

Acórdão: 22.226/16/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000329779-20
Impugnação: 40.010138975-94
Impugnante: Distribuidora de Gás Vespermann Ltda
IE: 686350537.00-87
Proc. S. Passivo: Edvardo Luz de Almeida
Origem: DFT/Teófilo Otoni

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - RECOLHIMENTO A MENOR DE ICMS/ST - BEBIDAS. Constatado o recolhimento a menor do ICMS devido por substituição tributária, nas operações interestaduais com mercadorias (refrigerantes) destinadas a contribuinte mineiro, em decorrência da utilização da base de cálculo do imposto em desacordo com o estabelecido no item 1, alínea “b”, inciso I, art. 19, Parte 1, Anexo XV do RICMS/02. Legítimas as exigências de ICMS/ST e Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso I da Lei nº 6.763/75.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre o recolhimento a menor do ICMS devido por substituição tributária, nas operações interestaduais com mercadorias (refrigerantes) relacionadas no item 1 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, oriundas do estado do Espírito Santo e destinadas ao estado de Minas Gerais, em decorrência da utilização da base de cálculo do imposto em desacordo com o estabelecido no item 1, alínea “b”, inciso I, art. 19, Parte 1, Anexo XV do RICMS/02, apurado mediante conferência da denúncia espontânea formalizada por meio do Termo de Autodenúncia nº 05.000253682.40.

A responsabilidade é atribuída ao Sujeito Passivo por força do Protocolo ICMS nº 11/91 e do disposto no art. 13 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02.

Exige-se o ICMS/ST devido e a Multa de Revalidação em dobro prevista no art. 56, inciso II c/c o § 2º, inciso I da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por seu procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 75/81, contra a qual a Fiscalização manifesta-se às fls. 106/108.

A Câmara de Julgamento determina a realização de diligência de fls. 114, que resulta na manifestação da Fiscalização às fls. 116/118 e juntada de documentos de fls. 119/238.

Aberta vista para a Impugnante, que não se manifesta.

DECISÃO

Conforme relatado, a autuação versa sobre o recolhimento a menor do ICMS devido por substituição tributária, nas operações interestaduais com mercadorias (refrigerantes) relacionadas no item 1 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, oriundas do estado do Espírito Santo e destinadas ao estado de Minas Gerais, em decorrência da utilização da base de cálculo do imposto em desacordo com o estabelecido no item 1, alínea "b", inciso I, art. 19, Parte 1, Anexo XV do RICMS/02, apurado mediante conferência da denúncia espontânea formalizada por meio do Termo de Autodenúncia nº 05.000253682.40.

A responsabilidade é atribuída ao Sujeito Passivo por força do Protocolo ICMS nº 11/91 e do disposto no art. 13 da Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02.

Exige-se o ICMS/ST devido e a Multa de Revalidação em dobro prevista no art. 56, inciso II c/c o § 2º, inciso I da Lei nº 6.763/75.

A discussão nos presentes autos gira em torno da correta formação da base de cálculo do ICMS/ST nas operações com refrigerantes, o que se passa a analisar.

Dispõe o Protocolo de ICMS nº 11/91 sobre a substituição tributária nas operações com refrigerante:

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

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) relativo às operações subseqüentes.

(...)

Cláusula terceira No caso de operação interestadual realizada por distribuidor, depósito ou estabelecimento atacadista com as mercadorias a que se refere este protocolo a substituição caberá ao remetente, mesmo que o imposto já tenha sido retido anteriormente, observado o seguinte:

(...)

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. (...)

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.

Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02:

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

I - em relação às operações subseqüentes:

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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;

Autorizado pelo disposto na Cláusula quarta-A do Protocolo ICMS nº 11/91, o estado de Minas Gerais edita, periodicamente, norma especial prevendo como base de cálculo da substituição tributária, para as mercadorias objeto do lançamento, o Preço Médio Ponderado a Consumidor Final (PMPF), por meio de portarias publicadas pela SUTRI/SEF/MG.

Durante o período autuado, os preços médios ponderados a consumidor final foram divulgados pelas Portarias SUTRI nºs 52/09; 56/10; 60/10; 76/10; 104/11; 146/11; 147/2011; 162/11; 185/12; 227/12; 275/13 e 286/13, instrumentos que se encontram disponibilizados em fls. 29/70 dos autos.

Encontra-se acostadas às Portarias citadas a tabela com os preços médios ponderados a consumidor final que deverão ser observados pelos contribuintes substitutos tributários nas operações com refrigerantes. E, ainda, estão discriminados por colunas, o tipo de embalagem, o volume, a marca, o código do fabricante e o PMPF. A título de exemplo, veja-se o conteúdo da Portaria SUTRI nº 104/11:

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 agosto de 2011 a 31 de dezembro de 2011, 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.

Destaca-se, ainda, que consta na Nota 3 dessa Portaria e nas demais portarias a seguinte observação:

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. (...)

