

Acórdão: 16.551/04/1^a Rito: Sumário
Impugnação: 40.010110728-49
Impugnante: Strazza Petro Comércio e Transportes Ltda.
PTA/AI: 02.000205875-69
Inscr. Estadual: 109.726329.0062
Origem: DF/Poços de Caldas

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – BASE DE CÁLCULO – NÃO INCLUSÃO DO MONTANTE DO IMPOSTO – RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS/ST – Os elementos presentes nos autos, não permitem concluir de forma inequívoca, que a Autuada não procedeu à inclusão do montante do imposto na base de cálculo, nos termos do art. 13, parágrafo 1º da Lei Complementar nº 87/96. Exigências fiscais canceladas com base no art. 112, II do CTN. Lançamento improcedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Conforme Auto de Infração lavrado, foi constatado pelo Fisco durante fiscalização do trânsito de mercadorias, que a Autuada (TRR) vem efetuando o cálculo do ICMS/ST em desacordo com o que determina o inciso I, do parágrafo 1º, do art. 13 da Lei Complementar 87/96, pois não está considerando o ICMS incluso na base de cálculo, acarretando recolhimento a menor do imposto devido a este Estado, pelo que exige-se a diferença apurada, conforme planilha e multa de revalidação de 100%.

Irresignada a Autuada, de forma tempestiva, e através de seu Representante legal, apresenta a impugnação de fls. 42/43, valendo-se em síntese dos seguintes argumentos:

Esclarece ser TRR estabelecido no Estado de São Paulo, e que nessa condição ao revender óleo diesel a alguns consumidores localizados em Minas Gerais, cumpre todas as obrigações previstas nos Convênios ICMS 03 e posteriores, de forma a garantir o repasse do ICMS retido pela PETROBRÁS.

Explica que aplica a alíquota de 18% sobre o valor da operação, subtraindo o valor retido no Estado de São Paulo, que será repassado diretamente pelo sujeito passivo PETROBRÁS.

Entende equivocado o entendimento do Fisco de que estaria desconsiderando o ICMS incluso na base de cálculo.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Argumenta que a PETROBRAS ao promover a retenção do imposto, já o faz sobre base de cálculo que abrange o ICMS. E que assim, se devido o complemento ao Estado destinatário, ao realizar operações interestaduais, em razão da diferença de alíquota, ela remetente deverá realizar o cálculo com base no valor da operação.

Que absurdo seria, se ela TRR fosse obrigada a incluir sobre o valor da operação que praticou ao consumidor final, novamente a parcela do ICMS, pois estar-se-ia cobrando imposto sobre imposto, em evidente bitributação.

Afirma que dessa forma, a base de cálculo para o complemento do imposto é o valor da operação, ou seja, o preço de aquisição pelo destinatário, de acordo com o que determina a cláusula quarta do Convênio ICMS nº 03, não havendo previsão para a adoção de outra base de cálculo.

Apresenta um exemplo de como efetua a retenção do imposto.

Finda pedindo o acolhimento de sua impugnação.

O Fisco também comparece aos autos, às fls. 53/54, e contestando a Impugnação apresentada, assim se manifesta:

Que o procedimento da Impugnante não está correto, uma vez que ela considera em seus cálculos, o ICMS por dentro.

Que na forma correta, deve-se tomar o valor total da nota fiscal, dividindo-o pelo fator “0,82”, a fim de agregar o valor correspondente a 18% de ICMS na base de cálculo do ICMS/ST. E que só após este procedimento deve-se aplicar a alíquota de 18% na operação em comento, para se chegar ao valor do ICMS a ser repassado para Minas Gerais. Que assim, no próprio exemplo utilizado pela Impugnante, outra seria a base de cálculo.

Pondera que, se assim não fosse, qual seria o motivo de o art. 363, Anexo IX, do Decreto 43.080/02 diferenciar a base de cálculo para as operações destinadas a Industrialização e Comercialização das que se destinam a consumo final?

Responde ele próprio Fisco, que esta diferenciação busca justamente aplicar o fator 0,82, para que o ICMS esteja incluso na base de cálculo.

Argumenta que tanto isto é verdade, que as distribuidoras de óleo diesel para industrialização ou comercialização tomam o valor total da nota, sem dividi-lo por 0,82.

