

Acórdão: 15.254/02/2.^a
Impugnação: 40.010108537-31
Impugnante: Chebabe Distribuidora de Petróleo S.A.
Proc. S. Passivo: Lucas da Silva Cerqueira
PTA/AI: 01.000137034-45
Inscrição Estadual: 195.991352.0011
Origem: DIF - BHTE
Rito: Ordinário

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - COMBUSTÍVEIS - OPERAÇÕES INTERESTADUAIS - VALOR DE REPASSE DE ICMS/ST A MENOR. Remessas de gasolina e óleo diesel a varejistas mineiros, por contribuinte sediado em outra Unidade da Federação, com informação à menor, à PETROBRAS, do ICMS relativo à substituição tributária devido a este Estado. Infração caracterizada. Corretas as exigências de ICMS e da multa de revalidação prevista no art. 56, § 2.º, da Lei 6763/75. Excluída a exigência relativa à multa isolada prevista no art. 55, VII, da mesma Lei, face à sua inaplicabilidade.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - FALTA DE ENTREGA DE DAPI/ST. Falta de entrega de DAPI/ST, ensejando a aplicação da multa isolada prevista no art. 54, VIII, "a", da Lei 6.763/75. Infração caracterizada. Exigência fiscal mantida.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Motivos da autuação (AI – fl. 02): “Constatou-se que a Autuada informou, a esta UF, o valor de base de cálculo do ICMS/ST inferior ao efetivo valor da operação, conforme preceitua o Convênio ICMS 105/92 e suas alterações, bem como o art. 13, § 2.º, da Lei n.º 6.763/75 e o art. 375, I (redação anterior no art. 193, I), do Anexo IX, do Decreto n.º 38.104/96 e, ainda, não enviara DAPI/ST referente aos meses de 01/99, 02/99, 03/99, 04/99, 06/99, 07/99, 11/99 e 12/99.”

Inconformada com as exigências fiscais, a Autuada apresenta, tempestivamente, através de procurador regularmente constituído, impugnação às fls. 585/593, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 627/633.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 642/649, opina pela procedência parcial do Lançamento, no sentido de se excluir a exigência relativa à multa isolada prevista no art. 55, VII, da Lei 6763/75.

DECISÃO

PRELIMINARES

A Impugnante argüi a nulidade da peça fiscal ao argumento de que a lavratura do Auto de Infração ocorreu fora do âmbito de seu estabelecimento e por não ter sido previamente intimada, juntamente com a PETROBRAS, a prestar esclarecimentos sobre as irregularidades detectadas.

Evidentemente, tal pretensão não merece acolhida. Primeiramente, por não se tratar de ação fiscal movida por “flagrante”, mas por fiscalização verticalizada, que envolveu análise de notas fiscais, de relatórios emitidos pela Autuada e pela PETROBRAS, bem como de banco de dados de recolhimentos junto à SEF, além de inúmeros cálculos levados a efeito sob comando de Portarias Interministeriais diversas e à luz de disposições contidas em Convênios e na legislação tributária vigente.

A fiscalização desenvolvida, foi concretizada em estrita observância à legislação aplicável.

Perceba-se que, por se tratar de contribuinte sediado no Estado da Bahia, o Fisco providenciou, inicialmente, o prévio credenciamento junto à Secretaria de Estado da Fazenda daquele Estado (fl. 58), lavrando, posteriormente, o Termo de Início de Ação Fiscal – TIAF (fl. 06), conforme determinações contidas nas Cláusulas nona e Segunda, dos Convênio ICMS 81/93 e 93/97, respectivamente.

Além disto, o Auto de Infração contém todos os requisitos exigidos no art. 57, c/c art. 58, da CLTA/MG.

Por outro lado, seja no CTN, seja na CLTA/MG, não há qualquer imposição no sentido de que o Auto de Infração seja expedido no estabelecimento autuado ou que devam ser solicitados esclarecimentos prévios ao sujeito passivo, como condição de validade da formalização do lançamento, via Auto de Infração.

Não há qualquer ofensa ao contraditório. Após a expedição do Auto de Infração, a Autuada foi regularmente intimada (fls. 583/584), fato que a levou a apresentar sua impugnação, instaurando o contencioso administrativo fiscal, que ora se julga, em obediência ao princípio da ampla defesa.

Portanto, há que ser rejeitada a argüição de nulidade do Auto de Infração.

MÉRITO

O trabalho fiscal consiste basicamente em duas acusações:

1) utilização de base de cálculo a menor do que a fixada pela legislação para cálculo do repasse do ICMS/ST a Minas Gerais, pelo substituto tributário, relativamente às vendas de gasolina e óleo diesel para varejistas mineiros, durante os exercícios de 1.998 e 1.999;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

2) Falta de entrega de DAPI/ST referente aos meses de janeiro a abril, junho e julho, e novembro e dezembro, do exercício de 1999.

