

Acórdão: 14.533/01/3^a
Impugnações: 40.10102049-54 e 40.10102048-73
Impugnante: Petrobrás Distribuidora S/A
Advogado: Adílio Silva
PTA/AI: 01.000136446-19 e 01.000136670-66
Inscrições Estaduais: 067.059023.0025 e 067.059023.0106 (Autuada)
Origem: AF/Belo Horizonte
Rito: Ordinário

EMENTA

Substituição Tributária - Combustível - Falta de Recolhimento do ICMS/ST Complementar - Constatada a falta de destaque e recolhimento do ICMS/substituição tributária complementar, relativo às saídas para comercialização de óleo diesel em diversos municípios deste Estado, nos termos do art. 375, do Anexo IX do RICMS/96, compreendendo a diferença entre o preço estabelecido para o Município de Betim/MG e aquele determinado para o município de destino do produto. Corretas as exigências fiscais.

Crédito de ICMS - Aproveitamento Indevido - Aproveitamento indevido de créditos de ICMS, lançados no campo "outros créditos" do Livro Registro de Apuração, sem comprovação da origem e informado como "ICMS Consumidor" (PTA 01.000136670-66), em desacordo com legislação do ICMS. Constatado nos autos tratar-se de crédito advindo da diferença entre a base de cálculo presumida e o valor da operação praticada pela remetente autuada. Nestes casos, é defeso a apropriação de créditos, haja vista que a base de cálculo do ICMS/ST é o preço máximo de venda fixado pelo governo federal. Exigências fiscais mantidas.

Lançamentos procedentes. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre as seguintes irregularidades e períodos:

1) PTA 01.000136446-19

a) Período: 14/09/99 a 31/03/2000

Falta de destaque e recolhimento do ICMS/substituição tributária complementar, relativo às saídas para comercialização de óleo diesel em diversos municípios deste Estado, nos termos do art. 375, do Anexo IX do RICMS/96. O ICMS devido por substituição tributária não destacado nas notas fiscais de saída e não

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

recolhido refere-se à diferença entre o menor preço máximo de venda a consumidor no Estado (preço de Betim), fixado pelos Ministérios das Minas e Energia e Fazenda e o fixado para o município a que se destinou o óleo diesel para a venda a varejo no Estado.

b) Período: Novembro/1996 a Abril/2000

Aproveitamento indevido de créditos de ICMS, lançados no campo “outros créditos” do Livro Registro de Apuração, sem comprovação da origem, em desacordo com legislação do ICMS.

2) PTA 01.000136670-66

Período: 01/10/1995 a 30/06/2000

Falta de recolhimento do ICMS devido, em razão de aproveitamento indevido de créditos de ICMS, lançados no campo “outros créditos” do Livro Registro de Apuração, sob o título de “ICMS consumidor”, sem lastro em documentos fiscais, em desacordo com legislação do ICMS.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnações, contra as quais o Fisco se manifesta.

A Auditoria Fiscal opina pela procedência dos Lançamentos.

DECISÃO

A autuação versa sobre a falta de destaque e recolhimento do ICMS/substituição tributária complementar, relativo às saídas para comercialização de óleo diesel em diversos municípios deste Estado, nos termos do art. 375, do Anexo IX do RICMS/96. O ICMS devido por substituição tributária não destacado nas notas fiscais de saída e não recolhido refere-se à diferença entre o menor preço máximo de venda a consumidor no Estado (preço de Betim), fixado pelos Ministérios das Minas e Energia e Fazenda e o fixado para o município a que se destinou o óleo diesel para a venda a varejo no Estado e aproveitamento indevido de créditos de ICMS, lançados no campo “outros créditos” do Livro Registro de Apuração, sem comprovação da origem, em desacordo com legislação do ICMS.

As notas fiscais, os valores, os respectivos municípios de destino, a base de cálculo correspondente à complementação e o ICMS/ST encontram-se relacionados nos Quadros Anexo I, elaborados mensalmente: mês setembro/99, fls. 24/41; outubro/99, fls. 42/74; novembro/99, fls. 108/139; dezembro/99, fls. 140/172; janeiro/2000, fls. 173/183; fevereiro/2000, fls. 184/195; e março/2000, fls. 196/208 (PTA 01.000136446-19).

O cálculo relativo ao ICMS/ST complementar encontra-se demonstrado, conforme a seguinte equação:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ICMS/ST (complementação) = Quantidade x (preço máximo para venda a consumidor no município de destino) x 18% - Quantidade x (menor preço máximo de venda a consumidor neste Estado) x 18%.

A relação dos preços máximos fixados, pelos Ministérios de Minas e Energia e da Fazenda (Portarias nºs 295 de 05/08/1999 e 69 de 29/02/2000), para os diversos municípios do Estado de Minas Gerais, encontra-se acostada nos autos.

A Impugnante alega que a legislação citada no AI, não fixa valores para base de cálculo do ICMS para hipótese de substituição tributária. Os preços lançados na tabela apresentada referem-se a preços utilizados na bomba, ou seja, aplicados pelos revendedores aos consumidores finais. As vendas não se realizaram a revendedores mas sim diretamente da Impugnante, distribuidora, para consumidores.

