

Acórdão: 15.782/02/1^a
Impugnação: 40.010107365-06
Impugnante: Oil Petro Brasileira de Petróleo Ltda
Proc. S. Passivo: José Antônio dos Santos/Outros
PTA/AI: 01.000138551-64
CNPJ: 96.585765/0002-90
Origem: AF/ Belo Horizonte
Rito: Ordinário

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - COMBUSTÍVEL - OPERAÇÃO INTERESTADUAL - FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO ICMS/ST. Evidenciada a remessa de combustíveis (álcool hidratado, óleo diesel e gasolina) por estabelecimento distribuidor do Estado de São Paulo a contribuintes varejistas mineiros sem a retenção e o recolhimento do imposto por substituição tributária, em desacordo com os Convênios CONFAZ 105/92, 03/99 e legislação tributária estadual. Acolhimento parcial das razões da Impugnante conforme reformulação do crédito tributário promovida pelo Fisco. Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre falta de recolhimento do ICMS devido a título de substituição tributária em decorrência das vendas de combustível (álcool hidratado, óleo diesel e gasolina) destinadas ao Estado de Minas Gerais no período aberto de 01.04.98 a 31.12.00, em desacordo com o Convênio Confaz 105/92, 03/99 e Legislação Estadual. Exige-se ICMS e MR(100%).

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 76 a 90, contra a qual o Fisco apresenta manifestação às fls. 104 a 110.

A Auditoria Fiscal solicita diligência à fl. 245, que resulta na manifestação de fl. 247 e apresentação dos documentos de fls. 251 a 318.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 321 a 330, opina pela procedência parcial do lançamento, para acatar as reformulações do crédito tributário procedidas pelo Fisco às fls. 111 e 247 dos autos.

DECISÃO

Trata o presente Auto de Infração da exigência de ICMS/ST e MR/ST tendo em vista a falta de recolhimento do ICMS devido a título de substituição tributária em decorrência das vendas de combustível (álcool hidratado, óleo diesel e gasolina) destinadas ao Estado de Minas Gerais no período aberto de 01.04.98 a 31.12.00, em desacordo com o Convênio Confaz 105/92, 03/99 e Legislação Estadual.

Em preliminar

A Impugnante argumenta que o Auto de Infração carece de provas documentais ou periciais contábeis que corroborem as acusações, que os demonstrativos e anexos são inconsistentes, não estando evidenciada qual foi a origem dos dados que os compõem, caracterizando cerceamento de defesa (quebra do contraditório garantido pela CF/88).

Ainda em preliminar, alega a falta de validade do Auto de Infração por ofensa aos artigos 57 e 58 da CLTA/MG, uma vez que a autoridade fiscal não cuidou de especificar concretamente quais dispositivos legais foram infringidos, o que também cerceia o direito de defesa, configurando vício não sanável, que impõe a aplicação do parágrafo único do artigo 60 do diploma legal retrocitado.

Reza o parágrafo único do artigo 60 da CLTA/MG que “*verificada a insubsistência ou vício não sanável do AI, o chefe da repartição fazendária de formação do PTA determinará, mediante despacho fundamentado, o seu arquivamento...*”.

Por outro lado, o *caput* do mesmo artigo dispõe que “*as incorreções ou as omissões da peça fiscal não acarretarão a sua nulidade, quando nela constarem elementos suficientes para determinar com segurança a natureza da infração argüida*”.

Da análise do relatório do Auto de Infração, que inclusive foi transcrito pela Impugnante ao tratar “DOS FATOS” na peça de defesa apresentada, consta expressamente a infração praticada, ou seja, que “o contribuinte deixou de recolher o ICMS devido a título de substituição tributária em decorrência das vendas de combustível (álcool hidratado, óleo diesel e gasolina) destinadas ao estado de Minas Gerais no período aberto de 01.04.98 a 31.12.00”.

Consta ainda, no mesmo relatório, que tal procedimento está em desacordo com “o convênio CONFAZ 105/92, 03/99 e legislação estadual”.

O conteúdo do relatório demonstra, portanto, que a infração cometida foi devidamente relatada, constituindo-se na falta de recolhimento do ICMS devido a título de substituição tributária, conforme determinação dos convênios CONFAZ mencionados, o que atende perfeitamente a exigência constante do *caput* do artigo 60 da CLTA/MG.

Por sua vez, a planilha “*Anexo III*” – fls. 15/75 – elaborada pelo Fisco traz relacionadas, uma a uma, as notas fiscais objeto da autuação, constando número, data

CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

de emissão, município destinatário, quantidade do produto, base de cálculo do ICMS/ST e ICMS/ST devido.

