

Acórdão: 16.792/04/1^a Rito: Sumário
Impugnação: 40.010113520-27
Impugnante: Shell Brasil S/A
Proc. S. Passivo: João Dácio de Souza Pereira Rolim
PTA/AI: 01.000144037-80
IE: 367.012844.27-79
Origem: Dirt. Gestão e Projetos - DGP

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - COMBUSTÍVEL - OPERAÇÃO INTERESTADUAL - RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS/ST. Evidenciada a remessa de óleo combustível por estabelecimento distribuidor do Estado de São Paulo a contribuinte mineiro que o utilizou como insumo na produção de outro produto com recolhimento a menor do imposto por substituição tributária, em desacordo com o Convênio CONFAZ nº 03/99 e legislação tributária estadual. Infração caracterizada. Exigências fiscais mantidas. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente Processo Tributário Administrativo da imputação de incorreção da retenção do ICMS devido a título de substituição tributária incidente sobre as vendas de combustível destinadas ao Estado de Minas Gerais, no período aberto de 01 de setembro de 2002 a 31 de dezembro de 2002, em desacordo com o Convênio CONFAZ nº 03/99 e com a legislação tributária estadual. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação e juros correspondentes.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 15/37, aos argumentos seguintes:

- realizou operações interestaduais de venda de óleo combustível à Du Pont do Brasil S/A, que utilizou tal combustível como produto intermediário na fabricação de Dióxido de Titânio;

- anexa laudo técnico que descreve a utilização do óleo combustível adquirido;

- nos termos dos artigos 2º e 3º da Lei Complementar nº 87/96, não há incidência do ICMS quando da entrada, no território do Estado de Minas Gerais, de combustível derivado de petróleo destinado à industrialização;

CONSELHO DE CONTRIBUINTE DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- a legislação do Estado de Minas Gerais, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores objeto da autuação (setembro a dezembro de 2002) repetia a previsão de não-incidência;

- a Du Pont do Brasil S/A não adquire o óleo combustível para uso e consumo de seu próprio estabelecimento, mas sim na qualidade de insumo, que é utilizado na fabricação do cimento;

- as autoridades fiscais ao pretenderem exigir o ICMS deveriam ter provado que o óleo combustível não é insumo industrial da destinatária;

- a responsabilidade pelo recebimento de combustível sem retenção é do adquirente, nos termos do artigo 374 do RICMS, não podendo ser exigido de si o ICMS e os corolários legais;

- rechaça o entendimento fiscal manifestado no Parecer DOET/SLT nº 34 e na Instrução Normativa SLT nº 01/03, segundo o qual as normas legais que determinam a não-incidência do ICMS nas vendas interestaduais de combustíveis destinados a industrialização só são aplicáveis quando se tratar de industrialização do próprio combustível;

- cita voto vencido proferido no Acórdão 15.872;

- discorre sobre a necessidade de edição da Lei nº 14.699/03 para exigência do ICMS na hipótese dos autos, afirmando que tais regras não poderiam ser aplicadas retroativamente;

- a exigência fiscal não pode prevalecer, pois o presente lançamento decorre de modificação de critério jurídico utilizado em lançamentos anteriores, lavrados contra a Impugnante;

- antes da prolação do Parecer DOET/SLT nº 34 e da publicação da Lei nº 14.699/03 havia várias manifestações do Fisco mineiro em sentido contrário à presente autuação. Assim devem ser aplicadas as regras do artigo 146 do Código Tributário Nacional e os ensinamentos do tributarista Luciano Amaro;

- a base de cálculo utilizada pelo Fisco está incorreta face ao já citado artigo 146 do Código Tributário Nacional, pois inclui o próprio ICMS;

- cita ainda o artigo 100 do Código Tributário Nacional para corroborar seu entendimento de que não pode ser exigida qualquer parcela a título de multa.

Ao final pede o acolhimento da Impugnação e a produção de prova pericial formulando quesitos.

