

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS
--

Acórdão: 14.813/01/1^a
Impugnação: 40.010100314-56
Impugnante: Hudson Brasileira de Petróleo Ltda
Coobrigado: Power Produtos de Petróleo
Proc. do Suj. Passivo: Andréa da Silva Corrêa/Outros
PTA/AI: 02.000104230-67
CNPJ: 60.850518/0001-46-SP- (Aut.)
Inscrição Estadual: 251.841792.00-19(Coob.)
Origem: AF/ Pouso Alegre
Rito: Ordinário

EMENTA

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 varejista mineiro 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 procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a venda de combustíveis por estabelecimento distribuidor do Estado de São Paulo, a contribuinte varejista mineiro, sem retenção e recolhimento do ICMS/ST, no mês de janeiro de 1.995. Exige-se ICMS e MR.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 86 a 92, contra a qual o Fisco apresenta manifestação às fls. 137 a 142.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 144 a 152, opina pela procedência do lançamento.

DECISÃO

Trata o presente Auto de Infração da exigência de ICMS/ST, MR/ST e demais acréscimos legais por ter o sujeito passivo, empresa inscrita em Minas Gerais como contribuinte substituto, deixado de destacar e reter o ICMS/ST devido referente a remessas de gasolina, álcool e óleo diesel a contribuinte mineiro, produtos estes

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

constantes das notas fiscais relacionadas nos autos, cujas 3^{as} vias encontram-se anexadas às fls. 03/28.

Na peça impugnatória, a Autuada limita-se a solicitar a nulidade do AI, alegando que o mesmo não contém as informações necessárias e exigidas pela legislação, não lhe permitindo, portanto, a elaboração de uma defesa cabal.

No entanto, a formalização do lançamento através do Auto de Infração em comento está em conformidade com os artigos 57 e 58 da CLTA/MG, trazendo em seu bojo todas as informações exigidas, uma vez que no campo Relatório consta a descrição clara e precisa do fato que motivou a autuação fiscal e as circunstâncias em que foi praticado, no campo Demonstrativo do Crédito Tributário consta o valor total devido, discriminado por tributo e multa, com indicação do exercício a que se refere, no campo Infringência/Penalidade consta a citação expressa do dispositivo legal infringido e do que comina a respectiva penalidade, além dos demais dados relacionados com a identificação do sujeito passivo e condições para impugnação e/ou pagamento do crédito tributário.

Dos próprios autos extrai-se que a argumentação não procede, tendo em vista que todas as informações acima citadas já constavam do TADO (fase preliminar do lançamento, em vigor na época da autuação), ao qual a Impugnante apresentou fatos novos com argumentos específicos sobre o mérito da autuação, ocasião em que argumentou, fundamentalmente, que as remessas de combustíveis ocorreram para destinatário distribuidor, conforme registro no DNC do qual apresentou cópia, não prevalecendo portanto a obrigatoriedade de retenção do ICMS/ST por parte do remetente – fls. 32/35.

Não há razão, portanto, para que seja acatada a arguição de nulidade do AI, sendo inteiramente válido o lançamento formalizado, não havendo que se falar em descumprimento das exigências legais por parte do Fisco.

No mérito, a exigência fiscal está embasada no artigo 673 inciso IV do RICMS/91 vigente à época, que instituiu a responsabilidade dos distribuidores localizados em outra unidade da Federação em reter o ICMS devido por substituição tributária nas remessas de combustíveis para estabelecimentos atacadistas ou varejistas localizados neste Estado.

Por sua vez, embora não tenha se utilizado deste argumento na apresentação da Impugnação mas sim quando da apresentação de fatos novos, a Autuada questiona a acusação fiscal, afirmando que as remessas dos produtos constantes das notas fiscais autuadas tinham como destinatária empresa distribuidora de combustíveis, não se lhe aplicando portanto a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS/ST, a teor do disposto no mesmo artigo 673, só que no inciso II, c/c § 2º do mesmo dispositivo legal, determinação legal esta imposta pelo Convênio 111/93.

