

Acórdão: 15.336/02/3^a
Impugnação: 40.010106479.02
Impugnante: Ubinan Distribuidora de Derivados de Petróleo Ltda
Proc. S. Passivo: Hellen Borges Fiaux/Outros
PTA/AI: 01.000138655-51
CNPJ: 39.714.597/0003-33
Origem: DIF/Diretoria de Fiscalização
Rito: Ordinário

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - COMBUSTÍVEL - BASE DE CÁLCULO - INFORMAÇÃO INEXATA À REFINARIA - FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO ICMS/ST. Constatado repasse de ICMS/ST a menor do que o devido ao Estado de Minas Gerais, referente a óleo diesel, 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. Constatado, ainda, falta de retenção e recolhimento de ICMS/ST aos cofres públicos mineiros referente a álcool hidratado. Não obstante, no cálculo desta exigência constata-se erro do Fisco ao não conceder o crédito referente à operação própria da Autuada. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação em dobro e Multa Isolada prevista no inciso VII do artigo 55 da Lei 6763/75. Infração caracterizada, com a ressalva da exclusão da Multa Isolada exigida, por inaplicável à espécie, bem como para refazer o cálculo do imposto referente a álcool hidratado, concedendo-se o crédito referente à operação própria da Autuada.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - FALTA DE APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTO FISCAL - Imputada não entrega de relatórios de operações interestaduais de combustíveis na forma e prazos estabelecidos no Convênio 105/92 e no RICMS/96. Exigência de Multa Isolada prevista no inciso VII do artigo 54 da Lei 6763/75. Não obstante, verifica-se que a exigência não consta explicitamente do relatório do Auto de Infração acarretando cerceamento do direito de defesa da Autuada.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre recolhimento a menor de ICMS/ST nas vendas de óleo diesel para varejistas deste Estado, decorrente de informações incorretas prestadas pela Distribuidora à Refinaria, para o devido repasse. Utilização de base de cálculo de substituição tributária sem observância de disposições determinadas pelo Convênio 105/92 e pelo RIMCS/96, mormente os preços a consumidor fixados por órgão competente (Portarias Interministeriais dos Ministérios das Minas e Energia e Fazenda; e Portarias do DNC). Constatado, ainda, falta de recolhimento de ICMS/ST nas vendas de álcool hidratado a adquirentes varejistas mineiros. Por fim, constatado, também, falta de entrega de Relatórios de operações interestaduais com combustíveis, na forma e prazos previstos na legislação.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 64/68, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 88/92.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 97/103, opina pela procedência parcial do Lançamento.

DECISÃO

A presente autuação versa sobre exigências de ICMS/ST sobre óleo diesel (recolhimento a menor) e álcool hidratado (falta de recolhimento), com exigência de Multa Isolada por emprego de base de cálculo menor do que a determinada pelo RICMS/96 e Portarias Interministeriais dos Ministérios das Minas e Energia e Fazenda (inciso VII do art. 55 da Lei 6.763/75) e de outra por não entrega de relatórios (Anexos IV e VII do Convênio 105/92) referentes a tais operações, segundo as regras então vigentes.

No tocante ao exercício de 1.997 (dezembro), apenas foram exigidos imposto e multas relativamente à nota fiscal 747, porque não integrara o Anexo respectivo, não permitindo que a Refinaria efetuasse o repasse correspondente aos cofres mineiros.

No exercício de 1997, a partir de setembro e até 31 de janeiro de 1998 (art. 195, § 2º, Anexo IX, redação determinada pelo Dec. 39.184/97) a obrigação de calcular o valor do repasse ao real Estado destinatário era da Refinaria, mediante quantidades informadas pela Distribuidora.

Recolhimento a menor verificou-se, de fato, relativamente a óleo diesel, porque os valores informados para repasse a Minas Gerais não respeitaram a base de cálculo fixada no Regulamento e em Portarias Interministeriais, notadamente a de nº 294 (de 13/11/97, dos Ministérios de Minas e Energia e da Fazenda) e outras do Departamento Nacional de Combustíveis (55, de 13/11/97; 67, de 30/12/97).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Segundo a legislação de regência (Convênio 105/92 e RICMS/96 - art. 193, *caput*), em caso de venda interestadual da refinaria para distribuidor mineiro, quando não se conhecia o destino final, impunha-se àquela proceder à retenção original do ICMS/ST sobre o "menor preço máximo de venda a consumidor neste Estado". Ao distribuidor caberia recolher a parcela de imposto incidente na diferença entre esse menor preço máximo e aquele de venda no Município de destino, fixado pelo órgão competente (Portarias).

Ao distribuidor situado noutro Estado (caso em exame) não caberia proceder retenção alguma ou repasse, se operasse interestadualmente com o produto já com o imposto originariamente retido, mas, nos termos da cláusula décima primeira do Convênio 105/92 (correspondendo ao art. 195, I e III, do Anexo IX ao RICMS/96), cumpria-lhe elaborar Relatório Mensal das Operações Interestaduais de Combustíveis derivados do petróleo, com cálculo do imposto, remetendo-o à refinaria, sujeito passivo por substituição, para o devido repasse a Minas Gerais, bem como ao Fisco mineiro e ao de origem (baiano).

Como já estivesse fixado o preço máximo de venda para as localidades destinatárias (Portarias Interministeriais e do DNC), de acordo com o § 8º do art. 195 do Anexo IX do RICMS, este preço é que serviria à base de cálculo do repasse.

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

"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;

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

(...)