O Fisco se manifesta às fls. 179/191, aos fundamentos que se seguem de forma sintética:

CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- concorda que o óleo combustível foi utilizado pela Coobrigada como insumo afirmando que é exatamente este o ponto que ensejou a autuação;
- manifesta seu posicionamento consoante o Parecer DOET/SLT nº 034/02 e Instrução Normativa nº 01/03;
- não houve mudança de critério jurídico não cabendo, portanto, as alegações da Autuada quanto a aplicação do artigo 146 do Código Tributário Nacional;
- a base de cálculo está correta encontrando respaldo nas normas mineiras que regem a matéria;
- não é aplicável o artigo 100 do Código Tributário Nacional, devendo ser mantidas as exigências de juros e multas.

Por fim requer a improcedência da Impugnação e a manutenção do feito fiscal.

DECISÃO

Trata-se o lançamento em análise das exigências de ICMS e Multa de Revalidação capitulada no artigo 56, inciso II, §2º da Lei nº 6.763/75, pela imputação fiscal feita ao Contribuinte de ter realizado incorretamente a retenção do ICMS devido a título de substituição tributária incidente sobre as vendas de combustível destinadas ao Estado de Minas Gerais, no período aberto de 01 de setembro de 2002 a 31 de dezembro de 2002, nos termos do Convênio CONFAZ nº 03/99 e da legislação tributária estadual.

DA PRELIMINAR

Propugna o sujeito passivo pela demonstração de suas razões de defesa por meio de realização de prova pericial. Para tanto formula os seguintes quesitos, conforme manifestação de fl. 37:

“1) Como foram utilizados os óleos combustíveis vendidos à Du Pont do Brasil S/A?

2) A Impugnante já foi autuada pelas autoridades fiscais do Estado de Minas Gerais, com expresse reconhecimento de não-incidência do ICMS nas vendas interestaduais de óleo destinado a ser consumido em processo de industrialização de outros bens, diversos do próprio combustível?

3) A Impugnante já foi autuada pelas autoridades fiscais do Estado de Minas Gerais, com cálculo do ICMS efetuado em base de cálculo que não incluía o próprio imposto?”

Inicialmente cumpre frisar que a própria Impugnante já traz em sua peça de defesa diversos esclarecimentos quanto aos pontos que pretende ver clareados pela

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

prova pericial, referindo-se inclusive a laudo técnico sobre a matéria do primeiro quesito. Referido Laudo encontra-se anexado aos autos às fls. 60/61 e não é refutado pelo Fisco.

No entanto, não são exatamente os pontos que a Defendente quer ver elucidados com a prova pericial os principais discutidos no presente processo em face da legislação estadual que rege a matéria e à qual o Conselho de Contribuintes está adstrito. Importante destacar que estes fatos serão mais bem elucidados na parte desta decisão que trata do mérito da contenda.

Neste diapasão destacamos que não é discutida nos presentes autos a utilização do óleo combustível pela Coobrigada Du Pont do Brasil S/A. Assim entendemos desnecessária a realização de prova pericial para verificação de situação que ao menos é contestada pela Fazenda Pública Estadual em sua manifestação, ou seja, quanto a esta matéria não existe controvérsia nos presentes autos, não sendo necessário outro parecer técnico específico para a decisão.

Quanto aos segundo e terceiro quesito formulados reafirmamos que a matéria também não é controversa no processo. Cumpre destacar que também neste caso os documentos capazes de responder tais questionamentos se encontram anexados aos autos (fls. 67 a 177).

Ademais entendemos que a prova pericial trata-se de recurso que deve ser acionado para trazer aos autos esclarecimentos técnicos específicos controversos nos autos, alheios à matéria tributária, mas fundamentais ao discernimento do julgador para decidir sobre a realização do fato gerador, bem como ao montante devido ou sua apuração. Como pode ser visto dos quesitos acima transcritos tal não ocorre no caso em análise.

Ressaltamos pela relevância que do Auto de Infração constam a descrição clara e precisa das irregularidades apuradas pelo Fisco, a menção dos dispositivos legais infringidos e os das penalidades cominadas.