Abaixo transcrevemos a legislação citada, com a redação vigente à época dos fatos:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RICMS/91

Efeitos de 20/09/93 a 30/09/95 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo seu parágrafo único do Dec. nº 34.921, de 14/09/93 - MG de 15:

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

I - ao fabricante, situado neste Estado, nas remessas para estabelecimentos atacadistas ou varejistas;

II - ao distribuidor, situado neste Estado;

III - ao atacadista situado neste Estado, relativamente às mercadorias recebidas de outra unidade da Federação, remetidas por contribuinte desobrigado da retenção do imposto

IV - ao fabricante ou distribuidor, situados em outra unidade da Federação, nas remessas dos produtos para estabelecimentos atacadistas ou varejistas localizados neste Estado;"

(...)

"§ 2º - A substituição prevista no inciso II não se aplica entre distribuidores, hipótese em que a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto caberá ao estabelecimento destinatário que promover a saída para pessoa diversa."

Da análise da legislação vigente, podemos concluir que a empresa distribuidora situada em outra unidade da Federação - no caso, a Autuada - era responsável pela retenção e recolhimento do ICMS/ST devido pelas subseqüentes saídas em operações internas de combustíveis derivados ou não de petróleo, no caso de remeter as mercadorias para estabelecimentos varejistas ou atacadistas situadas neste Estado; no entanto, no caso de tais remessas se destinarem a outra empresa distribuidora, tal responsabilidade não se lhe aplicaria.

Por sua vez, o Convênio 111/93 dispunha:

Cláusula primeira: Passa a vigorar com a seguinte redação o § 2º da cláusula primeira do Convênio ICMS 105/92, de 25 de setembro de 1992:

(...)

"§ 2º O disposto nesta cláusula não se aplica:

à saída com destino a distribuidora de derivados de petróleo e dos demais combustíveis e

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

lubrificantes, como tal definida pelo
Departamento Nacional de Combustíveis - DNC
(grifo nosso)

(...)

E a cláusula primeira do Convênio 105/92 preconizava:

Cláusula primeira Ficam os Estados e o Distrito Federal, quando destinatários, autorizados a atribuir aos remetentes de combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo, situados em outras unidades da Federação, a condição de contribuintes ou de substitutos tributários, relativamente ao ICMS incidente sobre as operações com esses produtos, a partir da operação que os remetentes estiverem realizando, até a última, assegurado o seu recolhimento à unidade federada onde estiver localizado o adquirente.

Conforme determinava o Convênio 111/93, portanto, o órgão competente para definir se um determinado estabelecimento era considerado distribuidor de combustíveis, à época, era o DNC – Departamento Nacional de Combustíveis, que foi posteriormente extinto e substituído pela ANP – Agência Nacional de Petróleo.

Vemos que a questão combatida refere-se a estabelecer se a empresa destinatária dos produtos constantes das notas fiscais autuadas podia ou não ser caracterizada como empresa distribuidora de combustíveis; em caso positivo, assiste razão à Impugnante, caso contrário a razão estará com o Fisco.

O documento trazido aos autos pela Impugnante quando da apreciação dos fatos novos – fls. 35 – atesta que a destinatária dos produtos (e coobrigada) POWER PRODUTOS DE PETRÓLEO LTDA. obteve junto ao DNC o registro para o exercício da atividade de Distribuidor de Combustíveis Líquidos Derivados de Petróleo, Álcool Carburante e outros Combustíveis Líquidos Carburantes.

O Fisco não questiona o documento, mas contrapõe a ele fatos importantes que devem ser aqui considerados.

Uma vez que a empresa destinatária, localizada à Rodovia Fernão Dias, s/n, km 892 (próxima ao Posto Fiscal de Extrema), não tinha condições físicas para armazenar os produtos, o Fisco enviou correspondência ao DNC (cópia anexada às fls. 50) questionando se a empresa estaria regularmente autorizada a operar como distribuidora de combustíveis; solicitou também, da empresa POWER PRODUTOS DE PETRÓLEO LTDA., a apresentação das notas fiscais de saída de mercadorias, referentes ao mês de Janeiro/95 (doc. fls. 51).

