

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS
--

Acórdão:	22.301/19/2ª	Rito: Ordinário
PTA/AI:	01.001152818-84	
Impugnação:	40.010147070-80	
Impugnante:	Emcomex Empresa de Comércio Exterior Ltda	
	IE: 001721023.00-92	
Proc. S. Passivo:	Flávio Augusto Rezende Teixeira/Outro(s)	
Origem:	DGP/SUFIS – NCONEXT/SP	

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOR DE ICMS/ST - BASE DE CÁLCULO. Constatada a retenção e o recolhimento a menor do ICMS devido por substituição tributária ao estado de Minas Gerais, devido pela Autuada, sediada no estado de São Paulo, contribuinte substituto tributário, por força do Protocolo ICMS nº 11/91 e do disposto no art. 12 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02, nas operações de saídas interestaduais de mercadorias (cervejas), listadas no item 1 (até 31/12/15) e Capítulo 3 (a partir de 01/01/16), ambos da Parte 2 do Anexo XV do citado Anexo XV do regulamento, em razão da incorreta utilização da base de cálculo do imposto. Infração caracterizada nos termos do disposto no art. 8º, § 6º, da Lei Complementar nº 87/96; § 29 do art. 13 da Lei nº 6.763/75 e item 1, alínea “b”, inciso I, art. 19, Parte 1, Anexo XV do RICMS/02. Corretas as exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação em dobro capitulada no art. 56, inciso II, c/c o § 2º, inciso I do citado artigo, e da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso VII, alínea “c”, ambos da Lei nº 6.763/75.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS/ST - FUNDO DE ERRADICAÇÃO DA MISÉRIA (FEM) - BEBIDAS. Constatou-se que a Autuada deixou recolher o ICMS devido por substituição tributária ao estado de Minas Gerais, correspondente ao Fundo de Erradicação da Miséria (FEM). Infração caracterizada. Corretas as exigências de ICMS/ST correspondente ao adicional de 2% (dois por cento) e Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, c/c § 2º, inciso I do referido artigo da Lei nº 6.763/75.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a retenção e o recolhimento a menor do ICMS devido pela Autuada por substituição tributária, bem como do adicional de dois pontos percentuais na alíquota do ICMS correspondente ao Fundo de Erradicação da Miséria (FEM), no período de 01/01/14 a 30/06/18, relativos a remessas de cervejas para contribuintes mineiros, em decorrência da apuração e utilização de base de cálculo do tributo em desacordo com a legislação.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Autuada é empresa estabelecida no estado de São Paulo e encontra-se na condição de contribuinte substituto tributário por força de Protocolo ICMS nº 11/91.

Em razão da retenção e recolhimento a menor do ICMS/ST, além da diferença do tributo não retido e não recolhido, exige-se Multa de Revalidação em dobro (art. 56, inciso II c/c o § 2º, inciso I do citado artigo, da Lei nº 6.763/75) e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso VII, alínea “c”, da referida lei, no percentual de 20% (vinte por cento) da diferença apurada, tendo em vista que consignou nas notas fiscais emitidas valor da base de cálculo menor que a prevista na legislação.

Exige-se, ainda, ICMS/ST correspondente ao adicional de 2% (dois por cento) e Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, c/c § 2º, inciso I, do referido artigo, da Lei nº 6.763/75.

Instruem os autos: Termos de cientificação de início e encerramento de procedimento fiscal exploratório (fls. 02/07); Auto de Início da Ação Fiscal – AIAF de fls. 08/10; Relatório Fiscal de fls. 11/17; Auto de Infração – AI de fls. 18/26); Anexo A: Demonstrativo do Crédito Tributário (fls. 27/30); Anexo B: Demonstrativo da Apuração da BC-ST por produto e por nota fiscal (fls. 31/111); Anexo B1: Demonstrativo das Diferenças da BC-ST por nota (fls. 112/137); Anexo C: Demonstrativo da Apuração do FEM (Fundo de Erradicação da Miséria) – fls. 138/240; Anexo C1: Demonstrativo do FEM (Fundo de Erradicação da Miséria) por nota fiscal e por mês - fls. 241/275; Anexo D: Relação de produtos comercializados pela empresa autuada constantes no auto de infração (fls. 276/400); Anexo E: Demonstrativo – Relação dos destinatários das operações autuadas (fls. 401/402); Anexo F: Memória de cálculo de apuração do ICMS/ST – retenção a menor (fls. 403/404); Anexo C denominado “*CD contendo a integralidade das planilhas referentes aos anexos mencionados*”, mas nele contém cópias de DANFES, livros fiscais e de GIA-ST do período autuado, sendo que os demonstrativos encontram-se colacionados na integra nos presentes autos (fls. 405/406); Anexo H: DANFES, CD e outros documentos apresentados pela Autuada e pelos destinatários correspondentes ao período de 01/01/14 a 30/06/18 (fls. 407/485).

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 488/512.

A Fiscalização, em manifestação de fls. 529/543, refuta as alegações da Defesa e requer a procedência do lançamento.

A Assessoria do CCMG, em Parecer de fls. 552/586, opina pela procedência do lançamento.

DECISÃO

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

Conforme relatado, a autuação versa sobre a retenção e o recolhimento a menor do ICMS devido pela Autuada por substituição tributária, bem como do

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

adicional de dois pontos percentuais na alíquota do ICMS correspondente ao Fundo de Erradicação da Miséria (FEM), no período de 01/01/14 a 30/06/18, relativos a remessas de cervejas para contribuintes mineiros, em decorrência da apuração e utilização de base de cálculo do tributo em desacordo com a legislação.

A Autuada é empresa estabelecida no estado de São Paulo e encontra-se na condição de contribuinte substituto tributário por força de Protocolo ICMS nº 11/91.

Exige-se ICMS/ST, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, c/c o § 2º, inciso I do citado artigo, da Lei nº 6.763/75, e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso VII, alínea “c”, da referida lei, no percentual de 20% (vinte por cento) da diferença apurada, por ter consignado nas notas fiscais valor da base de cálculo menor do que a prevista na legislação.

Exige-se, ainda, ICMS/ST correspondente ao adicional de 2% (dois por cento) e Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, c/c § 2º, inciso I, do referido artigo, da Lei nº 6.763/75.

É oportuno salientar que o regime da substituição tributária possui norma de competência estatuída na Constituição da República de 1988, (CR/88), em seu art. 150, § 7º, e na Lei Complementar nº 87/96, conforme art. 6º. Veja-se:

Constituição da República de 1988

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

§ 7º A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.

Lei Complementar nº 87/96

Art. 6º Lei estadual poderá atribuir a contribuinte do imposto ou a depositário a qualquer título a responsabilidade pelo seu pagamento, hipótese em que assumirá a condição de substituto tributário.

§ 1º A responsabilidade poderá ser atribuída em relação ao imposto incidente sobre uma ou mais operações ou prestações, sejam antecedentes, concomitantes ou subseqüentes, inclusive ao valor decorrente da diferença entre alíquotas interna e interestadual nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, que seja contribuinte do imposto.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 2º A atribuição de responsabilidade dar-se-á em relação a mercadorias, bens ou serviços previstos em lei de cada Estado.

A Autuada é contribuinte substituto tributário mineira em razão do disposto no art. 22, inciso II, da Lei nº 6.763/75 c/c os arts. 1º, inciso II, e 12, §1º, da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02 e cláusula primeira do Protocolo ICMS nº 11/91, *verbis*:

Lei nº 6.763/75

Art. 22. Ocorre a substituição tributária, quando o recolhimento do imposto devido pelo:

(...)

II - adquirente ou destinatário da mercadoria pelas operações subsequentes, ficar sob a responsabilidade do alienante ou do remetente da mercadoria;

(...)

RICMS/02 - Anexo XV

Art. 1º Ocorre a substituição tributária, quando o recolhimento do imposto devido:

(...)

II - pelos adquirentes ou destinatários da mercadoria, pelas operações subsequentes, ficar sob a responsabilidade do alienante ou do remetente da mercadoria;

(...)

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 submetidas ao regime de substituição tributária 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.

Efeitos de 1º/12/2005 a 31/12/2015

"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 grupo de mercadorias, são as

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

identificadas nos seguintes capítulos da Parte 2 deste Anexo:

(...)

II - Capítulo 2: Bebidas Alcoólicas, exceto Cerveja e Chope;

(...)

Protocolo ICMS nº 11/91

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 artigo 25 do Anexo único ao Convênio ICM 66/88, de 14 de dezembro de 1988, conjugado com as disposições do artigo 199 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966), resolvem celebrar o seguinte

P R O T O C O L O

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 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.

(...)

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.

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 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:

1. ao montante formado pelo preço praticado pelo distribuidor, depósito ou estabelecimento atacadista, incluídos o IPI, frete e/ou frete 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:

(...)

