquer forma, mesmo não tendo sido entregues tais informações à Secretaria da Receita Federal, os preços constantes do documento de fls. 24 se prestam a alicerçar a base de cálculo do ICMS/ST, pelas razões expostas.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Quanto às tabelas de preços anexadas aos autos pela Impugnante (fls. 196/200), as quais objetivam também descaracterizar o documento de fls. 24, verifica-se o seguinte:

1 – A tabela de preços de **fls. 198** restringe-se às vendas realizadas nos Estados do Maranhão, Pará, Amazonas e Amapá e a tabela de **fls. 200** contém preços válidos a partir de **01/07/2006**, ou seja, não se relacionam aos fatos geradores objeto da autuação.

2 – No tocante as demais tabelas (**fls. 196, 197 e 199**), verifica-se que os produtos das **Classes III-R e II** contém preços idênticos àqueles apontados na tabela de fls. 24 (utilizada pelo Fisco).

3 – Os produtos da **Classe I**, relacionados nas tabelas de **fls. 196, 197 e 199** (quando identificados pela mesma Marca e Versão), têm **preços idênticos ou superiores** aos discriminados na tabela de fls. 24.

Conclui-se das observações acima que a base de cálculo do ICMS/ST adotada pelo Fisco representa valores idênticos ou menores que aqueles contidos nas tabelas de preços trazidas pela Impugnante.

Ademais, não se pode acolher a alegação de que a tabela de fls. 24 foi emitida com fim especulativo, uma vez que consta no rodapé deste documento a seguinte expressão: **“Conforme Instrução Normativa SRF Nº 373 de 22 de dezembro de 2003”**.

Importante acrescentar que contrariamente ao alegado pela Impugnante, a apuração da infração em tela independe da elaboração pelo Fisco de levantamentos quantitativo financeiro ou de mercadorias.

Insta esclarecer que os fundamentos de defesa concernentes à ilegitimidade passiva não serão apreciados em preliminar, em face de tratar-se de matéria de mérito.

Em face do exposto, rejeita-se a prefacial argüida.

DO MÉRITO

Exige-se no presente trabalho fiscal ICMS/ST e multa de revalidação (art. 56, II e § 2º, do art. 56, da Lei 6763/75) decorrentes de utilização de base de cálculo do citado tributado menor que a prevista na legislação tributária, nas operações de venda de cigarros para contribuintes mineiros, relativas às NFs listadas às fls. 10/20, emitidas pela Autuada no período compreendido entre 01/12/2003 a 12/07/2005.

A base de cálculo do ICMS/ST nas referidas operações encontra-se prevista no art. 162, Parte 1, do Anexo IX do RICMS/02, anteriormente transcrito.

O Fisco anexou às fls. 24/26 dos autos documentos que demonstram os preços de venda a consumidor dos cigarros autuados fixados pelo fabricante, conforme abordado em preliminar.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No Anexo I do AI (fls. 10/20), relativo ao “Demonstrativo de Apuração do ICMS/ST”, constam os seguintes dados: N.º e Data das NFs autuadas, Especificação dos Produtos, Quantidade de Vintena Comercializada (por NF), ICMS da Operação Própria, ICMS/ST das NFs, Preço por Vintena (conforme tabela de preços distribuída de acordo com a IN SRF n.º 373/2003), Base de Cálculo do ICMS/ST, ICMS/ST devido, Diferença ICMS/ST.

Em sua peça de defesa, alega a Impugnante que o Fisco ora acata as informações contidas em suas notas fiscais, ora as rejeita, utilizando-se, dessa forma, de dois pesos e duas medidas.

Entretanto, razão não lhe assiste, uma vez que o Fisco acertadamente acatou o valor do ICMS/ST constante de algumas notas fiscais emitidas pela autuada, posto que apurado de conformidade com a legislação tributária vigente à época.

Nos casos em que a base de cálculo do ICMS/ST utilizada pela Impugnante não correspondia à prevista na legislação, exigiu-se o ICMS/ST devido acrescido da respectiva multa de revalidação.

Mediante exame das cópias das notas fiscais autuadas, anexadas aos autos, percebe-se que o Sujeito Passivo ao calcular o ICMS/ST não adota o mesmo critério, haja vista as incoerências de cálculos em relação ao mesmo produto e na vigência da mesma tabela de preço a consumidor.

Cita-se, a título de exemplo, o cálculo do ICMS/ST das Notas Fiscais n.º 000112 (de 30/10/2004) e n.º 000130 (de 30/11/04), cujas cópias encontram-se acostadas às fls. 285 e 296 dos autos. Observa-se que não houve qualquer exigência em relação à Nota Fiscal n.º 000112, posto que corretamente emitida.

Sustenta, ainda, a Impugnante, que os distribuidores/adquirentes dos cigarros deveriam figurar no pólo passivo da obrigação tributária, em face das disposições contidas no art. 21, inciso XII da Lei 6763/75 e art. 15, Parte 1, do Anexo XV do RICMS/02.

Adverte que cumpria ao Fisco exigir dos adquirentes elencados nas notas fiscais o pagamento do ICMS/ST quando da entrada da mercadoria em seus estabelecimentos. Entende que no máximo poderia o Fisco lhe atribuir responsabilidade por descumprimento de obrigação acessória.

No entanto, a responsabilidade da Autuada pelo recolhimento do ICMS/ST e respectiva multa de revalidação, no caso em apreço, encontra-se prevista no art. 161, inciso II e § 3º, do Anexo IX, do RICMS/02 (reproduzido pelo Fisco às fls. 463 e 464).

O art. 15, Parte 1, do Anexo XV, do RICMS/02, referido na peça de defesa, passou a vigorar somente em 1º/12/2005 (art. 4º do Decreto n.º 44.147/2005), ou seja, em data posterior à ocorrência dos fatos geradores. Assim sendo, nos termos do art. 144 do CTN, os argumentos alicerçados no citado dispositivo não carecem de exame.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O art. 21, inciso XII da Lei 6763/75 trata de responsabilidade solidária e não de responsabilidade por substituição. Poderia o Fisco inserir “**também**” os adquirentes dos produtos no pólo passivo da obrigação tributária, alicerçado neste dispositivo, certamente não o fez em virtude de ter que emitir vários Autos de Infração, haja vista que são vários os adquirentes dos produtos autuados.

A exclusão da multa de revalidação por aplicação do art. 112 do CTN e art. 53, § 3º da Lei 6763/75, pleiteada pela Impugnante, não pode ser acatada, haja vista a inexistência de dúvidas nos autos, bem como pela inaplicabilidade do art. 53, § 3º da Lei 6763/75 em relação à citada penalidade.

A teoria do confisco, referida pela Impugnante, relativamente à multa aplicada, não merece ser acolhida, posto que a CF/88 (art. 150, inciso IV) ao dispor sobre efeito confiscatório restringiu-se a tributos e não a penalidades.

Dessa forma, estando presentes no Auto de Infração todos os requisitos e pressupostos necessários e como a Impugnante não trouxe nenhum argumento ou fato que acarretasse sua modificação ou anulação, conclui-se pela correção das exigências fiscais.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do Auto de Infração. No mérito, também à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Pela Impugnante, sustentou oralmente a Dra. Renata Molisani Monteiro e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Bruno Rodrigues de Faria. Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros Luciana Mundim de Mattos Paixão (Revisora), André Barros de Moura e René de Oliveira e Sousa Júnior.

Sala das Sessões, 22/11/07.

Edwaldo Pereira de Salles
Presidente/Relator