

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 14.303/00/3^a
Impugnação: 40.10056968-28 (Aut.)
Impugnante: Salemco Brasil Petróleo Ltda
Coobrigadas: Distribuidora de Petróleo Guaicui Ltda
Nell Oil Brasil Distribuidora de Petróleo Ltda
PTA/AI: 02.000118074-20
Inscrição Estadual: 73.088460/0004-30-CGC-SP- (Autuada)
433.791206.01-15(Coobrigada/Distr. Guaicui)
105.906069.00-41(Coobrigada/Nell Oil)
Advogado: Andre Shodi Hirai e Outros (Autuada)
Marianne da Costa Antunes Leite (Coobrigada/Nell Oil)
Origem: AF/ Pouso Alegre
Rito: Ordinário

EMENTA

Responsabilidade Tributária - Coobrigada - Eleição Errônea - Exclusão das Coobrigadas do pólo passivo da obrigação tributária, pois, a responsabilidade destas pelo recolhimento do ICMS está relacionada ao recebimento de mercadorias sem retenção do imposto, a teor do artigo 673, inciso III, alínea b do RICMS/91. O prazo para pagamento do imposto também é diferente, conforme art. 103, inciso IV do RICMS/91 e parágrafo 4º do art. 673 do mesmo diploma legal. Decisão preliminar tomada de ofício à unanimidade de votos.

Substituição Tributária - Combustíveis - Operação Interestadual - Falta de Retenção e Recolhimento do ICMS/ST. Constatada a venda de combustíveis por estabelecimento distribuidor do Estado de São Paulo a distribuidores mineiros sem a retenção e recolhimento do ICMS/ST, conforme disposto no art. 673, inciso IV, do RICMS/91, vigente à época. Exigências fiscais mantidas. Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a venda de combustíveis por estabelecimento distribuidor do Estado de São Paulo, a contribuintes distribuidores mineiros, sem retenção e recolhimento do ICMS/ST, no mês de maio de 1.996. Exige-se ICMS e MR(200%).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Inconformada com as exigências fiscais, a Autuada apresenta, às fls. 75/78, Impugnação, tempestiva e por intermédio de procurador regularmente constituído, requerendo o cancelamento das exigências fiscais.

O Fisco apresenta a manifestação de fls.140 a 162 , refutando as alegações da defesa, requerendo a improcedência da Impugnação.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 164 a 168, opina pela improcedência da Impugnação.

DECISÃO

A Autuada, distribuidora de combustíveis de São Paulo, promoveu a venda de diesel metropolitano, gasolina C e álcool carburante para distribuidoras mineiras – Nell Oil Brasil Distribuidora de Petróleo Ltda. e Distribuidora de Petróleo Guaicuí Ltda. – sem a retenção e o recolhimento do ICMS devido por substituição tributária, conforme previsto no inciso IV do artigo 673 do Decreto 32.535/91 - RICMS/91 que assim dispunha:

“Art. 673 - A responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS incidente nas subseqüentes saídas, em operação interna, de combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo, é atribuída por substituição tributária:

I - ...

II - ...

III - ...

IV - ao distribuidor situado em outra unidade da Federação, nas remessas dos produtos, exceto álcool hidratado, para estabelecimentos distribuidores, atacadistas ou varejistas localizados neste Estado, ... ;”

Procurando interpretar o inciso IV do artigo acima, verificamos que o que se procura tributar através do ICMS são os fatos geradores ocorridos nas saídas em operação interna, ou seja, ulterior à operação interestadual. Portanto, a imunidade prevista no artigo 155, § 2º, X, “b” da Constituição Federal, não está sendo violado como quer fazer entender a Impugnante. Há que ficar claro que a imunidade constitucional diz respeito à operação própria da Impugnante, e não às saídas subseqüentes, e no caso de saída de álcool, não se aplica aquele dispositivo constitucional, tendo em vista não ser o produto derivado de petróleo.

Esclarecendo a exigência com relação ao álcool hidratado, ressaltamos que os fatos geradores que se referem a esta mercadoria ocorreram sob a vigência do Decreto 37.663/95, que dava a seguinte redação ao artigo 673 do RICMS/91:

“Art. 673 - ...

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

I - ...

II - ...

III - ao distribuidor situado neste Estado, relativamente:

a - ao álcool para fins carburantes recebido na forma do artigo 678;"

A responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS substituição tributária para o álcool hidratado era do distribuidor situado neste Estado, caso, conforme o artigo 678, o combustível tivesse por remetente direto usina ou destilaria localizados nesta ou em outra unidade da Federação, o que não é o caso, haja vista que a Autuada é distribuidora de combustível.

