

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.587/14/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000210079-91
Impugnação: 40.010135577-69
Impugnante: Petrobrás Distribuidora SA
IE: 062059023.04-91
Proc. S. Passivo: Arethusa de Souza Totti e Silva/Outro(s)
Origem: DF/Divinópolis

EMENTA

BASE DE CÁLCULO – REDUÇÃO INDEVIDA – SAÍDA DE MERCADORIA EM OPERAÇÃO INTERNA – QUEROSENE DE AVIAÇÃO - QAV. Constatado que a Autuada recolheu ICMS a menor em razão da formação incorreta da base de cálculo do imposto relativa à saída de mercadoria em operação interna (Querosene de Aviação - QAV). Inobservância da alíquota vigente para a mercadoria quando da inclusão do imposto na sua base de cálculo. Infração caracterizada nos termos do art. 13, § 1º, inciso I da LC nº 87/96, art. 13, §15 da Lei nº 6.763/75 e do art. 49 da Parte Geral do RICMS/02. Correta a exigência de ICMS, multa de revalidação e da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso VII, alínea “c” da Lei nº 6.763/75, c/c o disposto no art. 106, inciso II, alínea “c” do CTN.

Lançamento procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

Decorre o lançamento da constatação de que a Autuada, no período de 01/08/08 a 31/12/08, recolheu ICMS a menor em razão da formação incorreta da base de cálculo do imposto relativa à saída de Querosene de Aviação – QAV em operação interna, por inobservância da alíquota vigente para a mercadoria quando da inclusão do imposto na sua base de cálculo.

Exigências de ICMS, multa de revalidação e da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso VII, alínea “c” da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 28/50, requer ao final, a procedência da peça de defesa.

A Fiscalização anexa aos autos o documento de fls. 63/67.

Aberta vista para a Impugnante que não se manifesta acerca do lançamento, apresentando apenas documentos de substabelecimento da procuração.

A Fiscalização manifesta-se às fls. 86/93, requerendo a manutenção do lançamento.

DECISÃO

Das Preliminares

A Autuada ao final de sua impugnação pleiteia que seja reconhecida a nulidade do lançamento.

Alega a Impugnante que a empresa aérea deveria ser subsidiariamente responsável pelo crédito tributário.

Não obstante ser contribuinte e estar regularmente inscrita, a destinatária, neste caso, atua como consumidora final, ou seja, o contribuinte responsável pelo recolhimento do imposto é tão somente a distribuidora do combustível.

Lado outro, caso a empresa aérea tivesse responsabilidade subsidiária, ainda assim permaneceria a correção do lançamento em relação à Autuada, o que afasta qualquer pretensão à nulidade do lançamento.

Ademais, os argumentos de vício do lançamento demonstrados, representam os inerentes à matéria meritória, com ela se confundindo, razão pela qual será amplamente debatido naquele tópico.

Ressalte-se, por oportuno, que a peça fiscal contém descrição clara e precisa do fato que motivou sua lavratura, das circunstâncias em que foi praticado, bem como a citação expressa dos dispositivos legais infringidos e da respectiva penalidade, atendendo, pois, ao disposto no art. 142 do Código Tributário Nacional (CTN) e no art. 89 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos - RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08.

Rejeita-se, portanto, a arguição de nulidade do lançamento.

Do Mérito

Inicialmente, a Impugnante erige a decadência do direito de a Fazenda Pública realizar o lançamento com fundamento no § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional (CTN).

No entanto, tal dispositivo refere-se à homologação tácita dos valores recolhidos pelo contribuinte por ocasião do lançamento por ele realizado, e não aos valores sonegados, que ficam submetidos ao lançamento de ofício, o qual encontra regra própria de decadência no inciso I do art. 173 do CTN, como se segue:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

Sobre o tema, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em decisão de 15/03/07, confirmou tal posição, em acórdão assim ementado:

DIREITO TRIBUTÁRIO. PRAZO DECADENCIAL. CONVÊNIO 69/1998. ICMS/COMUNICAÇÃO. BASE DE

CÁLCULO. ILEGALIDADE. CDA. PRESUNÇÃO RELATIVA DE CERTEZA E LIQUIDEZ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. EXECUÇÃO EMBARGADA. ART. 20, § 4.º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. NÃO HAVENDO PAGAMENTO DO TRIBUTO OU NÃO CARACTERIZANDO A HIPÓTESE DE HOMOLOGAÇÃO EXPRESSA OU TÁCITA PELA FAZENDA PÚBLICA DO LANÇAMENTO, NÃO SE APLICA O DISPOSTO NO ART. 150, § 4º, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL EM RELAÇÃO À DECADÊNCIA. INCIDE, NESTA SITUAÇÃO, A REGRA GERAL ESTABELECIDADA PELO ART. 173, INC. I, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, CONFORME A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (...). TJMG – PROC. N.º 1.0024.05.692077-0/001(1); RELATORA DESEMBARGADORA MARIA ELZA; PUB. 30/03/07.

