

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS
--

Acórdão: 14.414/00/1^a
Impugnação: 40.10057021-94
Impugnante: T.A. Distribuidora de Petróleo Ltda.
Advogado/Procurador: Sacha Calmon Navarro Coêlho/Outros
PTA/AI: 01.000125797-08
Inscrição Estadual: 057.647602.00-49
Origem: AF/Governador Valadares
Rito: Ordinário

EMENTA

Substituição Tributária - Óleo Diesel, Gasolina e Álcool - Falta de Retenção e Recolhimento do ICMS/ST - Falta de Recolhimento do ICMS/ST Retido. Irregularidade comprovada nos autos. Liminar concedida em Mandado de Segurança Impetrado contra autoridade de outra unidade da Federação, por Tribunal de Justiça de outro Estado, não tem eficácia no Estado de Minas Gerais. Lançamento parcialmente procedente para considerar a reformulação do crédito tributário, conforme demonstrado às fls. 1106 e, ainda, para adequar o percentual de agregação da gasolina a 30%, nos termos do art. 193, inciso IV Anexo IX do RICMS/96. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a falta de retenção e recolhimento do ICMS devido por substituição tributária nas remessas de combustíveis para estabelecimentos situados em território mineiro, assim como a falta de recolhimento do ICMS retido em decorrência de substituição tributária, quando retido o imposto devido.

As irregularidades foram apuradas através de Verificação Fiscal Analítica/ST, no período de 01 de abril de 1996 a 31 de agosto de 1998, exigindo-se o imposto devido e os acréscimos legais.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 469/478 contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 1.092/1.105, reabrindo prazo para pagamento com as reduções cabíveis, ou aditamento da peça impugnatória, face à reformulação do crédito tributário, não se manifestando o Autuado.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 1153/1163, opina pela procedência parcial do Lançamento.

DECISÃO

Diante da análise minuciosa do auto de infração e das razões do Impugnante, os fundamentos do parecer da Auditoria Fiscal são os da decisão.

“A lide sobreveio da constatação de que a Autuada promoveu remessas de combustíveis para estabelecimentos situados no Estado de Minas Gerais, sem a retenção e sem o recolhimento do ICMS decorrente da substituição tributária a que estava obrigada, bem como, tendo retido parcelas desta natureza, não efetuou o seu recolhimento.

Pacífica é hoje a admissibilidade do regime de substituição tributária progressiva do ICMS (para frente), reforçada com o advento da Emenda Constitucional n.º 3 de 17-3-93, que acrescentou o Parágrafo 7.º, ao art. 150, da Constituição Federal de 1988.

E, de início, poder-se-ia dizer que esta assertiva se mostra válida nos presentes autos, já no não provimento dos mandados de segurança impetrados pela Impugnante visando rechaçar o regime de substituição tributária a que estaria inserta, em decisões proferidas pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo.

Há, contudo, que se deseja abrigar-se nas liminares expedidas em razão daquelas ações, para que não se esteja sujeitada ao dito regime especial de tributação, nas operações praticadas com estabelecimentos situados em território mineiro, fato que não tem ressonância no ordenamento jurídico vigente, conforme restará demonstrado.

Com efeito, a sujeição ativa do crédito tributário ora combatido é conferida ao Estado de Minas Gerais, porquanto as parcelas de ICMS exigidas referem-se àquelas originadas de operações ocorrentes em seu território, e efetivadas por contribuintes nele estabelecidos, presumidamente antecipadas para obrigar o distribuidor/ remetente de outra unidade da Federação - *in casu*, a Impugnante - a promover o pagamento do imposto correspondente.

A eficácia da medida acautelatória, para a suspensão do regime de substituição tributária relativamente a estas operações, outrossim, carecia de ter sido impetrada contra a competente autoridade fazendária instituída em Minas Gerais.

Todavia, assim não procedeu a Impugnante, desejando auferir também neste Estado, os efeitos suspensivos das liminares obtidas contra os atos praticados por autoridade fazendária do Espírito Santo.

Luís Machado Guimarães¹ leciona com propriedade acerca da matéria:

¹ Luís Machado Guimarães, Comentários ao Código de Processo Civil, Vol. IV.

“No sistema da nossa legislação especial, o Mandado de Segurança só pode ser requerido contra a autoridade coatora, entendendo-se, como tal, **a que direta e imediatamente pratica o ato violador do direito do impetrante.**” (grifo nosso)

No mesmo sentido comparece o magistério de José Cretella Júnior²:

“O Mandado de Segurança no sistema jurídico brasileiro, é conceituado como ação civil, de rito sumaríssimo de que pode utilizar-se pessoa física, jurídica pública ou qualquer entidade que tenha capacidade processual, para a proteção de direito líquido, certo e incontestável, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, ameaçado ou violado **por ato ou fato oriundo de autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder.**” (grifo nosso)

O motivo enfocado, por si, é suficiente para rechaçar o argumento defensivo que almeja fulminar o trabalho fiscal.