Não obstante a defesa da Impugnante invocar principalmente a inconstitucionalidade das exigências fiscais constantes do Auto de Infração, objeto do presente contencioso, o que, mesmo que verídica sua tese, esbarraria na impossibilidade desta Câmara apreciar, haja vista o que dispõe o artigo 88, inciso I da CLTA/MG, contestamo-la quanto ao argumento de que não havia, a época da lavratura do Auto de Infração, lei complementar a que se refere o inciso XII, alínea "b" do § 2º do artigo 155 da Lei Maior.

Isto porque o § 8º do artigo 34 do Ato das Disposições Transitórias já previa que convênio celebrado entre os Estados pudesse fixar normas para regular provisoriamente as matérias concernentes ao ICMS, até que fosse editada lei complementar necessária à instituição desse imposto, e com este intuito foi celebrado o Convênio ICM 66/88, fixando normas e regulando provisoriamente o ICMS, dispondo o § 3º do artigo 2º daquele diploma exatamente sobre o instituto da substituição tributária, através dos seguintes termos:

"§ 3º - Os Estados poderão exigir o pagamento antecipado do imposto, com a fixação, se for o caso, do valor da operação ou da prestação subsequente, a ser efetuada pelo próprio contribuinte."

Portanto, entendemos, S.M.J., que a necessidade de lei complementar, imposta pela Constituição Federal para dispor sobre a substituição tributária foi preenchida através do dispositivo do Convênio 66/88. Ademais, com a edição da Emenda Constitucional N.º 3, de 17 de março de 1993, que incluiu o § 7º no artigo 150 da Carta Magna, estabelecendo que "lei" poderá atribuir a sujeito passivo a condição de responsável pelo pagamento de tributo cujo fato gerador venha a ocorrer posteriormente, a atribuição da responsabilidade através da substituição tributária deixou de ser matéria reservada somente à lei complementar, sendo então a autorização prevista no artigo 22 da Lei 6.763/75 suficiente para a implementação desse instituto.

Quanto as citadas decisões do Tribunal de Impostos e Taxas de São Paulo, a Impugnante mostra-se equivocada pois as discussões travadas naquele foro se referem a operações interestaduais com combustíveis e lubrificantes, entre contribuinte e

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

consumidor final, o que não é o caso em questão, pois aqui se discute o imposto sobre as operações internas, cuja responsabilidade lhe foi atribuída como substituta tributária.

Consideramos portanto impotentes as argumentações da Autuada para descaracterizar a infringência apontada pelo Fisco, e corretas as exigências do Auto de Infração ao cobrar o ICMS, devido por substituição tributária, do remetente das mercadorias.

No tocante à sujeição passiva, ressalta-se, em relação às empresas coobrigadas, que as mesmas não devem constar como responsáveis solidárias, visto que, no momento da autuação a responsabilidade ainda não havia iniciado. Nos termos do artigo 673, inciso III, alínea b do RICMS/91, o distribuidor, situado neste Estado, é responsável pela retenção e recolhimento do ICMS, relativamente à mercadoria recebida sem a retenção do imposto, o que não é o caso tratado nos autos.

Ademais, o prazo de pagamento é diferente para Autuada e Coobrigadas. As Coobrigadas, a teor do parágrafo 4º do artigo 673 do mesmo diploma legal, têm até o dia nove do mês subseqüente àquele em que ocorrer a entrada da mercadoria em seu estabelecimento, para efetuar o recolhimento do imposto.

A Autuada, por sua vez, deveria reter e recolher o imposto nas remessas dos produtos para estabelecimentos localizados neste Estado e, não o fazendo, estaria então esgotado o prazo para pagamento do imposto, nos termos do artigo 103, inciso IV do RICMS/91. Portanto, verifica-se que, como a autuação ocorreu ainda no trânsito, somente a empresa distribuidora paulista poderia ser incluída no polo passivo da obrigação tributária.

Neste caso, a data da lavratura do Auto de Infração não é relevante, mas tão somente a data de vencimento do imposto inserta no Demonstrativo de Correção Monetária e Multas - DCMM.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, excluir de ofício as Coobrigadas Distribuidora de Petróleo Guaicui Ltda e Nell Oil Brasil Distribuidora Ltda do pólo passivo da obrigação tributária. No mérito, também à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, mantendo-se as exigências fiscais em relação à Autuada. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Edwaldo Pereira Salles e Sauro Henrique de Almeida.

Sala das Sessões, 06/09/00.

**Mauro Heleno Galvão
Presidente/Revisor**

**Luiz Fernando Castro Trópia
Relator**

Ccl/JP