

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 22.107/16/1ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000273799-63
Impugnação: 40.010138522-99
Impugnante: 101 do Brasil Industrial Ltda
IE: 002047653.00-91
Origem: DGP/SUFIS – NCONEXT - RJ

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOR DE ICMS/ST - PROTOCOLO/CONVÊNIO. Constatada a retenção e o recolhimento do ICMS/ST a menor devido pela Autuada, estabelecida no estado de Santa Catarina, na condição de substituta tributária, nas remessas interestaduais de mercadorias (energéticos e bebidas alcoólicas) listadas nos itens 1 e 17 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, para contribuintes mineiros por força dos Protocolos ICMS nºs 11/91 e 103/12. Exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação em dobro prevista no art. 56, § 2º, inciso I da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso VII, alínea “c” da citada lei a partir de 01/01/12, conforme alteração do art. 55, inciso VII pela Lei nº 19.978/11. Destaca-se que a Fiscalização aplicou a Multa Isolada no percentual de 20% (vinte por cento) utilizando-se da retroatividade benigna, a teor do disposto na alínea “c” do inciso II do art. 106 do CTN.

Lançamento precedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação trata da constatação de retenção e recolhimento a menor de ICMS/ST, devido pela Autuada, contribuinte substituto tributário, inscrito no cadastro de contribuintes do estado de Minas Gerais, por força dos Protocolos de ICMS nºs 11/91 e 103/12, cujas vigências entre Santa Catarina e Minas Gerais iniciaram-se em 01/12/05 e 01/02/13, respectivamente, nas operações subsequentes com mercadorias (energéticos e bebidas alcoólicas) listadas nos itens 1 e 17 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, destinadas a contribuintes mineiros, no período de 01/07/10 a 30/11/14.

Exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação em dobro prevista no art. 56, inciso II e § 2º, inciso I da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso VII e alínea “c” da citada lei a partir de 01/01/12, conforme alteração do art. 55, inciso VII pela Lei nº 19.978/11.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu representante legal, Impugnação às fls. 148/163, contra a qual a Fiscalização, manifesta-se às fls. 224/239.

A Assessoria do CC/MG, em Parecer de fls. 247/268, opina, em preliminar, pela rejeição da prefacial arguida e pelo indeferimento da prova pericial requerida. No mérito, pela procedência do lançamento.

DECISÃO

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

Da Preliminar

A Impugnante, em sua peça de defesa, requer a anulação do Auto de Infração em face de supostos equívocos da Fiscalização na definição da base de cálculo do tributo utilizadas no lançamento.

Com efeito, o Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos do Estado de Minas Gerais (RPTA), aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, determina os elementos que devem constar no AI para sua plena validade, em seu art. 89, *in verbis*:

Art. 89. O Auto de Infração e a Notificação de Lançamento conterão, no mínimo, os seguintes elementos:

I - número de identificação;

II - data e local do processamento;

III - nome, domicílio fiscal ou endereço do sujeito passivo e os números de sua inscrição estadual e no CNPJ ou CPF;

IV - descrição clara e precisa do fato que motivou a emissão e das circunstâncias em que foi praticado;

V - citação expressa do dispositivo legal infringido e do que comine a respectiva penalidade;

VI - valor total devido, discriminado por tributo ou multa, com indicação do período a que se refira;

VII - os prazos em que o crédito tributário poderá ser pago com multa reduzida, se for o caso;

VIII - intimação para apresentação de impugnação administrativa, se cabível, com indicação do respectivo prazo, ou anotação de se tratar de crédito tributário não-contencioso;

IX - a indicação da repartição fazendária competente para receber a impugnação, em se tratando de crédito tributário contencioso.

Da análise dos dispositivos regulamentares supra, verifica-se que o presente AI atende de forma regular e plena os mandamentos prescritos.

A citação dos dispositivos infringidos e cominativos das penalidades está correta, sendo que todos os requisitos formais e materiais necessários para a atividade de lançamento, previstos no art. 142 do Código Tributário Nacional (CTN) e no art. 89 do RPTA, foram observados.

Constata-se, portanto, a plena validade do ato administrativo de lançamento, que cumpriu e observou todos os requisitos que poderiam, caso não estivessem presentes, viciá-lo ou mesmo torná-lo nulo.

Portanto, sem razão a Defesa, uma vez que a Fiscalização cumpriu todos os requisitos ditados pela legislação tributária de forma a assegurar a validade de seu ato.

As demais questões confundem-se com a matéria meritória, e serão analisadas mais adiante.

Do Pedido de Perícia

A Impugnante requer, às fls. 161, a realização de prova pericial, indicando um *expert* em contabilidade, tendo em vista a incorreta aferição da base de cálculo (arbitramento) e ausência de dedução do ICMS/ST e ICMS próprio pagos.

Da mesma forma requer pesquisa de preços no mercado para a aferição da base de cálculo dos produtos enquadrados como “outros”.

No entanto, não se pode acatar tal pleito, visto que a realização de perícia consubstanciada na pesquisa dos preços praticados no mercado não encontra fundamento na legislação, pois existe previsão expressa nas Portarias SUTRI n^{os} 60/10 e 364/14 determinando ao interessado requerer à Diretoria de Gestão de Projetos da Superintendência de Fiscalização (DGP/SUFIS) a inclusão dos produtos não relacionados na legislação que regulamenta a matéria.

Assim, a perícia requerida é desnecessária, uma vez que as informações contidas nos autos são suficientes para o deslinde da matéria.

Portanto, indefere-se a prova pericial requerida, com fulcro no art. 142, § 1^o, inciso II, alínea “a” do RPTA.

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:

(...)

§ 1^o 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.

Do Mérito

Conforme relatado, a autuação trata da constatação de retenção e recolhimento a menor de ICMS/ST, devido pela Autuada, contribuinte substituto tributário, inscrito no cadastro de contribuintes do estado de Minas Gerais, por força dos Protocolos de ICMS n^{os} 11/91 e 103/12, cujas vigências entre Santa Catarina e Minas Gerais iniciaram-se em 01/12/05 e 01/02/13, respectivamente, nas operações subsequentes com mercadorias (energéticos e bebidas alcoólicas) listadas nos itens 1 e

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

17 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, destinadas a contribuintes mineiros, no período de 01/07/10 a 30/11/14.

Exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação em dobro prevista no art. 56, inciso II e § 2º, inciso I da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso VII e alínea “c” da citada lei a partir de 01/01/12, conforme alteração do art. 55, inciso VII pela Lei nº 19.978/11.

Inicialmente, cabe destacar que a responsabilidade da Autuada decorre do disposto no art. 12 do Anexo XV do RICMS/02, *in verbis*:

Art. 12. O estabelecimento industrial situado neste Estado ou nas unidades da Federação com as quais Minas Gerais tenha celebrado protocolo ou convênio para a instituição de substituição tributária, nas remessas das mercadorias relacionadas na Parte 2 deste Anexo para estabelecimento de contribuinte deste Estado, é responsável, na condição de sujeito passivo por substituição, pela retenção e pelo recolhimento do ICMS devido nas operações subsequentes.

§ 1º As unidades da Federação com as quais Minas Gerais tenha celebrado protocolo ou convênio para a instituição de substituição tributária, por mercadoria ou agrupamento de mercadorias, são as identificadas nos itens da Parte 2 deste Anexo.

Dispõe o Protocolo de ICMS nº 11/91 sobre a substituição tributária nas operações com cerveja, refrigerantes, água mineral ou potável e gelo, equiparando-se aos refrigerantes as bebidas hidroeletrólíticas (isotônicas) e energéticas, classificadas nas posições 2106.90 e 2202.90 da NCM:

Protocolo ICMS Nº 11 DE 21/05/1991

*Dispõe sobre a substituição tributária nas operações com cerveja, **refrigerantes**, água mineral ou potável e gelo.*

Os Estados do Acre, Bahia, Espírito Santo, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Paraná, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, **Santa Catarina**, São Paulo e o Distrito Federal, neste ato representados pelos seus respectivos Secretários de Fazenda ou Finanças, tendo em vista o disposto no parágrafo único do art. 25 do Anexo único ao Convênio ICM 66/88, de 14 de dezembro de 1988, conjugado com as disposições do art. 199 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966), resolvem celebrar o seguinte:

PROTOCOLO

1 - Cláusula primeira. Nas operações interestaduais com cerveja, inclusive chope, refrigerante, água mineral ou potável e gelo, classificados nas posições 2201 a 2203 da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias, Sistema

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Harmonização NBM/SH, entre contribuintes situados nos seus territórios, fica atribuída ao estabelecimento industrial, importador, arrematante de mercadorias importada e apreendida ou engarrafador de água, na qualidade de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) relativo às operações subsequentes. (Redação dada pelo Protocolo ICMS nº 4, de 20.03.1998, DOU 26.03.1998)

(...)

§ 2º Para os efeitos deste Protocolo, equiparam-se a refrigerante as bebidas hidroeletrólíticas (isotônicas) e energéticas, classificadas nas posições 2106.90 e 2202.90 da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias, Sistema Harmonização - NBM/SH. (Parágrafo acrescentado pelo Protocolo ICMS nº 28, de 12.12.2006, DOU 17.12.2003, com efeitos a partir de 01.02.2004)

(...)

Cláusula quarta. O imposto a ser retido pelo sujeito passivo por substituição será calculado mediante aplicação da alíquota vigente para as operações internas, no Estado de destino da mercadoria, sobre o preço máximo de venda a varejo fixado pela autoridade competente, deduzindo-se, do valor obtido, o imposto devido pelo industrial, importador, arrematante ou engarrafador, ou, na hipótese da cláusula anterior, o imposto devido pelo distribuidor, depósito ou estabelecimento atacadista.

§ 1º Na hipótese de não haver preço máximo fixado por autoridade, o imposto a ser retido pelo contribuinte será calculado sobre a seguinte base de cálculo: (Redação dada pelo Protocolo ICMS nº 31, de 26.09.1991, DOU 01.10.1991, com efeitos a partir de 01.10.1991)

1. ao montante formado pelo preço praticado pelo distribuidor, depósito ou estabelecimento atacadista, incluídos o IPI, frete e/ou carreto até o estabelecimento varejista e demais despesas debitadas ao estabelecimento destinatário, será adicionada a parcela resultante da aplicação dos seguintes percentuais, sobre o referido montante: (Redação dada ao item pelo Protocolo ICMS nº 31, de 26.09.1991, DOU 01.10.1991, com efeitos a partir de 01.10.1991)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

a) 40% (quarenta por cento), quando se tratar de refrigerante em garrafa com capacidade igual ou superior a 600 ml; (Redação dada à alínea pelo Protocolo ICMS nº 31, de 26.09.1991, DOU 01.10.1991, com efeitos a partir de 01.10.1991)

(...)

g) 70% (setenta por cento), nos demais casos, inclusive quando se tratar de água gaseificada ou aromatizada artificialmente; (Alínea acrescentada pelo Protocolo ICMS nº 31, de 26.09.1991, DOU 01.10.1991, com efeitos a partir de 01.10.1991)

(...)

§ 2º Na hipótese do item 1 do parágrafo anterior, quando o preço de partida for o praticado pelo próprio industrial, importador, arrematante ou engarrafador aplicam-se os seguintes percentuais: (Redação dada pelo Protocolo ICMS nº 31, de 26.09.1991, DOU 01.10.1991, com efeitos a partir de 01.10.1991)

1 - 140% (cento e quarenta por cento), nos casos das mercadorias referidas nas alíneas a, c, d, g e h; (Redação dada ao item pelo Protocolo ICMS nº 58, de 05.12.1991, DOU 11.12.1991, a partir de 01.01.1992)

(...)

Cláusula sexta. O sujeito passivo por substituição indicará, também, na Nota Fiscal o valor da base de cálculo para a retenção e o valor do imposto retido.

Parágrafo único. O Estado destinatário poderá exigir que a nota fiscal tratada nesta cláusula deva referir-se apenas à mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária.

Quanto à substituição tributária para as bebidas quentes está prevista no Protocolo de ICMS Nº 103/2012:

PROTOCOLO ICMS 103, DE 16 DE AGOSTO DE 2012

Dispõe sobre a substituição tributária nas operações com **bebidas quentes**.