Naquela decisão, ao analisar exigência sobre serviço preparatório (de comunicação) não levado à tributação pelo ICMS (tributado pelo ISS), em que o contribuinte recolheu o saldo devedor mensal apurado, tal qual a situação ora em análise, entenderam os ilustres julgadores que não havendo o pagamento sobre aquela parcela, não há que se falar em homologação, mas sim, em lançamento de ofício, ensejando aplicação da norma do art. 173, inciso I do CTN.

Na mesma toada decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça ao apreciar o Recurso Especial nº 448.416-SP, sob a relatoria do Ministro Otávio Noronha, cuja ementa assim expressa:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ICMS. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA. ARTS. 150, § 4º, E 173, I, DO CTN.

1. NA HIPÓTESE EM QUE O RECOLHIMENTO DOS TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO OCORRE EM DESCONFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL E, POR CONSEQUENTE, PROCEDE-SE AO LANÇAMENTO DE OFÍCIO (CTN, ART. 149), O PRAZO DECADENCIAL DE 5 (CINCO) ANOS, NOS TERMOS DO ART. 173, I, DO CTN, TEM INÍCIO NO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE ESSE LANÇAMENTO (DE OFÍCIO) PODERIA HAVER SIDO REALIZADO.

Aspecto interessante a anotar refere-se à fundamentação do *decisum*. Após abordar as hipóteses vinculadas ao § 4º do art. 150 do CTN, o ilustrado relator assim se posicionou:

OUTRA HIPÓTESE, ENTRETANTO, É AQUELA EM QUE O SUJEITO PASSIVO NÃO CUMPRE, OU CUMPRE DE MODO DIVERSO, COM SUAS OBRIGAÇÕES. ASSIM OCORRENDO, A ATIVIDADE A SER PRATICADA PELO FISCO NÃO PODERÁ SER CARACTERIZADA COMO MERA HOMOLOGAÇÃO, JÁ QUE ESTA PRESSUPÕE A EXISTÊNCIA DAS PROVIDÊNCIAS ADOTADAS PELO CONTRIBUINTE PASSÍVEIS DE CONFIRMAÇÃO PELA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. NESSE CASO, CABE AO FISCO, NA FORMA ESTABELECIDADA PELO ART. 149 DO CTN, PROCEDER AO LANÇAMENTO DE OFÍCIO, QUE É EXECUTADO TAMBÉM NOS CASOS DE OMISSÃO OU INEXATIDÃO DO SUJEITO PASSIVO NO CUMPRIMENTO DOS DEVERES QUE LHE

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

FORAM LEGALMENTE ATRIBUÍDOS. COM EFEITO, EM TAIS CASOS, NÃO HÁ O QUE SE HOMOLOGAR.

Dessa forma, o prazo para a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário somente expirou em 31/12/13, conforme disposto no inciso I do mencionado art. 173, não ocorrendo a decadência relativamente ao crédito tributário exigido, uma vez que a Autuada foi regularmente intimada da lavratura do Auto de Infração em 21/12/13.

No tocante ao mérito propriamente dito, constatou a Fiscalização que a Autuada recolheu ICMS a menor em razão da formação incorreta da base de cálculo do imposto relativa à saída de mercadoria em operação interna (Querosene de Aviação - QAV).

Consta dos autos que as saídas de QAV, objeto do lançamento em análise, estavam sujeitas, no período autuado, à redução da base de cálculo do imposto, nos termos dos Regimes Especiais de Tributação – RET, em relação aos quais a Autuada assinou Termos de Adesões para fornecimento do referido combustível às companhias aéreas.

Conforme se depreende dos autos, a Fiscalização refez os cálculos do imposto devido pela Autuada incluindo a alíquota vigente (25%, RICMS/02 – Parte Geral, art. 42, subalínea “a.10”) para a mercadoria autuada na base de cálculo do imposto.

Defende a Fiscalização que antes de aplicar o benefício concedido pelo regime especial (redução da base de cálculo do imposto) é necessário calcular o valor do imposto devido seguindo as determinações previstas na legislação, especialmente a inclusão do imposto na sua base de cálculo, observada a alíquota vigente para a mercadoria.

