

Acórdão: 15.335/02/3^a
Impugnação: 40.010106466.71
Impugnante: Total Distribuidora Ltda
Proc. S. Passivo: Fernando de Oliveira Barros/Outra
PTA/AI: 01.000138532-69
Inscrição Estadual: 195.994713.0011
Origem: DIF/ Diretoria de Fiscalização
Rito: Ordinário

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - COMBUSTÍVEL - BASE DE CÁLCULO - INFORMAÇÃO INEXATA À REFINARIA. Constatado repasse de ICMS/ST a menor do que o devido ao Estado de Minas Gerais, pelo sujeito passivo por substituição (Refinaria), em razão de informação errônea encaminhada ao mesmo pela Autuada, através do relatório próprio, referente ao ICMS a ser repassado, em função de utilização de base de cálculo inferior à estabelecida na legislação pertinente, capitaneada pelo Convênio ICMS 105/92. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação em dobro e Multa Isolada prevista no inciso VII do artigo 55 da Lei 6763/75. Infração plenamente caracterizada, com a ressalva da exclusão da Multa Isolada exigida por não se aplicar ao caso em questão. Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre recolhimento de ICMS/ST sobre vendas de gasolina (jul/99) e de óleo diesel (jan/dez/2000) para varejistas deste Estado com utilização de base de cálculo inferior à estabelecida no RICMS/96, consonante preços fixados em Portarias Interministeriais dos Ministérios das Minas e Energia e da Fazenda, apurados mediante "Relatórios das operações interestaduais de combustíveis derivados de Petróleo", de responsabilidade da Autuada, encaminhados à Refinaria, sujeito passivo por substituição, nos termos do Convênio ICMS 03/99.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 94/118, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 164/169.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 174/180, opina pela procedência parcial do Lançamento.

DECISÃO

DA PRELIMINAR

A arguição de nulidade do AI em razão de incompetência **ratione personae**, por ofensa ao princípio da territorialidade, não merece acatamento por parte do Conselho de Contribuintes.

As operações interestaduais com combustíveis derivados de petróleo são objeto de Convênios interestaduais e regem-se pela sistemática da substituição tributária.

Em sede de Direito Tributário é elementar a noção de vigência extraterritorial de legislação objeto de Convênio interestadual. O art. 102 do CTN é preciso a respeito:

Art. 102 - A legislação tributária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios vigora, no País, fora dos respectivos territórios, nos limites em que lhe reconheçam extraterritorialidade os Convênios de que participem, ou do que disponham esta ou outras leis de normas gerais expedidas pela União. (grifos apostos)

O período fiscalizado (julho de 1.999 e 2000) é alcançado pelo Convênio 03/99, sob as regras do Convênio 81/93, dos quais Minas Gerais e Bahia (onde se situa a Autuada) são signatários.

A Autuada é um contribuinte substituído praticando operação interestadual com óleo diesel, sujeita a calcular o tributo a ser repassado pela Petrobrás a Minas Gerais, respondendo, nos termos do Convênio 03/99 (cláusula décima nona), por omissão de informações ou informações falsas ou inexatas, hipótese em que Minas Gerais pode exigir diretamente dela (Autuada) o imposto e acréscimos resultantes de tais falhas.

Consonante cláusulas 8ª a 10ª do Convênio 81/93, o sujeito passivo por substituição (no caso, a Autuada a ele se equipara, porque, embora substituído, sujeita-se a regras conveniais de cálculo do imposto e informação, à Petrobrás, para o correto repasse), obriga-se às normas e à fiscalização mineiras, no tocante às operações com destinatários mineiros.

Destarte, inacolhível se afigura a nulidade por incompetência fiscalizatória de agente mineiro. Acresça-se ter esse acompanhado de credenciamento junto ao governo baiano (fls. 21).

O mesmo se diga em relação à não aplicação de suspensão convenial.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A suspensão é faculdade e não obrigação atribuída à unidade da Federação prejudicada, relativamente ao inadimplente, o que, todavia, não exclui a sujeição deste à exigência do imposto e às regras mineiras (cláusula décima do Convênio 81/93).

Conclui-se, portanto, pelo não acatamento da nulidade argüida.

DO MÉRITO

Posto que o relatório do Auto de Infração induza à idéia de que o Fisco esteja autuando o contribuinte por subfaturamento, tanto que o penaliza com Multa Isolada de 40%, capitulada no artigo 55, inciso VII da Lei 6.763/75, na verdade o faz por informação, em Relatórios remetidos à Fazenda Pública mineira e à Petrobrás estabelecida no Estado da Bahia, originariamente o sujeito passivo por substituição, de base de cálculo e valores de ICMS/ST a serem repassados a este Estado a menor do que o estabelecido na legislação específica.

Trata-se de operações de venda de gasolina "c" e de óleo diesel para varejistas mineiros, porém, com informações ao substituto tributário, para efeito de repasse aos cofres mineiros, de valor de ICMS/ST aquém do devido.

Quanto ao óleo diesel, utiliza-se de base de cálculo correspondente ao menor preço máximo de venda a consumidor neste Estado, de vez que devesse fazê-lo sobre preço de venda a consumidor no Município de destino, fixado por órgão competente.

Pelo que determina a cláusula terceira do Convênio ICMS 03/99, para fins de substituição tributária, a base de cálculo é o preço máximo ou único de venda a consumidor fixado pela autoridade competente. Isso também é o que impõe o inciso I do art. 375 do Anexo IX ao RICMS/96.

