

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 21.312/13/1ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000168662-48
Impugnação: 40.010129074-21
Impugnante: Gerdau Comercial de Aços S/A
IE: 186347836.07-09
Proc. S. Passivo: Décio Freire/Outro(s)
Origem: DF/Uberlândia

EMENTA

BASE DE CÁLCULO - REDUÇÃO INDEVIDA. Constatada a redução da base de cálculo do ICMS em operações com mercadorias não amparadas pelo benefício. A irregularidade advém da inobservância do disposto no art. 43 da Parte Geral do RICMS/02, que remete ao Anexo IV, Parte 2 do RICMS/02, o qual prevê, no item 9 da Parte 1, redução da base de cálculo na “Saída, em operação interna, de ferros e aços não planos constantes da Parte 2 do Anexo IV”. Exige-se ICMS e Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75. Crédito tributário reformulado pelo Fisco para excluir as notas fiscais de ajuste de inventário.

BASE DE CÁLCULO - FALTA DE INCLUSÃO DO IPI. Constatada a não inclusão do IPI na base de cálculo do ICMS em saídas internas e interestaduais de mercadorias destinadas a consumidor final, inclusive produtores rurais e construtoras. Infração decorrente da inobservância do disposto no art. 48 do RICMS/02. Exige-se ICMS e Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75. Infração caracterizada.

ALÍQUOTA DE ICMS - APLICAÇÃO INCORRETA – OPERAÇÃO INTERESTADUAL – EMPRESAS CONSTRUÇÃO CIVIL E DESTINATÁRIO NÃO CONTRIBUINTE. Constatado o uso indevido das alíquotas (7% - sete por cento e 12% - doze por cento) em operações interestaduais com mercadorias destinadas a não contribuintes e construtoras, destinatários os quais adquiriram os produtos na condição de consumidor final. Exige-se ICMS e Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75. Nos termos do art. 42, *caput* e § 12 da Parte Geral do RICMS/02, o crédito tributário foi reformulado pelo Fisco para excluir as notas fiscais para as quais houve comprovação da condição de contribuinte do destinatário.

ALÍQUOTA DE ICMS - APLICAÇÃO INCORRETA – Constatado o uso indevido da alíquota de 7% (sete por cento) em operações destinadas a contribuintes localizados nas Regiões Sul e Sudeste, portanto em operações cuja alíquota prevista é de 12% (doze por cento). A irregularidade advém da inobservância do disposto no inciso II alínea “c” art. 42 Parte Geral do RICMS/02. Exige-se ICMS e Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II da Lei nº 6.763/75. Infração caracterizada.

ICMS – APURAÇÃO INCORRETA – FALTA DE DESTAQUE DO ICMS OPERAÇÕES PRÓPRIAS. Imputação fiscal atribuída à falta de destaque do ICMS sobre operações próprias em diversas operações entre as quais se incluem as operações sujeitas ao regime da substituição tributária classificadas com o CFOPs 5.403 e 5.405. Crédito tributário reformulado pelo Fisco para excluir as operações alcançadas pelo Regime Especial 16.00014587.07, as remessas por conta e ordem de terceiros (CFOPs 5.923 e 6.923), as operações com sucatas e sacarias, dentre outras. No entanto, devem ser excluídas ainda as exigências remanescentes, uma vez que a questão deve ser enfrentada nos autos do lançamento do ICMS/ST.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA ICMS – FALTA DE RETENÇÃO E DE RECOLHIMENTO DE ICMS/ST. Imputação fiscal de falta de destaque e recolhimento do ICMS/ST nas saídas de mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária. Exigência excluída pelo Fisco para ser lançada em outro PTA.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – EMISSÃO IRREGULAR DE DOCUMENTO FISCAL – FALTA DE INDICAÇÃO/RÉQUISITO. Imputação de descumprimento de obrigação acessória atribuída ao fato de a Autuada ter deixado de destacar nas notas fiscais de diversas saídas a alíquota própria da operação e/ou o destaque do valor do ICMS correto. Exigência de Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso VI da Lei nº 6.763/75 c/c art. 215, inciso VI alínea “f” do RICMS/02, majorada em 50% (cinquenta por cento) nos termos do art. 53, §§ 6º e 7º da mesma lei. Infração caracterizada.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre recolhimento a menor de ICMS, no período de agosto de 2005 a dezembro de 2008, em decorrência de diversas irregularidades praticadas pela Autuada, quais sejam:

- 1) utilizou redução de base de cálculo do ICMS para mercadorias que não estavam amparadas pelo benefício (Anexo IV-RICMS), tanto em operações internas quanto em operações interestaduais;
- 2) deixou de incluir o Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI na base de cálculo do ICMS nas operações destinadas a consumidores finais (isentos) e construtoras;
- 3) destinou mercadorias para construtoras e consumidores finais/isentos, utilizando alíquota interestadual (7% e 12%) quando deveria destacar alíquota interna (18%);
- 4) utilizou alíquota de 7% (sete por cento) em operações que destinavam mercadorias para São Paulo e Santa Catarina, quando deveria aplicar alíquota de 12% (doze por cento);

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

5) utilizou alíquota de 12% indevidamente, em operações internas, pois, como não é industrial não seria possível beneficiar-se da alíquota prevista no item b.12 do art. 42 do RICMS/02;

6) deixou de consignar base de cálculo do ICMS referente as operações próprias como se seus fornecedores tivessem recolhido antecipadamente o imposto a título de substituição tributária, ou ele mesmo recolhido antecipadamente.

7) não destacou, reteve ou recolheu imposto relativo as operações sujeitas ao regime de substituição tributária (ICMS-ST).

Deste modo, constatou-se que a Autuada, relativamente às operações internas: utilizou indevidamente a redução de base de cálculo do ICMS; deixou de incluir o Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI na base de cálculo do imposto; deixou de consignar a base de cálculo do imposto referente à operação própria; destinou mercadorias para construtoras utilizando alíquotas de 7% (sete por cento) e de 12% (doze por cento) quando era exigida a alíquota de 18% (dezoito por cento); utilizou incorretamente alíquota de 12% (doze por cento) prevista no art. 42, b.12 do RICMS/02, pois não era classificado como industrial.

Já nas operações interestaduais: aplicou alíquotas interestaduais de 7% (sete por cento) e de 12% (doze por cento) quando destinou mercadorias para Consumidores Finais e Construtoras, quando deveria aplicar a alíquota interna de 18% (dezoito por cento); deixou de incluir o IPI na base de cálculo do ICMS; utilizou o benefício da redução da base de cálculo indevidamente, pois não havia previsão para tal benefício em operações interestaduais; utilizou alíquota de 7% (sete por cento) em operações que destinavam mercadorias para São Paulo e Santa Catarina quando o correto seria aplicar a alíquota de 12% (doze por cento) conforme art. 42, II, alínea "c" do RICMS/02.

Trata, ainda, o contencioso sobre descumprimento de obrigação acessória configurada pela emissão de documentos fiscais com falta de requisito ou indicação exigida no RICMS/02 ou emissão com indicação insuficiente ou incorreta, nos termos das irregularidades acima mencionadas.

Exige-se ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no art. 54, inciso VI da Lei nº 6.763/75, c/c art. 215, inciso VI, alíneas "f" e "g" do RICMS/02, majorada em 50% (cinquenta por cento) em face da reincidência prevista no art. 53, § 6º da Lei nº 6.763/75.

No prazo regulamentar, a Autuada reconheceu parcialmente o débito tributário por meio do preenchimento de formulário próprio (fls. 320/323).

Para que a Contribuinte pudesse efetuar o pagamento dos débitos reconhecidos, a Administração Fazendária atualizou tais valores, conforme documento de fls. 324/326.

Por sua vez, em relação aos itens restantes, a Autuada apresenta, tempestivamente e, por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 334/391.

Assistindo razão à Defesa, o Fisco procede a reformulação do crédito tributário, conforme relatório de fls. 481/487 e demonstrativo de fls. 488/491, que

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

resultou na exclusão de parte das operações autuadas, referentes aos subitens do Relatório Fiscal:

Operações Internas:

- item 7.1.1 Mercadorias Destinadas a Consumidores Finais ou Isentos - em relação às saídas em que houve a exigência do imposto em razão da não consignação da base de cálculo, por força do Regime Especial PTA 16.00014587.07, acatou-se as alegações da Impugnante excluindo-se o crédito tributário relativo ao ICMS operação própria;

- item 7.1.2 Mercadorias Destinadas a Construtoras – foram excluídas as exigências relativas às mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária que estavam amparadas pelo Regime Especial, excluindo-se o crédito tributário referente ao ICMS da operação própria.

- item 7.1.3 Mercadorias Destinadas a Contribuintes – com relação às operações de ajuste de inventário (CFOP: 5.927) foram excluídas todas as operações com mercadorias com previsão de redução da base de cálculo no Anexo IV do RICMS/02; excluídas as operações de sacaria e vasilhame (CFOP 5.920); excluídas as operações de remessa/retorno de mercadoria para conserto (CFOPs 5.915, 5.916, e 6.915); excluídas as operações de remessa por conta e ordem de terceiros (CFOPs 5.923 e 6.923).