Os Estados de Espírito Santo, Minas Gerais, Paraná, Rio Grande do Sul e **Santa Catarina**, neste ato representados pelos seus respectivos Secretários de Fazenda, considerando o disposto nos arts. 102 e 199 do Código Tributário Nacional (Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966), e no art. 9º da Lei Complementar n. 87/96, de 13 de setembro de 1996 e o disposto nos Convênios ICMS 81/93, de 10 de setembro de 1993, e 70/97, de 25 de julho de 1997, resolvem celebrar o seguinte

P R O T O C O L O

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Cláusula primeira Nas operações interestaduais com as mercadorias listadas no Anexo Único deste protocolo, destinadas aos Estados de Espírito Santo, Minas Gerais, Paraná, Rio Grande do Sul e Santa Catarina, fica atribuída ao estabelecimento remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS relativo às operações subseqüentes.

Da legislação retrotranscrita depreende-se que a Impugnante, na qualidade de sujeito passivo por substituição, possui a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto nas operações de venda das mercadorias a que se refere o lançamento (energéticos e bebidas alcoólicas) para o estado de Minas Gerais, não sendo este fato controverso na presente contenda.

A Impugnante contesta a base de cálculo adotada para a apuração do ICMS/ST com os seguintes argumentos:

- discorda do enquadramento efetivado pela Fiscalização em “outras marcas” em relação a alguns produtos, em especial energéticos, cujo PMPF específico não consta da legislação mineira;
- alega que a Fiscalização apurou a base de cálculo de ICMS/ST com base no arbitramento previsto no art. 148 do Código Tributário Nacional. E que esse método não está de acordo com a Cláusula quarta e parágrafo segundo da Cláusula primeira do Protocolo ICMS nº 11/91, pois a base arbitrada não é nem o valor pré-determinado por autoridade fazendária, nem o valor de venda do estabelecimento industrial acrescido da Margem de Valor Agregado (MVA) de 40% (quarenta por cento);
- afirma que houve violação do princípio da não-cumulatividade nas transferências da “101 do Brasil” às empresas distribuidoras, pois não foi deduzido o ICMS próprio para cálculo do ICMS/ST.

A Impugnante alega que “consta do Anexo do Termo de Infração- ICMS uma lista com produtos, cujos DANFES foram desconsiderados, tendo sido lançados valores suplementares de ICMS/ST a eles referentes. No entanto, tais valores foram extraídos da aplicação da alíquota interna do estado de Minas Gerais sobre uma base de cálculo arbitrada”.

Registre-se que não consta dos autos a mencionada lista com produtos cujos DANFES teriam sido desconsiderados, conforme alegado pela Impugnante.

Como bem esclarece a Fiscalização, a aplicação do PMPF previsto para “outras marcas”, constante de Portarias da Superintendência de Tributação, não configura arbitramento, conforme disposições dos arts. 53 e 54 do RICMS/02.

Tais portarias estabelecem que, caso o produto não esteja especificamente previsto, aplica-se correspondência em “outras marcas”, se houver. Ainda, na hipótese de o produto não estar descrito em seus Anexos e para o qual não haja correspondência

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

em “outras marcas”, a base de cálculo será apurada utilizando-se a MVA, obedecendo ao disposto no art. 19, inciso I, alínea b.1 e b.3, do Anexo XV do RICMS/02. Confira-se:

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

I - em relação às operações subsequentes:

a) tratando-se de mercadoria cujo preço final a consumidor, único ou máximo, seja fixado por órgão público competente, o preço estabelecido;

b) tratando-se de mercadoria 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

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;

Efeitos de 30/09/2009 a 11/08/2011 - Redação dada pelo art. 1º, I, e vigência estabelecida pelo art. 4º, III, ambos do Dec. nº 45.186, de 29/09/2009:

“3. o preço praticado pelo remetente, acrescido dos valores correspondentes a frete, seguro, impostos, contribuições, royalties relativos a franquia e 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)

Estabelece o Protocolo nº 11/91, para os energéticos, que o imposto a ser retido pelo sujeito passivo por substituição será calculado mediante aplicação da alíquota vigente para as operações internas, no estado de destino da mercadoria, sobre o preço máximo de venda a varejo fixado pela autoridade competente (PMFP), deduzindo-se, do valor obtido, o imposto devido pelo industrial.

O estado de Minas Gerais adotou, por meio da Portaria SUTRI nº 60, de 28/06/10, para o primeiro período dos fatos geradores do presente lançamento, o PMPF dos energéticos a serem utilizados como base de cálculo para o ICMS/ST.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Posteriormente, outras portarias passaram a atualizar os preços para essas mercadorias, sendo, a Portaria SUTRI nº 376, de 25/06/14, aplicável aos fatos geradores do último período autuado.

PORTARIA SUTRI Nº 60, DE 28 DE JUNHO DE 2010

(MG de 30/06/2010)

Divulga os preços médios ponderados a consumidor final (PMPF) para cálculo do ICMS devido por substituição tributária nas operações com refrigerantes e bebidas hidroeletrólíticas (isotônicas) ou energética no período de 1º de julho de 2010 a 31 de dezembro de 2010.

O DIRETOR DA SUPERINTENDÊNCIA DE TRIBUTAÇÃO, no uso de suas atribuições, e tendo em vista o disposto no art. 19, I, "b", 1, da Parte 1 do Anexo XV do Regulamento do ICMS (RICMS), aprovado pelo Decreto nº 43.080, de 13 de dezembro de 2002, RESOLVE:

Art. 1º Para o cálculo do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) devido por substituição tributária nas operações com refrigerantes e bebidas hidroeletrólíticas (isotônicas) ou energética, no período de 1º de julho de 2010 a 31 de dezembro de 2010, o contribuinte deverá observar os preços médios ponderados a consumidor final (PMPF) constantes dos Anexos I, II e III desta Portaria.

Parágrafo único. Os produtos não relacionados nos anexos desta Portaria poderão ser incluídos mediante requerimento do interessado destinado à Diretoria de Gestão de Projetos da Superintendência de Fiscalização (DGP/SUFIS), em Belo Horizonte, na Rua da Bahia, nº 1816, 4º andar, Bairro de Lourdes, CEP 30160-011.

Art. 2º O sujeito passivo por substituição tributária deverá observar os valores indicados para as marcas comercializadas, independentemente do CNPJ básico e do Nome do Fabricante constante do Anexo IV desta Portaria.

Art. 3º Esta Portaria entra em vigor em 1º de julho de 2010.

Anexo III ENERGÉTICOS

(a que se refere o art. 1º da Portaria SUTRI nº 60/2010)

NOTAS:

1 - Valores expressos em Reais por unidade.