Obviamente, portanto, estas notas fiscais (emitidas pela própria impugnante) são a origem do crédito tributário e dos valores apurados, constantes das demais planilhas, que consolidam os valores apurados relativamente a cada um dos produtos a cada mês abatendo os valores que já foram declarados e/ou recolhidos pela Autuada – fls. 13/14 – e demonstram os valores devidos com a correspondente multa de revalidação e termo de início de correção monetária relativamente a cada exercício fiscalizado – fls. 10/12.

Apesar do crédito tributário estar suficientemente demonstrado e de constar da peça fiscal referência específica aos convênios CONFAZ 105/92 e 03/99, que são a origem da legislação estadual que rege a matéria, o Fisco houve por bem reratificar o lançamento original em duas ocasiões, de forma a remover qualquer causa possível de cerceamento de defesa, em ambas as oportunidades reabrindo o prazo original do AI de 30 dias para pagamento, parcelamento ou impugnação, providenciando também a anexação aos autos (por amostragem) de cópias das notas fiscais que serviram de base para a autuação – fls. 122/236 – além de memória de cálculo do ICMS/ST apurado para cada produto – fls. 122/130 – e cópias do “Anexo IV” entregue pela impugnante contendo a relação das operações com derivados de petróleo realizadas com adquirentes mineiros – fls. 251/319 – comprovando assim que as notas fiscais de combustíveis derivados de petróleo autuadas não foram relacionadas neste documento, portanto não há comprovação de que o imposto a elas relativo tenha sido recolhido para o Estado mineiro.

Por ocasião da primeira Reratificação – fls. 111 – além de expurgar da autuação os valores relativos ao ICMS/ST declarado (mas não pago) pela Autuada nos meses de out/nov/dez/00, que constituem crédito tributário não contencioso nos termos do inciso I do artigo 64 da CLTA/MG, o Fisco especificou que a penalidade aplicada é a prevista no inciso II do artigo 56 da Lei 6763/75 e no § 2º do mesmo artigo.

Esta preocupação em especificar a penalidade reflete até mesmo excesso de zelo por parte do Fisco, uma vez que já constava na peça original, em campo próprio, esta informação.

A segunda Reratificação – fls. 247 – cuidou de especificar os dispositivos legais específicos infringidos pela Autuada, uma vez que na peça original, embora houvesse referência expressa aos Convênios CONFAZ 105/92 e 03/99, foram relacionados no campo Infringências apenas dispositivos gerais relacionados com a obrigatoriedade de pagar o imposto nos prazos previstos na legislação tributária mineira.

Foram sanadas, assim, quaisquer omissões existentes no lançamento, sendo certo que desde o início a infração estava devidamente caracterizada, assim como a pessoa do infrator, não havendo razão à Impugnante quanto à sua arguição de nulidade do AI por vício não sanável, não se aplicando ao caso o disposto no parágrafo único do artigo 60 da CLTA/MG.

No mérito

Considerando-se o período autuado, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS/ST devido pelas operações subsequentes, nas remessas de combustíveis derivados ou não de petróleo a destinatários mineiros, era atribuída à Autuada, sendo a mesma distribuidora situada em outra unidade da federação, por força do disposto no artigo 192 inciso III alínea "b" (*vigente até 30.06.99 c/ redação dada pelo art. 10 do Dec. 39.529/97 e art. 13 do Dec. 39.184/97*) e artigo 372 inciso II alínea "b" (*a partir de 01.07.99, acrescido pelo art. 2º do Dec. 40.456/99*), todos do Anexo IX do RICMS/96.

Tal responsabilidade somente seria excluída em relação aos produtos derivados de petróleo cujo ICMS/ST já houvesse sido retido na origem, no caso da distribuidora cumprir as exigências regulamentares no sentido de elaborar relação mensal, por produto, das operações realizadas com tais mercadorias, conforme modelos instituídos pela legislação, entregando-os aos Fiscos de origem e de destino, bem como à refinaria, na condição de contribuinte substituto, para que esta última pudesse efetuar para o Estado mineiro o repasse do ICMS/ST originalmente retido.

Este procedimento estava disciplinado até 30.06.99 pelo artigo 195, passando após esta data a ser preconizado pelo artigo 379 c/c 396, todos do mesmo Anexo:

Efeitos de 01/09/97 a 30/06/99 - Redação dada pelo art. 13 e vigência estabelecida pelo art. 23, VI, ambos do Dec. nº 39.184, de 23/10/97, MG de 24 e ret. no de 22/11.

"Art. 195 - O distribuidor que promover a operação a que se refere o item 6 do § 3º do artigo 192 deste Anexo, deverá:"

Efeitos de 01/02/98 a 30/06/99 - Redação dada pelo art. 10 e vigência estabelecida pelo art. 19, IV, ambos do Dec. nº 39.529, de 06/04/98, MG de 07 e ret. no de 18.

