

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS
--

Acórdão: 16.342/03/1^a Rito: Ordinário

Impugnação: 40.010107770-16, 40.0101107769-31, 40.010107806-37,
40.010108243-83

Impugnante: Shell do Brasil S/A

Proc. S. Passivo: Fernando Guedes Ferreira Filho/Outros

PTA/AI: 02.000203168-83, 02.000203171-20, 02.000203291-87,
02.000203394-09

Inscr. Estadual: 367.012844.2779

Origem: DF/Guaxupé

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO ICMS/ST – Óleo combustível – Constatou-se que a Autuada efetuou remessas de óleo combustível para empresa estabelecida em território mineiro, para ser utilizado como insumo no processo produtivo de cimento, sem efetuar a retenção e o recolhimento do ICMS devido a título de substituição tributária, em desacordo com a legislação tributária estadual vigente, devendo ser mantidas as exigências de ICMS e MR (100%). Lançamentos procedentes. Decisões unânimes.

RELATÓRIO

As autuações versam sobre as exigências de ICMS/ST e MR/ST devidos pelas remessas de óleo combustível efetuadas pela Autuada para empresa estabelecida em território mineiro, para ser utilizado como insumo no processo produtivo de cimento, sem efetuar a retenção e recolhimento do imposto por substituição tributária, em desacordo com a legislação tributária estadual, conforme notas fiscais listadas nos relatórios dos Autos de Infração, com datas de emissão nos meses de abril e maio de 2002.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnações de fls., contra as quais o Fisco apresenta Manifestações Fiscais de fls..

A Auditoria Fiscal, em pareceres de fls., opina pela procedência dos lançamentos.

DECISÃO

Inicialmente, destacamos que os pareceres da Auditoria Fiscal são adotados na motivação da presente decisão.

Os Autos de Infração exigem ICMS/ST e MR/ST devidos pelas remessas de óleo combustível efetuadas pela Autuada para contribuinte mineiro para ser utilizado como insumo no processo produtivo de cimento, sem efetuar a retenção e recolhimento do imposto por substituição tributária, em desacordo com a legislação tributária estadual, conforme notas fiscais listadas nos relatórios dos Autos de Infração, com datas de emissão nos meses de abril e maio de 2002.

Os créditos tributários apurados estão demonstrados nos relatórios dos Autos de Infração, sendo a base de cálculo a prevista no artigo 375, inciso IV do RICMS/96, vigente à época dos fatos.

À época dos fatos geradores aqui tratados, a matéria encontrava-se disciplinada na legislação tributária mineira pelo artigo 372, § 1º, item 2, do Anexo IX do RICMS/96 – Decreto 38.104/96:

Efeitos a partir de 01/01/2002 - Redação dada pelo art. 3º e vigência estabelecida pelo art. 23, I, ambos do Decreto nº 42.929, de 26/09/2002, MG de 27.

Art. 372 - Nas operações com combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo, exceto coque verde de petróleo, destinadas a contribuintes localizados neste Estado, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS incidente nas subseqüentes saídas desses produtos, em operação interna, é atribuída, por substituição tributária, inclusive quando o destinatário for Transportador Revendedor Retalhista (TRR):

(...)

§ 1º - A responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS é atribuída, ainda, ao estabelecimento situado em outra unidade da Federação:

(...)

2) na remessa de combustível e lubrificante derivado de petróleo a este Estado, quando os produtos não forem destinados à comercialização ou à industrialização.

A incidência do imposto nas operações de que aqui se cuida está expressamente prevista na Lei Complementar 87/96, que autorizada pela CF/88 (art. 146-III) dispõe:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 2º - O imposto incide sobre:

(...)

§ 1º - O imposto incide também:

(...)

III - sobre a entrada, no território do Estado destinatário, de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e de energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou à industrialização, decorrentes de operações interestaduais, cabendo o imposto ao Estado onde estiver localizado o adquirente.

Na esteira da Lei Complementar, a Lei Estadual 6763/75 dispõe da mesma forma em seu artigo 5º, § 1º, item 4:

Lei 6763/75

Art. 5º (...)

§ 1º - O imposto incide sobre:

(...)

4) a entrada, em território mineiro, decorrente de operação interestadual, de petróleo, de lubrificante e combustível líquido ou gasoso dele derivados, e de energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou à industrialização.

A incidência do imposto, portanto, está claramente delineada na legislação de regência.

Já o recolhimento através do instituto da substituição tributária, a ser efetuado pelo remetente, tem suporte também em mandamento contido na Lei Complementar 87/96:

Art. 9º - A adoção do regime de substituição tributária em operações interestaduais dependerá de acordo específico celebrado pelos Estados interessados.