2 - Refrigerantes: os preços dos produtos identificados prevalecem para todos os sabores, inclusive light, zero ou diet.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

3 - Para os produtos não relacionados na tabela, ou sem valor correspondente, ou lançados no mercado após a publicação desta Portaria, será considerado o valor da embalagem vinculado aos "OUTROS", exceto importados.

4 - As margens de valor agregado (MVA) estabelecidas na Parte 2 do Anexo XV do Regulamento do ICMS (RICMS), aprovado pelo Decreto 43.080, de 13 de dezembro de 2002, nos termos do art 19 do mesmo dispositivo legal, deverão ser utilizadas para determinação da base de cálculo aplicável na substituição tributária, nas seguintes situações: a) produto importado; b) produto enquadrado em "OUTROS", com descrição de embalagem para a qual não haja indicação de preço sugerido; c) em virtude de decisão administrativa ou judicial.

LEGENDA: V - Vidro P - Plástico D - Descartável R - Retornável

**PORTARIA SUTRI N° 376, DE 25 DE JUNHO DE 2014
(MG de 26/06/2014)**

(...)

Art. 1º Para o cálculo do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) devido por substituição tributária nas operações com refrigerantes e bebidas hidroeletrólíticas (isotônicas) ou **energéticas**, no período de 1º de julho de 2014 a 31 de dezembro de 2014, o contribuinte deverá observar os preços médios ponderados a consumidor final (PMPF) constantes dos Anexos I, II e III desta Portaria.

Parágrafo único. Os produtos não relacionados nos Anexos I, II e III desta Portaria poderão ser incluídos mediante requerimento do interessado destinado à Diretoria de Gestão de Projetos da Superintendência de Fiscalização (DGP/SUFIS).

Art. 2º O sujeito passivo por substituição tributária deverá observar os valores indicados para as marcas comercializadas, independentemente do CNPJ básico e do nome do fabricante constante do Anexo IV desta Portaria.

Art. 3º A base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária será apurada utilizando-se da margem de valor agregado (MVA) estabelecida na Parte 2 do Anexo XV do Regulamento do ICMS (RICMS), aprovado pelo Decreto 43.080, de 13 de dezembro de 2002, não se aplicando os preços médios ponderados a consumidor final (PMPF) constantes dos Anexos I, II e III desta Portaria, nas seguintes hipóteses:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

I - produto não descrito em Anexos a esta Portaria e para o qual não haja correspondência em "Outras marcas";

II - em virtude de decisão administrativa ou judicial.

Art. 4º Esta Portaria entra em vigor em 1º de julho de 2014. (Grifou-se)

Assim, como mencionado na preliminar, o parágrafo único da Portaria SUTRI nº 60/10, retrotranscrito, já estabelecia que os produtos não relacionados nos anexos da referida portaria poderiam ser incluídos mediante requerimento do interessado destinado à Diretoria de Gestão de Projetos da Superintendência de Fiscalização (DGP/SUFIS).

Não consta dos autos que a Impugnante tenha solicitado inclusão de quaisquer produtos na legislação estadual para fins de definição de PMPF.

O enquadramento efetivado pela Fiscalização em "outras marcas" já se deu em conformidade com as previsões da legislação estadual, conforme nota 3 da Portaria nº 60/10.

Registre-se que a nota 4 da citada portaria já previa, também, que as margens de valor agregado (MVA) estabelecidas na Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, nos termos do art. 19 do mesmo dispositivo legal, deveriam ser utilizadas para determinação da base de cálculo aplicável na substituição tributária, nas seguintes situações: 1) produto não descrito nos Anexos a essa portaria e para o qual não haja correspondência em "Outras marcas", com descrição de embalagem para a qual não haja indicação de preço sugerido; e 2) em virtude de decisão administrativa ou judicial.

Ressalte-se que as mesmas disposições constam do art. 3º da Portaria SUTRI nº 376/14, vigente no último período autuado.

Verifica-se, a seguir, que a MVA para indústria constante para os produtos classificados na descrição "demais casos" na Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, com efeitos **a partir de 1º/12/05**, para o item 1, no qual os energéticos estão enquadrados, classificados no código NBM 2101 a 2203, é de 140% (cento e quarenta por cento).

DO ÂMBITO DE APLICAÇÃO DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, DAS MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME E DAS MARGENS DE VALOR AGREGADO

1. CERVEJA, CHOPE, E REFRIGERANTE

Âmbito de Aplicação da Substituição Tributária

Interno e nas seguintes unidades da Federação: Acre, Alagoas, Amapá, Amazonas, Bahia, Ceará, Distrito Federal, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Pará, Paraíba, Paraná, Pernambuco, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Rondônia, Roraima, **Santa Catarina***, São Paulo, Sergipe e Tocantins (Protocolo ICMS 11/91)

* exceto nas operações com água mineral e potável.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Subitem	Código NBM/SH	Descrição	MVA (%)	
			Indústria	Atacadista/Distribuidor
1.9	2201 a 2203	Demais casos	140	70

Portanto, não tem embasamento legal o procedimento adotado pelo Contribuinte ao utilizar a base de cálculo para o produto energético “*Black Power*” o PMPF definido pela Portaria SUTRI para “*Red Horse*”, em razão de sua similitude (preço e característica) com este.

No período autuado o PMPF aplicável ao energético “*Red Horse*” Pet 1000 ml foi de R\$ 5,99 (cinco reais e noventa e nove centavos) no primeiro período e de R\$ 6,59 (seis reais e cinquenta e nove centavos) no último, valores esses adotados pelo Contribuinte para o energético “*Black Power*”.

As citadas Portarias SUTRI definiam para os itens “outras marcas” em embalagem Pet 1000 ml o valor de R\$ 16,64 (dezesseis reais e sessenta e quatro centavos) no primeiro período (01/07/10 a 31/07/10) e no último R\$ 18,76 (dezoito reais e setenta e seis centavos) (01/07/14 a 31/12/14), dados esses constantes da planilha “PMPF” (CDR de fls. 39).

Embora os valores sejam significativamente maiores do que a marca denominada pela Impugnante como coirmã, prevê a portaria que para “os produtos não relacionados na tabela, ou sem valor correspondente, ou lançados no mercado após a publicação dessa portaria, será considerado o valor da embalagem vinculado aos “OUTROS”, exceto importados”.