Operações interestaduais:

- item 7.2.1 Mercadorias Destinadas a Consumidores Finais ou Isentos - foram excluídas as saídas destinadas a Produtores Rurais dos Estados do Pará, Santa Catarina e Goiás; nas saídas destinadas à Bahia restou apenas uma operação com redução indevida da base de cálculo. Portanto, reconsiderou-se e acatou-se a aplicação da alíquota interestadual nas operações em que se verificou tratar-se de contribuintes inscritos naquelas Unidades da Federação.

Em relação ao item 7 do Auto de Infração , essa irregularidade foi, também, excluída do Auto de Infração.

Aberta vista para a Impugnante que adita sua impugnação, fls. 527/578.

O Fisco apresenta Manifestação Fiscal de fls. 580/608.

A Assessoria do CC/MG solicita diligências às fls. 616/617, que resulta na resposta fiscal de fls. 618/622.

Devidamente cientificada, a Autuada não comparece aos autos.

A Assessoria do CC/MG, em parecer de fls. 627/663, opina, em preliminar, pela rejeição do pedido de nulidade de lançamento e pelo indeferimento do pedido de perícia. No mérito, pela procedência parcial do lançamento para que a decisão seja no sentido de: 1. excluir as exigências de ICMS operações próprias sobre as operações classificadas nos CFOPs 5.403 e 5.405; 2. julgar improcedente a exigência da penalidade por descumprimento de obrigação acessória, capitulada no art. 54, inciso VI da Lei nº 6.763/75, aplicada aos documentos de operações de remessa para industrialização.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A 3ª Câmara de Julgamento converte o julgamento em diligência de fls. 665, para retorno dos autos à origem a fim de que seja dado vista à Impugnante das fls. 580/608, considerando as irregularidades descritas nos itens 6 e 7 do Auto de Infração.

Por conseguinte, a Impugnante manifesta-se às fls. 714/750 e junta documentos às fls. 751/779.

O Fisco apresenta seus argumentos às fls. 782/818.

A Assessoria do CC/MG, em parecer de fls. 822/830, modifica seu entendimento em relação ao mérito, opinando pela procedência parcial do lançamento para que a decisão seja no sentido de: excluir as exigências referentes ao item 6, por falta de destaque do ICMS operações próprias, sobre as operações classificadas nos CFOP's 5.403, 5.405, 5.901 e 5.924, inclusive no que tange à multa por descumprimento de obrigação acessória, capitulada no art. 54, inciso VI da Lei nº 6.763/75.

Em análise da 1ª Câmara de julgamento, na sessão do dia 15/02/13, determina-se nova diligência (fls. 852).

A resposta do Fisco consta às fls. 854/855.

Devidamente intimada, a Impugnante manifesta-se às fls. 861/864 e junta documentos às fls. 865/885.

O Fisco apresenta manifestação de fls. 887.

A Assessoria do CC/MG exara parecer abordando o objeto da diligência da 1ª Câmara, conforme fls. 889/896. Ao final, ratifica os pareceres de fls. 627/663 e 822/830.

DECISÃO

Parte dos fundamentos expostos no parecer da Assessoria do CC/MG foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e por esta razão passam a compor o presente Acórdão, no que interessa.

Das Preliminares

A Impugnante argui a nulidade do Auto de Infração por fundamentação deficiente, pois, segundo seu entendimento, a peça fiscal “não determina com precisão a infração sobre a qual é exigido o imposto”.

Não obstante, nos autos encontra-se regularmente demonstrada a infração a qual se configura no recolhimento a menor de ICMS, em decorrência da constatação de diversas irregularidades em operações internas e interestaduais, a saber: utilização indevida da redução da base de cálculo do ICMS, não inclusão do IPI na base de cálculo do imposto, aplicação incorreta da alíquota em operações com mercadorias destinadas a consumidor final sendo, construtoras e produtores rurais.

Ressalta-se que a divisão das operações de saída em internas e interestaduais e, posteriormente, em três grupos indicam que o trabalho está bem detalhado tendo sido complementado pelo Relatório Fiscal no qual consta o relato das infrações praticadas.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Destaca-se que a utilização de termos como “algumas operações” ou “várias operações” não deixam o trabalho vago ou impreciso. No corpo do Relatório Fiscal ficaria inadequada ou desnecessária a listagem de todas as operações objetos da autuação que se encontram devidamente separadas nas planilhas que compõem os autos.

O fato de a Impugnante ter reconhecido parte das exigências fiscais (fls. 320/323) é a maior demonstração da organização e da clareza na exposição dos fatos e fundamentos e da correta capitulação das infringências.

É de se notar que o Auto de Infração foi lavrado em conformidade com o disposto no art. 89 do RPTA (Decreto n.º 44.747/08), tendo sido recebido pelo Sr. Jair Rodrigues da Costa em 29.12.10, conforme assinatura deste às fls. 05. Acrescenta-se que a Autuada fora regularmente cientificada de todas as reformulações a qual se fez acompanhada dos esclarecimentos e motivação da exclusão ou a manutenção das exigências conforme Relatório Fiscal de fls. 481/487 e 488/491.

Os próprios termos dos aditamentos confirmam que a Impugnante teve conhecimento de todo conteúdo das alterações dos valores do crédito tributário, haja vista que por ocasião dos aditamentos reproduziu os demonstrativos dos valores reformulados confrontando com os anteriores, rebatendo item a item o trabalho fiscal.

Os argumentos que sustentam o pedido de nulidade não devem prosperar, pois nulo não pode ser um Auto de Infração em que a Impugnante reconheceu as infrações elencadas no trabalho, recolhendo, em razão disso, parte irrisória dos tributos exigidos.

Além disso, deve ser ponderado que se parte das exigências foi reconhecida e recolhida pela Impugnante é porque, no trabalho, constam elementos suficientes à sua compreensão. Nesse aspecto, confira no Termo de Reconhecimento Parcial de Débito (fls. 320/323) que a Autuada identificou mês a mês, por código de infração, o que estava sendo reconhecido por ela como correto no lançamento.

Por oportuno, mencione-se o disposto no art. 92 do RPTA, que preceitua:

Art. 92. As incorreções ou as omissões da peça fiscal não acarretarão a sua nulidade, quando nela constarem elementos suficientes para determinar com segurança a natureza da infração arguida.

Parágrafo único. Verificada a insubsistência ou vício não sanável do Auto de Infração ou Notificação de Lançamento, antes da intimação do sujeito passivo, a autoridade incumbida do controle de qualidade determinará a reformulação parcial ou total do crédito tributário.

Assim, o relatório do Auto de Infração, complementado que foi pelo Relatório Fiscal e demais demonstrativos explicativos do lançamento regularmente enviados ao contribuinte, identificam plenamente todos os requisitos do ato administrativo previsto no art. 142 do CTN. São eles: o sujeito passivo, a matéria tributável, a base de cálculo do imposto, o valor do imposto devido, os dispositivos legais que foram infringidos e as respectivas penalidades cabíveis.

Com efeito, o fato de as operações do sujeito passivo apresentarem complexidade no trato tributário, não retira a presunção de legitimidade do lançamento.

Logo, inexistindo os vícios formais ou materiais arguidos, a prefacial de nulidade do Auto de Infração deve ser rejeitada.

Outrossim, constitui o lançamento e, em consequência, a análise dele por parte deste CC/MG, em aplicação objetiva da legislação tributária, não havendo que se falar em presunção de dolo.

Rejeita-se, pois as prefaciais arguidas.

Do Pedido de Realização de Perícia

Discorre a Impugnante sobre a necessidade de produção de prova pericial e, para tanto, formula diversos quesitos (fls. 387/390), por meio dos quais pretende que seja esclarecido em quais operações ocorreu redução da base de cálculo, em quais operações destinadas a consumidores finais deixou de incluir o IPI, que sejam apontadas as notas fiscais e se os destinatários tratam de produtores rurais, pessoa jurídica, além de outros esclarecimentos relacionados à alíquota das operações internas e interestaduais.

Nesse sentido, há nos autos elementos e informações que permitem identificar, não apenas as operações, como também, todos os documentos fiscais, base de cálculo, a situação tributária dos produtos e as alíquotas sobre os quais recai a acusação fiscal.

A discussão relevante diz respeito, sim, à correta composição da base de cálculo e sobre a alíquota que se aplica às operações em face da atividade econômica da Autuada, da situação tributária e da natureza das operações. Nesse aspecto, seguramente há nos autos elementos e informações suficientes de modo a possibilitar ao julgador aplicar, ao caso concreto, o tratamento legal e, assim, decidir sobre a questão. Confira essas informações nos arquivos constantes da mídia eletrônica (CD) Anexo VII fls. 318, reformulado às fls. 495 e retificado às fls.623.