Item 1:

Com base nas notas fiscais acostadas às fls. 62/582, relativas às operações praticadas pela Impugnante com contribuintes mineiros, o Fisco efetuou a conferência da base de cálculo para cada operação, por tipo de combustível.

Para as operações relacionadas com óleo diesel, o Fisco elaborou a planilha de fls. 07/14, indicando cada nota fiscal, a data da operação, o município mineiro de destino do combustível, a base de cálculo do ICMS relativo à substituição tributária e o valor do imposto devido para cada operação.

Na referida planilha, a coluna “valor unitário” refere-se ao preço máximo a consumidor, fixado para o litro do diesel, para cada um dos municípios destinatários, conforme norma estabelecida na Cláusula Segunda, do Convênio ICMS 105/92:

“Convênio ICMS 105/92 – Cláusula Segunda – A base de cálculo é o preço máximo ou único de venda a consumidor fixado pela autoridade competente.”

Importante ressaltar que o preço máximo a consumidor do óleo diesel e os preços de “partida” nas refinarias da gasolina, são fixados periodicamente através de Portarias editadas pelo Ministério de Minas e Energia e da Fazenda.

“OS MINISTROS DE ESTADO DE MINAS E ENERGIA E DA FAZENDA, no uso das atribuições que lhes são conferidas pelo art. 87, parágrafo único, inciso II, da Constituição, e tendo em vista o disposto no art. 3º, inciso III, da Lei nº 8.178, de 1º de março de 1991, no art. 70, incisos I e II, da Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995, combinado com o disposto no Decreto nº 1.849, de 29 de março de 1996, no art. 69 da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, e nos arts. 3º e 4º, inciso I, da Portaria MF nº 463, de 6 de junho de 1991, resolvem:

Art. 1º Os preços de faturamento das gasolinas, óleo diesel e gás liquefeito de petróleo (GLP) nas refinarias produtoras, demais produtores e importadores, constantes no Anexo I da Portaria Interministerial MME/MF nº xxx, passam a vigorar com os valores indicados no Anexo I a esta Portaria.

Art. 2º Os preços máximos de venda de óleo diesel ao consumidor passam a vigorar com os valores indicados no Anexo II a esta Portaria.” (G.N.)

Relativamente às operações com gasolina, o Fisco demonstra às fls. 15/18, para cada nota fiscal, o valor do ICMS devido a título de substituição tributária.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Para a gasolina “C”, obtida do acréscimo de álcool anidro à gasolina “A”, toma-se como referência o preço unitário da gasolina “A” nas Refinarias (fls. 54/55), sem o ICMS, fixado pelas portarias acima mencionadas, agregando-se a este valor a margem de lucro estipulada na legislação vigente.

Não obstante as observações acima, o Convênio ICMS 105/92, disciplina de forma clara a base de cálculo que deve ser adotada em casos da espécie:

Cláusula décima primeira - O contribuinte substituído que promover a operação a que se refere o item 3 do § 2º da cláusula primeira deverá:

Nova redação dada ao inciso I pelo Conv. ICMS 130/97, efeitos a partir de 01.02.98.

I - calcular o imposto a ser recolhido em favor da unidade federada de destino e informar no relatório citado no inciso III, adotando os 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;

c) aplicar ao resultado obtido, conforme o previsto na alínea anterior, a alíquota vigente para as operações internas com a mercadoria na unidade federada de destino;” (G.N.)

Os cálculos efetuados pelo Fisco, para efeitos de verificação do ICMS/ST devido ao Estado de Minas Gerais, seguem a metodologia contida na norma acima transcrita.

Apurados os valores mensais de ICMS/ST devidos, os dados consolidados foram transportados para a planilha de fl. 19, onde foram cotejados com os valores declarados pela Impugnante e as diferenças encontradas foram especificadas à fl. 21, onde está indicado o total do crédito tributário.

À fl. 20, o Fisco anexa as notas explicativas relativas ao cotejamento efetuado.