Apenas a relação de notas fiscais foi apresentada pela empresa, que justificou a ausência dos documentos por estarem os mesmos em poder do Fisco paulista, tendo sido tal relação anexada às fls. 52/57 dos autos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Não há como estabelecer se os destinatários ali listados são empresas estabelecidas em Minas Gerais ou em outros Estados, pois faltam informações neste sentido; mas é certo que a lista representa o movimento de vendas dos produtos no mês de janeiro, embora a empresa não tenha entregue o DAPI relativo ao período; aliás, conforme informou o Fisco, a empresa destinatária acabou por ser bloqueada, estando desaparecida.

Quanto ao pedido de informação solicitado pelo Fisco ao DNC, este respondeu via fax, cujos dizeres foram transcritos pelo Fisco na Manifestação Fiscal de fls. 140, assegurando que a empresa destinatária, embora registrada sob o n.º 208, não se encontrava apta a participar do sistema nacional de distribuição por não atender às demais exigências da Portaria MME N.º 063/95, que se encontrava em vigor à época.

Tal fato fica evidenciado diante da comprovação, atestada pelo Fisco, de que a empresa estava estabelecida em uma sala, sem condições físicas para armazenar os produtos, enquanto que a Portaria mencionada exigia o cumprimento de suas disposições, para que efetivamente um estabelecimento pudesse exercer a atividade de distribuição.

Abaixo transcrevemos parte dos artigos da Portaria 063/95, da qual obtivemos a íntegra através de solicitação via *email* ao MME – Ministério das Minas e Energia:

O MINISTRO DE ESTADO DE MINAS E ENERGIA, no uso de sua atribuição que lhe confere o art. 87, parágrafo único, inciso II, da Constituição, considerando o disposto no Decreto-lei n.º 395, de 29 de abril de 1938, na Lei n.º 2.004, de 3 de outubro de 1953, no Decreto n.º 507, de 23 abril de 1992, resolve:

Art. 1º As pessoas jurídicas ficam autorizadas a exercer a atividade de distribuição de combustíveis líquidos derivados de petróleo, álcool combustível e outros combustíveis automotivos, observado o disposto nesta Portaria.

Art. 2º A atividade de distribuição é considerada de utilidade pública, caracterizando-se pela aquisição de produtos a granel na unidade produtora, seu armazenamento, transporte, comercialização e controle de qualidade.

Art. 3º O exercício da atividade de distribuição depende do atendimento, em caráter permanente, dos seguintes registros:

I- possuir o Registro de Distribuidor expedido pelo Departamento Nacional de Combustíveis-DNC;

II- dispor de instalações próprias ou de terceiros para o recebimento e armazenamento de produtos;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

III- adquirir e retirar o produto exclusivamente dos produtores, observados os volumes autorizados pelo DNC, e

IV- manter estoque mínimo de produto em conformidade com as normas em vigor.

Art. 4º O Registro de Distribuidor, com validade em todo o território nacional será expedido no prazo de até 30 dias a contar da data de protocolização no DNC do contrato social da empresa registrado na junta comercial.

§1º As alterações no contrato social da distribuidora deverão ser comunicadas ao DNC no prazo de 30 (trinta) dias a partir de seu registro no órgão competente.

§2º A distribuidora terá o prazo de 180 dias, a contar da data de expedição do registro de que trata o caput deste artigo, para encaminhar ao DNC o projeto de instalações, com respectivo cronograma de implantação ou contrato de cessão de espaço em instalações de terceiros.

§3º O descumprimento do disposto no parágrafo anterior, inclusive do cronograma de implantação do projeto, implicará a nulidade do Registro de Distribuidor.

Importa aqui observar que a solicitação de informação ao DNC e respectiva resposta ocorreram em maio de 1995, durante a vigência da citada portaria, que foi publicada em março de 1995, quando passou a surtir efeitos.

No entanto, sem em maio/95 a dita empresa não havia se adequadado às exigências impostas pela legislação, não possuindo as instalações necessárias a exercer as atividades de distribuidora, tampouco as possuía em janeiro/95, época da ocorrência dos fatos geradores de que se cuida aqui; nesta ocasião, estava em vigor a Portaria MINFRA 0842/90, que impunha aos pretendentes a exercer atividades de distribuidor as mesmas exigências depois editadas pela Portaria 063/95, que a revogou.