Lado outro, a Autuada sustenta que a Fiscalização lavrou o presente Auto de Infração sob a premissa de que houve recolhimento a menor de ICMS, no entanto, apenas houve regular aplicação do Regime Especial de Tributação nº 026/2007, o qual estabelece a carga tributária de 3% (três por cento) nas saídas de querosene de aviação em operação interna.

Defende a Autuada que a intenção do governo estadual foi de reduzir efetivamente a carga tributária da mercadoria autuada, de modo a fazer frente à iniciativa do Estado do Rio de Janeiro de reduzir a alíquota do ICMS para 3% (três por cento).

Com razão a Fiscalização, pois, de fato, a apuração da base de cálculo do imposto, nos termos da legislação que rege a matéria, precede a aplicação das normas previstas no regime especial retromencionado.

O que se depreende do Regime Especial de Tributação nº 026/2007 (fls. 102/106) é que as saídas de querosene de aviação nas operações internas nele especificadas estavam sujeitas, no período autuado, à redução da base de cálculo do imposto de forma que a carga tributária efetiva resultasse em 3% (três por cento), não constando em tal regime qualquer redução de alíquota para a mercadoria autuada.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Vale dizer que à luz do disposto na alínea “i”, inciso XII, § 2º, art. 155 da Constituição Federal de 1988, no art. 13, § 1º, inciso I da LC nº 87/96, também reproduzidos na legislação estadual, a seguir mencionada, o montante do próprio imposto integra a sua base de cálculo. Examine-se:

CF/88

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

(...)

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

§ 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

(...)

XII - cabe à lei complementar:

(...)

i) fixar a base de cálculo, de modo que o montante do imposto a intêgre, também na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

LC nº 87/96

Art. 13 A base de cálculo do imposto é:

(...)

§ 1º Integra a base de cálculo do imposto, inclusive na hipótese do inciso V do caput deste artigo:

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

(...)

Lei nº 6.763/75

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

(...)

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

Parte Geral do RICMS/02

Art. 49. O montante do imposto integra sua base de cálculo, inclusive nas hipóteses previstas nos incisos I e II do caput do artigo 43 deste

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Regulamento, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle.

De se notar que, diferentemente do entendimento da Autuada, a concessão de regime especial como no caso em comento não influencia na formação da base de cálculo do imposto. Corroboram tal entendimento várias respostas de Consultas de Contribuintes respondidas pela SUTRI/SEF/MG, em situações análogas a dos presentes autos, dentre as quais se destacam as seguintes:

CONSULTA DE CONTRIBUINTE Nº 242/2013

(...)

REGIME ESPECIAL DE TRIBUTAÇÃO - BASE DE CÁLCULO - Na saída de mercadoria, a qualquer título, a base de cálculo do ICMS indicada na respectiva Nota Fiscal será o valor da operação ou, na sua falta, os valores previstos nas alíneas do inciso IV do art. 43 do RICMS/02, devendo ainda ser observadas as normas previstas em regime especial concedido ao contribuinte.

(...)

RESPOSTA:

1 e 2 - O art. 1º do RET concede à Consulente diferimento do ICMS nas aquisições de matéria-prima, produtos intermediários e embalagens nas hipóteses relacionadas no dispositivo, observadas as exceções contidas no art. 3º e o disposto no art. 6º do mesmo Regime.

O art. 7º, observado o disposto no art. 10, do RET autoriza o crédito presumido nas condições que menciona, observando que será considerado como ponto de partida para o cálculo do imposto o valor total da operação, ainda que a legislação preveja redução de base de cálculo, e ressalta que a base de cálculo do imposto nas operações alcançadas pelo RET não pode ser inferior ao montante resultante da soma do valor dos “insumos de aço aplicados na produção” da mercadoria, inclusive matéria-prima, acrescido do valor resultante da aplicação de, no mínimo, 20% (vinte por cento).

Para tanto, a Consulente deverá observar, ainda, na apuração da base de cálculo do ICMS as regras contidas nos arts. 43 a 54 do RICMS/02.

Assim, na saída de mercadoria, a qualquer título, a base de cálculo do ICMS será o valor da operação ou, na sua falta, os valores previstos nas alíneas do inciso IV do art. 43 do RICMS/02, ressaltando-se, ainda, que o montante do imposto integra sua base de cálculo.