Se não se sabe qual o Município de destino final do óleo diesel, com vistas à retenção pela Refinaria, deve-se empregar o menor preço máximo de venda a consumidor neste Estado, hipótese em que ao Distribuidor, se mineiro, cumpre recolher o imposto sobre a diferença existente entre essa base de retenção e o preço máximo de venda no Município de destino.

No caso em apreço, para o período fiscalizado, o preço em cada Município encontrava-se fixado pelas Portarias Interministeriais dos Ministérios das Minas e Energia e da Fazenda de nºs 295 (05/08/99), 69 (29/02/2000), 212 (14/07/2000) e 41 (22/11/2000).

Se o Distribuidor não é mineiro, não lhe cabe, em princípio, recolher qualquer diferença para Minas Gerais, mas permitir que a Refinaria o faça, mediante informações sobre cada uma das operações, prestando-as, outrossim, à unidade da Federação onde houvera a retenção originária do imposto e à unidade da Federação de destino, *in casu*, Minas Gerais. Isso tudo conforme Seção III do Capítulo III do Convênio ICMS 03/99.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Na eventualidade de o tributo retido ter sido superior àquele a ser repassado, caberia ao remetente pedir ressarcimento. Se inferior, o remetente, cobrando do adquirente da unidade da Federação de destino e acertando com a Refinaria, informaria a esta o valor do complemento para, somado ao originalmente retido, ser repassado a Minas Gerais. Tais informações seriam repassadas em programa de computador, segundo dispõe o mesmo Convênio.

Se relativamente à obrigação principal, a princípio, não existe um vínculo jurídico direto entre o distribuidor doutra unidade da Federação e o Estado de Minas Gerais, o mesmo não se pode afirmar sob o aspecto obrigacional acessório. Ademais, é de suma relevância assegurar que, na eventual inadimplência das obrigações acessórias, de forma que redunde em prejuízo ao erário do Estado de destino, seja, a exemplo, omissão ou prestação de informações falsas ou inexatas, responsabilizado o remetente.

Destarte, ao declarar em Relatório valor a menor do ICMS a ser repassado a Minas Gerais pela Refinaria, a Autuada (distribuidor estabelecido noutro Estado) se subroga na obrigação principal e acréscimos.

Isso fica patente no Convênio 03/99 (cláusula décima nona) ou no RICMS/96 (art. 401).

Cláusula décima nona. O disposto nas cláusulas nona a décima segunda não exclui a responsabilidade da distribuidora de combustíveis, do importador ou do TRR pela omissão ou pela apresentação de informações falsas ou inexatas, podendo as unidades federadas exigir diretamente do estabelecimento responsável pela omissão ou pelas informações falsas ou inexatas o imposto devido nas operações interestaduais e respectivos acréscimos.

Concernentemente à gasolina, a responsabilidade é a mesma relatada. Apenas a base de cálculo correta para retenção é diversa no período autuado (jul/99).

Os preços a consumidor final são liberados mas a base de cálculo para retenção toma como ponto de partida o de faturamento pela Petrobrás, fixado por Portarias Interministeriais, acrescido do correspondente PMA, dependendo da unidade da Federação de destino.

Para Minas Gerais, consoante planilha de fls. 23, o preço de faturamento pela Refinaria, em julho/99, era de R\$ 0,5694/litro de gasolina "A" e o percentual de agregação 195,09 %.

Dessa forma, tomando por base os relatórios encaminhados à DIF (Diretoria de Fiscalização em Minas Gerais) (fls. 25/90), o Fisco apurou o valor correto do imposto a ser repassado a Minas Gerais e constatou parcela não informada à Petrobrás, portanto, não repassada ao Erário Mineiro (fls. 06/20).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Cobrou-a acrescida de Multa de Revalidação em dobro e sobre a base de cálculo correspondente à diferença de preços aplicou Multa Isolada de 40%.

Quanto à exigência em dobro da Multa de Revalidação, verifica-se acertada a exigência por tratar-se de falta de retenção de ICMS/ST. A responsabilidade da Autuada, derivada de informação inexata, está estabelecida na própria legislação.

No que concerne à Multa Isolada capitulada no inciso VII do artigo 55 da Lei 6763/75, constata-se não se aplicar ao caso em tela.

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;

Ainda que os Relatórios sejam considerados documentos fiscais, o preço a consumidor fixado por autoridade competente presta-se à base de cálculo de retenção e recolhimento do tributo, mas não significa valor efetivo de operação.

Nesse sentido, exclui-se do crédito tributário a Multa Isolada exigida.

Os dispositivos citados pela Impugnante em sua peça de defesa (372, II do Anexo IX e 29, § 1º), não se aplicam à espécie, porque a responsabilidade da Autuada não é como sujeito passivo por substituição, mas por "espécie de solidariedade", ao dar causa do não repasse do valor do imposto devido aos cofres mineiros, por omissão ou informações inadequadas à Refinaria, como previsto na Cláusula Décima Nona acima transcrita e no inciso XII do artigo 21 da Lei 6763/75.

Verifica-se, pois, que restaram plenamente caracterizadas as infringências à legislação tributária, sendo, por conseguinte, legítimas as exigências constantes do Auto de Infração em comento, com a ressalva da exclusão da Multa Isolada exigida.

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

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do Auto de Infração. No mérito, também à unanimidade, julgou-se parcialmente procedente o lançamento para excluir do crédito tributário a Multa Isolada capitulada no artigo 55, inciso VII da lei 6763/75, por inaplicável à espécie, nos termos do parecer da Auditoria Fiscal. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Lázaro Pontes Rodrigues (Revisor) e Carlos Wagner Alves de Lima.

Sala das Sessões, 20/03/02.

Aparecida Gontijo Sampaio
Presidente

Edwaldo Pereira de Salles
Relator