

Acórdão : 14.729/01/1^a
Impugnação : 40.10102672.47
Impugnante : T.A. Oil Distribuidora de Petróleo Ltda
Advogado : Milton Teotônio Pereira dos Santos
PTA/AI : 01.000136552-62
IE/SEF : 057.647602.00-49
Origem : Comext/RJ
Rito : Ordinário

EMENTA

Substituição Tributária - Base de cálculo - Combustível - Destaque a menor do ICMS/ST consoante ao disposto no Anexo IX do RICMS/96 nos incisos I e II do artigo 193, vigente no período de 01/11/98 a 30/06/99, e incisos I e II do artigo 375, vigente no período de 01/07/99 a 30/11/99. Infrações caracterizadas. Exige-se ICMS, MR em dobro. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a exigência de ICMS, MR (100%) em dobro, formalizadas no AI nº 01.000136552-62 de 23/08/00, fls. 02/05, constatado que nos períodos de 01/12/99 a 29/02/00, a Autuada, na condição de contribuinte substituta, realizou vendas de *Gasolina C*, *Gasolina Aditivada* e *Óleo Diesel* para empresas sediadas neste Estado, efetuando a retenção e o recolhimento do ICMS/ST a menor, em desconformidade com os dispositivos da legislação tributária.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente, por procurador devidamente constituído, Impugnação às fls. 22/45 alegando que:

- A diversidade de dispositivos pretensamente infringidos, em sua maioria são genéricos, impróprios e descabidos, o que dificulta a apreciação pelo órgão julgador, restringindo sua discussão somente ao procedimento por ele adotado. No que se refere ao quantitativo adotado, afirma que a ANP determina para o preço do óleo diesel na bomba R\$0,409, sendo adotado pela fisco R\$0,43, majorando a exigência tributária;

- O preço adotado como base de cálculo, foi o preço final praticado pelos substituídos, consoante ao princípio da não-cumulatividade, discorrendo sobre este, cita doutrinadores;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- A vedação ao crédito consoante o disposto na Alínea “b”, inciso II, § 2º, artigo 155 da CF/88 (“a isenção ou não incidência acarretará a anulação do crédito do ICMS relativo às operações anteriores”) é conflitante com o Inciso I, § 2º, artigo 155 da CF/88, sendo inconstitucional apesar de estarem na mesma *Lex* maior. Cita doutrinadores favoráveis a sua tese. Apresenta exemplo numérico no sentido de demonstrar a ocorrência da cumulatividade do imposto, contrária ao princípio, aduzindo que este deva ser entendido em sentido amplo, possibilitando a compensação plena dos créditos, tanto os de natureza tributária, como os patrimoniais;

- Alega estar seu procedimento embasado no princípio da não cumulatividade, explica que apesar da sistemática do instituto da substituição tributária prever que o substituto deva recolher o imposto sobre todo o valor e não apenas sobre a quantia a ser agregada pelo substituído, o valor do ICMS recolhido foi resultante da compensação do imposto já incidente sobre as etapas antecedentes;

- E apesar da vedação constitucional, explica que os valores de ICMS pagos pela Petrobrás, em face da aquisição de insumos e matérias-primas, foram por ela apropriados, sendo estes componentes da base de cálculo do ICMS/ST nas operações em que figura na condição de substituta tributária, ao vender os produtos para postos de combustíveis.

Em manifestação, fls. 56/68, o Fisco refutando as alegações aduz que:

- O preço dos combustíveis fixados nas autuações são os estabelecidos pela autoridade federal competente, através de portarias, variando conforme o município mineiro de destino da mercadoria, consoante ao item 1, § 1º, inciso I, artigo 375, Anexo IX do RICMS/MG, determinando como responsável pelo recolhimento a menor do imposto a distribuidora, apurado sobre a diferença entre o “menor preço máximo de venda a consumidor neste Estado” e o “preço máximo final”, ambos fixados pela autoridade competente para o município destinatário. Para o período fiscalizado, vigente a Portaria Interministerial nº 295/99 de 05/08/99, tendo vigência a partir de 07/08/99, onde o preço máximo de venda a consumidor” foi fixado em “R\$0,610”, sendo que o valor citado pela autuada de R\$0,409, previsto na Portaria Interministerial nº 04/98, teve sua vigência no período de 29/07/98 a 03/12/98;