Segundo a doutrina “*em casos em que o julgamento do mérito da causa depende de conhecimentos técnicos de que o magistrado não dispõe, deverá ele recorrer ao auxílio de um especialista, o perito, que dispondo do conhecimento técnico necessário, transmitirá ao órgão jurisdicional seu parecer sobre o tema posto à sua apreciação*” (Alexandre Freitas Câmara; Lições de D. Processual Civil), ou seja, somente deverá haver perícia quando o exame do fato depender de conhecimentos técnicos ou especiais e, essa prova tiver utilidade diante dos elementos disponíveis para exame.

Ademais, é verificado que os argumentos carreados aos autos pelo Fisco, bem como pela própria Impugnante em sua defesa, revelam-se suficientes para a elucidação da questão. Cite-se, a propósito, decisão já proferida abordando a questão anteriormente:

"Se a matéria tratada nos autos versar sobre questão eminentemente de direito, quanto ao reconhecimento ou não da percepção de diferença salarial, decorrente

da conversão de URV, desnecessária a realização de prova pericial contábil, a qual poderá ser realizada, acaso necessário, em sede de execução. A prova pericial somente se apresenta necessária quando a informação depender da opinião de especialista na matéria que escapa do universo de conhecimento do Julgador, hipótese essa não caracterizada no caso vertido. Assim, indefere-se o pedido” (Processo número 1.0024.05.661742-6/001(1), Relator: Célio César Paduani, TJMG)

Prescreve o art. 142, inciso II do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, aprovado pelo Decreto n.º 44.747/08:

Art. 142. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação, e será realizada quando deferido o pedido do requerente pela Câmara ou quando esta a determinar, observado o seguinte:

(...)

§ 1º Relativamente ao pedido de perícia do requerente:

(...)

II - será indeferido quando o procedimento for:

- a) desnecessário para a elucidação da questão ou suprido por outras provas produzidas;
- b) de realização impraticável;
- c) considerado meramente protelatório.

A perícia, por se tratar de prova especial, só pode ser admitida quando a apuração do fato em litígio não se puder fazer pelos meios ordinários de convencimento.

Deste modo, é desnecessária a produção de prova pericial porque constam dos autos elementos suficientemente claros para a compreensão tanto das irregularidades como da legislação aplicada.

Assim, indefere-se o pedido de prova pericial.

Do Mérito

De plano, argui a Impugnante a decadência do direito de lançar, relativamente aos fatos geradores ocorridos no período de agosto a novembro de 2005, com fundamento no disposto no § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional - CTN.

Conforme estabelece o mencionado dispositivo, se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos contados da ocorrência do fato gerador e, expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública tenha se pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito tributário.

No entanto, constitui regra geral que ao lançamento de ofício aplica-se a contagem fixada no art. 173, inciso I do CTN.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 (no que interessa ao caso em tela):

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. 30/03/2007.

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 a aplicação da norma do art. 173, inciso I do CTN.

No mesmo sentido 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, 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 FORAM LEGALMENTE ATRIBUÍDOS. COM EFEITO, EM TAIS CASOS, NÃO HÁ O QUE SE HOMOLOGAR.

Da mesma forma, no julgamento de Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial o Ministro do STJ, o Relator Humberto Martins:

PROCESSO:

AGRG NO ARESP 76977 RS 2011/0191109-3

RELATOR(A):

MINISTRO HUMBERTO MARTINS

JULGAMENTO:

12/04/2012

ÓRGÃO JULGADOR:

T2 - SEGUNDA TURMA

PUBLICAÇÃO:

DJE 19/04/2012

EMENTA

TRIBUTÁRIO. CREDITAMENTO INDEVIDO DE ICMS. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. APLICAÇÃO DA REGRA PREVISTA NO ART. 173, I, DO CTN. PRECEDENTES.

1. A JURISPRUDÊNCIA DO STJ FIRMOU O ENTENDIMENTO NO SENTIDO DE QUE, HAVENDO CREDITAMENTO INDEVIDO DE ICMS, O PRAZO DECADENCIAL PARA QUE O FISCO EFETUE O LANÇAMENTO DE OFÍCIO É REGIDO PELO ART. 173, I, DO CTN, CONTANDO-SE O PRAZO DE CINCO ANOS, A PARTIR DO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE À OCORRÊNCIA DO FATO IMPONÍVEL, DONDE SE DESSUME A NÃO OCORRÊNCIA, *IN CASU*, DA DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO LANÇAR OS REFERIDOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS.

2. "NOS TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO, QUANDO OCORRE O RECOLHIMENTO EM DESCONFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL, DEVE A AUTORIDADE FISCAL PROCEDER AO LANÇAMENTO DE OFÍCIO (CTN, ART. 149), INICIANDO-SE O PRAZO DECADENCIAL DE CINCO ANOS NO PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE O LANÇAMENTO PODERIA TER SIDO FEITO (ART. 173, I, DO CTN)." (RESP 973189/MG, REL. MIN. CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 04/09/2007, DJ 19/09/2007, P. 262). AGRADO REGIMENTAL IMPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME.

Desta forma, o prazo para a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário relativo ao exercício de 2005 somente expirou em 31/12/2010, 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 29/12/10 (fls. 05).

Quanto ao mérito propriamente dito, trata a autuação sobre recolhimento a menor de ICMS, no período de agosto de 2005 a dezembro de 2008, em decorrência da prática de diversas irregularidades constatadas em diversas operações internas e interestaduais de saída de mercadoria, relacionadas à base de cálculo incorreta e ao uso indevido da alíquota.

Trata ainda, o contencioso, sobre descumprimento de obrigação acessória cuja infração fora atribuída à emissão de documentos fiscais com falta de requisito ou indicação exigida no RICMS/02 ou emissão com indicação insuficiente ou incorreta.

Com relação à identificação das ocorrências bem como a descrição dos fatos que motivaram a autuação, conforme explicações do Fisco, para facilitar a compreensão do trabalho, as irregularidades relatadas nos itens de 1 a 6 da peça fiscal - Auto de Infração (fls. 03 e 04) foram divididas nos itens 7.1 (operações internas) e 7.2 (operações interestaduais), cujos itens foram subdivididos, respectivamente, nos subitens 7.1.1 a 7.1.3 e 7.2.1 a 7.2.3 do Relatório Fiscal, que instrui o Auto de Infração (fls. 15/28 e 483 e seguintes).

Inicialmente, abordam-se as questões inerentes ao reconhecimento de parte do débito, com pagamento efetuado pela Autuada.

Do pagamento Parcial do débito lançado no Auto de Infração

Após recebimento da autuação, a Autuada entendeu parcialmente correta a autuação, razão pela qual emitiu o Termo de Reconhecimento Parcial de Débito (fls. 320/323) e efetuou o pagamento parcial do crédito tributário, correspondente ao ICMS acrescido de multa e juros.

Entretanto, em diversas manifestações advoga que, apesar de ter comprovado o pagamento, as notas fiscais correspondentes à quitação não foram totalmente excluídas, sendo que o Fisco permanece cobrando parte do crédito tributário já quitado.

O crédito tributário original, exigido nos presentes autos, encontra-se no Demonstrativo de Correção Monetária e Multas – DCMM de fls. 06/10.

Os documentos fiscais cujas exigências foram reconhecidas pelo Contribuinte encontram-se relacionados em planilha gravada em mídia eletrônica CD (fls. 412) estando identificados por meio do preenchimento da coluna “valor pago”.

Observa-se que a Autuada reproduziu a relação das notas fiscais cujas exigências fiscais foram por ela reconhecidas na planilha de fls. 865/885.

Percebe-se que o Fisco, ao elaborar as planilhas contidas na mídia eletrônica de fls. 495, efetuadas após a reformulação do crédito tributário, não excluiu dos demonstrativos as notas fiscais cujos créditos foram reconhecidos pela Autuada.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Nome Suj. Passivo : GERDAU COMERCIAL DE ACOS S.A.

Cod	Cod	Seq.	Seq.	Data	Cod	Moeda	Vr. Arrecadacao
Bco	Agem	Brae	GA	Arrecadacao	Rec.		