Cabe ressaltar que o Contribuinte poderia, tendo verificado que os valores atribuídos pela portaria às “outras marcas de energéticos” seriam incompatíveis com o valor de mercado do produto, solicitar a sua inclusão, mediante requerimento destinado à Diretoria de Gestão de Projetos da Superintendência de Fiscalização (DGP/SUFIS), conforme dispõe o parágrafo único do art. 1º da Portaria nº 60/10, supratranscrito.

Portanto, não procede a alegação de que a Fiscalização atribuiu ao referido energético a base de cálculo característica a “outras marcas” de energéticos, visto que a Fiscalização apenas cumpriu o disposto na legislação.

Quanto ao questionamento sobre a discrepância entre os valores atribuídos às diferentes embalagens (250 ml e 275 ml) do energético “*Red Horse*”, prevista na Portaria SUTRI nº 473/2015, posterior ao período autuado, sendo esses valores próximos dos valores praticados no mercado para o mesmo energético na embalagem de 2000 ml, este não é o fórum para tal discussão.

Estabelece o art.19, §§ 3º e 4º do Anexo XV do RICMS/02 sobre a formação de PMPF:

Art. 19.

§ 3º O preço médio ponderado a consumidor final (PMPF) e o percentual de margem de valor agregado

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(MVA) serão fixados com base em preços usualmente praticados no mercado, obtidos por levantamento, ainda que por amostragem ou por dados fornecidos por entidades representativas dos respectivos setores, adotando-se a média ponderada dos preços coletados.

§ 4º O levantamento previsto no parágrafo anterior será promovido pela Secretaria de Estado de Fazenda ou, a seu critério, por entidade de classe representativa do setor, observando-se o seguinte:

I - para se obter o preço médio ponderado a consumidor final (PMPF):

a) a identificação da mercadoria, inclusive suas características particulares, tais como: tipo, espécie e unidade de medida;

b) o preço de venda à vista da mercadoria no varejo, incluído o frete, seguro e demais despesas cobradas do adquirente;

c) os preços de promoção, bem como aqueles submetidos a qualquer tipo de comercialização privilegiada não serão considerados;

d) outros elementos que poderão ser necessários em face da peculiaridade do produto;

II - para se obter o percentual de margem de valor agregado (MVA), além do disposto nas alíneas do inciso anterior:

a) o preço de venda à vista da mercadoria no estabelecimento industrial, importador ou atacadista, incluído o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), o frete, o seguro e as demais despesas cobradas do destinatário, excluído o valor do ICMS relativo à substituição tributária;

b) sempre que possível, será considerado o preço da mercadoria cuja venda no varejo tenha ocorrido em período inferior a 30 (trinta) dias após a sua saída do estabelecimento industrial, importador ou atacadista;

Destaca a Fiscalização, que no caso dos energéticos a legislação supra está combinada com o disposto no art. 47-A do mesmo anexo, a seguir transcrito:

Art. 47-A. Na hipótese de operação interestadual com mercadoria de que trata o item 1 da Parte 2 deste Anexo em que o valor da operação própria praticado pelo remetente seja superior a 80% (oitenta por cento) do preço médio ponderado a consumidor final (PMPF) estabelecido para a mercadoria, o imposto devido a título de substituição tributária será calculado utilizando-se da base de cálculo estabelecida no art. 19, I, "b", 3, desta Parte.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Efeitos de 1º/05/2009 a 28/02/2011 - Acrescido pelo art. 2º, II, e vigência estabelecida pelo art. 3º, I, ambos do Dec. nº 45.082, de 03/04/2009:

“Art. 47-A. Na hipótese de operação interestadual com mercadoria de que trata o item 1 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.”

Conforme anteriormente informado, a nota 4 da Portaria SUTRI nº 60/10 prevê a utilização da margem de valor agregado (MVA) estabelecida na Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, nos termos do art. 19 do mesmo dispositivo legal, nos casos em que o produto não esteja descrito nos Anexos da portaria e para o qual não haja correspondência em “Outras marcas”, com descrição de embalagem para a qual não haja indicação de preço sugerido.

Não é esse o caso do produto “Black Power 1000 ml”.

A Impugnante alega que seria arbitrária e incongruente a atribuição de PMPF “outras marcas” a energéticos que tinham preço médio registrado na Fazenda Pública estadual sob o pretexto de que sua embalagem não se encontra prevista em portaria e transcreve a Tabela constante do Relatório fiscal (fls. 26).

É equivocado o entendimento da Impugnante.

A Fiscalização detalha no item 10 – Base de cálculo do Relatório Fiscal, às fls. 24/28, a formação da base de cálculo de todos os produtos autuados, sendo que as regras de associação constam das planilhas “MVA” e “PMPF”, constante do CD de fls. 39.

O quadro transcrito na impugnação traz a descrição do produto e o PMPF correto utilizado de todos os produtos comercializados pela Autuada.

Esclarece a Fiscalização que os produtos “Black Power”, “Red Black” e “Red Horse” de 275 ml, “Red Horse” de 400 ml, “Red Horse Citrus” de 400 ml, não previstos na portaria, especificamente, tanto pelos nomes como pelas embalagens, foram utilizadas correspondências em “outras marcas”.

Por exemplo, para o período de 01/07/10 a 31/12/10, foi adotado o PMPF de R\$ 4,82 (quatro reais e oitenta e dois centavos) para os energéticos “Red Horse” de 275 ml, constante de “outras marcas de energéticos” do Anexo III da Portaria SUTRI nº 60/10, visto que não está previsto o produto e respectiva embalagem. Confira-se:

Anexo III - ENERGÉTICOS (a que se refere o art. 1º da Portaria SUTRI nº 60/2010)

EMBALAGEM	VOLUME	MARCA	FABRICANTE	PMPF
VD PET PD	de 251ml até 360ml	Carbon	66	4,08
VD PET PD	de 251ml até 360ml	Carbon Cherry	66	4,08
VD PET PD	de 251ml até 360ml	Carbon Cola	66	4,08
VD PET PD	de 251ml até 360ml	Carbon Sugar Free	66	4,08
VD PET PD	de 251ml até 360ml	Energy Club	19	4,51
VD PET PD	de 251ml até 360ml	Outras Marcas de Energéticos	61	4,82

Correto o procedimento adotado pela Fiscalização.