§ 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:

4º Nas operações destinadas aos Estados do Acre, Amazonas, Bahia, Minas Gerais, Paraná, Pernambuco, Rio Grande do Sul, Santa Catarina e São Paulo, a MVA-ST a ser aplicada é a prevista na sua legislação interna para os produtos mencionados neste protocolo.

Cláusula quarta-A Em substituição ao disposto na cláusula quarta, a unidade federada de destino poderá determinar que a base de cálculo para fins de substituição tributária seja a média ponderada dos preços a consumidor final usualmente praticados em seu mercado varejista. (Grifou-se).

(...)

A mercadoria autuada (cerveja) encontrava-se listada no item 1 (até 31/12/15) e no Capítulo 3 (a partir de 01/01/16) da Parte 2 do Anexo XV, do RICMS/02.

A Impugnante sustenta sua defesa nos seguintes argumentos, em apertada síntese: ilegalidade do cálculo do ICMS mediante a adoção do regime de pauta fiscal; efetuou o recolhimento do ICMS/ST e do FEM corretamente e que são inconstitucionais as multas aplicadas e ilegais os juros moratórios.

A mercadoria objeto das exigências fiscais, os preços médios ponderados a consumidor final (PMPFs) utilizados para apuração da base de cálculo do ICMS/ST, a alíquota do ICMS exigido por substituição tributária - no percentual de 18% (dezoito por cento) e 23% (vinte e três por cento), conforme o período autuado, dentre outras informações, encontram-se listados no Anexo B: Demonstrativo da Apuração da BC-ST por produto e por nota fiscal (fls. 31/111).

Para apuração do ICMS/ST, ora exigido, em relação às operações autuadas, a Fiscalização corretamente observou as disposições previstas na legislação mineira para fixação da base de cálculo do imposto por substituição tributária, conforme o disposto na alínea “b”, item 1, do art. 19 e art. 20 (para apuração do ICMS/ST devido), ambos da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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:

1 - o preço médio ponderado a consumidor final (PMPF) divulgado em portaria da Superintendência de Tributação;

(...)

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;

(...)

O imposto foi calculado com a aplicação das alíquotas nos seguintes percentuais:

RICMS/02

CAPÍTULO VII Da Alíquota

Art. 42. As alíquotas do imposto são:

I - nas operações e prestações internas:

(...)

e) 18% (dezoito por cento), nas operações e nas prestações não especificadas nas alíneas anteriores;

(...)

i) 23% (vinte e três por cento), nas operações com cervejas e chopes alcoólicos;

(...)

Compulsando o Anexo B: Demonstrativo da Apuração da BC-ST por produto e por nota fiscal (fls. 31/111), verifica-se que a Fiscalização exige o ICMS/ST apurado com a utilização do PMPF previsto para outros fabricantes (vide coluna “Fabricante” que contém o código “999” referente a outros fabricantes, tendo em vista que, para o período autuado, não havia PMPF específico para as mercadorias autuadas. Cita-se, por exemplo, excerto da Portaria nº 707/17, com destaque para o produto de nº 474 – PMPF = R\$ 32,25 (apuração às fls. 111 dos autos):

PORTARIA SUTRI N° 707 DE 27 DE DEZEMBRO DE 2017
(MG de 28/12/2017)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Revogada pela Portaria SUTRI n° 743/2018 a partir de 1°/07/2018.

Divulga os preços médios ponderados a consumidor final (PMPF) para cálculo do ICMS devido por substituição tributária nas operações com cerveja e chope.

O SUPERINTENDENTE 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 n° 43.080, de 13 de dezembro de 2002,

RESOLVE:

Art. 1° - 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 cerveja e chope o sujeito passivo deverá observar os preços médios ponderados a consumidor final (PMPF) constantes dos Anexos I e II desta Portaria.

Parágrafo único. O sujeito passivo observará os valores indicados para as marcas comercializadas independentemente do CNPJ básico e do nome do fabricante constantes do Anexo III desta Portaria.

Art. 2° - Fica revogada a Portaria SUTRI n° 663, de 28 de junho de 2017.

Art. 3° - Esta Portaria entra em vigor em 1° de janeiro de 2018, produzindo efeitos até 30 de junho de 2018.

Superintendência de Tributação, em Belo Horizonte, aos 27 de dezembro de 2017; 229° da Inconfidência Mineira e 196° da Independência do Brasil.

Marcelo
Superintendente de Tributação

Hipólito

Rodrigues

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Portaria SUTRI nº 707/2017
ICMS/ST - PMPF - Cerveja e Chope

ANEXO I - CERVEJA					
ITEM	EMBALAGEM	MARCA	CÓDIGO FABRICANTE	PMPF	
	462	Vidro Descartável 500 a 550ml	Insana Wittbier/ Coffe IPA	46	16,12
	463	Vidro Descartável 500 a 550ml	Invicta 108 / 1000 IBU / Conan	77	27,03
	464	Vidro Descartável 500 a 550ml	Invicta Damiana / Black Cat / Saison / Boss / Six O'Clock	77	21,64
	465	Vidro Descartável 500 a 550ml	Invicta Iniciação / Hellbeirão	77	19,00
	466	Vidro Descartável 500 a 550ml	Invicta Transatlântica	77	30,00
	467	Vidro Descartável 500 a 550ml	Jângal Beer	22	10,69
(14)	468	Vidro Descartável 500 a 550ml	Krug Bier Calúnia/ Sarcasmo	22	15,57
(14)	469	Vidro Descartável 500 a 550ml	Krug Bier Inocência/ Rancor/ Remorso	22	15,57
<i>Efeitos de 1º/01/2018 a 02/04/2018 - Redação original:</i>					
	"468	Vidro Descartável 500 a 550ml	Krug Bier Calúnia / Sarcasmo	22	15,76
	469	Vidro Descartável 500 a 550ml	Krug Bier Inocência / Rancor / Remorso	22	16,12"
	470	Vidro Descartável 500 a 550ml	Krug Bier Saison Experimente	22	10,89
(14)	471	Vidro Descartável 500 a 550ml	Krug Bier Submissão	22	15,57
<i>Efeitos de 1º/01/2018 a 02/04/2018 - Redação original:</i>					
	"471	Vidro Descartável 500 a 550ml	Krug Bier Submissão	22	16,28"
	472	Vidro Descartável 500 a 550ml	Lowenbrau (todas)	1	19,20
	473	Vidro Descartável 500 a 550ml	Mangalager	22	10,15
	474	Vidro Descartável 500 a 550ml	Outras Marcas	999	32,25

(...)

Importante trazer à baila a seguinte resposta de Consulta de Contribuintes, exarada pela Superintendência de Tributação da SEF/MG, bem esclarecedora sobre o tema:

CONSULTA DE CONTRIBUINTE Nº 161/2018

PTA Nº: 45.000015998-52

CONSULENTE: Estrela de Galícia Importação e Comercialização de Bebidas e Alimentos Ltda.

ORIGEM: São Paulo - SP

ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - BASE DE CÁLCULO - CERVEJA - Tratando-se de operações com cervejas, chopes e refrigerantes, enquanto ainda não tiver o produto incluído em Portaria SUTRI, o contribuinte deve procurar a correspondência no item "Outras marcas", aplicando o PMPF nele indicado, salvo se não houver correspondência ou nas hipóteses do caput dos arts. 47-A e 47-B da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/2002, quando deverá ser aplicada a MVA prevista para o respectivo produto na Parte 2 do mesmo Anexo.

EXPOSIÇÃO:

A Consulente apura o ICMS pela sistemática de débito e crédito e tem como atividade principal informada no cadastro estadual o comércio atacadista de bebidas com atividade de fracionamento e acondicionamento associada (CNAE 4635-4/03).

Informa que atua no ramo de comercialização de cervejas importadas ou produzidas por terceiros no mercado nacional e que vende seus produtos a estabelecimentos varejistas e atacadistas mineiros.

Afirma que tais produtos estão sujeitos ao regime de substituição tributária do ICMS por força do Protocolo ICMS nº 11/1991 e da legislação de Minas Gerais.

Destaca que, nos termos da Lei nº 6.763/1975 e do RICMS/2002, a base de cálculo do ICMS/ST é o preço final ao consumidor pré-fixado por órgão público competente ou, na sua ausência, deve-se observar a seguinte ordem: o preço médio ponderado a consumidor final (PMPF) fixado pela Superintendência de Tributação; na ausência do PMPF fixado para o produto, o preço final ao consumidor aprovado pela Superintendência de Tributação; e, na ausência dos critérios anteriores, deverá ser utilizado o preço praticado pelo substituto, acrescido dos valores de frete, seguro, imposto e outros encargos e do percentual de MVA estabelecido na Parte 2 do Anexo XV do RICMS/2002.

Ressalta que a Superintendência de Tributação editou portarias divulgando o PMPF para cálculo do ICMS/ST nas operações com cervejas e chope, elencadas por centenas de rubricas relacionadas à marca do produto, código do fabricante e embalagem conforme a correspondente volumetria.