Conforme constatado pela Fiscalização, os produtos comercializados pela Autuada, considerados nos presentes autos, não estão relacionados no Anexo I das

mencionadas portarias. Dessa forma, devem ser aplicados para a apuração do ICMS/ST os PMPFs referentes a “outros fabricantes”.

É importante esclarecer que quando a denominação “UAI” aparece na coluna “MARCA” do Anexo I das portarias pertinentes está se fazendo referência ao produto da marca “UAI” comercializado na embalagem e volume discriminados na mesma linha e não a todos os produtos fabricados pelo “Grupo UAI”.

Na apuração realizada pela Fiscalização em planilhas acostadas às fls. 119/130, foram considerados os produtos da marca UAI, em diversas embalagens, e como tais produtos não possuíam, durante todo o período fiscalizado, seus PMPFs divulgados pelas Portarias da SUTRI/SEF/MG pertinentes, aplicou-se na apuração do ICMS/ST os valores referentes a “Outras Marcas de Refrigerantes” para embalagens equivalentes, cujos valores podem ser verificados nas planilhas.

Ressalta-se que o PMPF relativo aos produtos comercializados pela Autuada poderá ser divulgado em Portaria da Superintendência de Tributação para fins de recolhimento do imposto devido a título de substituição tributária, mediante requerimento do responsável à Diretoria de Gestão de Projetos da Superintendência de Fiscalização (DGP/SUFIS), conforme consta nas referidas portarias.

Vale dizer que compete à Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais, sendo-lhe permitida a delegação à entidade representativa de classe do setor, nos termos dos §§ 3º e 4º do art. 19, Parte 1 do Anexo XV do RICMS/02, a apuração do PMPF:

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

(...)

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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;

Cabe destacar que a utilização do PMPF para apuração da base de cálculo encontra fundamento na Constituição Federal e na legislação tributária, especialmente no § 6º do art. 8º da Lei Complementar nº 87/96:

Constituição Federal 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.

(...)

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

(...)

XII - cabe à lei complementar:

(...)

b) dispor sobre substituição tributária;

(...)

Lei Complementar nº 87/96

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.

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 2º Tratando-se de mercadoria ou serviço cujo preço final a consumidor, único ou máximo, seja fixado por órgão público competente, a base de cálculo do imposto, para fins de substituição tributária, é o referido preço por ele estabelecido.

§ 3º Existindo preço final a consumidor sugerido pelo fabricante ou importador, poderá a lei estabelecer como base de cálculo este preço.

§ 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.

§ 5º O imposto a ser pago por substituição tributária, na hipótese do inciso II do caput, corresponderá à diferença entre o valor resultante da aplicação da alíquota prevista para as operações ou prestações internas do Estado de destino sobre a respectiva base de cálculo e o valor do imposto devido pela operação ou prestação própria do substituto.

§ 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.

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:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

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 fornecidos por entidade representativa do respectivo setor, adotando-se a média ponderada dos preços coletados.

§ 20. Tratando-se de mercadoria ou serviço cujo preço final ao consumidor, único ou máximo, seja fixado por órgão público competente, a base de cálculo do imposto, para fins de substituição tributária, será o referido preço por ele estabelecido.

§ 21 Existindo preço final a consumidor sugerido pelo fabricante, pelo importador ou por entidade representativa dos respectivos segmentos econômicos, poderá o regulamento estabelecer como base de cálculo esse preço.

(...)

§ 29 - Em substituição ao disposto no item 2 do § 19 deste artigo, a base de cálculo em relação às operações ou prestações subsequentes poderá ser o preço a consumidor final usualmente praticado no mercado considerado, relativamente ao serviço, à mercadoria ou a sua similar, em condições de livre concorrência, adotando-se para sua apuração as regras estabelecidas na alínea "c" do mesmo item. (...).

Conforme 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 mencionada, e encontra-se em consonância com as disposições legais acerca da base de cálculo presumida do ICMS/ST.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Portanto, resta claro que o PMPF não se confunde com pauta fiscal, uma vez que seus valores não são determinados, unilateralmente, pela Fiscalização.

Não é cabível, também, a alegação de que os valores estipulados para o PMPF não 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.

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

Foi exigida, além do ICMS/ST não recolhido em face da adoção incorreta da base de cálculo do ICMS/ST, a seguinte penalidade:

Lei nº 6.763/75

Art. 56

(...)

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;

(...)

Portanto, a infração encontra-se plenamente caracterizada, legítimas pois, as exigências fiscais de ICMS/ST e da Multa de Revalidação em dobro prevista no art. 56, inciso II c/c o § 2º, inciso I da Lei nº 6.763/75.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Luiz Geraldo de Oliveira (Revisor) e Bernardo Motta Moreira.

Sala das Sessões, 11 de outubro de 2016.

Eduardo de Souza Assis
Presidente

Maria Gabriela Tomich Barbosa
Relatora

GR/D

22.226/16/3ª