NR.MASP : M339559 DATA DA DISTRIBUICAO : 31.01.2011

0341	0280	0081	0001	25.01.2011	3228	R\$	61,05
0341	0280	0081	0001	25.01.2011	3228	R\$	197,54
0341	0280	0081	0001	25.01.2011	3228	R\$	235,72
0341	0280	0081	0001	25.01.2011	3228	R\$	298,33
0341	0280	0081	0001	25.01.2011	3228	R\$	321,67
0341	0280	0081	0001	25.01.2011	3228	R\$	366,32
0341	0280	0081	0001	25.01.2011	3228	R\$	397,82
0341	0280	0081	0001	25.01.2011	3228	R\$	425,96
0341	0280	0081	0001	25.01.2011	3228	R\$	432,06
0341	0280	0081	0001	25.01.2011	3228	R\$	441,53
0341	0280	0081	0001	25.01.2011	3228	R\$	502,34
0341	0280	0081	0001	25.01.2011	3228	R\$	532,04
0341	0280	0081	0001	25.01.2011	3228	R\$	556,03
0341	0280	0081	0001	25.01.2011	3228	R\$	641,12
0341	0280	0081	0001	25.01.2011	3228	R\$	779,49
0341	0280	0081	0001	25.01.2011	3228	R\$	1097,43
0341	0280	0081	0001	25.01.2011	3228	R\$	1240,70
0341	0280	0081	0001	25.01.2011	3228	R\$	1519,97
0341	0280	0081	0001	25.01.2011	3228	R\$	2137,56
0341	0280	0081	0001	25.01.2011	3228	R\$	2271,01
0341	0280	0081	0001	25.01.2011	3228	R\$	2398,41
0341	0280	0081	0001	25.01.2011	3228	R\$	2400,33
0341	0280	0081	0001	25.01.2011	3228	R\$	2643,08
0341	0280	0081	0001	25.01.2011	3228	R\$	3001,33
0341	0280	0081	0001	25.01.2011	3228	R\$	3325,12
0341	0280	0081	0001	25.01.2011	3228	R\$	3608,22
0341	0280	0081	0001	25.01.2011	3228	R\$	3622,06
0341	0280	0081	0001	25.01.2011	3228	R\$	3786,58
0341	0280	0081	0001	25.01.2011	3228	R\$	4218,62

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

0341	0280	0081	0001	25.01.2011	3228	R\$	4235,31
0341	0280	0081	0001	25.01.2011	3228	R\$	4363,05
0341	0280	0081	0001	25.01.2011	3228	R\$	5014,50
0341	0280	0081	0001	25.01.2011	3228	R\$	5585,39
0341	0280	0081	0001	25.01.2011	3228	R\$	5587,61
0341	0280	0081	0001	25.01.2011	3228	R\$	9072,15
0341	0280	0081	0001	25.01.2011	3228	R\$	10977,78
0341	0280	0081	0001	25.01.2011	5223	R\$	10,68
0341	0280	0081	0001	25.01.2011	5223	R\$	34,57
0341	0280	0081	0001	25.01.2011	5223	R\$	41,25
0341	0280	0081	0001	25.01.2011	5223	R\$	52,21
0341	0280	0081	0001	25.01.2011	5223	R\$	56,29
0341	0280	0081	0001	25.01.2011	5223	R\$	64,11
0341	0280	0081	0001	25.01.2011	5223	R\$	69,62
0341	0280	0081	0001	25.01.2011	5223	R\$	74,54
0341	0280	0081	0001	25.01.2011	5223	R\$	75,61
0341	0280	0081	0001	25.01.2011	5223	R\$	77,27
0341	0280	0081	0001	25.01.2011	5223	R\$	87,91
0341	0280	0081	0001	25.01.2011	5223	R\$	93,11
0341	0280	0081	0001	25.01.2011	5223	R\$	97,31
0341	0280	0081	0001	25.01.2011	5223	R\$	112,20
0341	0280	0081	0001	25.01.2011	5223	R\$	136,41
0341	0280	0081	0001	25.01.2011	5223	R\$	192,05
0341	0280	0081	0001	25.01.2011	5223	R\$	217,12
0341	0280	0081	0001	25.01.2011	5223	R\$	265,99
0341	0280	0081	0001	25.01.2011	5223	R\$	374,07
0341	0280	0081	0001	25.01.2011	5223	R\$	397,43
0341	0280	0081	0001	25.01.2011	5223	R\$	419,72
0341	0280	0081	0001	25.01.2011	5223	R\$	420,06
0341	0280	0081	0001	25.01.2011	5223	R\$	462,54
0341	0280	0081	0001	25.01.2011	5223	R\$	525,23
0341	0280	0081	0001	25.01.2011	5223	R\$	581,90
0341	0280	0081	0001	25.01.2011	5223	R\$	631,44

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

0341	0280	0081	0001	25.01.2011	5223	R\$	633,86
0341	0280	0081	0001	25.01.2011	5223	R\$	662,65
0341	0280	0081	0001	25.01.2011	5223	R\$	738,26
0341	0280	0081	0001	25.01.2011	5223	R\$	741,18
0341	0280	0081	0001	25.01.2011	5223	R\$	763,53
0341	0280	0081	0001	25.01.2011	5223	R\$	877,54
0341	0280	0081	0001	25.01.2011	5223	R\$	977,44
0341	0280	0081	0001	25.01.2011	5223	R\$	977,83
0341	0280	0081	0001	25.01.2011	5223	R\$	1587,63
0341	0280	0081	0001	25.01.2011	5223	R\$	1921,11
0341	0280	0081	0001	25.01.2011	6221	R\$	37836,42
0341	0280	0081	0002	25.01.2011	3236	R\$	3785,50
0341	0280	0081	0002	25.01.2011	5231	R\$	1324,92
0341	0280	0081	0002	25.01.2011	6221	R\$	3264,02

Outrossim, ao se comparar o DCMM (fls. 06/10) com aquele constante às fls. 475/479, verifica-se que no DCMM de fls. 475/479 consta apenas os valores do imposto e da multa de revalidação após a exclusão das parcelas reconhecidas pela Autuada. Veja-se:

DCMM original (fls. 10)				DCMM após exclusões das parcelas do imposto e da multa de revalidação reconhecidas pela Autuada (fls. 479)			
ICMS	ICMS/ST	MR simples	MR em dobro	ICMS	ICMS/ST	MR simples	MR em dobro
2.892.111,74	315.771,67	1.446.055,81	315.771,67	2.803.816,51	311.986,17	1.401.908,18	311.986,17

Valores excluídos				Exclusões (totais)	
ICMS	ICMS/ST	MR simples	MR em dobro	ICMS e ICMS/ST	MR simples e em dobro
88.295,23	3.785,50	44.147,63	3.785,50	92.080,73	47.933,13

Frise-se que o Fisco reformulou o crédito tributário (fls. 481/491) o que deu origem a um novo DCMM (fls. 492/494), sendo que esse novo demonstrativo contempla todas as extinções do crédito tributário, tanto as parcelas reconhecidas pela Autuada como aquelas excluídas pelo Fisco.

Assim, não procede o argumento da Defesa de que o Fisco continua exigindo parcelas do crédito tributário por ela reconhecida.

Posto isso, passa-se agora à análise das irregularidades impugnadas pela Defesa, observando-se a ordem em que as ocorrências estão relatadas no Auto de Infração (itens 1 a 6 do Auto de Infração fls.03).

1) Redução de base de cálculo do ICMS tanto em operações internas quanto interestaduais, com mercadorias não amparadas pelo benefício previsto no Anexo IV-RICMS.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Nesse item o objeto da ação fiscal compreende as saídas em operações internas e interestaduais de mercadorias destinadas a: 1.1 Consumidores finais inclusive Produtores Rurais. Destinatários que estão identificados no Relatório Fiscal e planilhas com o título de “ISENTOS”, denominação que é atribuída ao fato de os destinatários não possuírem inscrição no cadastro de contribuintes deste ou de outros Estados; 1.2 Construtoras e 1.3 Contribuintes do ICMS.

Essas operações encontram-se demonstradas nos arquivos eletrônicos por documento fiscal, contendo informações sobre o destinatário (CNPJ, IE ou CPF), data, código do produto, situação tributária, CFOP, valor da operação, base de cálculo, imposto devido e diferença a recolher, cujas planilhas estão identificadas com os títulos: “ISENTOS MG”, “CONST MG”, “OUTRAS MG”, “ISENTOS UFS”, “CONSTRUTORAS UFS” e “OUTRAS UFS” (CD fls. 495).

Deve ser esclarecido também que, no arquivo cuja pasta está identificada pelo nome “DILIGÊNCIA” consta a legenda “Irregularidades Detectadas” (“REDUÇÃO INDEVIDA DA BASE DE CÁLCULO”), por meio da qual é possível vincular cada irregularidade à nota fiscal correspondente (CD fls. 623).

A irregularidade de que trata o item 1 do Auto de Infração, advém da inobservância do disposto no art. 43 da Parte Geral do RICMS/02, que remete ao Anexo IV, Parte 2 do RICMS/02, o qual prevê, no item 9 da Parte 1, redução da base de cálculo na “Saída, em operação interna, de ferros e aços não planos constantes da Parte 2 do Anexo IV”. Confira o texto da legislação:

PARTE 2

FERROS E AÇOS NÃO PLANOS

(a que se refere o item 9 da Parte 1 deste Anexo)

ITEM	DESCRIÇÃO/MERCADORIA	CÓDIGO NBM/SH
1	Fio-máquina de ferro ou aços não ligados:	
1.1	dentados, com nervuras, sulcos ou relevos, obtidos durante a laminagem;	7213.10.0000
1.2	de aços para torneiar, de seção circular.	7213.20.0100
2	Barras de ferro ou aços não ligados, simplesmente forjadas, laminadas, estiradas ou extrudadas, a quente, incluídas as que tenham sido submetidas à torção após laminagem:	
2.1	dentadas, com nervuras, sulcos ou relevos, obtidos durante a laminagem, ou torcidas após a laminagem:	
2.1.1	de menos de 0,25% (vinte e cinco centésimos por cento) de carbono;	7214.20.0100
2.1.2	de 0,25% (vinte e cinco centésimos por cento) a menos de 0,60% (sessenta centésimos por cento) de carbono;	7214.20.0200

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

2.2	outras, contendo, em peso, menos de 0,25% (vinte e cinco centésimos por cento) de carbono:	
2.2.1	de seção circular;	7214.40.0100
2.2.2	outras.	7214.40.9900
3	Perfis de aço.	