Como se não bastasse, o embate trazido pela Postulante com relação ao mérito do feito demonstra sua perfeita compreensão com relação à natureza da irregularidade apurada pelo Fisco. Da síntese da peça de defesa constante do relatório anterior é possível perceber que a mesma abordou todas as irregularidades a ela imputadas com argumentos que demonstram seu total entendimento da questão, embora discorde do entendimento da Fiscalização mineira sobre a retenção do ICMS na hipótese em tela.

Pelo exposto entendemos desnecessária a realização de prova pericial já que seu resultado, diante dos quesitos trazidos pela Impugnante, não contribuirá para o deslinde da questão.

Assim, preliminarmente entendemos que deve ser indeferido o pedido de prova pericial, sendo que o amplo direito de defesa está efetivamente garantido à Impugnante no presente processo.

DO MÉRITO

Antes de adentrarmos a análise de cada um dos argumentos postos pela Impugnante – Shell Brasil S/A, importante lembrarmos que o lançamento em análise trata das exigências de ICMS e Multa de Revalidação, pela imputação fiscal de incorreção da retenção do ICMS devido a título de substituição tributária incidente sobre as vendas de combustível destinadas ao Estado de Minas Gerais, no período aberto de 01 de setembro de 2002 a 31 de dezembro de 2002, nos termos do Convênio CONFAZ nº 03/99 e da legislação tributária estadual.

Posto isto temos primeiramente que analisar o argumento de Defesa relativo a não-incidência do ICMS/ST nas vendas por ela praticadas.

Quanto a este ponto temos que a Defendente afirma que o óleo combustível foi adquirido pela destinatária Du Pont do Brasil S/A e utilizado como insumo imprescindível à realização da industrialização efetuada pela adquirente. É importante frisar que nem a própria Fiscalização se contrapôs a tal argumento, tendo inclusive afirmado em sua manifestação que “é exatamente essa destinação do produto que ensejou a exigência do tributo”.

No que tange às alegações apresentadas relativas a não-incidência nas remessas para industrialização, no sentido de que não haveria incidência do ICMS quando da entrada no território do Estado de combustível derivado de petróleo destinado à industrialização, nos termos do artigo 2º e 3º da Lei Complementar nº 87/96 e do artigo 192 do Anexo IX do RICMS/96, entendemos que a Impugnante promoveu uma interpretação literal dos citados dispositivos. Segundo tal interpretação seria excluída a incidência do ICMS em operação interestadual quando destinado à industrialização.

No entanto, o Fisco Mineiro promoveu interpretação distinta. O posicionamento adotado por Minas Gerais leva em consideração uma situação hipotética em que duas indústrias, idênticas e vizinhas, necessitem de óleo combustível para aquecer seus fornos para a fabricação de determinado produto, ferro em lingotes, por exemplo, aquela que comprasse óleo combustível de distribuidora situada no mesmo Estado teria um custo maior do que aquela que recebesse o produto de remetente situado em outra unidade da Federação.

Nesta linha a interpretação dada por Minas Gerais aos dispositivos pre-citados é a de que a industrialização seja a do próprio produto, o que não atinge a sua utilização em procedimentos industriais dos quais resultem produtos diversos, como é o caso das operações objeto da autuação em comento.

Esta manifestação da Secretaria de Estado da Fazenda de Minas Gerais – através da Superintendência de Legislação Tributária – Diretoria de Orientação e Educação Tributária – consta do Parecer DOET/SLT nº 034/2002 que aborda a questão da incidência do ICMS/ST sobre a remessa de combustível derivado de petróleo

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

quando o combustível for utilizado em processos industriais que tenham como resultante mercadorias diversas, defendendo a não-incidência do tributo apenas quando a industrialização for do próprio produto.

Voltamos a frisar pela importância a desnecessidade da presença de peritos no estabelecimento da Coobrigada para provar que o óleo combustível não é insumo industrial posto que a autuação em comento considera que o destino do óleo combustível foi exatamente servir de insumo no processo de transformação de matérias-primas realizado pela Coobrigada.