- Conforme disposto na Alínea “b”, inciso II, § 2º, artigo 155 da CF/88, os valores a que tem direito a refinaria na aquisição de insumos e matérias-primas não podem ser repassados à Impugnante, considerando que esta adquiriu os produtos daquela sem incidência do imposto nos termos do § 2º, inciso X, artigo 155 da CF/88, entendendo que a imunidade tributária prevista na alínea “B” do citado disposto legal, segundo o STF, não se presta a beneficiar o consumidor, mas o Estado de destino do produto, ao qual caberá todo o tributo sobre ele incidente, até a operação final;

- Nos períodos abrangidos pelo levantamento fiscal, a Impugnante detinha Termo de Acordo firmado com o Estado do Espírito Santo, que apesar de não ratificado por Minas Gerais retirava da refinaria a condição de substituta tributária, conferindo-lhe a condição de substituta tributária nos moldes do Convênio ICMS 03/99 (“regime de substituição tributária nas operações com combustíveis e lubrificantes, derivados ou

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

não de petróleo”), ressarcindo-se dos valores de imposto pagos pela refinaria. Porém, calculando e recolhendo o ICMS/ST a menor, por utilizar base de cálculo do ICMS/ST equivalente apenas ao montante formado pela margem de agregação, acreditando estar beneficiada pela imunidade constitucional do imposto;

- Hipoteticamente demonstra a distorção entre o efetivo procedimento adotado pela impugnante em relação ao exemplo descrito na peça impugnativa, onde o valor do ICMS/ST recolhido para o produto gasolina C, corresponderia a 38,21% do montante devido. Para a obtenção da base de cálculo do óleo diesel, faz simulação comparativa entre a apuração correta e a adotada pela Impugnante;

- Enfatiza que nos próprios embates a impugnante admite que no instituto da ST é o substituto quem deva recolher o tributo sobre todo o valor e não somente sobre a quantia que será agregada pelo substituído. Pede pela manutenção do feito fiscal.

A Auditoria Fiscal, em parecer fundamentado, opina pela procedência do lançamento.

DECISÃO

O lançamento imputa a Impugnante a prática de retenção e recolhimento a menor do ICMS/ST, nas operações de venda de gasolina C, gasolina aditivada e óleo diesel para empresas sediadas neste Estado de Minas Gerais, na condição de contribuinte substituta, em desconformidade com os dispositivos pertinentes da legislação tributária.

O artigo 192 do Anexo IX do RICMS/96, na letra “b” do inciso III (efeitos entre 01/09/97 a 30/06/99 - Dec. 39.184/97), atribuía a condição de substituta tributária à distribuidora de combustíveis derivados de petróleo, localizada em outra unidade da Federação, nas remessas de produtos para estabelecimentos atacadistas ou varejistas situados neste Estado. A responsabilidade, no caso, era excepcional, não se aplicando na hipótese de retenção anterior do ICMS/ST, desde que cumpridas as formalidades do artigo 195 do mesmo Anexo IX (vide item 6 do §3º do art. 192). Normatização idêntica foi mantida pelo Decreto 40.456/99, com vigência a partir de 01/07/99, que introduziu o Capítulo XLIX no Anexo IX do Regulamento do ICMS.

Assim, a legislação tributária mineira, editada em consonância com os Convênios ICMS 105/92 e 03/99, elege, em primeiro plano, a refinaria de petróleo, sediada em outro Estado, como substituta tributária, repassando tal responsabilidade à distribuidora se a primeira (refinaria), por algum motivo, deixar de cumprir os ditames estabelecidos.

No período alcançado pelos trabalhos fiscais (01/12/99 a 29/02/00), a Autuada assumiu, efetivamente, a condição de substituta tributária acreditando estar amparada por **Regime Especial** firmado com a Secretaria da Fazenda do Espírito Santo, seu Estado de domicílio. O *Termo de Acordo* firmado pela Defendente transferia-lhe a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS/ST, garantido-lhe, outrossim, o ressarcimento do imposto eventualmente retido na operação anterior. Por oportuno, cabe salientar que o aludido *Termo de Acordo* não recebeu a anuência do Estado de Minas Gerais.