"I - calcular o imposto a ser recolhido em favor deste Estado e informar no relatório a que se refere o inciso III, utilizando-se dos seguintes procedimentos:

a - adotar como preço de partida o valor utilizado pelo sujeito passivo por substituição na operação original para o contribuinte substituído, dele excluído o respectivo valor do ICMS;

b - adicionar ao valor referido na alínea anterior, o valor resultante da aplicação do correspondente percentual de agregação previsto para a operação interestadual, aplicável ao sujeito passivo por substituição;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

c - aplicar ao resultado obtido, conforme o previsto na alínea anterior, a alíquota vigente para as operações internas com a mercadoria neste Estado;"

Efeitos de 01/09/97 a 30/06/99 - Redação dada pelo art. 13 e vigência estabelecida pelo art. 23, VI, ambos do Dec. nº 39.184, de 23/10/97, MG de 24 e ret. no de 22/11.

"II - indicar, no campo "Informações Complementares" da nota fiscal, a seguinte expressão: "ICMS a ser recolhido nos termos do artigo 195, § 2º do Anexo IX do RICMS";

Efeitos de 01/02/98 a 30/06/99 - Redação dada pelo art. 10 e vigência estabelecida pelo art. 19, IV, ambos do Dec. nº 39.529, de 06/04/98, MG de 07 e ret. no de 18.

"III - elaborar mensalmente, por produto, Relatório das Operações Interestaduais de Combustível Derivado do Petróleo Realizadas por Distribuidora, conforme modelo constante da Parte 8 do Anexo XXIII;"

"IV - remeter, em meio magnético, observado, no que couber, o disposto no anexo VII deste Regulamento, até o dia 5 (cinco) de cada mês, o relatório de que trata o inciso anterior, referente ao mês antecedente, mediante aviso de recebimento, ao fisco deste Estado, observado o disposto no § 6º, e ao fisco do Estado de origem da mercadoria;"

"V - remeter ao sujeito passivo por substituição, até o dia 05 de cada mês, Resumo das Operações Interestaduais com Combustível Derivado do Petróleo Realizadas por Distribuidora, conforme modelo constante na Parte 8 do Anexo XXIII, contendo um resumo das operações realizadas para este Estado."

Efeitos a partir de 1º/07/99 - Acrescido pelo art. 2º e vigência estabelecida pelo art. 7º, ambos do Dec. 40.456, de 02/07/99 - MG de 03/07.

Art. 379 - O distribuidor de combustível ou o importador que promover operações de que trata esta Seção deverá entregar as informações relativas a essas operações, na forma e prazos estabelecidos na Seção VI deste Capítulo:

I - à Diretoria de Controle Administrativo Tributário da Superintendência da Receita Estadual (DICAT/SRE), em Belo Horizonte, na rua da Bahia, 1.816, 5º andar, Bairro Funcionários, CEP 30.160-011, "e-mail: stcombmig@sef.mg.gov.br";

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

II - à unidade da Federação de origem da mercadoria;

III - à refinaria de petróleo ou suas bases, na condição de sujeito passivo por substituição.

.....
.....
Art. 396 - O programa de computador para registro, em meio magnético, dos dados relativos às operações interestaduais com combustíveis derivados de petróleo, em que o imposto tenha sido retido anteriormente, ou com álcool anidro será aprovado, por meio de ato da Comissão Técnica Permanente do ICMS - COTEPE/ICMS, que estabelecerá os procedimentos relativos a sua utilização, à validação das informações geradas e sua reapresentação na hipótese de inconsistência dos dados.

§ 1º - A utilização do programa será obrigatória, a partir da data estabelecida no ato de que trata este artigo, devendo a refinaria de petróleo ou suas base, na condição de sujeitos passivos por substituição, e o TRR, o distribuidor e o importador, na condição de contribuintes substituídos, quando realizarem as operações referidas no caput, entregar as informações relativas às operações, em disquete ou por correio eletrônico, à Diretoria de Controle Administrativo Tributário da Superintendência da Receita Estadual (DICAT/SRE), em Belo Horizonte, na rua da Bahia, 1.816, 5º andar, Bairro Funcionários, CEP 30.160-011, "e-mail: stcombmg@sef.mg.gov.br".

§ 2º - O programa e as instruções para sua utilização, bem como suas eventuais alterações, ficarão disponíveis na Internet, em mídia magnética, no "site" da Secretaria da Fazenda deste Estado - "www.sef.mg.gov.br" -, permitida a sua livre reprodução.