Argumenta que as referidas portarias também trouxeram valores destinados genericamente a “outras marcas”, que não se aplicam às suas operações por ausência de critério padronizado para sua composição.

Observa que nessas portarias, em determinado período, há indicação de que os valores de PMPF de “outras marcas” não se aplicariam às cervejas importadas (vide Portaria SUTRI nº 276/2013) e, em outro momento, segregaram a rubrica entre “outras marcas - cervejas especiais” e “outras marcas - cervejas pilsen” (cita a Portaria SUTRI nº 538/2016).

Entende que isso inviabiliza o enquadramento dos produtos por ela comercializados em tal rubrica.

Sustenta que os valores de PMPF designados para o item “outras marcas” não guardam relação com as margens de lucro que são efetivamente aplicáveis aos seus produtos no mercado de cervejas neste Estado.

Informa que, em setembro de 2016, se filiou à Associação Brasileira de Bebidas - ABRABE para acompanhar o processo de levantamento de preços de

seus produtos em Minas Gerais, fazendo-os constar especificamente no rol de itens com PMPF divulgados pela Superintendência de Tributação nas Portarias SUTRI nºs 583/2016 e 606/2016.

Destaca que já era possível à Superintendência de Tributação identificar alguns produtos da marca Estrella Galicia no mercado mineiro, culminando na divulgação de PMPF específicos para esses itens, por meio da Portaria SUTRI nº 501/2015, vigente em 29/10/2015.

Relata que, com base nessas portarias, tendo em vista a inexistência de preço pré-fixado, PMPF e preço aprovado pela Superintendência de Tributação dos produtos que comercializa, calculou a base de cálculo do ICMS/ST em suas operações utilizando o percentual de margem de valor agregado (MVA), consoante às disposições do Protocolo ICMS nº 11/1991 e da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/2002.

Menciona que, entre os produtos comercializados a estabelecimentos mineiros, vendeu garrafas de cerveja de 600ml, no período compreendido entre 29/10/2015 e 06/09/2016, ou seja, entre a inclusão de seus produtos na Portaria SUTRI nº 501/2015 e sua filiação à ABRABE, utilizando o PMPF de “vidro retornável” existente para produtos específicos da marca Estrella Galicia, nos termos da Portaria SUTRI nº 501/2015.

Explica que as garrafas retornáveis representam modalidade de venda na qual os vasilhames vazios podem retornar ao estabelecimento fabricante para sua reutilização e que essa operação não ocorria no período acima indicado.

Comenta que, somente após a vigência da Portaria SUTRI nº 583/2016, passou a utilizar o PMPF de “vidro descartável” na comercialização de garrafas de 600ml para as operações de venda desses produtos, considerando que, nessa época, a totalidade de suas comercializações se dava sem previsão de retorno do vasilhame.

Com dúvida sobre a correta interpretação da legislação tributária, formula a presente consulta.

CONSULTA:

1 - Está correta a apuração do ICMS/ST mediante aplicação do percentual de margem de valor agregado (MVA), consoante as disposições do Protocolo ICMS nº 11/1991 e da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/2002, antes da inclusão dos Produtos específicos na lista, conforme foi realizada pela Consulente? Em caso

negativo, qual seria a base de cálculo do ICMS/ST reputada correta nas aludidas operações?

2 - Está correta a apuração do ICMS/ST mediante aplicação do PMPF referente à modalidade “vidro retornável” nas vendas de garrafas de cerveja com conteúdo de 600ml realizadas no período entre 29/10/2015 a 06/09/2016, antes da inclusão do PMPF específico para a modalidade de “vidro descartável” em Portaria SUTRI, tendo em vista que, independentemente da modalidade, se trata do mesmo produto? Em caso negativo, qual seria a base de cálculo do ICMS/ST reputada correta nas aludidas operações?

RESPOSTA:

Preliminarmente, importante esclarecer que alterações na legislação tributária acerca da determinação dos produtos submetidos à rubrica “outras marcas” não se trata de ausência de critério padronizado, mas sim de se buscar o aprimoramento da norma, a fim de que o valor do PMPF retrate o preço praticado no comércio varejista a consumidor final.

Feito esse esclarecimento, passa-se à resposta dos questionamentos formulados.

1 - O inciso I do art. 19 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/2002 estabeleceu uma ordem para apuração da base de cálculo do ICMS/ST, quando a mercadoria não tiver preço fixado por órgão público, que imprescindivelmente deverá ser respeitada, conforme abaixo transcrito:

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 submetida ao regime de substituição tributária cujo preço final a consumidor, único ou máximo, seja fixado por órgão público competente, o preço estabelecido;

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

1. o preço médio ponderado a consumidor final (PMPF) divulgado em portaria da Superintendência de Tributação;

2. o preço final a consumidor sugerido ou divulgado pelo industrial, pelo importador ou por entidade representativa dos respectivos segmentos

econômicos aprovado em portaria da Superintendência de Tributação; ou

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) estabelecido para a mercadoria submetida ao regime de substituição tributária relacionada na Parte 2 deste Anexo e observado o disposto nos §§ 5º a 8º; (destacou-se)

Dessa forma, o preço fixado por órgão público competente prevalece ao preço médio ponderado a consumidor final, que, por sua vez, prevalece ao preço final a consumidor sugerido ou divulgado pelo industrial, pelo importador ou por entidade representativa dos respectivos segmentos econômicos e aprovado pela SUTRI, vindo, por último, a adoção da margem de valor agregado (MVA).

Portanto, havendo PMPF estabelecido para a mercadoria, este prevalece sobre as demais formas de constituição da base de cálculo do ICMS/ST. Tal precedência possui fundamento no disposto no § 6º do art. 8º da Lei Complementar nº 87/1996. Nesse sentido, vide Consulta de Contribuinte nº 137/2016.

Importa esclarecer que, para solicitar a inclusão de um novo produto na Portaria SUTRI de PMPF, o contribuinte deve encaminhar requerimento nesse sentido à Diretoria de Gestão de Projetos da Superintendência de Fiscalização (DGP/SUFIS), cujo modelo poderá ser obtido na página da SEF/MG na internet, acessando, na sequência, os links: “empresas”, “formulários”, “formulários para inclusão em portaria de preços”.

Com efeito, enquanto ainda não tiver o produto incluído em Portaria SUTRI, o contribuinte deve procurar a correspondência em “Outras marcas”, aplicando o PMPF relativo ao respectivo item.

Não constando o produto dos Anexos da Portaria SUTRI e não havendo correspondência em “Outras marcas”, a Consulente deverá apurar a base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária utilizando-se da margem de valor agregado (MVA) estabelecida na Parte 2 do Anexo XV do RICMS/2002.

Nesse sentido, vide Consulta de Contribuinte nº 165/2017.

Tratando-se de operações com cervejas, chopes e refrigerantes, o contribuinte também deverá utilizar a MVA, quando verificada alguma das hipóteses previstas no caput dos arts. 47-A e 47-B da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/2002.

Portanto, no caso em comento, reputa-se incorreta a utilização da MVA para fins de determinação da base de cálculo do ICMS/ST, da forma realizada pela Consulente, em detrimento do PMPF previsto em Portaria SUTRI. Não sendo o caso de aplicação do caput dos arts. 47-A e 47-B referidos, certo seria a Consulente ter usado o PMPF definido para o produto conforme suas características na rubrica “Outras marcas”.

2 - Não. Independentemente de se tratar do mesmo produto, o volume do recipiente no qual este é comercializado, bem como o fato de ser “descartável” ou “retornável”, determinam o montante do PMPF a ser aplicado na operação, considerando o item específico previsto em Portaria SUTRI.

Conforme dito na resposta ao questionamento anterior, enquanto ainda não tiver o produto incluído em Portaria SUTRI, o contribuinte deve procurar a correspondência em “Outras marcas”, aplicando o PMPF relativo ao respectivo item.

Sendo assim, nas saídas de cerveja em recipiente descartável de vidro com conteúdo de 600ml, realizadas no período entre 29/10/2015 a 05/09/2016, a Consulente deveria ter utilizado o PMPF previsto em item específico para “vidro descartável de 361 a 660ml - Outras marcas”.

Relativamente às operações realizadas entre 01/07/2015 a 31/12/2015, por exemplo, deveria ter sido utilizado o PMPF de R\$ 19,98 (dezenove reais, noventa e oito centavos), previsto no item 458 da Portaria SUTRI nº 474/2015.

(...)

DOT/DOLT/SUTRI/SEF, 19 de setembro de 2018.

Verifica-se que a Defesa argui que a base de cálculo do imposto devido por substituição tributária adotada pela Fiscalização é ilegal e inconstitucional, entendendo ser aplicável ao caso as Margens de Valor Agregado - MVAs previstas na legislação tributária, entende que há ofensa aos critérios de determinação de base de cálculo do ICMS/ST fixados na Lei Complementar nº 87/96, quando da fixação dos preços médios ponderados estabelecidos nas Portarias SUTRI apontadas nos autos.