Tais considerações, no entanto, não representam a verdade, uma vez que o sistema de produção, distribuição e comercialização de combustíveis tem particularidades que o tornam especial, sendo controlado, por determinação constitucional, pelo Ministério das Minas e Energia, por meio da Agência Nacional do Petróleo – ANP.

Assim, as regras de substituição tributária aplicáveis a estes produtos são específicas.

Os Estados e o Distrito Federal acordaram em atribuir à Petrobrás a responsabilidade pela retenção do imposto à título de substituição tributária, visando tornar mais efetivo o recolhimento do ICMS.

O óleo diesel tem seu preço de venda a consumidor fixado por autoridade competente, em portaria conjunta do Ministério das Minas e Energia e Ministério da Fazenda.

O preço praticado pela venda do combustível é diferente conforme o município em que o mesmo é revendido ao consumidor. Tal diferença existe em função do custo de transporte até cada município de destino. A Petrobrás não sabe de antemão em que município o óleo diesel será consumido.

Nos termos do disposto no art. 375 do RICMS/96, a legislação tributária determina que:

RICMS/96:

Anexo IX:

Da Base de Cálculo e Da Responsabilidade do Distribuidor:

Art. 375 - A base de cálculo do imposto, para efeito de retenção, é:

I – o preço máximo ou único de venda a consumidor neste Estado, fixado pela autoridade competente, observado o disposto no § 1º;

§ 1º - Na hipótese do inciso I, em relação ao óleo_diesel, não havendo conhecimento prévio do destino final da mercadoria pelo sujeito passivo por substituição, será por este utilizado como base de cálculo o menor preço máximo de venda a consumidor neste Estado, fixado pela autoridade competente, ficando o estabelecimento distribuidor responsável pelo recolhimento do imposto correspondente:

à diferença entre esse valor e o que for fixado pela autoridade competente para a venda a consumidor no município de destino (grifos nossos).

Assim, a substituição tributária é feita em duas etapas:

1ª Etapa – A refinaria faz a retenção inicial, tendo por base de cálculo inicial o menor preço máximo de venda a consumidor em território mineiro (preço Betim).

2ª Etapa – A responsabilidade pelo recolhimento do ICMS devido pela complementação da base de cálculo inicial e o respectivo preço fixado pela ANP para venda a consumidor no município de destino, é atribuída à empresa distribuidora.

Há uma base inicial e sua complementação, que somadas, formam a base de cálculo presumida, e por consequência, a substituição tributária.

O dispositivo legal transcrito determina que o distribuidor é responsável pelo recolhimento do ICMS/ST correspondente à diferença entre o *menor preço máximo de venda a consumidor* neste Estado e o *preço de venda a consumidor no município de destino*. O item 1 do § 1º do artigo 375, do RICMS/96, se refere a preço de venda a *consumidor* fixado no município de destino, sendo *irrelevante* o fato da mercadoria se destinar a grandes indústrias, transportadores, empresas de ônibus ou posto revendedor.

Nos termos da legislação tributária vigente, art. 375, § 1º, item 1 do RICMS/96, a substituição tributária relativa ao óleo diesel, tem por objetivo substituir a operação de venda a consumidor em Minas Gerais.

Dessa forma, ocorre o fato gerador presumido quando da venda a consumidor, não importando se este é um “pequeno” ou “grande” consumidor, ou se a venda é feita através da distribuidora ou dos postos revendedores.

Portanto, o distribuidor é responsável pelo recolhimento correspondente à diferença, de forma complementar.

Assim sendo, reputam-se corretas as exigências fiscais referentes ao ICMS e MR capitulada no art. 56, inciso II, § 2º, do RICMS/96, nos estritos termos da legislação tributária relativa à matéria.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Por outro lado, a Impugnante alega que creditou-se legitimamente das diferenças entre a carga tributária paga, por meio de substituição tributária, e não repassada ao preço de venda, nas operações de vendas da distribuidora diretamente a consumidores.

Cita o disposto no art. 150, § 7º, da CF/88 e art. 10, § 1º da Lei Complementar 87/96, por entender que tais dispositivos autorizam a contribuinte a se creditar unilateralmente nos seus livros fiscais.

Esclarece que os creditamentos feitos na coluna “outros créditos” do Livro Registro de Apuração, devem-se a inoccorrência dos fatos geradores do ICMS no que se refere ao lucro dos revendedores de óleo diesel, tendo a Impugnante arcado, através da substituição tributária com a carga tributária, o que a torna credora da diferença.

Argumenta que nos casos em que a base de cálculo aplicada for menor que o preço efetivamente praticado na venda, a distribuidora tem a obrigação de recolher o complemento do tributo. Quando o preço aplicado for menor, a contribuinte tem o direito de buscar o tributo recolhido a mais, sob pena de ferir o princípio da não-cumulatividade do ICMS.