No caso das bebidas quentes, item 17 do Anexo XV do RICMS/02, estabelece a Cláusula terceira do Protocolo nº 103/12, a base de cálculo do imposto, para os fins de substituição tributária, será o valor correspondente ao preço a consumidor constante na legislação do estado de destino da mercadoria para suas operações internas com produto mencionado no Anexo Único daquele protocolo.

PROCOLO ICMS 103, DE 16 DE AGOSTO DE 2012

Dispõe sobre a substituição tributária nas operações com **bebidas quentes**.

(...)

Cláusula terceira A base de cálculo do imposto, para os fins de substituição tributária, será o valor correspondente ao preço a consumidor constante na legislação do Estado de destino da mercadoria para suas operações internas com produto mencionado no Anexo Único deste protocolo.

§ 1º Em substituição ao valor de que trata o caput, a legislação do Estado de destino da mercadoria poderá fixar a base de cálculo do imposto como sendo o preço praticado pelo remetente, incluídos os valores correspondentes a frete, seguro, impostos, contribuições e 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 ajustada ("MVA Ajustada"), calculado segundo a fórmula "MVA ajustada = [(1+ MVA ST original) x (1 - ALQ inter) / (1- ALQ intra)] -1", onde:

I - "MVA ST original" é a margem de valor agregado prevista na legislação do Estado do destinatário para suas operações internas com produto mencionado no Anexo Único deste protocolo.

II - "ALQ inter" é o coeficiente correspondente à alíquota interestadual aplicável à operação;

III - "ALQ intra" é o coeficiente correspondente à alíquota interna ou percentual de carga tributária efetiva, quando este for inferior à alíquota interna, praticada pelo contribuinte substituto da unidade federada de destino, nas operações com as mesmas mercadorias listadas no Anexo Único.

§ 2º Na hipótese de a "ALQ intra" ser inferior à "ALQ inter", deverá ser aplicada a "MVA - ST original", sem o ajuste previsto no § 1º.

§ 3º Na impossibilidade de inclusão do valor do frete, seguro ou outro encargo na composição da base de cálculo, o recolhimento do imposto

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

correspondente a essas parcelas será efetuado pelo estabelecimento destinatário, acrescido dos percentuais de margem de valor agregado previstos nesta cláusula.

Cláusula quarta. O imposto a ser retido pelo sujeito passivo por substituição será calculado mediante a aplicação da alíquota vigente para as operações internas na unidade federada de destino, sobre a base cálculo prevista neste protocolo, deduzindo-se, do valor obtido, o imposto devido pela operação própria do remetente.

(Grifou-se)

O § 1º da mencionada Cláusula terceira estabelece que em substituição ao valor de que trata o *caput*, a legislação do estado de destino da mercadoria poderá fixar a base de cálculo do imposto como sendo o preço praticado pelo remetente, incluídos os valores correspondentes a frete, seguro, impostos, contribuições e 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 ajustada.

Registra a Fiscalização que, no caso das bebidas alcoólicas, conforme previsão nas portarias, para as mercadorias que se enquadrem em “outras marcas”, o valor da base de cálculo da substituição tributária será obtido de forma proporcional, multiplicando-se o volume líquido da mercadoria pelo preço médio ponderado a consumidor final, por litro, constante dos anexos únicos das referidas portarias.

Assim, a Fiscalização apurou o ICMS/ST das bebidas alcoólicas de acordo com a quantidade de ml de cada embalagem, informações essas fornecidas pelo Contribuinte.

Nos casos em que não havia PMPF para as bebidas quentes, adotou-se a MVA Ajustada conforme previsto no art. 19, inciso I, alínea b.1 e b.3 do Anexo XV do RICMS/02.

Não havendo apontamentos específicos da Impugnante em relação à apuração efetuada pela Fiscalização para bebidas alcoólicas, considera-se desnecessário maiores considerações quanto à legislação, além daquela supra, aplicada pela Fiscalização.

No tocante, a alegação da Impugnante que houve violação do princípio da não-cumulatividade nas transferências da Autuada para as empresas distribuidoras, pois não foi deduzido o ICMS próprio para cálculo do ICMS/ST, não é o que se observa das planilhas de cálculo juntadas pela Fiscalização, nas quais consta a coluna denominada “parcela dedutível” referente ao ICMS operação própria para a grande maioria dos documentos relacionados.

Explica a Fiscalização que, quando a mencionada coluna se encontra zerada decorre da falta de destaque do imposto pela Impugnante nas notas fiscais.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Portanto, a falta de dedução do ICMS próprio nessas operações deu-se pela observância ao art. 68, combinado com o art. 20 do Anexo XV, ambos do RICMS/02. Confira-se:

Art. 68. O crédito corresponderá ao montante do imposto corretamente cobrado e destacado no documento fiscal relativo à operação ou à prestação.

Parágrafo único. Se o imposto destacado no documento fiscal for inferior ao devido, o valor a ser abatido corresponderá ao do destaque, ficando assegurado o abatimento da diferença, desde que feito com base em documento fiscal complementar emitido pelo alienante ou remetente da mercadoria ou pelo prestador do serviço. (Grifou-se).

Anexo XV

Art. 20. O imposto a recolher a título de substituição tributária será:

I - em relação às operações subsequentes, o valor da diferença entre o imposto calculado mediante aplicação da alíquota estabelecida para as operações internas sobre a base de cálculo definida para a substituição e o devido pela operação própria do contribuinte remetente;

(...)

A Impugnante não apresenta documentos que provem sua alegação de inobservância da dedução do ICMS operação própria. Assim, não lhe assiste razão, também, quanto a esta alegação.

A Impugnante alega que se for mantido o entendimento de que houve descumprimento de obrigação acessória (declarar corretamente os tributos), sua conduta foi adotada sem qualquer dolo, necessário à configuração de intencional e conseqüente imposição de sanção.

No entanto, esse entendimento é equivocado.

A penalidade possui caráter objetivo e como tal, havendo o resultado previsto na descrição normativa, qualquer que seja a motivação ou ânimo do agente, tem-se por configurado o ilícito, atendendo a previsão constante do art. 136 do Código Tributário Nacional, que diz que “*salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato*”.