Observadas as regras acima referidas, a Consulente deverá ainda considerar o disposto no art. 10 de seu RET. Desse modo, a base de cálculo do ICMS será o valor previsto nos incisos e alíneas do art. 43 do RICMS/02, conforme o caso, não podendo ser inferior ao valor definido no Regime Especial.

A partir dessa composição é que serão aplicadas as demais regras de apuração impostas no RET, inclusive, no tocante ao crédito presumido de que trata o art. 7º.

Diante disso, constata-se que o procedimento da Consulente está correto, pois considerou como base de cálculo o valor maior, que correspondia ao valor de venda das mercadorias e não ao do valor resultante do disposto no art. 10 do RET.

Observe-se que na Nota Fiscal referente à saída da mercadoria deve-se indicar o valor da operação e a alíquota normal prevista para a operação (18%).

No exemplo 2, que menciona redução de base de cálculo na operação, embora tenha sido utilizado o valor maior (valor de venda sem redução) para cálculo do crédito presumido e valor do imposto efetivo a pagar, na Nota Fiscal de saída da mercadoria deverá ser indicada a base de cálculo reduzida (R\$ 1.433,40) e a alíquota de 18% (dezoito por cento) aplicada sobre este valor, resultando em destaque do ICMS no valor de R\$ 258,01, conforme exemplificado no referido exemplo 2.

Finalmente, cumpre observar que o IPI não integrará a base de cálculo do ICMS apenas na hipótese de venda para outro contribuinte do ICMS, relativa a produto destinado a industrialização ou comercialização. Grifos acrescidos.

CONSULTA DE CONTRIBUINTE Nº 277/2012

ICMS – REGIME ESPECIAL – DIFERIMENTO – O diferimento do ICMS, previsto em regime especial, aplicável na aquisição de matéria-prima, produto intermediário e material de embalagem alcança também o valor cobrado por industrialização realizada sob encomenda da beneficiária do regime, desde que observadas às condições nele previstas.

(...)

RESPOSTA:

1 – O art. 1º do RET concede à Consulente diferimento do ICMS nas aquisições de matéria-prima, produtos intermediários e embalagens nas hipóteses relacionadas no dispositivo. O art. 3º, por sua vez, estabelece crédito presumido de forma que a carga

tributária efetiva seja de 3% (três por cento) nas saídas das mercadorias listas nesse artigo.

Conforme determinado no § 3º do art. 3º citado, a base de cálculo do ICMS nas operações alcançadas pelo RET não pode ser inferior ao montante resultante da soma do valor dos “insumos de aço aplicados na produção” da mercadoria, inclusive matéria-prima, acrescido do valor resultante da aplicação de, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) sobre o valor destes insumos e matéria-prima.

A base de cálculo do ICMS está definida no art. 43 do RICMS/02, devendo ser observadas, ainda, para sua determinação, as regras contidas nos arts. 44 a 54 do mesmo Regulamento.

Assim, na saída de mercadoria, a qualquer título, a base de cálculo do ICMS será o valor da operação ou, na sua falta, os valores previstos nas alíneas do inciso IV do art. 43 do RICMS/02.

Observadas as regras acima referidas, a Consulente deverá ainda considerar o disposto no § 3º do art. 3º de seu RET. Desse modo, a base de cálculo do ICMS será o valor previsto nos incisos e alíneas do art. 43 do RICMS/02, conforme o caso, não podendo ser inferior ao valor definido no Regime Especial.

A expressão “insumos de aço aplicados na produção” alcança todo e qualquer material de aço aplicado pela Consulente na elaboração da mercadoria. Desta forma, caso efetivamente o único “insumo de aço” aplicado pela Consulente seja chapa de aço, para definir o limite previsto no § 3º do art. 3º do RET deve ser considerado o montante correspondente à soma do valor das chapas de aço adquiridas com o resultado da aplicação do percentual de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor destas aquisições.

(...) Grifos acrescidos.

Como bem sustentado pela Fiscalização, a alíquota prevista para o querosene de aviação encontra-se definida no art. 42, inciso I, subalínea “a10” da Parte Geral do RICMS/02, **que no período autuado** era de 25% (vinte e cinco por cento), não tendo sido alterada por meio de regime especial concedido à Autuada.

Saliente-se que não se pode confundir a alíquota de 25% (vinte e cinco por cento) prevista para a operação com o multiplicador opcional, cuja função restringe-se a facilitar o cálculo do imposto a ser recolhido pela Autuada, após a formação da base de cálculo do imposto nos termos da legislação tributária retrotranscrita.