Razão não assiste à Defesa, conforme se verá.

Nesse diapasão, importante trazer à colação o disposto no art. 8º, inciso II, alínea “c”, c/c § 4º, da LC nº 87/96:

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

I - em relação às operações ou prestações antecedentes ou concomitantes, o valor da operação ou prestação praticado pelo contribuinte substituído;

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. (Grifou-se).

Como se vê, de fato a alínea “c” retro versa sobre a Margem de Valor Agregado – MVA a ser considerada, dentre outras parcelas (alíneas a e b), para fins de obtenção da base de cálculo do imposto em regime de substituição tributária.

Em regra, “a base de cálculo, para fins de substituição tributária, será em relação às operações ou prestações subsequentes, obtida pelo somatório do valor da operação ou prestação própria realizada pelo substituto tributário ou pelo substituído intermediário; do montante dos valores de seguro, de frete e de outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço; e da margem de valor agregado, inclusive lucro, relativa às operações ou prestações subsequentes” (art. 8º, inciso II, alíneas “a”, “b” e “c”).

Já o § 4º acima diz que a MVA (alínea “c”) será estabelecida com base em preços usualmente praticados no mercado considerado.

Contudo, percebe-se que se equivoca a Impugnante em suas alegações, pois o § 6º do art. 8º, da referida lei, contempla regra diversa e excludente daquela prevista no inciso II do *caput*. Confira-se:

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

No caso, é essa última regra que sustenta a exigência do ICMS devido por substituição tributária com apuração por meio da utilização do PMPF.

Assim, constata-se que a utilização do PMPF para apuração da base de cálculo do imposto encontra-se fundamentada na legislação tributária, especialmente no § 6º do art. 8º da Lei Complementar nº 87/96, na Lei estadual nº 6.763/75 e no RICMS/02:

Lei nº 6.763/75

Art. 22. Ocorre a substituição tributária, quando o recolhimento do imposto devido pelo:

(...)

II - adquirente ou destinatário da mercadoria pelas operações subsequentes, ficar sob a responsabilidade do alienante ou do remetente da mercadoria;

(...)

§ 7º Para obtenção da base de cálculo, nos casos de responsabilidade pelo pagamento do imposto por substituição tributária, será observado o disposto nos §§ 19 a 21 do artigo 13.

(...)

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:

a) o valor da operação ou da prestação própria realizada pelo substituto tributário ou pelo substituído intermediário;

b) o montante dos valores de seguro, de frete e de outros encargos cobrados ou transferíveis ao adquirente ou ao tomador de serviço;

c) a margem de valor agregado, nela incluída a parcela referente ao lucro e o montante do próprio imposto, relativa a operação ou prestação 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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. (Grifou-se).

Conforme consta no § 3º do art. 19 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02, o Preço Médio Ponderado a Consumidor Final (PMPF) será fixado 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.

Dessa forma, o PMPF atende ao disposto na legislação acima mencionada, e encontra-se em consonância com as disposições legais acerca da base de cálculo presumida do ICMS/ST.

Portanto, fica claro que o PMPF não se confunde com pauta fiscal, uma vez que seus valores não são determinados, unilateralmente, pelo Fisco.

Repisa-se que tal procedimento distingue-se da fixação de pauta fiscal, a que se refere a Súmula nº 431 do Superior Tribunal de Justiça - STJ, não se cogitando, portanto, da aplicação desta no caso em comento, como arguido pela Defesa.

Ressalta-se, ainda, que os valores estipulados para o PMPF guardam relação com os preços reais praticados no mercado pelos contribuintes substituídos, já que tais valores são fixados com base em preços usualmente praticados no mercado.

Portanto, não são os referidos valores fixados aleatoriamente deixando de guardar relação com o fato que se quer tributar.

Sendo assim, confirma-se o entendimento de que não trata o PMPF de pauta fiscal, o que termina por não ferir a liberdade econômica e de livre concorrência.

Traz-se à colação alguns apontamentos trazidos na manifestação fiscal:

(...)

Inicialmente, convém esclarecer que a Impugnante se insurge contra o ICMS/ST exigido pelo fisco cuja base de cálculo foi apurada com fulcro no preço médio ponderado a consumidor final (PMPF) “outras marcas” divulgado em portaria da Superintendência de Tributação, nos termos da alínea “b1” do inciso I do artigo 19 do Anexo XV do RICMS.

(...)

Convém ressaltar que há produtos da Impugnante cujos preços foram incluídos em Portaria SUTRI, a exemplo da “cerveja paulistânia 600ml” enviado a Minas Gerais conforme DANFE 048.301 de 06/05/2014 cujo PMPF específico consta no item 338 da Portaria SUTRI nº 325/2013. Entretanto, para os produtos autuados utilizou-se o PMPF “outras marcas” porque não há a respectiva menção específica, sendo que a própria Contendoradora poderia ter solicitado a inclusão, em lugar de apurar a BC do ICMS/ST em descompasso com a ordem imposta no artigo 19 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS. (Grifou-se)

(...)

Tendo em vista que a Contendoradora, por mais de uma vez, evoca suposta ilegalidade cometida pelo fisco ao exigir a base de cálculo do ICMS/ST com fulcro no PMPF, mister demonstrar que a legislação mineira está completamente dentro dos limites legais, mais especificamente da LC 87/96 e da Lei 6.763/75.

Neste ponto, convém lembrar à Impugnante que a exigência fiscal guerreada trata de ICMS/ST. Portanto, não consegue a Contendoradora afastar de si a exigência fiscal com a afirmação, nos itens 13 a 17, de que a base de cálculo do ICMS é o montante correspondente ao valor da operação, ou seja, o preço praticado pelo vendedor da mercadoria. Isto porque o feito fiscal exige o ICMS/ST, de maneira que não se trata do ICMS conforme afirmado pela Contendoradora. Em verdade, trata-se do ICMS substituição tributária, que no caso presente ocorre quando a retenção e o recolhimento do imposto devido pelos destinatários da mercadoria, pelas operações subsequentes, fica sob a responsabilidade do remetente da mercadoria, no caso, a Impugnante. (Grifou-se).

O artigo 8º da LC/87/96 dispõe acerca da base de cálculo para fins de substituição tributária e, através do inciso II, elenca a MVA como fator a ser aplicado às operações subsequentes. Não obstante, o parágrafo 6º do mesmo artigo faculta que referido critério seja substituído pelo preço a consumidor final usualmente

praticado no mercado considerado, relativamente ao serviço, à mercadoria ou sua similar o qual pode ser obtido por levantamento e informações de entidades dos setores, adotando-se a média ponderada dos preços coletados. Para melhor esclarecer a questão, com a devida vênia, procedemos à transcrição dos dispositivos legais ora citados.

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.

(...)

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

Por sua vez, a Lei 6.763/75 trata a matéria em tela no artigo 13, parágrafo 19 e parágrafo 29, verbis:

(...)

O artigo 47-A do Anexo XV do RICMS foi acima transcrito porque ele apresenta uma exceção à

utilização do PMPF para a formação da BC do ICMST, situação em que deve ser aplicada a MVA, porém tal situação não corre no caso em questão. Referido artigo 47-A determina que a MVA (prevista no art. 19, I, “b”, 3 do mesmo diploma legal) somente pode ser utilizada quando 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 que, repisa-se, não ocorre no caso concreto. Basta verificar a coluna “RELAÇÃO” e a coluna “MVA OU PMPF” da planilha denominada “Anexo C” do Auto de Infração para se constatar que não se obteve nenhum percentual superior a 80% ao se dividir o valor unitário do produto pelo valor do PMPF, o que reforça a correção na aplicação do art. 19, I, “b”, 1, ou seja, do PMPF para apuração da BC do ICMS/ST. (Grifou-se).

Portanto, ao contrário do que alegou a Impugnante, a base de cálculo do tributo devido pelas operações autuadas é aquela definida na legislação tributária, a qual foi acima transcrita. A simples leitura da referida transcrição é suficiente para concluir-se que, no caso concreto, deveria ter sido aplicado o PMPF, como fez o fisco.

Equivoca-se novamente a Confutadora ao afirmar que o Estado de Minas Gerais vem utilizando Pautas Fiscais fixadas em Portaria. Isto porque o PMPF aplicado não se confunde com Pauta Fiscal, na medida que esta última é um valor definido pela autoridade competente enquanto o PMPF é o preço médio a consumidor final fixado com base em preços usualmente praticados no mercado. O Acórdão 22.226/16/3^a aborda claramente essa matéria, verbis:

(...)