Referida irregularidade foi constatada em operações com mercadorias classificadas com os “Códigos de Classificação Fiscal da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias- Sistema Harmonizado (NBM/SH)”: 7210.49.10; 7216.21.00; 7216.31.00; 7216.32.00; 7217.10.90; 7308.40.00; 7308.90.90; 7314.20.00.

Menciona-se, a título de exemplo, algumas entre muitas operações realizadas com redução indevida da base de cálculo. Esses dados foram extraídos de notas fiscais anexadas, por amostragem (fls. 34/316), e das planilhas (CD fls. 495) nas quais encontram-se discriminados os documentos e demonstradas as exigências:

NF	Emissão	CFOP	NBM Prod.	BC reduz.	BC Correta	Identif.Destinatário	FLS.
002681	15/09/05	5123	72163200	3.463,05	5.194,31	Isentos-MG	34
001408	25/08/05	5102	72163200	34.370,51	49.324,41	Construtoras-MG	77
002182	06/09/05	5123	72163200	15.480,96	24.381,29	Contribuintes-MG	120
008535	22/12/05	6108	72142000	1.732,23	2.445,27	Isentos-UFs	227
003054	21/09/05	6108	72163100	1.585,38	2.377,95	Construtoras-UFs	262

Ressalta-se que nas operações com o código 7216 relativos a perfis de aço, na presente autuação, o imposto devido foi exigido somente até o período em que os produtos correspondentes a esses códigos não estavam amparados pelo benefício, ou seja, até 13/01/06. A partir dessa data foram considerados com a devida redução.

Nos documentos fiscais relativos a essas operações consta a informação que a redução da base de cálculo pretendida estaria amparada no Convênio 33/96 de tal forma que a incidência do imposto resulte na aplicação do percentual de, no mínimo, 12% (doze por cento) sobre o valor da operação. Foram nesse sentido os argumentos apresentados pela Impugnante.

O entendimento da Impugnante encontra-se equivocado. Primeiro, porque tanto o Convênio 33/96 citado por ela, quanto o RICMS/02 dispõem no sentido de que a redução da base de cálculo restringe-se às operações internas. Desse modo, já estaria descartada a possibilidade de aplicação da redução nas operações interestaduais por ela defendida. Além disso, a aplicação do benefício deve recair sobre produtos especificados na Parte 2 do Anexo IV do RICMS/02, os quais são identificados pelo código da NBM/SH.

Verifica-se, na amostragem das notas fiscais que instruem os autos, que o código (NBM) dos produtos comercializados pela Impugnante não estão contemplados na Parte 2 do Anexo IV do RICMS/02, não havendo, portanto, que se falar em redução da base de cálculo em situações não alcançadas pela legislação.

Ressalta-se que nas notas fiscais com produtos contemplados pela redução de que trata o Anexo IV, a exemplo da Nota Fiscal nº 008535, o benefício não se aplica uma vez que se trata de operação interestadual.

O crédito tributário foi reformulado para excluir as operações de ajuste de inventário (CFOP: 5.927) cuja mercadoria existe previsão de redução da base de cálculo no Anexo IV do RICMS/02.

Corretas, assim, as exigências remanescentes de ICMS e multa de revalidação sobre a diferença entre o valor lançado no campo da nota fiscal “Base de Cálculo do ICMS” e o valor considerado pelo Fisco como a “Base Correta”, qual seja, o valor constante no campo “Valor Total da Nota Fiscal”.

2) Deixou de incluir o imposto sobre produtos industrializados – IPI na base de cálculo do ICMS nas operações destinadas a Consumidores Finais e Construtoras.

Nesse item o objeto da ação fiscal compreende as saídas em operações internas e interestaduais de mercadorias destinadas a: 1.1 Consumidores finais inclusive Produtores Rurais, destinatários que estão identificados no Relatório Fiscal e planilhas com o título de “ISENTOS”. Denominação esta atribuída pelo fato de os destinatários não possuírem inscrição no cadastro de contribuintes deste ou de outros Estados e, 1.2 Construtoras.

Essas operações encontram-se demonstradas nos arquivos eletrônicos por documento fiscal, contendo informações sobre o destinatário (CNPJ, IE ou CPF), data, código do produto, situação tributária, CFOP, valor da operação, base de cálculo, imposto devido e diferença a recolher, cujas planilhas estão demonstradas no CD anexado às fls. 495.

Deve ser esclarecido que no arquivo cuja pasta está identificada pelo nome “DILIGÊNCIA”, consta a legenda “Irregularidades Detectadas” (“NÃO INCLUSÃO DO IPI NA BASE DE CÁLCULO DO ICMS”), por meio da qual é possível vincular a irregularidade ao documento fiscal correspondente (CD fls. 623).

Sabe-se que, em regra, o IPI deve compor a base de cálculo do ICMS. A irregularidade de que trata item 2 do Auto de Infração advém da regra (de exceção) estabelecida no art. 48 da Parte Geral do RICMS/02. Confira-se a íntegra da norma:

Art. 48. Não integra a base de cálculo do ICMS o montante do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), quando a operação, realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado a industrialização ou a comercialização, configurar fato gerador de ambos os impostos. (Grifou-se)

Tem-se que a norma excluiu da generalidade as operações que configurem fato gerador de ambos os impostos (ICMS e IPI) e que atendam às condicionantes: quando realizadas entre contribuintes e for relativa a produto destinado a industrialização ou a comercialização. Logo, nas operações que fogem dessa regra, o IPI deverá integrar a base de cálculo do ICMS.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Ocorre que, no caso sob análise, a Autuada, mesmo em situações que não se enquadram na hipótese acima, quais sejam, em operações cujos destinatários não possuem inscrição no cadastro de contribuintes deste ou de outros Estados, sendo a grande maioria produtores rurais (pessoa física) e construtoras, deixou de incluir o IPI na base de cálculo do ICMS. Confira-se algumas operações a título de exemplo:

NF	Emissão	CFOP	NBM Prod.	BC reduz.	BC Correta	Identif. Destinatário	FLS.
002681	15/09/05	5123	72163200	3.463,05	5.194,31	Isentos-MG	34
001408	25/08/05	5102	72163200	34.370,51	49.324,41	Construtoras-MG	77
002182	06/09/05	5123	72163200	15.480,96	24.381,29	Contribuintes-MG	120
008535	22/12/05	6108	72142000	1.732,23	2.445,27	Isentos-UFs	227
003054	21/09/05	6108	72163100	1.585,38	2.377,95	Construtoras-UFs	262

Observa-se que os documentos fiscais citados no item 2 correspondem às mesmas operações mencionadas no exemplo anterior (item 1). Isso se explica pelo fato de que, em uma mesma operação, foi constatada mais de uma irregularidade (no caso “redução indevida” e “não inclusão do IPI” na base de cálculo do ICMS).

Assim, corretas as exigências de ICMS e multa de revalidação lançadas sobre o valor constante no campo “Valor Total da Nota Fiscal”, no qual está incluído o valor do IPI.

3) Uso indevido das alíquotas (7% - sete por cento, e 12% - doze por cento) em operações interestaduais com mercadorias destinadas a consumidor final.

Esse item compreende as saídas em operações interestaduais com mercadorias destinadas a consumidores finais propriamente ditos e construtoras, os quais adquiriram os produtos na condição também de consumidores finais. Portanto, o correto seria aplicar a alíquota de 18% (dezoito por cento).

Essas operações encontram-se demonstradas por documento fiscal, destinatário, data, produtos, situação tributária, CFOP, valor da operação, base de cálculo, imposto devido e diferença a recolher nos arquivos eletrônicos cujas planilhas estão demonstradas no CD anexado às fls. 495.

Deve ser esclarecido que, no arquivo cuja pasta está identificada pelo nome “DILIGÊNCIA”, consta a legenda “Irregularidades Detectadas” (“APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA INCORRETAMENTE”), por meio da qual é possível vincular a irregularidade ao documento fiscal correspondente (CD fls. 623).

Percebe-se que a irregularidade advém da inobservância do disposto no § 12 do art. 42, Parte Geral do RICMS/02, norma que disciplina a alíquota aplicável às operações em questão, originária da Constituição da República/88. Confira-se a sua fonte:

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

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

VII - em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á:

a) a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto;

b) a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte dele;

(...)