Conforme o Art. 4º do Dec. 40.456, de 02/07/99 - MG de 03/07:

"Art. 4º - Excepcionalmente, enquanto o programa referido no artigo 396 do anexo IX do RICMS não for de uso obrigatório, as informações que seriam por ele geradas serão entregues utilizando-se dos relatórios e demonstrativos constantes da Parte 8 do Anexo XXIII, devendo o distribuidor de combustíveis, o TRR e o importador observarem, relativamente à forma e aos prazos, a disciplina estabelecida nos artigos 195 e 196 do Anexo IX do RICMS".

O que se extrai dos autos, é que a Autuada não cumpriu as disposições regulamentares, deixando de repassar de forma completa tais informações, tanto para a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

refinaria quanto para os Fiscos de origem e destino da mercadoria, de forma que a refinaria ficou impossibilitada de repassar integralmente o ICMS/ST devido para o Estado mineiro.

As cópias do documento denominado “*Anexo IV*” anexadas às fls. 251/319 demonstram que as notas fiscais relativas a remessas de produtos derivados de petróleo autuadas não se encontram nele relacionadas, portanto não foram informadas à refinaria, para que esta pudesse efetuar o repasse do imposto correspondente a este Estado.

Aplica-se ao caso, portanto, o disposto no § 1º do artigo 195 do Anexo IX do RICMS/96 (*vigente até 30.06.99*) e no artigo 401 do mesmo anexo (*vigente daquela data em diante*), conforme transcrito abaixo, tornando lícita a exigência fiscal consubstanciada no Auto de Infração:

Efeitos de 01/02/98 a 30/06/99 – Redação dada pelo art. 10 e vigência estabelecida pelo art. 19, IV, ambos do Dec. nº 39.529, de 06/04/98, MG de 07 e ret. no de 18.

Art. 195.

.....
§ 1º – O disposto no caput e nos incisos deste artigo não exclui a responsabilidade do contribuinte remetente pela omissão ou pela apresentação de informações falsas constantes do relatório ou demonstrativo de que tratam os incisos III e V, podendo, neste caso, ser cobrado diretamente do remetente o imposto devido na operação por ele realizada

Efeitos a partir de 1º/07/99 – Acrescido pelo art. 2º e vigência estabelecida pelo art. 7º, ambos do Dec. 40.456, de 02/07/99 – MG de 03/07.

Art. 401 – O disposto nas Seções IV e V deste Capítulo não exclui a responsabilidade do distribuidor, do importador ou do TRR, pela omissão ou pela apresentação de informações falsas ou inexatas, podendo, neste caso, ser diretamente deles exigido o imposto devido na operação por eles realizada, com os respectivos acréscimos legais."

Em relação aos produtos derivados de petróleo, portanto, o Fisco apurou o crédito tributário exigido no AI através do levantamento das notas fiscais emitidas pela Autuada no período fiscalizado, coletadas pelos postos fiscais e unidades fazendárias, quando as mercadorias adentraram o território mineiro, que não se encontram relacionadas no documento denominado “*Anexo IV*”, destinado a repassar as informações à refinaria.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No caso do álcool, o Fisco apurou o crédito tributário exigido no AI através da comparação do ICMS/ST devido pelas remessas de álcool hidratado constantes das notas fiscais emitidas pela Autuada, coletadas pelos postos fiscais e unidades fazendárias quando as mercadorias adentraram o território mineiro, e o valor declarado nos DAPI/ST do período autuado. Não cabe a compensação de valores conforme requerido pela Autuada, uma vez que as notas fiscais coletadas não abrangem todo o universo de documentos por ela emitidos, não havendo qualquer comprovação de que foi efetuado recolhimento a maior.

A apuração do ICMS/ST devido após às reratificações está devidamente demonstrada na planilha de fls. 118/119 e nos demonstrativos de fls. 115/117, sendo que a relação das notas fiscais autuadas encontra-se às fls. 15/75 dos autos.

A base de cálculo utilizada foi devidamente demonstrada às fls. 122/130, atendendo as disposições contidas no artigo 193 (*vigente até 30.06.99*) e 375 (*vigente a partir de 01.07.99*), ambos do Anexo IX do RICMS/96.

Estão corretas, portanto, as exigências de ICMS/ST e MR/ST constantes do Auto de Infração, estando a penalidade aplicada prevista no artigo 56, inciso II, § 2º, da Lei 6763/75.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o Lançamento para considerar as reformulações do crédito tributário promovidas pelo Fisco às fls. 111, nos termos do parecer da Auditoria Fiscal. Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros Thadeu Leão Pereira (Revisor), Cláudia Campos Lopes Lara e Wagner Dias Rabelo.

Sala das Sessões, 29/08/02.

**José Luiz Ricardo
Presidente/Relator**

JLR/EJ/DTD