A transcrição do art. 148 do CTN em nada altera a exigência fiscal na medida em que o fisco não está arbitrando preço diante de qualquer omissão. A fiscalização mineira, cumprindo seu dever vinculado, apenas está corretamente calculando o tributo devido pela Impugnante em razão das operações que realizou, cálculo esse realizado a partir da base de cálculo definida pela legislação. Não se sustenta nenhum argumento da Contendora a respeito de pauta fiscal na medida em que esse critério alegado pela Combatente não foi sequer utilizado no feito fiscal. O Estado de Minas Gerais, ao contrário do alegado, não tem adotado como regra para cálculo do tributo em tela os valores contidos em pauta fiscal. O que se exige é a aplicação do artigo 19 da Parte 1 do Anexo XV,

transcrito linhas acima, que define as regras para formação da BC do ICMS/ST e a respectiva ordem em que devem ser aplicadas.

De fato, os documentos de compra e venda alegados pela Contendora, que na verdade são as Notas Fiscais emitidas, retratam a verdadeira operação e valores correspondentes. Foi justamente com fulcro nesses documentos que o fisco apurou a correta base de cálculo do ICMS/ST, que no caso vertente decorre da aplicação do PMPF que está determinada na alínea “b1” do inciso I do artigo 19 do Anexo XV do RICMS.

Melhor sorte não tem a Contendora quando apresenta texto de autor de nomeada e decisão do STJ, nos itens 18 e 21, acerca de pauta fiscal, porquanto o feito fiscal está fulcrado na utilização do PMPF (preço médio ponderado a consumidor final divulgado em portaria da Superintendência de Tributação). A aplicação do PMPF está determinada na alínea “b1” do inciso I do artigo 19 do Anexo XV do RICMS, de forma que não há que se falar em inconstitucionalidade e ilegalidade, na medida em que não foi utilizada pauta fiscal.

Tem razão a Contendora quando afirma que a base de cálculo é a dimensão da materialidade do tributo e tem grande importância, todavia, é preciso respeitar e apurar a base de cálculo nos termos definidos pelo legislador, procedimento esse adotado pelo fisco e que resultou na diferença do tributo a recolher, consoante exigido pelo Auto de infração em combate. Não houve aumento de tributo, ao contrário do alegado nos itens 27 a 31. Ocorre que a Impugnante se utilizou erroneamente de base de cálculo que resultou no valor do ICMS/ST menor que o devido, o que é agora corrigido pelo fisco ao calcular corretamente e exigir a diferença devida a Minas Gerais, porque não recolhida. Assim, é claro como a luz do sol que não há que se falar em aumento de tributo e os dispositivos legais da Carta Magna e do CTN citados pela Impugnante em nada alteram a exigência fiscal porque não dão guarida aos argumentos contrapostos à autuação em combate.

O fisco repisa que o feito fiscal exige a utilização do PMPF (preço médio ponderado a consumidor final divulgado em portaria da Superintendência de Tributação) para formação da base de cálculo do ICMS/ST relativo às operações autuadas e não há aplicação de pauta fiscal. Destarte, evocar a Súmula 431 do STJ, que determina ser ilegal a cobrança de ICMS com base no valor de mercadoria submetido ao regime de pauta fiscal, em nada altera a exigência

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

fiscal, na medida em que pauta fiscal é matéria que não consta no auto de infração em combate. (...) (Grifos acrescidos).

Cabe, ainda, destacar o julgado do Superior Tribunal de Justiça (STJ) - Recurso Especial Nº 1.192.409 - SE (2010/0082311-8), em situação análoga à dos presentes autos:

TRIBUTÁRIO - PROCESSO CIVIL - ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - ELEIÇÃO DE SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO - PAPEL RESERVADO À LEI LOCAL - BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA - UTILIZAÇÃO DE PUBLICAÇÃO RECONHECIDA E IDÔNEA - POSSIBILIDADE - PRECEDENTES.

COMPETE À LEGISLAÇÃO LOCAL A INDICAÇÃO DO TERCEIRO PARTÍCIPE DA CADEIA DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E PRODUTOS COMO SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO, NOS TERMOS DO ART. 128 DO CTN E DO ART. 6º DA LC 87/96.

DISTINGUE-SE A PAUTA FISCAL DA FIXAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO (PREÇO DA OPERAÇÃO OU PRESTAÇÃO DE SERVIÇO) POR OPERAÇÃO PRESUMIDA. AQUELA, REPUDIADA PELA JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE, IMPÕE ARBITRARIAMENTE O VALOR DA BASE DE CÁLCULO DO TRIBUTO EM CARÁTER GERAL;

ESTA, UTILIZADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA, PRESSUPÕE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO LEGITIMANTE, CONTROLE DO CONTRIBUINTE E ADEQUAÇÃO AOS CRITÉRIOS INSTITUÍDOS NA LC 87/96, ART. 8º, II, CE §§ 2 E 3º.

ESTA CORTE ADMITE A UTILIZAÇÃO DOS PREÇOS INDICADOS NA REVISTA ABC FARMA NA COMPOSIÇÃO DA BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA DO ICMS NA CIRCULAÇÃO DE MEDICAMENTOS EM REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA.

RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO. (GRIFOU-SE)

Em voto proferido no mesmo recurso especial, esclarece-se a diferença entre a pauta fiscal com a fixação de valores presumidos para operações futuras, no caso o PMC. Veja-se:

A PAUTA FISCAL É INSTRUMENTO DE FISCALIZAÇÃO QUE DISTORCE A BASE DE CÁLCULO DO TRIBUTO PORQUE DESCONSIDERA O EFETIVO VALOR DA OPERAÇÃO. SÃO FIXADAS UNILATERALMENTE PELO FISCO SEM PREVISÃO DE CONTROLE POR PARTE DO CONTRIBUINTE, ATRAVÉS DE PROCEDIMENTO QUE SE LHE ASSEGURE O DEVIDO PROCESSO.

A FIXAÇÃO DE VALORES A SEREM CONSIDERADOS EM REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA, DIFERENTEMENTE, É PREVISTO NA LEGISLAÇÃO COMPLEMENTAR À CONSTITUIÇÃO FEDERAL E TRAZ BALIZAS OBJETIVAS E RAZOÁVEIS PARA A ELEIÇÃO CRITERIOSA DA BASE DE CÁLCULO A SER CONSIDERADA NA OPERAÇÃO FUTURA. ADEMAIS,

É PASSÍVEL DE IMPUGNAÇÃO PELO CONTRIBUINTE, CASO OS CRITÉRIOS UTILIZADOS PELA LEGISLAÇÃO LOCAL NÃO ATENDAM AOS LINDES NORMATIVOS DA LC 87/96. (GRIFOU-SE).

PORTANTO, HÁ QUE SE DISTINGUIR ENTRE PAUTA FISCAL, INSTRUMENTO DE ARRECADAÇÃO INCOMPATÍVEL COM O SISTEMA CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO E COMO TAL RECHAÇADO PELA JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE COM A FIXAÇÃO DE VALORES PRESUMIDOS DE OPERAÇÕES FUTURAS, SUBMETIDAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA E AMPLAMENTE ACEITO PELA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, COMO EXEMPLIFICA OS SEGUINTE PRECEDENTES:

TRIBUTÁRIO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA.

ATAQUE A LEI EM TESE. INOCORRÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FATO GERADOR PRESUMIDO. BASE DE CÁLCULO. ALTERAÇÃO DA MARGEM DE VALOR AGREGADO. OBSERVÂNCIA DAS DISPOSIÇÕES LEGAIS.

RECURSO ORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (RMS 27.749/PR, REL. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, JULGADO EM 16/06/2009, DJE 25/06/2009)

TRIBUTÁRIO - ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - LATÕES DE SORVETE - BASE DE CÁLCULO - 70% DO VALOR AGREGADO AO PREÇO DO FABRICANTE - PREVISÃO EM LEI ESTADUAL - INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO À LC 87/96.

1. A LEI COMPLEMENTAR 87/96 PRESCREVE CRITÉRIOS À OBTENÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO ICMS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, OS QUAIS DEVEM SER OBSERVADOS PELA LEGISLAÇÃO ESTADUAL.

2. HIPÓTESE EM QUE A LEI 2.657/96, DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, ESTABELECE COMO BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA DO ICMS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA 70% DO VALOR AGREGADO AO PREÇO DO FABRICANTE NA OPERAÇÃO FINAL, EM CONFORMIDADE COM O DISPOSTO NO ART. 8º, II, C, §§ 2º E 4º, DA LC 87/96.

3. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

(RESP 952.883/RJ, REL. MINISTRA ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 17/03/2009, DJE 25/05/2009)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Corroborando ainda o entendimento acima mencionado, a seguinte decisão do TJMG acerca de discussão similar a ora em exame (base de cálculo do ICMS/ST - preço máximo ao consumidor fixado pela câmara de regulação de medicamentos - CMED):

EMENTA: <TRIBUTÁRIO - AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO - ICMS INCIDENTE SOBRE MEDICAMENTOS - VENDA A HOSPITAIS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - BASE DE CÁLCULO - PREÇO MÁXIMO AO CONSUMIDOR FIXADO PELA CÂMARA DE REGULAÇÃO DE MEDICAMENTOS (CMED) - VALOR DAS OPERAÇÕES INFERIOR - LEGALIDADE DA EXAÇÃO - PRECEDENTES DO STJ - TAXA SELIC - APLICABILIDADE - PEDIDO IMPROCEDENTE - SENTENÇA REFORMADA EM REEXAME NECESSÁRIO.