O Quadro abaixo demonstra, de maneira resumida, a fonte dos dados relativos ao ICMS/ST declarados pela Impugnante:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Período	IMCS/ST – Total Declarado	Fonte	Emitente	Observação
Jun/98	R\$ 0,00	Anexo VII ⁽¹⁾ – fl. 22	PETROBRAS	Não consta nenhum repasse da PETROBRAS, relativo às operações praticadas pela Impugnante
Jul/98	R\$ 42.742,00	Anexo V ⁽²⁾ – fl. 23, ratificado pelo Anexo VII – fl. 24	Impugnante – PETROBRAS	Para a gasolina, a Impugnante declarou valor superior ao apurado pelo Fisco, o qual foi abatido da diferença relativa ao óleo diesel
Ago/98	R\$ 40.673,43	Anexo VII – fl. 25	PETROBRAS	Valor superior ao apurado pelo Fisco, sendo compensado com a diferença apurada no mês subsequente.
Set/98	R\$ 56.594,54	Anexo V ⁽³⁾ – fl. 27, ratificado pelo Anexo VII – fl. 28	Impugnante – PETROBRAS	
Out/98	R\$ 91.324,76	Anexo VII – fl. 29	PETROBRAS	
Nov/98	R\$ 57.771,23	Anexo V – fl. 31, ratificado pelo Anexo VII – fl. 30	Impugnante – PETROBRAS	Valor superior ao apurado pelo Fisco, sendo compensado com a diferença apurada no mês subsequente.
Dez/98	R\$ 39.570,44	Anexo V – fl. 33, ratificado pelo Anexo VII – fl. 32	Impugnante – PETROBRAS	
Jan/99	R\$ 46.739,11	Anexo V – fl. 35, ratificado pelo Anexo VII – fl. 34	Impugnante – PETROBRAS	
Fev/99	R\$ 51.856,66	Anexo IV – fls. 38/44, ratificado pelo Anexo VII – fl. 36	Impugnante – PETROBRAS	
Mar/99	R\$ 71.450,88	Anexo VII – fl. 45	PETROBRAS	Valor superior ao apurado pelo Fisco, sendo compensado com a diferença apurada no mês subsequente.
Abr/99	R\$ 0,00	Anexo VII – fl. 46	PETROBRAS	
Mai/99	R\$ 18.407,67	Anexo V – fl. 48, ratificado pelo Anexo VII – fl. 47	Impugnante – PETROBRAS	
Jun/99	R\$ 12.966,47	Anexo V – fl. 50, ratificado pelo Anexo VII – fl. 49	Impugnante – PETROBRAS	Valor superior ao apurado pelo Fisco, sendo compensado com a diferença apurada no mês subsequente.
Jul/99	R\$ 9.338,80	Anexo VII – fl. 51	PETROBRAS	

(1) Anexo VII – Cláusula décima Segunda, § 2.º - Convênio ICMS 105/92 – Indica o total repassado pela PETROBRAS ao Estado destinatário do combustível, de acordo com informações prestadas pelas distribuidoras;

CONSELHO DE CONTRIBUINTE DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(2) Anexo V – Cláusula décima primeira, inciso V – Convênio ICMS 105/92 – De emissão das distribuidoras, Indica, de forma sintética, o valor do ICMS/ST devido ao Estado destinatário do combustível comercializado;

(3) Anexo IV – Cláusula décima primeira, inciso III – Convênio ICMS 105/92 – De emissão das distribuidoras, indica, de forma analítica, as operações realizadas com contribuintes de outros Estados e o valor do ICMS/ST devido.

À fl. 588, a Impugnante afirma que *“refez os Anexos IV e V, encontrando outra base de cálculo, cujo Anexo V foi encaminhado à PETROBRAS, a fim de que a refinaria faça os repasses para o Estado de Minas Gerais dos créditos constantes do Auto de Infração”*.

Continuando sua peça defensiva, a Impugnante relaciona às fls. 589/590, para cada período objeto da autuação, os valores que entende como corretos e que deveriam ter sido repassados à Minas Gerais, reconhecendo (fl. 591) que deve a este Estado a quantia de R\$ 69.929,20, a título de ICMS/ST, *“e não o valor absurdo e irreal constante do Auto de Infração”*.

Embora tenham sido refeitos, no intuito de melhor esclarecer os fatos, uma análise dos valores apontados pela Impugnante (fls. 589/590) é bastante esclarecedora:

- 1) 06/98 – R\$ 31.500,66: coincide com o valor apurado pelo Fisco (fl. 19);
- 2) 07/98 – R\$ 46.192,90: coincide com o valor apurado pelo Fisco (fl. 19);
- 3) 08/98 – R\$ 42.371,61: valor superior ao apurado pelo Fisco (R\$ 37.162,15);
- 4) 09/98 – R\$ 61.440,35: valor superior ao apurado pelo Fisco (R\$ 60.465,09);
- 5) 10/98 – R\$ 97.824,23: coincide com o valor apurado pelo Fisco (fl. 19);
- 6) 11/98 – R\$ 57.729,91: valor superior ao apurado pelo Fisco (R\$ 55.008,32);
- 7) 12/98 – R\$ 62.548,13: valor superior ao apurado pelo Fisco (R\$ 61.049,60);
- 8) 01/99 – R\$ 73.986,12: valor superior ao apurado pelo Fisco (R\$ 72.967,47);
- 9) 02/99 – R\$ 69.013,54: coincide com o valor apurado pelo Fisco (fl. 19);
- 10) 03/99 – R\$ 57.872,96: valor superior ao apurado pelo Fisco (fl. 19);
- 11) 04/99 – R\$ 25.653,37: coincide com o valor apurado pelo Fisco (fl. 19);
- 12) 05/99 – R\$ 19.601,36: coincide com o valor apurado pelo Fisco (fl. 19);
- 13) 06/99 – R\$ 12.937,10: coincide com o valor apurado pelo Fisco (fl. 19);
- 14) 07/99 – R\$ 9.388,80: coincide com o valor apurado pelo Fisco (fl.19).