VIII - na hipótese da alínea "a" do inciso anterior, caberá ao Estado da localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual;

(Grifou-se)

A Carta Magna de 1988 em seu art. 155 trouxe as diretrizes para tais operações. Nesse sentido, estabelece a regra reproduzida no RICMS/02, aprovado pelo Decreto nº 43.080/02 em seu art. 42, *in verbis*:

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;

II - nas operações e prestações interestaduais:

a) as alíquotas previstas no inciso anterior:

a.1) quando o destinatário não for contribuinte do imposto;

a.2) quando se tratar de serviço de transporte aéreo de carga e mala postal, tomado por não-contribuinte ou a este destinado;

...

§ 12. Na operação que destine bens ou mercadorias à empresa de construção civil de que trata o art. 174 da Parte 1 do Anexo IX, localizada em outra unidade da Federação, ainda que inscrita no Cadastro de Contribuintes do ICMS, deverá ser aplicada a alíquota prevista para a operação interna, salvo se comprovado, pelo remetente e de forma inequívoca, que a destinatária realiza, com habitualidade, operações relativas à circulação de mercadorias sujeitas ao ICMS.

(Grifou-se)

Sustenta a Impugnante que a aplicação da alíquota interestadual justifica-se pelo fato de os destinatários serem contribuintes do ICMS em outros Estados.

Primeiramente, certo é que a Autuada destinou mercadorias a construtoras localizadas em outros Estados utilizando-se de alíquota reduzida ou própria de operações interestaduais.

E, no caso das construtoras, não é a condição de contribuinte apenas, fixada na regra reproduzida acima (§ 12º do art. 42 do RICMS/02). Destaque-se que a Impugnante não conseguiu comprovar que os destinatários realizam, com habitualidade, operações relativas à circulação de mercadorias. Logo, a alíquota aplicável é a prevista para as operações internas.

No que tange a consumidores finais e isentos a questão é ainda mais objetiva. Não sendo o destinatário contribuinte regularmente inscrito, não há como adotar a alíquota interestadual.

Em análise da impugnação, em que a Defendente cita, especificamente operações, o Fisco menciona a manutenção das exigências em relação a empresas não cadastradas como contribuintes no banco de dados das respectivas secretarias das Unidades da Federação.

Por sua vez, constatada a condição de contribuintes dos destinatários, foram excluídas as saídas destinadas a produtores rurais dos Estados do Pará, Santa Catarina, Goiás e Bahia.

Destaca-se que houve situações em que, não obstante a condição de contribuinte e a exclusão acima, permaneceram, para as mesmas operações, as exigências como redução indevida da base de cálculo e por ter deixado de incluir o IPI na base de cálculo do imposto. Exemplo disso são as saídas destinadas à Bahia, em que restou apenas uma operação com redução indevida da base de cálculo.

Assim, corretas as exigências remanescentes de ICMS e multa de revalidação, relativas à diferença entre a alíquota interestadual destacada no documento fiscal e a interna determinada pelo RICMS/02.

4) Uso indevido da alíquota de 7% (sete por cento) em operações destinadas a contribuintes localizados nas Regiões Sul e Sudeste.

O objeto da ação fiscal compreende as saídas interestaduais com mercadorias destinadas a contribuintes estabelecidos nos Estados de São Paulo e Santa Catarina, quando utilizou a alíquota de 7% (sete por cento) em operações cuja alíquota prevista é de 12% (doze por cento).

Referidas saídas encontram-se demonstradas nos arquivos eletrônicos por documento fiscal, contendo informações sobre o destinatário (IE, CNPJ ou CPF), data, código do produto, situação tributária, CFOP, valor da operação, base de cálculo, imposto devido e diferença a recolher cujas planilhas estão gravadas no CD anexado às fls. 495.

Deve ser esclarecido que no arquivo cuja pasta está identificada pelo nome “DILIGÊNCIA”, consta a legenda “Irregularidades Detectadas” (“APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA INCORRETAMENTE”), por meio da qual é possível vincular a irregularidade ao documento fiscal correspondente (CD fls. 623).

Depreende-se que a irregularidade advém da inobservância do disposto no inciso II, alínea “c”, art. 42, Parte Geral do RICMS/02, norma que disciplina a alíquota aplicável às operações com mercadorias destinadas a contribuintes do imposto

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

localizado nas Regiões Sul e Sudeste, exceto no Estado do Espírito Santo. Confira-se a íntegra da norma:

Art. 42. As alíquotas do imposto são:

I -

(...)

II - nas operações e prestações interestaduais:

(...)

b) 7% (sete por cento), quando o destinatário for contribuinte do imposto e estiver localizado no Estado do Espírito Santo ou nas regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste;

c) 12% (doze por cento), quando o destinatário for contribuinte do imposto e estiver localizado nas regiões Sul e Sudeste, exceto no Estado do Espírito Santo;

(Grifou-se)

Tem-se que a infração configura-se pelo fato do remetente ter destinado mercadorias a contribuintes localizados nos Estados localizados nas Regiões Sul e Sudeste (São Paulo e Santa Catarina), utilizando-se de alíquotas de 7% (sete por cento), a qual se restringe às operações com destinatários situados no Estado do Espírito Santo ou nas Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, mencionados na alínea “b” do mesmo artigo.

Sustenta a Impugnante que a aplicação da alíquota menor justifica-se pelo fato de os produtos estarem amparados pela redução da base de cálculo, tendo sido utilizada, opcionalmente, a alíquota reduzida.

É sabido que a questão da alíquota diferenciada por regiões visa ao atendimento de políticas econômico-sociais e tributárias definidas entre as Unidades Federadas. A interpretação dessa regra não exige maiores esforços, melhor dizendo, para definição da alíquota aplicável à operação, basta identificar a região onde está localizado o contribuinte destinatário para se conhecer a alíquota da operação.

Logo, estando os destinatários localizados nos Estados de São Paulo e Santa Catarina, resta claro que a alíquota correta é 12% (doze por cento).

Lado outro, a tese defendida pela Impugnante de adoção da alíquota efetiva, em face da redução da base de cálculo, não tem respaldo legal.

Conforme já discurremos no item 1, tanto o Convênio 33/96, quanto o RICMS/02 dispõe no sentido de que a redução da base de cálculo restringe-se às operações internas, o que descarta a possibilidade de aplicação da redução nas operações interestaduais.

Assim, corretas as exigências de ICMS e multa de revalidação, relativas à diferença entre a alíquota interestadual destacada no documento fiscal (7 % - sete por cento) e a de 12% (doze por cento) determinada na alínea “c”, item II do art. 42, Parte Geral do RICMS/02.

5) Uso da alíquota de 12% (doze por cento) em operações internas com mercadorias recebidas de terceiros em desacordo com o previsto no art. 42, alínea “b.12” do RICMS/02.

O objeto da ação fiscal compreende os documentos fiscais relativos às saídas internas com mercadoria recebida de terceiro, nas quais utilizou da alíquota de 12% (doze por cento) quando o correto seria a de 18% (dezoito por cento).

Observa-se que as exigências foram motivadas pelo fato de a Autuada não deter a condição de estabelecimento industrial, ou seja, a Autuada praticou operações de comercialização de mercadorias recebidas de terceiros utilizando-se da alíquota prevista para operações promovidas por contribuintes cuja atividade econômica é a de estabelecimento industrial.

Essas operações encontram-se demonstradas nos arquivos eletrônicos por documento fiscal, contendo informações sobre o destinatário (CNPJ, IE ou CPF), data, código do produto, situação tributária, CFOP, valor da operação, base de cálculo, imposto devido e diferença a recolher, cujas planilhas estão gravadas no CD anexado às fls. 495.

Deve ser esclarecido que, no arquivo cuja pasta está identificada pelo nome “DILIGÊNCIA”, consta a legenda “Irregularidades Detectadas” (“APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA INCORRETAMENTE”), por meio da qual é possível vincular a irregularidade ao documento fiscal correspondente (CD fls. 623).

Depreende-se que a irregularidade advém da inobservância do disposto no inciso II, alínea “b.12”, art. 42 da Parte Geral do RICMS/02, norma que disciplina a alíquota aplicável às operações com ferro, aço e materiais de construção praticada por estabelecimento industrial. Confira-se a íntegra da norma:

Art. 42. As alíquotas do imposto são:

I - nas operações e prestações internas:

(...)

b) 12 % (doze por cento), na prestação de serviço de transporte aéreo e nas operações com as seguintes mercadorias:

(...)

b.12) ferros, aços e materiais de construção relacionados na Parte 6 do Anexo XII, em operações promovidas por estabelecimento industrial;

(Grifou-se)

Sabe-se que a referida norma visa não apenas o incentivo à indústria mineira como também a redução da carga tributária dos materiais de construção de modo a atender às políticas e projetos habitacionais. Assim, o benefício alcança tão somente as operações internas com os produtos fabricados pelo próprio remetente.