A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PARA FRENTE, PREVISTA PARA O ICMS, ENCONTRA FUNDAMENTO LEGAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, NA LEI COMPLEMENTAR N. 87/96, E NO ART. 128, DO CTN. REGULADA NO ESTADO DE MINAS GERAIS POR LEI ORDINÁRIA (LEI ESTADUAL N. 6763/75) E PREVISTA EM CONVÊNIO (N. 76/94), INCLUSIVE QUANTO ÀS OPERAÇÕES DE VENDA DE PRODUTOS MÉDICO-HOSPITALARES PARA HOSPITAIS E CONGÊNERES, CUMPRE O RECOLHIMENTO ANTECIPADO DO TRIBUTO.

CONSOANTE PRECEDENTES DO COLENO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, NÃO É ADMITIDA A COBRANÇA DO ICMS COM BASE NO VALOR DA MERCADORIA SUBMETIDO AO REGIME DE PAUTA FISCAL (SÚMULA N. 431), PORÉM, TAL SISTEMÁTICA NÃO SE CONFUNDE COM A UTILIZAÇÃO, PARA DEFINIÇÃO DA BASE DE CÁLCULO, DO PREÇO MÁXIMO AO CONSUMIDOR (PMC) ESTABELECIDO PELA CÂMARA DE REGULAÇÃO DE MEDICAMENTOS (CMED) E PUBLICADO EM PERIÓDICO ESPECÍFICO DO MERCADO DO PRODUTO VENDIDO, POSSIBILITANDO SUA PUBLICIDADE, COMO A ABCFARMA. (...) (GRIFOU-SE).

(TJMG - AP CÍVEL/REEX NECESSÁRIO 1.0024.99.064199-5/001, RELATOR(A): DES.(A) ARMANDO FREIRE, 1ª CÂMARA CÍVEL, JULGAMENTO EM 28/04/2015, PUBLICAÇÃO DA SÚMULA EM 13/05/2015)

Nesse sentido, há várias decisões deste Conselho de Contribuintes. Cita-se, a propósito, os Acórdãos nºs 20.966/13/3ª e 22.226/16/3ª.

Ressalta-se que a multa isolada exigida é inferior ao limite máximo previsto no § 2º, inciso I do art. 55 da Lei nº 6.763/75 (duas vezes o valor do imposto incidente), conforme se verifica às fls. 25 dos autos.

No tocante às multas cominadas, não há que se falar em violação ao princípio do não-confisco em se tratando de multa que está prevista claramente na legislação estadual e encerra uma conduta infracional exatamente coincidente com aquela imputada à Impugnante.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

E em relação ao referido argumento da Defesa, cumpre registrar que não cabe ao Conselho de Contribuintes negar aplicação a dispositivos de lei, por força de sua limitação de competência constante do art. 182, inciso I, da Lei nº 6.763/75 e art. 110, inciso I, do RPTA.

Correta também as exigências relativas ao Adicional de Alíquota - Fundo de Erradicação da Miséria (FEM) e respectiva Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II, § 2º, inciso I, da Lei nº 6.763/75, no tocante às cervejas relacionadas nas notas fiscais autuadas (ocorrências: 8001001/8001002).

Os Decretos nºs 45.934/12 e 46.927/15, conforme período de vigência, dispõem sobre o adicional de dois pontos percentuais na alíquota do ICMS, com vistas a financiar o Fundo de Erradicação da Miséria – FEM, previsto no § 1º do art. 82 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição da República e no art. 12 - A da Lei nº 6.763/75:

Lei nº 6.763/75

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

I - cervejas sem álcool e bebidas alcoólicas, exceto aguardentes de cana ou de melão;

(...)

Efeitos de 28/03/2012 a 31/12/2015 - Acrescido pelo art. 2º e vigência estabelecida pelo art. 17, ambos da Lei nº 19.978, de 28/12/2011:

"Art. 12-A. Fica criado, com vigência até 31 de dezembro de 2015, adicional de dois pontos percentuais nas alíquotas previstas para as operações internas com cervejas sem álcool, com bebidas alcoólicas, exceto aguardente de cana ou de melão, com cigarros, exceto os embalados em maço, com produtos de tabacaria e com armas, inclusive quando estabelecidas no regulamento do imposto, para os fins do disposto no § 1º do art. 82 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição da República."

§ 1º O valor do imposto decorrente do adicional de alíquota de que trata o caput não será utilizado ou considerado para efeitos do cálculo de quaisquer benefícios ou incentivos fiscais, financeiro-fiscais ou financeiros.

§ 2º Fica o Poder Executivo autorizado, na forma, no prazo e nas condições previstos em regulamento, a excluir as operações de que trata

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

o caput da aplicação do adicional de alíquota estabelecido neste artigo.

§ 3º A forma e as condições de destaque, escrituração, apuração e recolhimento do valor resultante do adicional de alíquota de que trata o caput serão estabelecidas em regulamento, o qual poderá prever o destaque, a escrituração, a apuração e o recolhimento, em separado, do referido valor.

§ 4º A responsabilidade por substituição tributária prevista no art. 22 desta Lei aplica-se ao adicional de alíquota de que trata o caput deste artigo.

DECRETO Nº 45.934, DE 22 DE MARÇO DE 2012
(MG de 23/03/2012 e retificado no MG de 10/07/2012)

Revogado pelo Decreto nº 46.927/2015 a partir de 1º/01/2016.

Dispõe sobre o adicional de alíquota para os fins do disposto no § 1º do art. 82 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição da República.

O GOVERNADOR DO ESTADO DE MINAS GERAIS, no uso de atribuição que lhe confere o inciso VII do art. 90 da Constituição do Estado, e tendo em vista o disposto no art. 12-A da Lei nº 6.763, de 26 de dezembro de 1975, com a redação dada pela Lei nº 19.978, de 28 de dezembro de 2011, DECRETA:

Art. 1º Este Decreto dispõe sobre o adicional de alíquota para os fins do disposto no § 1º do art. 82 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição da República.

Art. 2º Na operação interna que tenha como destinatário consumidor final e na operação interestadual que tenha como destinatário pessoa não contribuinte do ICMS, realizadas até 31 de dezembro de 2015, com mercadoria abaixo relacionada, a alíquota do ICMS prevista no inciso I do art. 42 do Regulamento do ICMS (RICMS), aprovado pelo Decreto nº 43.080, de 13 de dezembro de 2002, será adicionada de dois pontos percentuais:

(...)

I - cerveja sem álcool e bebidas alcoólicas, exceto aguardente de cana ou de melão;

II - cigarros, exceto os embalados em maço, e produtos de tabacaria;

III - armas.

(...)

Art. 3º O disposto no artigo 2º:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

I - aplica-se, também, na retenção ou no recolhimento do ICMS devido por substituição tributária, inclusive nos casos em que o estabelecimento do responsável esteja situado em outra unidade da Federação; e (grifou-se)

II - não se aplica às operações destinadas a contribuinte detentor de regime especial de tributação de atribuição de responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto devido por substituição tributária, concedido pelo Diretor da Superintendência de Tributação.

(...)

DECRETO N° 46.927, DE 29 DE DEZEMBRO DE 2015
(MG de 30/12/2015)

Dispõe sobre o adicional de alíquota para os fins do disposto no § 1° do art. 82 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição da República.

O GOVERNADOR DO ESTADO DE MINAS GERAIS, no uso de atribuição que lhe confere o inciso VII do art. 90 da Constituição do Estado e tendo em vista o disposto no art. 12-A da Lei n° 6.763, de 26 de dezembro de 1975, na redação dada pela Lei n° 21.781, de 1° de outubro de 2015, DECRETA:

Art. 1° Este Decreto dispõe sobre o adicional de alíquota para os fins do disposto no § 1° do art. 82 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição da República - ADCT.

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

I - cervejas sem álcool e bebidas alcoólicas, exceto aguardente de cana ou de melão;

(...)

Art. 3° O disposto no art. 2°:

I - aplica-se, também:

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

b) à operação interestadual que destine mercadoria ou bem a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado neste Estado, relativamente à parcela do imposto correspondente à diferença entre a alíquota

interna estabelecida para a mercadoria em Minas Gerais e a alíquota interestadual.

(...)

Sobre o referido adicional, importante destacar, ainda, os esclarecimentos contidos na “Orientação Tributária DOLT/SUTRI nº 003/2016”, atualizada em 04/05/16/disponível em: http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/legislacao_tributaria/orientacao/orientacao_003_2016.pdf.