Mas há que se invocar, ainda, a natureza de medida cautelar que sobrevém da liminar concedida em mandado de segurança, onde, julgada improcedente a ação, fica restabelecido o *status quo ante*, e, deste modo, os atos combatidos, então suspensos, recompõem o vigor pleno que naquele interregno possuíam.

E nem se diga que abrigado nas liminares não se ressarcir do imposto que tivera sua cobrança suspensa, junto aos adquirentes dos produtos comercializados. Sabido é que as medidas acautelatórias obtidas têm caráter provisório, e somente comportam definitividade no lapso temporal em que vigem, se reconhecida a procedência da segurança pleiteada. A possibilidade de insucesso na empreitada judicial era patente, e o não provisionamento de valores para atender a obrigação tributária então atacada, não tem o condão de eximir a Impugnante da exigência que ora se lhe impõe.

No que concerne à responsabilidade atribuída à Impugnante pela retenção e o recolhimento do ICMS devido através do regime de substituição tributária, nas operações praticadas com estabelecimentos mineiros, decorre ela da imposição que faz a legislação, propriamente o art. 673, inciso IV, do RICMS/91, e o art. 192, inciso IV, e, na vigência do Decreto n.º 39.184/97, inciso III, alínea *b*, do RICMS/96.

A inaplicabilidade da responsabilidade prevista nos dispositivos retromencionados, fazendo emergir a refinaria ou suas bases como obrigadas, no lugar do distribuidor situado em outra unidade da Federação, somente se verificou com o advento do Decreto n.º 39.184/97, que alterou a redação do parágrafo 3.º, do art. 192,

² José Cretella Júnior, Comentários às Leis do Mandado de Segurança, São Paulo, 1979.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

do RICMS/96, surtindo efeitos a partir de 01/09/97, desde que o imposto já tivesse sido retido anteriormente, e fosse observado o rol de obrigações acessórias informadas no art. 195, do RICMS/96.

Disto se tem que:

- no período em que a Impugnante esteve desabrigada pelas liminares obtidas em mandados de segurança (setembro, outubro e novembro de 1996), apenas a ela cabia a responsabilidade pela retenção e o recolhimento do ICMS devido por substituição tributária, pois a exoneração do múnus ainda não vigia; e

- na vigência do Decreto n.º 39.184/97, não houve recolhimento do ICMS decorrente da substituição tributária, pelos fornecedores da Impugnante, porque as medidas judiciais acautelatórias determinavam a remessa das mercadorias para ela sem qualquer retenção do imposto.

Logo, conclui-se que restou à Impugnante a responsabilidade plena pela retenção e o recolhimento do ICMS devido por substituição tributária, nas operações de remessas de combustíveis para estabelecimentos mineiros, a contrário *sensu* do que propõe a Defesa.

Quanto ao argumento de duplicidade de cobrança do ICMS, relativamente a alguns documentos fiscais integrantes do feito, tanto da Impugnante quanto de seus clientes destinatários, em outros PTA, não prospera frente ao que se desume dos autos.

Deveras, na feitura do trabalho fiscal se efetuou a exclusão daqueles documentos fiscais, ou que compuseram exigências diversas (fls. 354/425 – 1.103), ou que foram objetos de denúncia espontânea pelo varejista adquirente das mercadorias (fls. 92).

Não obstante, acatou o Fisco o pleito da Defesa para excluir, ainda, as parcelas de imposto e multa relacionados às notas fiscais pertinentes ao AI n.º 01.000112545.89, relativo ao *Posto do Elefantinho Sociedade Ltda*, cuja exigência já esteve, inclusive, apreciada por esta Digna Corte, que decidiu a questão através do Acórdão n.º 13.358/99/3.^a (fls. 1.120/1.142).

No mais dos casos, a informação dada pela Impugnante aos seus clientes, sobre a existência de medidas liminares judiciais suspendendo o regime de substituição tributária a que estaria obrigada (fls. 536/555), não lhe retira a responsabilidade pela retenção e o recolhimento do imposto, nesta modalidade, devido ao Estado de Minas Gerais, justamente porque aqui não surtiem efeitos tais medidas.

A irregularidade indicada no item “B”, do AI, por sua vez, subsiste no fato de que a Impugnante, embora tenha retido parte do ICMS referente à substituição tributária - por exigência de alguns de seus clientes -, o fez a menor que o devido, e também não recolheu tal parcela ao erário mineiro.

Apurou, assim, o Fisco, o montante retido e não recolhido, e incluiu estes valores em coluna própria do demonstrativo de fls. 12 – “ICMS/ST/NF(2)”, os quais,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

nos períodos a que são referentes, junho a agosto de 1998, foram somados àqueles verificados para a irregularidade indicada no item “A”, do AI (coluna ICMS/ST(1), fls. 12).