No caso, a Autuada promoveu a saída de mercadorias recebidas de terceiros, fato evidenciado inclusive pelos CFOPs informados na nota fiscal (por exemplo: 5123, 5102, 6108), utilizando-se de alíquotas de 12 % (doze por cento) como se fossem operações praticadas na condição de industrial.

A defesa alicerça-se no entendimento de que é notória a condição de industrial da Empresa Gerdau.

Importa analisar, porém, a condição do estabelecimento autuado e não da empresa como um todo.

Nessa premissa, a Autuada dedica-se à comercialização, por atacado, de produtos siderúrgicos e metalúrgicos, estando sua atividade econômica enquadrada no código próprio – CNAE nº 4685-1/00 – “Comércio atacadista de produtos siderúrgicos e metalúrgicos, exceto para construção”.

Outrossim, é inconteste o fato de que houve *in casu* saída de mercadorias recebidas de terceiros, conforme informa os próprios CFOPs informados na nota fiscal.

Corretas, pois, as exigências de ICMS e multa de revalidação, relativas à diferença entre a alíquota interestadual destacada no documento fiscal (12% - doze por cento) e a de 18% (dezoito por cento) determinada na alínea “e”, item I do art. 42, Parte Geral do RICMS/02.

6) Deixou de destacar o ICMS referente às operações próprias.

Por meio da leitura do item 6 do Auto de Infração observa-se que a irregularidade foi motivada por “deixar de consignar base de cálculo do ICMS referente às operações próprias como se seus fornecedores tivessem recolhido antecipadamente o imposto a título de substituição tributária, ou ele mesmo recolhido antecipadamente” (confirma-se às fls. 03).

Referidas saídas encontram-se demonstradas nos arquivos eletrônicos por documento fiscal, contendo informações sobre o destinatário (CNPJ, IE ou CPF), data, código do produto, situação tributária, CFOP, valor da operação, base de cálculo, imposto devido e diferença a recolher, cujas planilhas estão gravadas no CD anexado às fls. 495.

Deve ser esclarecido que, no arquivo cuja pasta está identificada pelo nome “DILIGÊNCIA”, consta a legenda “Irregularidades Detectadas” (“FALTA DE DESTAQUE E RECOLHIMENTO DO ICMS OPERAÇÕES PRÓPRIAS”), por meio da qual é possível vincular a irregularidade ao documento fiscal correspondente.

As exigências envolvem as operações apontadas no “Relatório Fiscal” de fls. 16, 17 e 18, quais sejam as operações internas “Destinadas a Consumidores Finais ou Isentos” (subitem 7.1.1), “Destinadas a Construtoras” (item 7.1.2) e “Destinadas a Contribuintes” (subitem. 7.1.3).

Com relação a essas operações, deve ser ressaltado que grande parte das notas fiscais autuadas compreende as saídas cujas operações foram classificadas com o CFOPs 5.403 e 5.405 (Venda de Mercadoria Adquirida de Terceiros com Substituição Tributária), como se o imposto tivesse sido recolhido por substituição tributária. Nos documentos constam a informação da situação tributária (CST) com os códigos: 60 – “ICMS cobrado anteriormente por substituição tributária” e 70 – “Com redução de base de cálculo e cobrança do ICMS por substituição tributária”.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acrescenta-se que, de acordo com as informações do Fisco, as operações em questão, referem-se a mercadorias recebidas em transferências de estabelecimento industrial do mesmo grupo.

Depreende-se que o Fisco desconsiderou, não apenas a natureza das operações (CFOP), como também a “Situação Tributária” das mercadorias, consignada nos respectivos documentos fiscais. Entendeu a Autoridade Lançadora, com base no art. 18 do Anexo XV do RICMS/02, reproduzido às fls. 25, que não teria ocorrido o recolhimento antecipado, uma vez que a substituição tributária não se aplica às mercadorias recebidas em transferências, cuja saída está sendo objeto da presente ação fiscal. Assim, a princípio, esta seria a motivação para se exigir o ICMS “operações próprias” e o “ICMS/ST”, sobre as saídas com CFOP 5.403 e 5.405.

Nesse raciocínio, deve ser considerado que o primeiro recolhimento teria ocorrido quando da entrada das mercadorias, pelo Remetente por substituição; e o segundo está sendo objeto de exigência nesta autuação (no item 6 do AI - por falta de destaque do ICMS referente às operações próprias).

Registra-se, por oportuno que, em relação às exigências do ICMS das operações próprias envolvendo as operações alcançadas pelo Regime Especial PTA 16.00014587.07 que atribui à Autuada a condição de substituta nas operações em que especifica, o próprio Fisco, por ocasião da reformulação do crédito tributário, entendeu pela exclusão das exigências relativas ao ICMS operação própria (confira às fls. 483).

Outrossim, em relação ao “ICMS/ST”, consta da reformulação fiscal que, para facilitar a análise do presente trabalho, foram excluídas desta autuação as exigências do imposto devido por substituição (ICMS/ST), constantes do item 7 do Auto de Infração. Assim, a Autoridade Lançadora entendeu, por bem, deixar de exigir tais montantes neste Auto de Infração para, oportunamente, serem lançados em outro AI.

Há que ser ponderado que a discussão sobre a questão do ICMS/ST deve passar pela análise dos demais aspectos da incidência do imposto. Nesse sentido, a primeira questão diz respeito à definição de quem seria o responsável pela retenção e recolhimento na situação. No entendimento do Fisco, fundamentado no art. 18 do Anexo XV do RICMS/02, a responsabilidade é da Autuada. A Impugnante por sua vez sinaliza, por meio do CFOP e da “situação tributária” informada nos documentos fiscais, no sentido de que as mercadorias foram recebidas com imposto retido pelo remetente.

Ora, se o próprio Fisco entendeu que a discussão sobre o ICMS/ST deve ser enfrentada separadamente em outro lançamento, não faz sentido debater, na presente autuação, o ICMS devido pelas operações próprias dessas mesmas operações (CFOPs 5.403 e 5.405). Deve ser considerado que a parcela de ICMS que sendo discutida aqui (operações próprias) repercutirá no outro lançamento, na medida em que esses valores deverão ser levados à conta de crédito no momento da apuração do imposto devido por substituição.

Além disso, admitindo-se que a classificação dada pelo Remetente esteja correta (CFOP), não há nos autos elementos que autorize o Fisco desconsiderar a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

informação relacionada às operações classificadas com os CFOPs 5.403 e 5.405 (Venda de Mercadoria Adquirida de Terceiros com Substituição Tributária).

Diante disso e, orientados pelos princípios da clareza, prudência e da razoabilidade, informadores que são do lançamento administrativo, entende-se que o enfrentamento da questão sobre as exigências do “ICMS operações própria” dessas operações, deva ser debatido também nos autos relativos ao lançamento do ICMS/ST.

Entendendo procedentes os argumentos trazidos pela Defesa, o Fisco informa várias exclusões do crédito tributário, quais sejam:

- 1- a operação de remessa de sacaria e vasilhame (CFOP: 5.920);
- 2- as operações de remessa/retorno para/de concerto (CFOPs: 5.915, 5.916 e 6.915), embora algumas delas não tenham retornado no devido prazo legal de 180 (cento e oitenta) dias como exige o item 1.1 do Anexo III do RICMS/02;
- 3- as operações em que remeteu mercadorias por conta e ordem de terceiros (CFOP: 5.923 e 6.923), assim como nas operações que envolveram a venda de sucata, embora a Autuada tenha incorrido em erro ao utilizar CFOP e CST diverso do previsto pela legislação.

Passa-se a analisar as exigências relativas às operações classificadas com os CFOPs 5.901 (Remessa para industrialização por encomenda) e 5.924 (Remessa para industrialização por conta e ordem do adquirente da mercadoria, quando esta não transitar pelo estabelecimento do adquirente).

Atente-se para o fato de que, apesar de na descrição da irregularidade mencionar que a infração refere-se a operações com mercadorias sujeitas a substituição tributária, na realidade, nesse item foram incluídas operações de remessa para industrialização (CFOPs 5.901 e 5.924). Essa situação pode ser confirmada por meio da análise da planilha “OUTRAS SAÍDAS PARA MG”, CD fls. 623, na pasta “DILIGÊNCIA”.

No que diz respeito às remessas para industrialização classificadas no Código Fiscal de Operações e Prestações – CFOP-5.901, o Fisco afirma às fls. 598, utilizando as próprias palavras, que *“para essas operações não foi encontrado, no período analisado, o devido retorno das mercadorias. Por exemplo, as saídas para o Consumidor Final identificado com o CNPJ é 08.464.511/0001-76 no período de dezembro de 2008 analisando os arquivos magnéticos de janeiro a agosto de 2009, não se constatou o efetivo retorno da mercadoria, configurando, portanto, venda de mercadorias”*. Conforme observa-se, a acusação do Fisco (venda de mercadoria) está sustentada, exclusivamente, no fato de não ter constatado nos arquivos magnéticos informações sobre o retorno da mercadoria.