Ora, ao contrário do alegado pela Impugnante, os números por ela apresentados acabam por ratificar o feito fiscal, uma vez que os valores que seriam corretos, segundo sua visão, ou são exatamente os mesmos apontados pelo Fisco, ou são a eles superiores.

Se a Impugnante tem direito a ressarcimento, junto à PETROBRAS, do ICMS/ST retido originalmente ao Estado da Bahia, quando da aquisição dos produtos junto à aludida refinaria, tal fato não afeta o presente crédito tributário.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Se efetivamente possui este direito, a Impugnante deve procurar se ressarcir junto à PETROBRAS, nos termos do inciso II, do § 1.º, da Cláusula décima segunda, do Convênio ICMS 105/92, in verbis:

"Cláusula décima Segunda - O sujeito passivo por substituição que tiver originalmente retido o imposto do contribuinte remetente, de posse dos dados mencionados nos incisos III ou V da cláusula anterior, deverá:

(...)

§ 1º Se o valor do imposto recolhido à unidade federada de destino for diverso do imposto cobrado na unidade de origem :

Nova redação dada ao inciso I pelo Conv. ICMS 52/97, efeitos a partir de 16.06.97.

(...)

II - se inferior, a diferença será ressarcida ao contribuinte substituído pelo sujeito passivo por substituição, nos termos previstos na legislação da unidade federada de origem." (G.N.)

Por todo o exposto, o ICMS apurado pelo Fisco demonstra-se correto, sendo legítima a sua exigência, assim como da multa de revalidação prevista no art. 56, § 2.º, da Lei 6763/75.

Quanto ao possível caráter confiscatório da multa de revalidação, trata-se de discussão inócua na esfera administrativa, por força do art. 88, da CLTA/MG.

Quanto à exigência de ICMS/ST e acréscimos fazer-se diretamente da Distribuidora, embora tenha operado com mercadorias adquiridas já com o imposto retido, está o procedimento correto, tendo em vista as disposições contidas no Convênio 105/92 (§ 2º, da cláusula 11ª), do Convênio 03/99 (cláusula 19ª) e do RICMS/96 (art. 401, do Anexo IX).

No entanto, a multa isolada aplicada, capitulada no art. 55, VII, da Lei 6763/75, não se coaduna com a tipificação contida no referido dispositivo legal.

"Art. 55 - As multas, para as quais se adotará o critério a que se refere o inciso II, do artigo 53, serão as seguintes:

(...)

VII - por consignar em documento fiscal importância diversa do efetivo valor da operação ou quantidade de mercadoria inferior à efetivamente saída - 40% (quarenta por cento) do valor da diferença apurada;" (G.N.)

Não se pode afirmar que os valores das operações praticadas pela Autuada sejam diversos daqueles consignados em suas notas fiscais.

O que se sabe é que as informações repassadas pela Impugnante à PETROBRAS, no que tange à base de cálculo e respectivo valor do ICMS/ST devido a

CONSELHO DE CONTRIBUINTE DO ESTADO DE MINAS GERAIS

este Estado, são distintos dos efetivamente apurados, mas isto não significa que as operações foram realizadas com valores distintos dos consignados nos documentos fiscais.

A base de cálculo do montante do repasse do ICMS para Minas Gerais é um valor presumido, que não se identifica, necessariamente, com o efetivo valor praticado pela Distribuidora em operações com contribuintes mineiros.

Desta forma, decide esta Câmara, pela exclusão, do montante do crédito tributário, do valor relativo à multa isolada prevista no art. 55, VII, da Lei 6763/75.

Item 2:

Quanto à imputação de não entrega de DAPI/ST nos meses de janeiro a abril, junho/julho e novembro/dezembro de 1.999, a Impugnante não se manifesta. Correta, assim, a imposição da multa isolada prevista no art. 54, VIII, "a", da Lei 6.763/75, uma vez caracterizada a inadimplência da obrigação acessória.

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

Diante do exposto, ACORDA a 2.^a Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as arguições de nulidade da intimação do Auto de Infração. No mérito, também à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o Lançamento, para excluir a exigência relativa à multa isolada prevista no art. 55, VII, da Lei 6763/75. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Luiz Fernando Castro Trópia (Revisor) e Roberto Nogueira Lima.

Sala das Sessões, 11/12/02.

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente

José Eymard Costa
Relator

MG