Do exame dos elementos que compõem os autos, constata-se que a Autuada, assumindo o polo passivo da sujeição tributária no lugar da *refinaria de petróleo*, apurou e recolheu o ICMS por substituição tributária a menor que o devido.

De fato. A análise dos Relatórios que acompanham as peças fiscais e dos documentos fiscais correspondentes permite inferir, que a Impugnante apurava o ICMS/ST tomando por base de cálculo apenas o montante correspondente ao valor agregado às suas operações próprias, com relação aos preços praticados pelos varejistas. Em síntese, aplicava um percentual de agregação (no caso da amostra de documentos juntados pelo Fisco, igual a 60%) sobre os preços por ela praticados, sendo o resultado obtido considerado como a base de cálculo para fins de substituição tributária. Exemplificando, citamos a nota fiscal nº 029.335, fls. 12, observando que a Impugnante vendeu 5.000 (cinco mil) litros de *Gasolina "C"* para empresa mineira, praticando um preço total de R\$5.457,00. Utilizou, no entanto, como preço unitário do litro da gasolina o valor de R\$1,09, quanto a Portaria editada pela ANP determina como preço de varejo o valor de R\$1,39, equivalente a 60% (sessenta por cento) do preço por ela praticado. Situação análoga se verifica nas outras operações de vendas para contribuintes mineiros.

É de se estranhar o procedimento adotado pela Impugnante, para a fixação da base de cálculo do ICMS/ST, pois a Impugnante na peça defensiva, admite que *“a determinação geral da ST é a de que o substituto deve recolher o tributo sobre todo o valor e não somente sobre a quantia que será agregada pelo substituído”*, item 32, fls. 31/32.

Também, no que concerne ao combustível óleo diesel e a gasolina aditivada, a Defendente não apurou corretamente a base de cálculo do ICMS/ST. O demonstrativo de fls. 12/21 especificam o preço por ela praticado, evidenciam que a Autuada vinha calculando e recolhendo montantes do imposto muito inferiores aos devidos.

Alega a Defendente que o preço do litro de óleo diesel, adotado pelo Fisco para fins de apuração da base de cálculo do ICMS/ST, é superior ao valor fixado pela ANP. Esta afirmação não encontra amparo nos fatos e documentos. Verifica-se que nos feitos fiscais foi observado, rigorosamente, o preceito contido no inciso I do artigo 193 e no inciso I do artigo 375 do Anexo IX do RICMS/96, que fixam a base de cálculo do ICMS/ST. Adotou o Fisco os preços por litro de óleo diesel estabelecidos pela autoridade federal competente, de acordo com o município mineiro consumidor final, conforme Portarias Interministeriais nºs 295 de 05/08/99.

Sobre o conflito das normas constitucionais suscitado pela Impugnante, de ser inconstitucional a alínea “b”, inciso II, § 2º, artigo 155 da CF/88 face ao princípio da não-cumulatividade do ICMS, ou seja, a anulação dos créditos do imposto relativos

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

às operações de entradas das mercadorias que tenham suas saídas beneficiadas com isenção ou não-incidência, é defeso ao CC/MG manifestar-se, por força do disposto no artigo 88, inciso I da CLTA/MG.

Não obstante, o princípio da não-cumulatividade do ICMS, albergado no inciso I do § 2º do artigo 155 da Constituição Federal, não tem a amplitude suscitada pela Defendente. Com efeito, o dispositivo está a tratar da compensação de créditos e débitos do ICMS, inerentes a operações ou prestações alcançadas pelo imposto. Mesmo neste campo, para compensação, há de se observar as limitações previstas na própria Constituição e na legislação infra-constitucional.

Reputa-se correta a cobrança da diferença do imposto ICMS, e aplicação da multa de revalidação -MR- em dobro, 100% (cem por cento) do valor do imposto, visto haver desrespeito ao dever de retenção e recolhimento o tributo no prazo legal, descrita no § 2º, inciso II, artigo 56 da Lei 6763/75, penalidade corretamente capitulada nos autos.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento, nos termos do parecer da Auditoria Fiscal. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros José Eymard Costa e Luciana Mundim de Mattos Paixão.

Sala das Sessões, 13/03/01.

Francisco Maurício Barbosa Simões
Presidente

Maria de Lourdes Pereira de Almeida
Relatora

JP/