No que tange a operação mencionada pelo Fisco a título de exemplo, deve ser esclarecido que não foi localizada na planilha “OUTRAS SAÍDAS PARA MG” (CD fls. 623, na pasta “DILIGÊNCIA”), na qual se encontram demonstradas as operações e notas fiscais autuadas relativas a essa exigência, a operação apontada na manifestação fiscal (CFOP 5.901, Consumidor Final CNPJ 08.464.511/0001-76). Por

oportuno, cabe observar que, com relação ao CFOP 5.901, consta na referida planilha apenas uma nota fiscal, a de nº 029557 de outubro de 2006, a qual está identificada na linha 3.118 da planilha.

Também, com relação às remessas classificadas no CFOP 5.924, explica o Fisco que a exigência fora motivada pelo fato de *“não ter sido constatado o retorno das mercadorias, ou seja, não foram encontradas as entradas (CFOP: 1.925) que fechariam a operação (remessa/retorno)”*. Daí, concluiu o Fisco que, como as mercadorias não retornaram, tais operações ocorreram sem o destaque do imposto e, assim, deveria ser exigido o imposto.

É de se notar que em ambos os casos (CFOPs 5.901 e 5.924), a acusação fiscal está sustentada, única e exclusivamente, nas informações contidas nos arquivos eletrônicos transmitidos pela Autuada, haja vista que as operações objeto da autuação foram levantadas a partir do CFOP informado nos documentos fiscais. Significa dizer que esse foi o critério utilizado no trabalho fiscal para apuração da irregularidade.

Nesse contexto, no que tange as operações classificadas com os CFOPs 5.901 e 5.924, o fato de a irregularidade ter sido apurada com base exclusivamente nas informações constantes nos arquivos eletrônicos, coloca em dúvida se o critério utilizado pelo Fisco seria suficiente para afirmar que a Autuada realizou operações de saída de mercadorias sem o regular destaque do ICMS da operação própria.

Além disso, o fato mencionado acima, com relação ao CFOP 5.901, constatando a inexistência (na planilha na qual está demonstrada a irregularidade) da operação mencionada pelo Fisco para ilustrar a situação, demonstra a fragilidade do procedimento de apuração e das provas da acusação. Portanto, devem ser excluídas, também, as exigências relacionadas com as operações classificadas nos CFOP, 5.901 e 5.924.

Ainda no que tange ao item 6 do AI, o Fisco (fls. 599) traz a discussão sobre as operações de *“amostra grátis”*, enfocando a inobservância da Impugnante às exigências do item 67 da Parte 1 do Anexo I do RICMS/02, razão de descaracterização da isenção.

Entretanto, conforme consta do Auto de Infração, fls. 03, a imputação fiscal é *“deixou de consignar base de cálculo do ICMS referente às operações próprias como se seus fornecedores tivessem recolhido antecipadamente o imposto a título de substituição tributária, ou ele mesmo recolhido antecipadamente”*.

Vê-se, portanto, que outra é a discussão enfocada no lançamento que, em nada condiz com o critério de atendimento a condicionantes de benefício de isenção.

Pelos elementos dos autos, destacando-se a reformulação fiscal, constata-se que, não obstante a redação do Auto de Infração, o Fisco inseriu nesse item diversos casos envolvendo operação de remessa de sacaria e vasilhame, remessa/retorno para/de conserto, remessa por conta e ordem de terceiros, dentre outras.

Claro é que, havendo descaracterização de operações sob o manto de isenção, não incidência ou suspensão do ICMS, cabe perquirir se o imposto seria devido na saída, em face da tributação pelo regime de substituição tributária.

Entretanto, simplesmente modificar a acusação inicial por outra, em face de elementos novos não tratados ou inexistentes no lançamento acabam por impossibilitar a ampla defesa da Contribuinte, bem como a decisão por parte deste CC/MG.

Ademais, conforme já discorrido, não há como analisar operações próprias em regime de substituição tributária separado do próprio ICMS/ST. Deve, o Fisco, no outro lançamento, trazer aos autos todos os elementos capazes de propiciar discussão inequívoca a respeito das operações.

Assim, impõe-se a exclusão das exigências do item 6 do Auto de Infração.

Obrigação acessória atribuída à emissão de notas fiscais com falta de requisito ou indicação exigida no RICMS/02 ou emissão com indicação insuficiente ou incorreta, capitulada no art. 54, inciso VI da Lei nº 6.763/75.

A referência à infração se fez com a indicação da penalidade no campo próprio do AI, art. 54, inciso VI da Lei nº 6.763/75 (confira às fls. 03 e 04).

Não obstante não ter sido mencionado diretamente no AI a descrição da multa isolada nem o código de ocorrência, no relatório fiscal a menção à infração pode ser extraída pela reprodução do art. 215 do RICMS/02. Vê-se a transcrição da norma às fls. 28.

Superada a questão da omissão apontada, aplica-se o disposto no art. 92 do RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08, que prescreve:

Art. 92. As incorreções ou as omissões da peça fiscal não acarretarão a sua nulidade, quando nela constarem elementos suficientes para determinar com segurança a natureza da infração arguida.

Informa-se que a penalidade incidiu sobre todos os documentos autuados, independentemente da infração relatada (itens de 1 a 6 do Auto de infração).

Explica o Fisco que, como a Autuada recolheu a menor uma parcela do ICMS em virtude de ter emitido notas fiscais com informações erradas, inexatas ou incompletas, cabe a multa isolada em relação a cada documento fiscal emitido.

Confira-se o teor da norma regulamentar que tipifica a conduta, apontada como descumprida:

RICMS/02

Art. 215 - As multas calculadas com base na UFEMG, ou no valor do imposto não declarado, são:

(...)

VI - por emitir documento com falta de requisito ou indicação exigida neste Regulamento ou emití-lo com indicações insuficientes ou incorretas, bem como imprimir ou mandar imprimir documento fiscal em desacordo com a autorização da repartição competente - por documento:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

f) natureza da operação ou da prestação e condições do pagamento; alíquota do ICMS e destaque do imposto devido; nome da empresa de transporte e seu endereço, ou o número da placa do veículo, Município e Estado de emplacamento, quando se tratar de transportador autônomo: 42 (quarenta e duas) UFEMG;

(Grifou-se)

Na realidade, o que se tem é que a Autuada recolheu o imposto a menor em decorrência da prática de diversas irregularidades em operações internas e interestaduais de saída de mercadoria, infrações que estão relacionadas à base de cálculo, ora por ter reduzido a base de cálculo, ora por ter deixado de incluir o IPI, além da utilização incorreta de alíquotas.

Certo é que, o recolhimento a menor de imposto, entre outros, pressupõe a inobservância de normas relacionadas com o “aspecto quantitativo” do fato gerador do imposto, no qual estão compreendidas a alíquota e a base de cálculo. Reafirma-se que, no caso, a infração (recolhimento a menor de imposto) restou configurada pelo fato de a Autuada ter reduzido a base de cálculo em operações com produtos não contemplados pelo benefício ou por ter deixado de incluir o IPI na base de cálculo do ICMS em operações destinadas a consumidor final e por ter utilizado alíquotas inadequadas para a operação.

Nesse contexto, caberia então indagar se a conduta da Impugnante, evidenciada em cada uma das situações, amolda-se ao disposto no art. 54, inciso VI da Lei nº 6.763/75 c/c o art. 215, inciso VI, alínea “f” do RICMS/02, reproduzida acima. À luz dos dispositivos sancionadores, frente à situação relatada nos autos, extrai-se que a tipicidade da conduta estaria configurada, quando: a) ocorrer a emissão de documento fiscal sem a indicação da alíquota do ICMS e sem destaque do imposto devido; b) ocorrer a emissão de documento fiscal com indicações incorretas da alíquota do ICMS e do destaque do imposto devido.

Considerando a segunda hipótese, nas situações em que a emissão do documento se deu sem a indicação correta da alíquota e/ou do imposto devido, verifica-se exatamente o caso dos autos.

Saliente-se que a multa isolada foi corretamente majorada em 50% (cinquenta por cento), agravamento que se atribuiu a reincidência prevista no art. 53, § 6º da Lei nº 6.763/75, uma vez constatada a existência de autuação anterior formalizada por meio do Documento de Arrecadação e Fiscalização – DAF nº 04.002019635.42 quitado em 12/09/05 (cópia das telas do SICAF às fls. 11/12).

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. Também em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. No mérito, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pela Fiscalização às fls. 481/494 e, ainda, excluir as exigências do item 6 do Auto de Infração. Pela Impugnante, sustentou oralmente a Dra. Grazielle Xavier Mendonça e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Antônio Carlos Diniz Murta.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Participaram do julgamento, além das signatárias, os Conselheiros Carlos Alberto Moreira Alves (Revisor) e Luiz Fernando Castro Trópia.

Sala das Sessões, 06 de agosto de 2013.

**Maria de Lourdes Medeiros
Presidente**

**Ivana Maria de Almeida
Relatora**

D

CC/MG