§ 1º - A responsabilidade a que se refere o art. 6º poderá ser atribuída:

I - ao contribuinte que realizar operação interestadual com petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, em relação às operações subsequentes;

II - (...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 2º - Nas operações interestaduais com as mercadorias de que tratam os incisos I e II do parágrafo anterior, que tenham como destinatário consumidor final, o imposto incidente na operação será devido ao Estado onde estiver localizado o adquirente e será pago pelo remetente.

O acordo entre os Estados interessados previsto na Lei Complementar concretiza-se pelo Convênio CONFAZ 105/92 e alterações posteriores que em sua cláusula primeira determina:

Convênio 105/92

Cláusula primeira - Ficam os Estados e o Distrito Federal, quando destinatários, autorizados a atribuir aos remetentes de combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo, situados em outras unidades da Federação, a condição de contribuintes ou de substitutos tributários, relativamente ao ICMS incidente sobre as operações com esses produtos, a partir da operação que os remetentes estiverem realizando, até a última, assegurado o seu recolhimento à unidade federada onde estiver localizado o adquirente.

Vale observar que, mesmo antes do advento do Lei Complementar 87/96, foi celebrado o Convênio ICMS 112/93 que firmou entendimento sobre a aplicação de disposições contidas no Convênio ICMS 105/92, em relação a operações nele descritas, conforme a seguir transcrito:

O Ministro de Estado da Fazenda e os Secretários de Fazenda, Economia ou Finanças dos Estados e do Distrito Federal, na 25ª Reunião Extraordinária do Conselho Nacional de Política Fazendária, realizada em Brasília, DF, nos dias 25 de outubro e 9 de novembro de 1993, tendo em vista o disposto no parágrafo único do art. 25 do Anexo Único do Convênio ICM 66/88, de 14 de dezembro de 1988, no Convênio ICMS 105/92, de 25 de setembro de 1992, nos termos dos arts. 102 e 199 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.192, de 25 de outubro de 1966), e considerando que:

I - as operações interestaduais com derivados de petróleo e demais combustíveis e lubrificantes, nos termos da Constituição Federal, submetem-se a regime peculiar que tem ensejado divergências quanto ao seu alcance;

II - a capacidade econômica captada pelos impostos indiretos, como o ICMS, é manifestada pelo consumidor final da mercadoria, independentemente de tratar-se de operação interna ou interestadual;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

III - em relação a esses produtos e à vista do regime constitucional que lhes é deferido, o ICMS, por ser imposto indireto que termina por onerar o consumo, deve ser arrecadado no Estado destinatário, sendo, portanto, injustificável, em face da garantia da igualdade como pressuposto de aplicação da devida justiça fiscal, que o mesmo consumidor final, em situação idêntica, sofra maior ou menor ônus tributário, dependendo de a aquisição da mercadoria ocorrer em operação interna ou interestadual;

IV - entender-se correta a aplicação de regimes distintos para operações internas e interestaduais a consumidor implica, no caso concreto, discriminação vedada pelo art. 152 da Constituição Federal;

V - o acima descrito pode, ainda, levar a concorrência desleal entre empresas, ferindo o disposto no § 4º do art. 173 da Constituição Federal;

VI - o caput da cláusula primeira do Convênio ICMS 105/92, de 25.09.92, não estabelece qualquer restrição a operações, para efeito de retenção do imposto;

VII - no § 2º da cláusula segunda, ainda do citado Convênio, estabelece a base de cálculo nas operações em que as mercadorias não se destinem à comercialização, entre elas, as destinadas a consumo,

resolvem celebrar o seguinte

CONVÊNIO

Cláusula primeira. Firmam entendimento segundo o qual a obrigação de retenção do imposto prevista na cláusula primeira do Convênio ICMS 105/92, de 25 de setembro de 1992, é aplicável a todas as operações efetuadas com as mercadorias nela mencionadas, pelos remetentes lá definidos, inclusive quando se tratar de operações que destinem as mercadorias a consumidor localizado em outra unidade da Federação.

A legislação, portanto, é clara e objetiva quando dispõe sobre a incidência do ICMS na entrada, em território mineiro, de combustíveis derivados de petróleo, quando não destinados à comercialização ou à industrialização. A mesma clareza se repete nas regras que determinam o recolhimento do imposto por substituição tributária, sendo a responsabilidade atribuída ao remetente.