1. Considerações Gerais

O Decreto nº 46.927/2015 dispõe sobre o adicional de dois pontos percentuais na alíquota do ICMS, com vistas a financiar o Fundo de Erradicação da Miséria – FEM, previsto no § 1º do art. 82 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição da República e no art. 12 - A da Lei nº 6.763/1975, na redação dada pela Lei nº 21.781/2015.

Conforme estabelece o referido decreto, o adicional de alíquota deve ser aplicado nas operações internas que tenham como destinatário consumidor final, contribuinte ou não do ICMS, realizadas até 31 de dezembro de 2019, com as seguintes mercadorias:

I – cervejas sem álcool e bebidas alcoólicas, exceto aguardente de cana ou de melão; (grifou-se).

II – cigarros, exceto os embalados em maço, e produtos de tabacaria;

III – armas classificadas nas posições 93.02, 93.03, 93.04 e 93.07 da NBM/SH;

V – refrigerantes, bebidas isotônicas e bebidas energéticas;

V – rações tipo pet;

I – perfumes, águas-de-colônia, cosméticos e produtos de toucador, assim consideradas todas as mercadorias descritas nas posições 33.03, 33.04, 33.05, 33.06 e 33.07 da NBM/SH, exceto xampus, preparados antissolares e sabões de toucador de uso pessoal;

VII – alimentos para atletas, assim considerados os constantes dos incisos III a VIII do art. 4º da Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) nº 18, de 27 de abril de 2010 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA);

VIII – telefones celulares e smartphones;

IX – câmeras fotográficas ou de filmagem e suas partes ou acessórios;

X – as varas de pesca, anzóis e outros artigos para a pesca à linha, bem como as iscas e chamarizes (exceto os das posições 92.08 e 97.05), classificados na posição 95.07 da NBM/SH;

XI - equipamentos de som ou de vídeo para uso automotivo, inclusive alto-falantes, amplificadores e transformadores.

Ressalte-se que o adicional de alíquota deve ser aplicado também nas operações interestaduais que tenham como destinatário consumidor final, contribuinte ou não do ICMS, e na retenção ou no recolhimento do ICMS devido por substituição tributária, inclusive nos casos em que o estabelecimento do responsável esteja situado em outra unidade da Federação, nos termos do art. 3º do decreto em referência

2. Perguntas e respostas

I – Aplicabilidade

1 – Em que consiste o adicional de alíquota do FEM?

R: Trata-se de adicional de dois pontos percentuais na alíquota do ICMS prevista no inciso I do art. 42 do RICMS/2002, para financiamento do Fundo de Erradicação da Miséria (FEM), em atendimento ao disposto no § 1º do art. 82 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição da República.

2 – Em quais operações se aplica o adicional de alíquota do FEM?

R: Nas operações internas ou interestaduais que tenham como destinatário consumidor final, localizado neste Estado, contribuinte ou não do ICMS, e na retenção ou no recolhimento do ICMS devido por substituição tributária, inclusive nos casos em que o estabelecimento do responsável esteja situado em outra unidade da Federação, realizadas até 31 de dezembro de 2019.

(...) (Grifou-se).

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais - TJMG, analisando o Agravo de Instrumento nº 1.0000.16.046822-9/001, relativo à Declaração de Inexistência de Relação-Jurídico-Tributária, na qual se discutia a legalidade da exigência do adicional FEM, deixou consignado que tal fundo encontra-se em consonância com o ordenamento jurídico, ressalvando apenas a análise posterior acerca da classificação fiscal das mercadorias no caso analisado naquela sentada. Examine-se:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO

JURÍDICO-TRIBUTÁRIA - PRODUTOS SUPÉRFLUOS - ADICIONAL DE 2% NA ALÍQUOTA DO ICMS - FUNDO DE COMBATE À POBREZA - ART. 82, §1º, ADCT - LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL Nº 91/06 - LEI ESTADUAL Nº 19.990/11 - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - REQUISITOS DO ART. 300 DO NCPC - AUSÊNCIA - RECURSO DESPROVIDO.

I - O ADICIONAL NA ALÍQUOTA DO ICMS SOBRE OS PRODUTOS E SERVIÇOS SUPÉRFLUOS TEM PREVISÃO CONSTITUCIONAL, ESPECIFICAMENTE NO ART. 82, §1º, DO ADCT, PODENDO OS ENTES FEDERADOS INSTITUIR FUNDOS DE COMBATE À POBREZA POR MEIO DE LEI COMPLEMENTAR.

II - NO ESTADO DE MINAS GERAIS VIGORA A LEI COMPLEMENTAR Nº 91/06, A QUAL DISPÕE SOBRE A INSTITUIÇÃO, GESTÃO E EXTINÇÃO DE FUNDOS ESTADUAIS E, POSTERIORMENTE, EDITADA A LEI Nº 19.990/11, DISPONDO, POR SUA VEZ, ESPECIFICAMENTE ACERCA DO FUNDO DE ERRADICAÇÃO DA MISÉRIA.

III - ASSIM, APARENTEMENTE, AS NORMAS CONFRONTADAS ESTÃO EM CONSONÂNCIA COM O ORDENAMENTO JURÍDICO, ALÉM DE GOZAREM DE PRESUNÇÃO DE LEGALIDADE E CONSTITUCIONALIDADE, SENDO NECESSÁRIO O PROSSEGUIMENTO DO FEITO E UMA MAIOR DILAÇÃO PROBATORIA. LOGO, AUSENTE A VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES, ALÉM DO PERIGO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO, DESSA FORMA, A MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA É MEDIDA QUE SE IMPÕE.

AGRAVO DE INSTRUMENTO-CV Nº 1.0000.16.046822-9/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - AGRAVANTE(S): MAGAZINE LUIZA SA - AGRAVADO(A)(S): ESTADO DE MINAS GERAIS

ACÓRDÃO

VISTOS ETC., ACORDA, EM TURMA, A 7ª CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS, NA CONFORMIDADE DA ATA DOS JULGAMENTOS, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

DES. WILSON BENEVIDES

RELATOR.

DES. WILSON BENEVIDES (RELATOR)

(...)

É O RELATÓRIO.

DECIDO.

INSURGE-SE O AGRAVANTE CONTRA DECISÃO LIMINAR QUE INDEFERIU A TUTELA ANTECIPADA PLEITEADA, CONSISTENTE NA

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO RELATIVO AOS ADICIONAIS DO ICMS INSTITUÍDOS PELA LEI ESTADUAL Nº 6.763/75, COM AS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI ESTADUAL Nº 21.781/15.

(GRIFOU-SE).

(...)

NA ESPÉCIE, MANTENHO O POSICIONAMENTO FIRMADO NA APRECIÇÃO DO PEDIDO LIMINAR, MORMENTE DIANTE DA AUSÊNCIA DE QUAISQUER NOVOS ELEMENTOS FÁTICOS OU JURÍDICOS CAPAZES DE REFUTAR OS ARGUMENTOS OUTRORA EXPOSTOS.

POIS BEM.

O ADICIONAL NA ALÍQUOTA DO ICMS SOBRE OS PRODUTOS E SERVIÇOS SUPÉRFLUOS TEM PREVISÃO CONSTITUCIONAL, ESPECIFICAMENTE NO ART. 82, §1º, DO ADCT, PODENDO OS ENTES FEDERADOS INSTITUIR FUNDOS DE COMBATE À POBREZA POR MEIO DE LEI COMPLEMENTAR. SENÃO, VEJAMOS:

(GRIFOU-SE)

(...)

NESSE SENTIDO, O ESTADO DE MINAS GERAIS EDITOU A LEI COMPLEMENTAR Nº 91/06 (ORDEM Nº 28), A QUAL DISPÕE SOBRE A INSTITUIÇÃO, GESTÃO E EXTINÇÃO DE FUNDOS ESTADUAIS E, POSTERIORMENTE, EDITOU A LEI Nº 19.990/11 (ORDEM Nº 29), DISPONDO, POR SUA VEZ, ESPECIFICAMENTE ACERCA DO FUNDO DE ERRADICAÇÃO DA MISÉRIA. CONFIRA-SE:

LEI COMPLEMENTAR Nº 91/06

DISPÕE SOBRE A INSTITUIÇÃO, GESTÃO E EXTINÇÃO DE FUNDOS ESTADUAIS.

ART. 1º A INSTITUIÇÃO, A GESTÃO E A EXTINÇÃO DE FUNDO DE QUALQUER NATUREZA SUBMETEM-SE ÀS NORMAS ESTABELECIDAS NESTA LEI COMPLEMENTAR.

LEI Nº 19.990/11

ART. 1º FICA CRIADO O FUNDO DE ERRADICAÇÃO DA MISÉRIA - FEM -, DE FUNÇÃO PROGRAMÁTICA, COM O OBJETIVO DE CUSTEAR PROGRAMAS E AÇÕES SOCIAIS DE ERRADICAÇÃO DA POBREZA E DA EXTREMA POBREZA.