"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;"

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

“§ 8º - Na hipótese do inciso I, havendo preço máximo de venda a consumidor, fixado pela autoridade competente, este valor deverá ser tomado para efeito de cálculo do repasse do imposto.” (Grifo apostro)

Assim, todavia, não agira a Autuada, razão pela qual o Fisco, via planilhas de fls. 07 e 08, calculou o imposto devido a Minas Gerais, apurou as diferenças e as exigiu, acompanhadas de Multa de Revalidação em dobro e de Multa Isolada.

Se inicialmente não se impunha responsabilidade tributária à Distribuidora pelo repasse, ao descumprir a obrigação acessória de calcular corretamente e informar à Refinaria o valor exato do imposto a ser repassado a Minas Gerais, o próprio Convênio 105/92 (Cláusula décima primeira, § 2º) e o RICMS/96 (art. 195, § 1º - Anexo IX) determinaram tal responsabilidade (...podendo, neste caso, ser cobrado diretamente do remetente o imposto devido na operação por ele realizada.)

Nesse sentido, o repasse a menor de ICMS/ST sobre as vendas de óleo diesel para varejistas mineiros, decorrente de informações inexatas pela distribuidora, acarretou as exigências de ICMS/ST e Multa de Revalidação em dobro além da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso VII da Lei 6.763/75.

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;

Esta Multa Isolada, por utilização de base de cálculo a menor, não deve prevalecer, uma vez que os valores utilizados para efeito de retenção e repasse não são necessariamente os valores das operações.

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 pagamento do tributo, mas não significa valor efetivo de operação.

Questão outra é a da falta de pagamento do ICMS/ST sobre as vendas de álcool hidratado.

Nesse caso, a distribuidora figura como substituto tributário e não como substituído.

“Art. 192 - A responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS incidente nas subseqüentes saídas, em operação interna, de combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo, é atribuída, por substituição tributária, inclusive quando o destinatário for Transportador Revendedor Retalhista (TRR), observado o disposto no § 3º:”

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

III - ao distribuidor:"

"a - situado neste Estado, relativamente ao álcool hidratado observado o disposto no inciso I do artigo 198 deste Anexo;"

"b - situado em outra unidade da Federação, nas remessas dos produtos para estabelecimentos distribuidores, atacadistas ou varejistas situados neste Estado; (Grifo apostro)

O Fisco, consultando o sistema SICAF, não detectou qualquer recolhimento de ICMS/ST para Minas Gerais, pela Autuada, e nem houve afirmação desta de que o fizera. Aliás, a defesa não passou da tentativa de imputar tal responsabilidade aos varejistas adquirentes.

A responsabilidade da Autuada estava perfeitamente prevista na legislação então vigente.

Não obstante, há impropriedade no cálculo do imposto devido. O fato de não se abater o ICMS referente à operação própria da remetente não figura correto. Não se trata de operações sujeitas à não incidência do imposto. Assim, tomando as notas fiscais de álcool hidratado (965, 1001, 1006, 1051, 1075, 1106 e 1125) - relação na planilha de fls. 07 - , deve-se, partindo do valor da operação, acrescer o do frete, o PMA de 56,89%, aplicar a alíquota de 25% e abater o ICMS incidente na operação própria da distribuidora (12%), para se obter o valor real da substituição tributária a ser recolhida para o Estado de Minas Gerais.

Dessa forma, o ICMS/ST das notas fiscais de álcool hidratado deve ser:

a) mês 03/98:

nf 965 (fl. 36):	$(2.203,61 + 72,90) \times 1,5689 \times 25\% - 264,43$	=	628,47
nf 1001(fl. 40):	$2.230,81 \times 1,5689 \times 25\% - 267,70$	=	607,28
nf 1006(fl. 41):	$(2.720,50 + 90,00) \times 1,5689 \times 25\% - 326,46$	=	775,89
			<u>2.011,64</u>

b) mês 04/98:

nf 1051(fl. 45):	$(2.356,58 + 84,08) \times 1,5689 \times 25\% - 282,76$	=	674,53
nf 1075(fl. 48):	$2.032,78 \times 1,5689 \times 25\% - 243,93$	=	553,38
nf 1106(fl. 51):	$(2.333,00 + 83,10) \times 1,5689 \times 25\% - 279,96$	=	667,69
nf 1125(fl. 57):	$2.032,78 \times 1,5689 \times 25\% - 243,93$	=	553,38
			<u>2.448,97</u>

O valor do ICMS/ST de março/98 passaria de 17.114,90 para 16.256,30 e o de abril, de 18.933,13 para 17.882,74.

No que tange à Multa Isolada exigida nos termos do inciso VII do artigo 55 da Lei 6763/75, referente à exigência relacionada a álcool hidratado, constata-se sua total impropriedade uma vez que o Fisco está exigindo imposto referente a não recolhimento e não em razão de diferença de base de cálculo relativa ao mesmo.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Relativamente à Multa Isolada prevista no inciso VII do artigo 54 da Lei 6763/75, *por deixar de entregar ou exibir ao Fisco, nos prazos previstos em regulamento, livros, documentos e outros elementos de exibição obrigatória que lhe forem exigidos*, verifica-se prejudicada a exigência uma vez que o relatório do Auto de Infração sequer menciona o ilícito, não obstante o valor correspondente ao mesmo compor o demonstrativo do crédito tributário, acarretando, irremediavelmente, cerceamento do direito de defesa da Autuada.

Portanto, de todo o acima exposto, verifica-se que restaram parcialmente caracterizadas as infringências à legislação tributária, sendo, por conseguinte, legítimas, em parte, as exigências constantes do Auto de Infração em comento.

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, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento para excluir do crédito tributário as Multas Isoladas exigidas, bem como para que se refaça o cálculo do ICMS/ST sobre álcool hidratado, abatendo-se o valor relativo ao ICMS da operação própria da remetente. 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

ltmc