Entende que é legítimo o creditamento da diferença de imposto cobrado por substituição tributária com base em valor presumido, quando o valor final de venda for inferior, como é o caso das vendas da Impugnante a consumidor.

O entendimento da Autuada não procede, tendo em vista que a venda de óleo diesel para “consumidores” por preços menores do que o valor da base de cálculo do ICMS/ST retido e recolhido pela refinaria, não autoriza a Autuada a creditar-se unilateralmente, em sua escrita fiscal dos valores relativos a esta diferença sem emissão de qualquer documento e sem fazer qualquer solicitação ou comunicação ao Fisco.

A base de cálculo do ICMS/ST, nas operações com óleo diesel é o preço máximo de venda fixado pelo governo federal, nos termos do art. 375, inciso I, do RICMS/96, e § 2º do art. 8º da Lei Complementar nº 87/96, portanto, não justifica qualquer acerto por parte da Impugnante.

A Impugnante alega que na substituição tributária dos combustíveis há a presunção de que ocorra a cadeia de operações: refinaria – distribuidora – postos revendedores – consumidores.

Entretanto, há de se ressaltar que o número de operações, quantas e quais, não se presume, pois para a substituição tributária instituída nas operações com óleo diesel existe apenas a presunção de que toda a cadeia ocorra dentro do Estado.

Ressalte-se, ainda, que nos termos do art. 34 do RICMS/96, o ICMS/ST é definitivo, nem o Estado estará sujeito à qualquer restituição, nem o contribuinte a qualquer complementação, salvo no caso de inoccorrência do fato gerador presumido.

CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Portanto, a Autuada não tem direito ao aproveitamento dos créditos lançados no campo “outros créditos” do Livro Registro de Apuração, nos períodos apontados nos Autos de Infração, uma vez que a base de cálculo do ICMS/ST é o preço máximo de venda fixado pelo governo federal.

A Impugnante entende que houve inoccorrência de algum fato gerador presumido.

As vendas foram feitas a consumidores localizados no Estado de Minas Gerais, portanto o fato gerador presumido ocorreu.

Mas, ainda que não tivesse ocorrido, não poderia a Autuada creditar-se de tais valores unilateralmente, sem emitir o documento fiscal próprio e sem prestar qualquer informação ou comunicação ao Fisco.

Destaca-se que, nos termos do art. 150, § 7º, da CF/88, art. 10, § 1º da LC 87/96, a restituição não pode ser executada unilateralmente contra o Estado, como fez a Autuada. Depende da formulação de pedido. E apenas se não decidido no prazo de noventa dias é que pode a Autuada creditar-se, sob condição do deferimento.

A Legislação Tributária vigente estabelece em seu art. 28 e art. 349, 352, 354 e 355 do Anexo IX, todos do RICMS/96, que a Contribuinte tem direito à restituição nos casos de inoccorrência do fato gerador presumido, mas este direito está condicionado à emissão de documento fiscal pela Autuada, bem como à apresentação do mesmo para ser visado pela Administração Fazendária de sua circunscrição.

Desta forma, o aproveitamento dos créditos a título de restituição do ICMS/ST, nos casos de inoccorrência de fato gerador presumido, está condicionado à emissão de documento fiscal pela Impugnante, bem como à apresentação destes à repartição fazendária para ser visado, nos termos dos art. 352 e seguintes do RICMS/96.

Como já mencionado anteriormente, as vendas realizadas pela Autuada foram feitas a consumidores localizados no Estado de Minas Gerais, portanto o fato gerador presumido do ICMS/ST ocorreu.

A Autuada somente teria direito ao aproveitamento dos créditos no caso de inoccorrência de fato gerador presumido, mas este não é o caso dos autos.

Ademais, para fazer jus a este direito a Impugnante deveria ter observado a legislação tributária relativa à matéria. Entretanto, a Autuada não emitiu nenhum documento e, por consequência, não os apresentou à repartição fazendária de sua circunscrição, para o devido visto.

Portanto, a Impugnante não tem direito ao aproveitamento dos créditos lançados no campo “outros créditos” do Livro Registro de Apuração, no período de novembro/1996 a abril/2000, uma vez que o fato gerador presumido ocorreu nas

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

operações efetivadas pela Autuada, e ainda, que a base de cálculo do ICMS/ST é o preço máximo de venda fixado pelo governo federal.

O pedido de prova pericial não foi abordado como tal, haja vista que, não obstante a Impugnante ter elencado a finalidade desejada em requerer tal expediente, conclui-se que não foram apontados de forma precisa os quesitos para a análise de Perícia, assim entendido nos termos do artigo 98, inciso III da CLTA/MG e art. 1º da Portaria n.º 01/88 do CC/MG.

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

Diante do exposto, ACORDA 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedentes os Lançamentos. Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros Antônio César Ribeiro, Luiz Fernando Castro Trópia e Cleusa dos Reis Costa. Pela Fazenda Estadual, sustentou oralmente a Drª Ilma Maria Corrêa da Silva.

Sala das Sessões, 21/02/01.

Roberto Nogueira Lima
Presidente/Relator

L