Nas lições do Professor Sacha Calmon Navarro Coelho em sua obra Teoria e Prática das Multas Tributárias, 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 55:

“Não faz sentido indagar se o contribuinte deixou de emitir uma fatura fiscal por dolo ou culpa (negligência, imperícia ou imprudência). De qualquer modo a lei foi lesada. De resto se se pudesse alegar que o contribuinte deixou de agir por desconhecer a lei, por

estar obnubilado ou por ter-se dela esquecido, destruído estaria todo o sistema de proteção jurídica da Fazenda Pública.”

O Código Tributário Nacional (CTN), que estabelece normas gerais de direito tributário aplicáveis aos tributos estaduais, assim legisla sobre a interpretação da legislação tributária:

Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

I - suspensão ou exclusão do crédito tributário;

II - outorga de isenção;

III - dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias.

Nesse sentido, não cabe ao aplicador da norma verificar, para aplicação da penalidade, se o infrator agiu com ou sem intenção de infringir a lei.

Correta, portanto, a exigência do ICMS/ST e da Multa de Revalidação em dobro, prevista no art. 56, inciso II, c/c § 2º, inciso I da Lei nº 6.763/75:

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;

(...)

A Fiscalização exigiu, também, a Multa Isolada prevista na alínea “c” do inciso VII do art. 55 da Lei nº 6.763/75, devida pelo descumprimento da obrigação acessória de informar corretamente a base de cálculo do ICMS/ST na nota fiscal.

Está demonstrado nos autos que a Autuada consignou base de cálculo do ICMS diversa da prevista na legislação, em suas notas fiscais de saída.

O art. 55, inciso VII da Lei nº 6.763/75, com a redação vigente na época da ocorrência dos fatos geradores, determinava a cobrança da multa por consignar base de cálculo diversa da prevista na legislação no montante de 40% (quarenta por cento) do valor da diferença apurada.

Efeitos de 1º/11/2003 a 31/12/2011 - Redação dada pelo art. 28 e vigência estabelecida pelo art. 42, I, ambos da Lei 14.699/2003:

VII - por consignar em documento fiscal que acobertar a operação ou a prestação base de cálculo diversa da prevista pela legislação ou quantidade de mercadoria inferior à efetivamente saída - 40% (quarenta por cento) do valor da diferença apurada.

De acordo com o Demonstrativo de cálculo da multa isolada, anexo 4, fls. 40/42, a Fiscalização exigiu a Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso VII, alínea "c" da Lei nº 6.763/75, redação dada pela Lei nº 19.978/11, reduzindo o percentual a 20% (vinte por cento) do valor da diferença apurada.

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:

(...)

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;

(...)

Destaca-se que a vigência do dispositivo retro se deu a partir de 01/01/12. A Fiscalização, aplicando a denominada retroatividade benigna, a teor do disposto na alínea "c" do inciso II do art. 106 do CTN, aplicou a multa isolada ao percentual de 20% (vinte por cento), de forma a beneficiar o contribuinte.

Relativamente às multas aplicadas, não assiste razão à Defesa, que aduz não haver amparo legal para coexistência das duas penalidades exigidas de maneira cumulativa.

Com efeito, a multa de 100% (cem por cento) prevista no art. 56, inciso II e § 2º, inciso I da Lei nº 6.763/75 (Multa de Revalidação) refere-se a descumprimento de obrigação principal. Já a multa capitulada no art. 55, inciso VII e alínea "c" da citada lei a partir de 01/01/12, conforme alteração do art. 55, inciso VII pela Lei nº 19.978/11 (Multa Isolada) foi exigida pelo descumprimento de obrigação acessória.

Nesse sentido é o entendimento de abalizada doutrina.

Para Aliomar Baleeiro (Direito Tributário Brasileiro, atualizado por Misabel Derzi, 11ª ed., p. 759), as penalidades compreendem as infrações, relativas ao descumprimento do dever de pagar o tributo tempestivamente e as infrações apuradas em autuações, de qualquer natureza (multas moratórias ou de revalidação) e as infrações aos deveres de fazer ou não fazer, chamados acessórios (às quais se cominam multas específicas).

"Não resta dúvida de que as sanções tributárias não podem ser insignificantes, de modo que percam seu aspecto repressivo ou preventivo de coibição

de ilícito. (...)."(DERZI, Misabel Abreu Machado. Notas ao livro Direito tributário brasileiro, de Aliomar Baleeiro. 11ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 863).

Para Sacha Calmon (Curso de Direito Tributário Brasileiro, 1999, p. 696), as penalidades, entre as quais se inclui a multa de revalidação, "são postas para desencorajar o inadimplemento das obrigações tributárias".

Em suma, enquanto a multa de revalidação decorre do não pagamento do tributo a tempo e modo (obrigação principal), a multa isolada decorre do não cumprimento de uma obrigação acessória.

Ao contrário do que sustenta a Impugnante, é possível a incidência concomitante das multas em questão, porquanto foram cobradas nos exatos termos da legislação pertinente.

O Estado somente tem condições de cumprir as suas finalidades sociais se tiver orçamento, o que se consegue via tributos e, assim, o meio coercitivo para obrigar o contribuinte ao implemento de suas obrigações constitui forma válida para a consecução de suas finalidades.

A aplicação cumulativa da multa de revalidação com a multa isolada obteve autorização do Poder Judiciário deste estado, como na Apelação Cível nº 1.0672.98.011610-3/001, ementada da seguinte forma:

EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO - MULTA DE REVALIDAÇÃO - EXPRESSA PREVISÃO - LEI ESTADUAL Nº 6.763/75 - MEIO DE COERÇÃO - REPRESSÃO À SONEGAÇÃO - CONSTITUCIONALIDADE. A MULTA DE REVALIDAÇÃO TEM A FINALIDADE DE GARANTIR A INTEGRALIDADE DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA CONTRA A PRÁTICA DE ATOS ILÍCITOS E INADIMPLEMENTO E NÃO SE CONFUNDE COM A MULTA MORATÓRIA NEM COM A COMPENSATÓRIA OU MESMO COM A MULTA ISOLADA. A LEI, AO PREVER COMO BASE DE CÁLCULO DA MULTA DE REVALIDAÇÃO O VALOR DO TRIBUTO DEVIDO, PERMITE A SUA ATUALIZAÇÃO, PARA NÃO HAVER DEPRECIAÇÃO DO VALOR REAL DA MESMA.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0672.98.011610-3/001 - COMARCA DE SETE LAGOAS - APELANTE(S): FAZENDA PUBLICA ESTADO MINAS GERAIS - APELADO(A)(S): CASA MARIANO LTDA. - RELATORA: EXMª. SRª. DESª. VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE.