Estabelecida a base de cálculo do ICMS, é que deverá ser aplicada a redução de 56% (cinquenta e seis por cento) ou de 88% (oitenta e oito por cento), de acordo com o período autuado, e, sobre esse resultado, a alíquota de 25% (vinte e cinco por

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

cento) para determinação do valor do imposto devido. Opcionalmente, poderá ser aplicado o percentual de 4% (quatro por cento) ou de 11% (onze por cento), conforme o caso, sobre a base de cálculo do imposto definida sem a redução.

Importante destacar que, ao contrário do entendimento externado pela Autuada, a carga tributária efetiva de 3% (três por cento) determinada pelo regime especial de tributação foi observada pela Fiscalização na apuração do imposto devido, tendo sido aplicado tal percentual após a formação da base de cálculo nos termos da legislação tributária acima mencionada.

Quanto aos questionamentos da Defesa acerca das multas aplicadas, vale destacar que as penalidades exigidas nos presentes autos **são duas**. Uma pelo não-cumprimento da obrigação principal de recolher tributo (multa de revalidação) correspondente a 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto inadimplido (art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75). A outra (multa isolada) tem por fato gerador o descumprimento de obrigação acessória, exigida no percentual de 20% (vinte por cento) do valor da diferença de base de cálculo apurada, com fulcro no art. 55, inciso VII da citada lei, adequada ao disposto na alínea “c” do referido dispositivo, nos termos do art. 106, inciso II, alínea “c” do CTN.

Acresça-se que a base de cálculo da multa isolada exigida foi corretamente adotada pela Fiscalização (diferença entre a base de cálculo do imposto informada pela Autuada no documento fiscal emitido e a apurada pela Fiscalização), nos exatos termos do art. 55, inciso VII da Lei nº 6.763/75, conforme redação vigente a época dos fatos geradores autuados, tendo sido tal penalidade adequada ao disposto na alínea “c” do referido artigo, conforme o disposto no art. 106, inciso II, alínea “c” do CTN. Examine-se:

Art. 55. As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II a IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

Efeitos de 1º/11/03 a 31/12/11

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

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

(...)

c) valor da base de cálculo menor do que a prevista na legislação, relativamente à prestação ou operação própria ou à substituição tributária, nas hipóteses não abrangidas pelas alíneas “a” e “b” deste inciso - 20% (vinte por cento) do valor da diferença apurada;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ressalte-se que as multas de revalidação e isolada exigidas são disciplinadas pela legislação tributária vigente, tanto na forma quanto no conteúdo e encontram-se regularmente capituladas no Auto de Infração.

Por determinação legal (art. 182, inciso I da Lei nº 6.763/75 c/c o art. 110, inciso I do RPTA) é defeso a este Órgão julgador a negativa de aplicação de ato normativo, *in verbis*:

Lei nº 6.763/75

Art. 182. Não se incluem na competência do órgão julgador:

I - a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive em relação à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda, nos termos do § 2º. do art. 146;

RPTA

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

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

Assim, caracterizada a infringência à legislação tributária, estando demonstradas as exigências, tendo sido o crédito tributário regularmente formalizado e não tendo a Autuada apresentado prova capaz de elidir o feito fiscal, legítimo é o lançamento.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. No mérito, por maioria de votos, em julgar procedente o lançamento. Vencido o Conselheiro Sauro Henrique de Almeida, que o julgava improcedente. Participaram do julgamento, além das signatárias, o Conselheiro Carlos Alberto Moreira Alves (Revisor) e o Conselheiro vencido.

Sala das Sessões, 05 de junho de 2014.

**Maria de Lourdes Medeiros
Presidente**

**Ivana Maria de Almeida
Relatora**

T

21.587/14/1ª

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão:	21.587/14/1ª	Rito: Sumário
PTA/AI:	01.000210079-91	
Impugnação:	40.010135577-69	
Impugnante:	Petrobrás Distribuidora SA	
	IE: 062059023.04-91	
Proc. S. Passivo:	Arethuzia de Souza Totti e Silva/Outro(s)	
Origem:	DF/Divinópolis	

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

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

Decorre o lançamento da constatação de que a Autuada, no período de 01/08/08 a 31/12/08, recolheu ICMS a menor em razão da formação incorreta da base de cálculo do imposto relativa à saída de Querosene de Aviação – QAV em operação interna pela inobservância da alíquota vigente, aplicável para a mercadoria, quando da inclusão do imposto na sua base de cálculo.