Abaixo transcrevemos as exigências constantes da Portaria MINFRA 0842/90, em vigor quando da autuação:

Art. 1º - Fica autorizado, às pessoas jurídicas constituídas de acordo com as leis do País, o exercício da atividade de distribuidor de combustíveis líquidos derivados de petróleo, álcool carburante e outros combustíveis líquidos carburantes.

Art. 2º - A atividade de distribuição abrange a aquisição do produto a granel na unidade produtora, seu armazenamento e comercialização.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 3º - O exercício da atividade de distribuição fica condicionado, exclusivamente, ao envio, pela pessoa jurídica interessada, de pedido de registro ao Departamento Nacional de Combustíveis - DNC, que terá trinta dias para resposta.

§ 1º - O pedido de registro deverá ser instruído com os seguintes documentos e informações:

I - razão social da empresa;

II - endereço da sede e das filiais;

III - declaração de que a empresa está constituída de acordo com as leis do País.

§ 2 - O registro de distribuidor autoriza o exercício da atividade em todo o território nacional.

Art. 4º - A distribuidora fica obrigada a:

I - informar ao DNC, até o último dia de cada mês, em formulário próprio, as vendas realizadas no mês anterior;

II - adquirir e receber dos produtores os volumes correspondentes aos pedidos aprovados pelo DCN;

III - comunicar, previamente, ao DNC, as modificações ou ampliações que pretenda efetuar em suas instalações e as mudanças de endereço de sua sede, filiais ou instalações operacionais;

IV - informar ao DNC, com a antecedência mínima de trinta dias, o início ou o término de suas atividades em uma determinada área.

Art. 5º - O exercício da atividade de distribuição depende do atendimento, pela distribuidora, em caráter permanente, dos seguintes requisitos:

I - dispor de instalações próprias ou de terceiros para recebimento dos produtos a serem distribuídos, na modalidade de entrega utilizada pelo produtor ou por outra fonte supridora, com capacidade de armazenamento segundo as normas relativas a níveis de estoque;

Ve-se, portanto, que assiste razão ao Fisco quando afirma que a empresa destinatária não se tratava de empresa distribuidora de combustíveis, exercendo, na realidade, a atividade de atacadista, revendendo a terceiros de imediato toda a mercadoria adquirida da Autuada; aliás, encontrava-se inclusive inscrita no CAE

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

446200-9 referente a “comércio atacadista de álcool carburante, gasolina, gás e demais derivados de petróleo”.

E conforme já visto, a legislação vigente à época atribuía expressamente ao distribuidor situado em outra unidade da Federação, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS incidente nas subseqüentes saídas, em operação interna, de combustíveis e lubrificantes, derivados ou não do petróleo, nas remessas dos produtos para estabelecimentos atacadistas localizados neste Estado – inciso IV do artigo 673 do RICMS/91.

Em relação ao valor autuado, que a Impugnante reputa como excessivo, observamos que ele representa o valor do imposto devido por substituição tributária que deveria ter sido retido e não foi, conforme demonstrativo elaborado pelo Fisco às fls. 64, acrescido da correspondente multa de revalidação, cujo montante foi reduzido em função da alteração promovida na Lei 6763/75 pela Lei 12.729 de 30 de dezembro de 1997, em obediência às determinações contidas no artigo 106-II-c do CTN.

Observamos ainda, que a eleição da empresa destinatária como Coobrigada encontra amparo na atribuição expressa de responsabilidade aos atacadistas prevista no artigo 44 do RICMS/91 vigente à época, nos casos em que estes recebessem a mercadoria sem a retenção do imposto, de remetentes considerados contribuintes substitutos.

Os demais argumentos apresentados pela Impugnante não são suficientes para descaracterizar as infrações.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, rejeitar a arguição de nulidade do Auto de Infração, uma vez que foram preenchidos os requisitos dos arts. 57 e 58 da CLTA/MG. No mérito, também à unanimidade, em julgar procedente o Lançamento, mantendo-se as exigências fiscais, nos termos do parecer da Auditoria Fiscal. Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros Edmundo Spencer Martins (Revisor), José Eymard Costa e Luciana Mundim de Mattos Paixão.

Sala das Sessões, 10/04/01.

Francisco Maurício Barbosa Simões
Presidente/Relator

FMBS/EJ/GGAB