Diz que, por consequência, não teria sentido também o que está preceituado no inciso I, do parágrafo 1º do art.13 da Lei Complementar 87/96, que determina que o valor do imposto integre a base de cálculo, quando o destino for consumidor final, diferenciando esta das outras operações, para efeito de base de cálculo.

Cita a Consulta nº 096/2002 para corroborar seu entendimento.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Finda pedindo a procedência do lançamento.

Tendo este processo vindo a julgamento na 3ª Câmara de Julgamento deste Conselho de Contribuintes, aos 28 de outubro de 2003, naquela oportunidade, em preliminar, à unanimidade, retirou-se o processo de pauta, marcando-se extra pauta para o dia 12.11.2003, tendo em vista a necessidade de melhor análise da matéria. (fls. 57)

Retornando o processo a julgamento ainda na 3ª Câmara deste Conselho, aos 12 de novembro de 2003, em preliminar, à unanimidade, converteu-se o julgamento em diligência (fls. 58), para que o Fisco, juntando documentação comprobatória, informe: 1) se ocorreu alguma incorporação do valor do imposto (por dentro) à base de cálculo nas saídas anteriores das mercadorias (PETROBRAS / DISTRIBUIDORA / STRAZZA PETRO); 2) se o preço praticado pela STRAZZA PETRO, é menor, igual ou maior que o valor de aquisição das mercadorias; 3) se maior, qual a prova objetiva da não incorporação do imposto à base de cálculo; 4) ocorrendo juntada de documentos ou alteração do crédito tributário, abrir vista à Autuada.

Manifestando-se relativamente à diligência determinada pela 3ª Câmara, o Fisco, às fls. 60, em resumo, assim se pronuncia:

Que não tem condições de apurar as informações e provas solicitadas.

Que tomou por base, na autuação, instrução recebida por e-mail do Núcleo Gestor do Projeto Combustíveis, e que estão em conformidade com o artigo 13 da Lei Complementar 87/96.

Que deixa as seguintes sugestões para solução do caso:

1) Por entender que qualquer agregação ocorrida na base de cálculo relativamente às operações anteriores não dizem respeito à base de tributação para Minas Gerais, bem como considerando que o fato gerador ocorre na entrada do combustível em nosso Estado, não se preocupou com tais detalhes e, caso não seja este o entendimento deste Conselho, sugere direcionar a diligência ao Núcleo Conext-SP, que teria acesso às empresas e/ou documentos que viessem a fornecer os dados solicitados.

2) Verificar o entendimento dado no Acórdão 15.678/03/2ª.

3) Arquivar o presente trabalho, por falta de elementos que o sustentem em seus fundamentos.

DECISÃO

Verifica-se no caso dos autos, que tanto o Fisco, quanto a Impugnante, concordam que o montante do próprio imposto, integra a base de cálculo do ICMS/ST.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Este entendimento está em conformidade com a legislação que regula a matéria, em especial com o disposto no parágrafo 1º, art. 13 da Lei Complementar 87/96:

Art. 13 - ...

.....

Parágrafo 1º - Integra a base de cálculo do imposto:

I - O montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle; ...

Sendo pacífico o entendimento de que o ICMS integra a base de cálculo nas operações objeto da verificação fiscal, cumpre indagar, se efetivamente a Impugnante não vinha assim procedendo.

E neste ponto, temos que o lançamento não consegue ultrapassar o limite da dúvida.

Com efeito, não resta demonstrado pelo Fisco de forma objetiva e inconteste, se em etapas anteriores da comercialização do produto, ou ainda pela própria Autuada, deixou-se de incorporar o valor do imposto à base de cálculo.

Observa-se que inclusive na tentativa de dirimir dúvidas neste sentido, foi determinada a diligência de fls. 58 (cinquenta e oito) pela 3ª Câmara de Julgamento deste Conselho de Contribuintes, que não restou devidamente atendida pelo Fisco.

Dessa forma, o lançamento não se reveste da necessária certeza, que constitui elemento essencial para sua plena eficácia.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar improcedente o lançamento, com fulcro no art. 112, inciso II, do CTN. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Luciana Mundim de Mattos Paixão e Windson Luiz da Silva (Revisor).

Sala das Sessões, 29/04/04.

Roberto Nogueira Lima
Presidente

Mauro Rogério Martins
Relator