É imperioso afirmar que a aplicação das penalidades foi efetivada na medida prevista na legislação tributária deste estado, não competindo ao órgão julgador administrativo negar aplicação de dispositivo legal, nos termos do art. 110, inciso I do RPTA.

Não procede, também, o pedido da Impugnante para que as penalidades sejam reduzidas.

Conforme destacado, a multa isolada já foi exigida no percentual de 20% (vinte por cento) do valor do valor da diferença de base de cálculo apurada. E a multa

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

de revalidação foi exigida no percentual de 100% (cem por cento) do valor do ICMS/ST não recolhido, nos exatos termos da Lei nº 6.763/75.

Menciona-se que nesta instância administrativa não há previsão para adequação no percentual da multa de revalidação exigida.

Com relação ao pedido de cancelamento ou redução das penalidades, nos termos do art. 53, § 3º da Lei nº 6.763/75, o benefício não pode ser aplicado ao caso, uma vez que a infração resultou em falta de pagamento do imposto. Confira-se:

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

(...)

§ 3º - A multa por descumprimento de obrigação acessória pode ser reduzida ou cancelada por decisão do órgão julgador administrativo, desde que esta não seja tomada pelo voto de qualidade e que seja observado o disposto nos §§ 5º e 6º deste artigo.

(...)

§ 5º - O disposto no § 3º não se aplica aos casos

(...)

3. em que a infração tenha sido praticada com dolo ou dela tenha resultado falta de pagamento do tributo.

Não há que se falar em violação ao princípio do não confisco em se tratando de multa que está prevista na legislação estadual, efetivada nos exatos termos determinados pela Lei nº 6.763/75, à qual se encontra o Conselho de Contribuintes adstrito em seu julgamento, a teor do art. 110 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos do Estado de Minas Gerais, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, que assim determina:

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

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

(...)

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. Ainda, em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. No mérito, por maioria de votos, em julgar procedente o lançamento, nos termos do parecer da Assessoria do CC/MG. Vencido, em parte, o Conselheiro Sauro Henrique de Almeida (Relator), que o julgava parcialmente procedente, para excluir as exigências da multa isolada relativas aos exercícios de 2010 e 2011, por inaplicável à espécie. Designada relatora a Conselheira Maria de Lourdes Medeiros (Revisora). Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Marismar Cirino Motta. Participaram do julgamento, além da

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

signatária e do Conselheiro vencido, os Conselheiros Marco Túlio da Silva e Maria Gabriela Tomich Barbosa.

Sala das Sessões, 19 de abril de 2016.

**Maria de Lourdes Medeiros
Presidente / Relatora designada**

IS/D

CC/MIG

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão:	22.107/16/1ª	Rito: Ordinário
PTA/AI:	01.000273799-63	
Impugnação:	40.010138522-99	
Impugnante:	101 do Brasil Industrial Ltda	
	IE: 002047653.00-91	
Origem:	DGP/SUFIS - NCONEXT - RJ	

Voto proferido pelo Conselheiro Sauro Henrique de Almeida, nos termos do art. 53 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

A autuação trata da constatação de retenção e recolhimento a menor de ICMS/ST, devido pela Autuada, contribuinte substituto tributário, inscrito no cadastro de contribuintes do estado de Minas Gerais, por força dos Protocolos de ICMS nºs 11/91 e 103/12, cujas vigências entre Santa Catarina e Minas Gerais iniciaram-se em 01/12/05 e 01/02/13, respectivamente, nas operações subsequentes com mercadorias (energéticos e bebidas alcoólicas) listadas nos itens 1 e 17 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, destinadas a contribuintes mineiros, no período de 01/07/10 a 30/11/14.

Exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação em dobro prevista no art. 56, inciso II e § 2º, inciso I da Lei nº 6.763/75 e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso VII e alínea “c” da citada lei a partir de 01/01/12, conforme alteração do art. 55, inciso VII pela Lei nº 19.978/11.

A divergência quanto ao voto vencedor, refere-se a aplicação da Multa Isolada, capitulada no art. 55, inciso VII, alínea “c”, para os exercícios de 2010 e 2011, por inaplicável a espécie, pelos motivos expostos a seguir.

No que se refere à multa isolada, certo é que o tipo penal estabelecido no inciso VII do art. 55 da Lei nº 6.763/75 visa punir a subtração de base de cálculo nas operações próprias, não se aplicando ao imposto devido por substituição tributária. Veja-se a redação vigente à época dos fatos geradores:

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:

(...)

Efeitos de 1º/11/2003 a 31/12/2011 - Redação dada pelo art. 28 e vigência estabelecida pelo art. 42, I, ambos da Lei 14.699/2003:

“VII - por consignar em documento fiscal que acobertar a operação ou a prestação base de cálculo diversa da prevista pela legislação ou quantidade de mercadoria inferior à efetivamente

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

saída - 40% (quarenta por cento) do valor da diferença apurada;" (Grifou-se).

Com a publicação da Lei nº 19.978/11, com vigência a partir de 01/01/12, o dispositivo em questão foi alterado pelo art. 8º e vigência estabelecida pelo art. 17, passando a ter a seguinte redação:

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

a) importância diversa do efetivo valor da operação ou da prestação - 40% (quarenta por cento) do valor da diferença apurada;

b) valor da base de cálculo da substituição tributária menor do que a prevista na legislação, em decorrência de aposição, no documento fiscal, de importância diversa do efetivo valor da prestação ou da operação própria - 40% (quarenta por cento) do valor da diferença apurada;

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;

A Fiscalização aplicou, retroativamente, a penalidade da alínea "c" do inciso VII do art. 55 da Lei nº 6.763/75, 20% (vinte por cento) do valor da diferença apurada, por entendê-la como penalidade menos severa, nos termos do art. 106, inciso II, alínea "c" do CTN.

Contudo, entende-se que a referida alínea "c" cuida de penalidade nova, razão pela qual não pode retroagir em prejuízo da Autuada.

Assim sendo, julgo parcialmente procedente o lançamento para excluir as exigências da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso VII, alínea "c" da Lei nº 6.763/75 dos exercícios de 2010 e 2011, por ser inaplicável à espécie.

Sala das Sessões, 19 de abril de 2016.

Sauro Henrique de Almeida
Conselheiro