Destaque-se que na coluna “ICMS/ST(1)”, do demonstrativo de fls. 12, os valores de ICMS referentes à substituição tributária, relacionados a estes documentos fiscais, e obtidos das bases de cálculo indicadas pelo Fisco, já se encontram depurados do montante retido e não recolhido pela Impugnante a menor, figurados, ressalte-se, na coluna “ICMS/ST/NF(2)” (fls. 12).

Feito o somatório destas parcelas, do resultado subtraiu-se os valores informados pela Impugnante à Petrobrás S/A (fls. 87/88), de acordo com o que prevê o art. 195, inciso V, do RICMS/96, então vigente, e aqueles consignados no relatório de fls. 83/86. A diferença havida é, pois, o *quantum* devido em cada período de apuração do imposto.

Os valores correspondentes à irregularidade descrita no item “B”, do AI, compõem, portanto, o conjunto do levantamento, de modo que, o equivalente montante apontado no relatório da peça fiscal – R\$ 50.021,73 (fls. 02 e 463), possui caráter meramente indicativo.

Assim, torna-se evidente que a estes valores foi conferida a natureza contenciosa, possibilitando à Defesa a discussão acerca da legitimidade que lhes resguardam, ainda porque, como afirma o Fisco em sua manifestação, a CLTA/MG não inclui estas parcelas entre aquelas formadoras do crédito tributário não-contencioso, disciplinado em seu art. 65.

Passando a um exame mais acurado do trabalho fiscal, urge que se faça algumas considerações de singular pertinência.

A base de cálculo utilizada pelo Fisco para apurar o quantum de ICMS devido por substituição tributária, nas operações com óleo diesel, observou corretamente o menor preço máximo de venda a consumidor, neste Estado, fixado pela Autoridade competente, extraído das Portarias do Departamento Nacional de Combustíveis – DNC, acostados aos autos às fls. 41/71, e da indicação feita pela própria Impugnante nas notas fiscais de sua emissão (fls. 93/295), em conformidade com a disciplina dos arts. 677, inciso I, do RICMS/91, e 195, inciso I, posteriormente alterado pelo Decreto n.º 39.184/97 para o art. 193, inciso I, do RICMS/96.

Corretamente também foi constituída a base de cálculo do imposto para as operações com álcool hidratado, em que se utilizou daqueles percentuais de margem de agregação previstos nos supracitados artigos, em seus incisos II (e III na redação original do art. 195, do RICMS/96), de ambos os diplomas regulamentares.

Entretanto, a mesma exatidão não alcança as operações com gasolina, conforme se verá.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

As remessas de gasolina para estabelecimentos mineiros, efetuadas pela Impugnante, noticiadas no feito, evidenciaram-se a partir de setembro de 1997 (fls. 307), quando já vigentes as alterações efetuadas pelo Decreto n.º 39.184/97, no capítulo XVIII, do Anexo IX, do RICMS/96, que trata do regime especial de tributação com combustíveis e lubrificantes.

Dito decreto, dando nova redação ao art. 193 do Anexo IX, do RICMS/96, suprimiu a gasolina automotiva do rol de produtos os quais atribuíam percentual específico de margem de agregação (até então tratada no art. 195, deste anexo), para formar-se a base de cálculo do ICMS relativo à substituição tributária nas operações *sub examine* (distribuidor/ varejista) - devidamente disciplinada no inciso II, deste artigo -, não a contemplando em qualquer outro dispositivo regulamentar.

Daí decorre que a margem agregativa a ser utilizada para as operações com gasolina, informadas no trabalho fiscal, é aquela prevista no art. 193, inciso IV, do Anexo IX, do RICMS/96, com redação dada pelo Decreto n.º 39.184/97, no percentual de 30% (trinta por cento).

Vale salientar que o convênio que sustenta o percentual único de 60%, (sessenta por cento), para o caso, como foi utilizado pelo Fisco (fls. 14 e 15/40), tem sua eficácia dependente, antes, da observância dos termos de sua ratificação, através de decreto, pela unidade da Federação acordante.

Por fim, resta informar que os elementos probantes gravados em meio magnético, acostados aos autos pela Defesa, de fls. 627, foram verificados por esta Auditoria Fiscal, e são referentes ao demonstrativo de fls. 12, e aos relatórios de fls. 297 à 462.”

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o Lançamento, nos termos do parecer da Auditoria Fiscal, para considerar a reformulação do crédito tributário, conforme demonstrado à fls. 1.106 e, ainda, para adequar o percentual de agregação da gasolina a 30%, nos termos do art. 193, inciso IV do Anexo IX do RICMS/96. Crédito tributário sujeito a liquidação, conforme disposto no art. 69, § 5º do Regimento Interno. Pela Impugnante sustentou oralmente o Dr. Igor Mauler Santiago e, pela Fazenda Estadual o Dr. Marcelo Pádua Cavalcanti. Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros Windson Luiz da Silva, Cleusa dos Reis Costa e Luciana Mundim de Mattos Paixão.

Sala das Sessões, 14/08/00.

Enio Pereira da Silva
Presidente/Relator