Não há como prevalecer a autuação, pois a Impugnante recolheu o tributo em questão, se valendo do Regime Especial de Tributação nº 019/08.

A Fiscalização anexa aos autos, às fls. 63/67, cópia do Regime Especial de Tributação, RET nº 019/2008, o qual prevê em seu art. 1º, que seria diferido 88% do ICMS nas operações com querosene de aviação (QVA) e a carga tributária final seria de 3%, *in verbis*:

“Art. 1º Fica diferido 88% (oitenta e oito por cento) do ICMS incidente nas operações internas com querosene de aviação (QAV) destinada ao abastecimento das aeronaves da TAM Linhas Aéreas S/A, identificada em epígrafe, doravante denominada TAM, promovidas pelos distribuidores estabelecidos no Aeroporto Internacional Tancredo Neves (Aeroporto de Confins), no Município de Confins, de forma que a carga tributária resulte em 3% (três por cento).”

Com isso, analisando as notas fiscais autuadas pela Fiscalização, de fls. 19/21 dos autos, podemos verificar no campo “Dados Adicionais”, que a Impugnante cita o Regime Especial, fazendo o cálculo do imposto da forma que descreve o RET nº 019/08.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim sendo, o próprio regime prevê, no parágrafo único do art. 2º, a faculdade da Impugnante aplicar a alíquota de 0,03 sobre os valores para efeito de cálculo do imposto, *in verbis*:

Art. 2º A nota fiscal relacionada com a operação com o imposto deferido, além dos demais requisitos exigidos pela legislação, conterá:

(...)

Parágrafo único. É facultado ao Contribuinte calcular o imposto devido mediante a aplicação do multiplicador de 0,03 (três centessimos) sobre o preço fixado para a venda do produto.

Podemos verificar que a norma retro citada estabelece que a carga tributária seja de 3%.

Portanto, para chegar ao valor de tributo devido, deve-se ter em mente que, de acordo com o valor do bem/mercadoria a ser comercializada (base de cálculo), deve-se chegar ao percentual de 3% daquele valor.

Veja que a Autuada aplicou regularmente o Regime. Apenas a título de exemplificação, a sistemática adotada por ela foi a seguinte:

Ex: Mercadoria: R\$1.000,00 (Base de Cálculo), 3% = R\$ 30,00 (Carga tributária de 3%).

Isso posto, temos que para chegar à carga tributária de 3%, deve-se aplicar o fator de redução da base de cálculo que extrai da divisão da alíquota de 3% prevista no Regime Especial com aquela original prevista no RICMS/02, qual seja, 25%.

Com efeito, não houve irregularidade no recolhimento de ICMS, na verdade, houve plena observância ao princípio da legalidade, pois a empresa autuada apenas aplicou os ditames do Regime Especial de Tributação, tal como previsto, de forma a chegar à carga tributária de 3%.

No entanto, no entender da Fiscalização, teria ocorrido recolhimento a menor, pois o imposto devido foi calculado de forma equivocada.

Apesar de não terem sido apresentados elementos suficientes de forma a esclarecer os motivos pelos quais a metodologia de cálculo adotada pela Contribuinte teria sido equivocada, observou-se que a sistemática adotada pela Fiscalização não atendeu à carga tributária de 3%.

No entendimento da Fiscalização somente após a apuração (alíquota vigente e cálculo por dentro) se aplicará os percentuais determinados no Regime Especial.

Se aplicarmos a metodologia adotada pela Fiscalização, teríamos a seguinte situação:

EX. Mercadoria: R\$1.000,00 (base de cálculo originária), X 25% = 250,00

No entanto, a Impugnante aplicou apenas o que dispõe o Regime Especial de Tributação nº 026/07, o qual estabelece o seguinte:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EX: Valor + tributo (cálculo por dentro) = $1.250 \times 0,03$ (3%) = 37,5 (superior a carga tributária de 3%, tal como previsto no regime especial).

Nota-se que a interpretação adotada pela Fiscalização viola o princípio da legalidade, uma vez que não seria possível alterar a alíquota estabelecida no Regime Especial de Tributação sem lei específica, tal como prevê o art. 57, inciso I do RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.474/08, tal como constou no auto de infração, uma vez que não houve descumprimento da obrigação tributária, apenas aplicou-se metodologia de apuração de tributo que se coaduna com referido regime.

Diante do exposto, entendo que não ocorreu a infração apontada pela Fiscalização, julgando improcedente o lançamento.

Sala das Sessões, 05 de junho de 2014.

**Sauro Henrique de Almeida
Conselheiro**