[...]

ART. 2º CONSTITUEM RECURSOS DO FEM: [...]

VII - RECEITAS RESULTANTES DA APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO § 1º DO ART. 82 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, NA FORMA DA LEGISLAÇÃO ESTADUAL ESPECÍFICA; [...]

DESSA FORMA, A LEI Nº 6.763/75, QUE CONSOLIDA A LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA DO ESTADO DE MINAS GERAIS, SOFREU ALTERAÇÕES POR MEIO DA LEI Nº 21.781/15, PARA PREVER O ADICIONAL DE 2% NA ALÍQUOTA DO ICMS MINEIRO.

ART. 12-A. FICA ESTABELECIDO, PARA OS FINS DO DISPOSTO NO §1º DO ART. 82 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, COM VIGÊNCIA ATÉ 31 DE DEZEMBRO DE 2019, O ADICIONAL DE DOIS PONTOS PERCENTUAIS NA ALÍQUOTA PREVISTA PARA A OPERAÇÃO INTERNA QUE TENHA COMO DESTINATÁRIO CONSUMIDOR FINAL, CONTRIBUINTE OU NÃO DO IMPOSTO, COM AS MERCADORIAS ABAIXO RELACIONADAS, INCLUSIVE QUANDO A ALÍQUOTA FOR FIXADA NO REGULAMENTO DO IMPOSTO:

I - CERVEJAS SEM ÁLCOOL E BEBIDAS ALCOÓLICAS, EXCETO AGUARDENTES DE CANA OU DE MELAÇO; (...)

SENDO ASSIM, IN CASU, AUSENTE A PLAUSIBILIDADE DAS ALEGAÇÕES DO AGRÁVANTE, TENDO EM VISTA QUE, APARENTEMENTE, AS NORMAS CONFRONTADAS ESTÃO EM CONSONÂNCIA COM O ORDENAMENTO JURÍDICO, ALÉM DE GOZAREM DE PRESUNÇÃO DE LEGALIDADE E CONSTITUCIONALIDADE, SENDO NECESSÁRIO O PROSSEGUIMENTO DO FEITO, QUANDO, APÓS DILAÇÃO PROBATÓRIA, PODER-SE-Á ANALISAR AS ALEGAÇÕES DO RECORRENTE COM MAIOR CERTEZA DA CONSECUÇÃO DE SEUS DIREITOS.

(...)

DESA. ALICE BIRCHAL - DE ACORDO COM O(A) RELATOR(A).
DÉS. BELIZÁRIO DE LACERDA - DE ACORDO COM O(A) RELATOR(A).

SÚMULA: "NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO."
(GRIFOU-SE).

Traz-se à colação os apontamentos sobre este item do lançamento trazidos na manifestação fiscal:

Da Manifestação Fiscal às Alegações apresentadas no tópico:

III) Do Fundo de Erradicação da Miséria (FEM) (fls. 502)

Ao contrário do que a Contendora alega no item 32, o auditor fiscal não se equivocou ao exigir o FEM, uma vez que não se verifica seu recolhimento. Tanto assim que a Impugnante não apresenta sequer uma guia de recolhimento para comprovar a alegada regularidade do pagamento do FEM.

Ressalta-se que o total do tributo recolhido para cada nota fiscal autuada é menor do que valor devido a título de ICMS/ST e FEM, conforme apurado pelo

fisco. Portanto, é insuficiente para afastar a exigência fiscal a afirmação de que o percentual do adicional de alíquota de 2% foi acrescido à alíquota do produto, na medida em que a importância recolhida é menor que a devida e não foi apresentada nenhuma guia de recolhimento específica do FEM.

A planilha denominada “Anexo C”, que é parte integrante do Auto de Infração em combate, demonstra claramente a apuração do ICMS/ST e do FEM e afasta numericamente os argumentos da Impugnante já rechaçados no parágrafo anterior. Para melhor situar a planilha em tela em relação aos claudicantes argumentos da Impugnante, tomemos como exemplo a nota fiscal 46.615 de 03/01/2014 e a nota fiscal 67.482 de 12/06/2018.

No que tange à nota fiscal 46.615, verifica-se no “Anexo C” que a relação entre o valor da operação própria e o PMPF é inferior ao percentual definido pelo artigo 47-A do Anexo XV do RICMS, o que impõe a aplicação do PMPF para a formação da BC/ST. Esse erro na aplicação da legislação gerou a diferença de BC/ST de R\$ 1.797,87 e o consequente recolhimento a menor do ICMS/ST de R\$ 355,38 (demonstrado no “Anexo B” e “Anexo B1”). Gerou também a falta de recolhimento do total do FEM no valor de R\$ 79,44, pois nada foi recolhido a título de FEM.

Para a nota fiscal 46.615 não houve sequer o recolhimento correto no ICMS/ST e o fisco não localizou a guia de recolhimento com o código de receita específico do FEM. Tampouco a Impugnante juntou o comprovante de recolhimento, seja em resposta à solicitação do AIAF, seja agora, por ocasião da impugnação. Assim, cai por terra a alegação da Contendora de que acresceu os dois pontos percentuais relativos ao FEM, porque, além da inexistência de comprovante de recolhimento, restou numericamente demonstrado que o valor do tributo destacado é insuficiente para quitar o FEM, já que sequer quita integralmente o ICMS/ST.

Acerca da nota fiscal 67.482 emitida em 08/06/2018, o fisco encontrou a guia de recolhimento no valor de R\$ 354,08 referente ao FEM. Basta verificar os meses de maio e junho de 2018 nos “Anexos C e C1” para constatar que na coluna “FEM recolhido” há valores computados pela fiscalização, diferentemente dos meses anteriores em que consta “R\$00,00” porque, exceto para os períodos em comento, nenhuma guia de FEM foi encontrada pelo fisco e tampouco apresentada pela Impugnante.

Porém, referido recolhimento de R\$ 354,08 é insuficiente, razão pela qual o fisco exige a diferença. Isto porque o total devido a título de FEM é R\$ 1.235,60 (equivalente a 2% da BC/ST de R\$ 61.779,84) e a guia de recolhimento encontrada pelo fisco referente ao FEM apresenta o insuficiente valor de R\$ 354,08 gerando a diferença a recolher de R\$ 881,52, conforme exigido pelo fisco e demonstrado nos Anexos do Auto de Infração, mormente nos “Anexos C e C1”.

No tocante ao questionamento da Defesa acerca da correção dos valores relativos ao imposto e multas pela Taxa Selic, verifica-se que o art. 127 da Lei nº 6.763/75 c/c § 3º, art. 5º da Lei Federal nº 9.430/96 prevê tal imposição, *in verbis*:

Lei nº 6.763/75

Art. 127 - Os débitos decorrentes do não-recolhimento de tributos e multas no prazo legal terão seu valor corrigido em função da variação do poder aquisitivo da moeda, segundo critérios adotados para correção dos débitos fiscais federais.

(...)

Lei nº 9.430/96

Art. 5º - O imposto de renda devido, apurado na forma do artigo 1º, será pago em quota única, até o último dia útil do mês subsequente ao do encerramento do período de apuração.

(...)

§ 3º - As quotas do imposto serão acrescidas de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do primeiro dia do segundo mês subsequente ao do encerramento do período de apuração até o último dia do mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.

Ressalta-se que o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em julgamento que negou provimento ao Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial (Ag Int. no AREsp nº 908.237/SP – 2016/0105143-6), publicado em 24/10/16, pacificou a legitimidade da aplicação, pela Fazenda Pública de Minas Gerais, da Taxa Selic na atualização dos débitos tributários pagos em atraso, diante da existência de lei estadual que determina a adoção dos mesmos critérios definidos na correção dos débitos fiscais federais.

EMENTA TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TAXA SELIC. APLICABILIDADE AOS DÉBITOS TRIBUTÁRIOS EM ATRASO. RECURSO REPETITIVO. MULTA.

1. "A TAXA SELIC É LEGÍTIMA COMO ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA E DE JUROS DE MORA, NA ATUALIZAÇÃO DOS

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DÉBITOS TRIBUTÁRIOS PAGOS EM ATRASO, EX VI DO DISPOSTO NO ARTIGO 13 DA LEI 9.065/95" (RESP 1.073.846/SP, REL. MINISTRO LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, DJE 18/12/2009, JULGADO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC/73).

Assim, caracterizada a infringência à legislação tributária, crédito tributário regularmente formalizado e, não tendo a Autuada apresentado prova capaz de elidir o trabalho fiscal, corretas as exigências fiscais.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CCMG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento, nos termos do parecer da Assessoria do CCMG. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Silvério Bouzada Dias Campos. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Ivana Maria de Almeida (Revisora) e Heldo Luiz Costa.

Sala das Sessões, 31 de outubro de 2019.

André Barros de Moura
Relator

Carlos Alberto Moreira Alves
Presidente

CS/D