A questão suscitada nos autos, portanto, restringe-se à interpretação dada aos dispositivos legais pela Autuada, que entende que, uma vez que o produto foi utilizado como insumo no processo industrial da adquirente, deve-se considerar que foi

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

destinado à industrialização, de forma que as operações objeto da autuação estariam fora da incidência do imposto e, portanto, ela (a Autuada, remetente) estaria desobrigada de efetuar qualquer retenção e recolhimento de ICMS a título de substituição tributária.

Esta interpretação, entretanto, não se coaduna com o objetivo a ser atingido através da imunidade constitucionalmente concedida às operações interestaduais com petróleo e seus derivados, qual seja, o de que a incidência do tributo sobre os mesmos seja deslocada para os Estados consumidores, conforme inclusive já reconheceu o próprio STF no RE 198.088-SP.

Neste sentido discorre sobre o assunto a DOET/SLT no parecer 034/2002 anexado aos autos, do qual a impugnante teve ciência, que reflete o entendimento esposado não só pela Fazenda mineira, mas também pelos demais Estados da Federação.

Para dirimir qualquer dúvida quanto à interpretação correta dos dispositivos legais que regem a matéria, foi publicada no MG de 06/06/03 a Instrução Normativa SLT N.º 01 de 03 de junho de 2003, que reza:

Art. 1º - Incide o ICMS sobre a entrada no território mineiro de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e de energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou à industrialização.

Parágrafo único - Para efeito do disposto no caput, entende-se por industrialização a operação em que os mencionados produtos sejam empregados como matéria-prima e da qual resulte petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados ou energia elétrica.

Embora a IN SLT 01/03 não estivesse em vigência no período em que ocorreram os fatos geradores aqui tratados, foi aqui mencionada, pois deve-se ter em mente que ela não cria uma nova situação jurídica, apenas esclarece para os contribuintes e os profissionais que atuam na área jurídico-tributária qual a correta interpretação dos dispositivos legais que regem a matéria.

Aliás, insta observar que o entendimento expresso na IN em tela reflete exatamente o entendimento presente na fundamentação do Convênio 112/93, celebrado pelo CONFAZ mesmo antes do advento da Lei Complementar 87/96, conforme texto anteriormente já transcrito.

A Autuada mencionou a intenção do Estado mineiro de alterar a legislação através do PL721/2003, acrescentando aos dispositivos legais que cuidam da matéria a expressão “do próprio produto” após os dizeres “quando não destinados à comercialização ou à industrialização”, argumentando que este fato demonstra que não há suporte na legislação para a exigência fiscal.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Na realidade, tais alterações foram recentemente efetivadas, através do artigo 29 da Lei 14.699, de 06/08/2003, publicada no MG de 07/08/2003, que surtiu efeitos a partir de 07/08/2003 conforme artigo 42 do mesmo diploma legal, alterando a Lei 6763/75.

Ressalte-se, entretanto, que estas modificações não criaram nova situação jurídica quanto à incidência do imposto, mas objetivaram deixar expressa no texto da lei a correta aplicação dos dispositivos legais que, conforme já visto, sempre tiveram o objetivo de vincular a não incidência neles prevista às operações interestaduais que destinassem os derivados de petróleo à industrialização do próprio produto.

O argumento da Impugnante de que o ICMS/ST, se devido, não pode ser dela exigido em função do tempo decorrido após a realização das operações objeto da autuação, devendo ser exigido do adquirente, a teor do disposto no artigo 374 do Anexo IX do RICMS/96 então vigente, também não merece prosperar.

A responsabilidade da Autuada pela retenção e recolhimento do ICMS/ST está claramente expressa na legislação, conforme já visto, podendo este ser exigido de ofício a qualquer tempo pelo Fisco, desde que dentro do prazo decadencial previsto no artigo 173 inciso I do CTN, que no presente caso não se expirou. A responsabilidade atribuída pelo artigo 374 do Anexo IX do RICMS/96 ao adquirente que recebe os produtos sem retenção é supletiva e não retira da Autuada a condição de contribuinte responsável, conforme previsto na legislação.

Portanto, corretas as exigências de ICMS de MR/ST (100%) exigidos nos Autos de Infração.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedentes os lançamentos, nos termos do parecer da Auditoria Fiscal, sendo que a Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão proferiu seu voto com fulcro no artigo 88 da CLTA/MG. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Luiz Fernando Castro Trópia (Revisor) e Luciana Mundim de Mattos Paixão.

Sala das Sessões, 29.10.03.

Roberto Nogueira Lima
Presidente

Mauro Heleno Galvão
Relator