A Defendente discorda entretanto do entendimento exposto no Parecer DOET/SLT nº 34/2002 e na Instrução Normativa SLT nº 01/2003.

Quanto a tal discordância temos a afirmar que não apenas tais mecanismos foram acionados mas também ocorreu alteração na legislação mineira, através da Lei nº 14.699/03, a que a Impugnante se reporta e que determina a incidência do imposto quando não se operar a industrialização do próprio produto. Tal alteração corrobora os entendimentos manifestados nas normas já citadas esclarecendo literalmente a questão.

Sobre as alegações apresentadas relativas a aplicação das disposições constantes do artigo 146 do Código Tributário Nacional, ressaltamos, com relação às respostas a consultas mencionadas pela Defendente e que determinam o aproveitamento do crédito do ICMS, não haver dúvida de que o princípio da não-cumulatividade constitucionalmente previsto há que ser aplicado. Cumpre lembrar entretanto que o presente trabalho fiscal não afasta a aplicação ampla do princípio da não-cumulatividade.

Quanto à resposta à Consulta Fiscal Direta nº 763/97 que informava a não obrigação de reter o ICMS nas vendas de combustíveis destinados a serem utilizados em processo de industrialização de outros bens, vale lembrar que a mesma foi emitida em 1997 ressaltando-se que se trata de uma Consulta Fiscal Direta, ou seja, destinada a própria fiscalização não tendo sido respondida diretamente a qualquer contribuinte, tampouco à Impugnante.

Ressalte-se que aos contribuintes foi dada ciência da matéria justamente através do Parecer nº 34/02, que expressamente a reformulou a Consulta Fiscal Direta nº 763/97.

No que se refere a alegação da Defendente de que teria havido mudança no critério jurídico utilizado pelas autoridades fiscais em razão da prolação do Parecer nº 34/2002, e que sua aplicação a fatos anteriores fere o artigo 146 do Código Tributário Nacional, entendemos não ter havido tal mudança de critério jurídico, uma vez que o entendimento do Legislador sempre foi aquele demonstrado no r. parecer. Ademais não foi passado tal posicionamento diretamente à Impugnante.

Relativamente às autuações fiscais citadas pela Defendente temos que a Fiscalização cita várias outras a corroborar com seu posicionamento, alegando que, anteriormente à emissão do Parecer nº 34/02, o Fisco já exigia o tributo devido em

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

operações idênticas às consignadas na presente autuação. Comprovamos esta situação apresentando as autuações de nºs 02.000203171-20 de 06 de maio de 2002; 02.000203291-87 de 22 de maio de 2002 e 02.000203394-09 de 10 de junho de 2002 lavradas em nome de Shell Brasil S/A com I.E. nº 367.012.844-27-79 e CNPJ nº 33.453.598/0166-31, ou seja, lavradas em nome da própria Impugnante, autuada no PTA em comento, e que foram lavradas anteriormente à emissão do retrocitado parecer que se deu em 09 de setembro de 2002 e da Instrução Normativa nº 01/03, de 03 de junho de 2003. Assim temos encontra-se demonstrado que a emissão do Parecer DOET/SLT nº 34/2002 e da Instrução Normativa nº 01/03 não alteraram o procedimento do Fisco.

Pelo exposto temos que não pode ser cancelada a exigência fiscal em função de os fatos geradores autuados serem anteriores à prolação do Parecer nº 34/2002 posto que, anteriormente à emissão deste já havia autuações dessa mesma matéria e em relação ao mesmo sujeito passivo e pelos mesmos fundamentos.

A Impugnante afirma, com o escopo de diminuir o valor da base de cálculo, que a previsão legal para a autuação em tela seria o artigo 363 do Anexo IX do RICMS, sendo que este artigo determinaria que a base de cálculo é o valor da operação, afastando a regra geral do artigo 13 da Lei nº 6.763/75. No entanto este argumento também não pode ser acatado posto que o dispositivo legal por ela evocado determina que a base de cálculo é o valor da operação devidamente acrescido dos valores correspondentes a tributos, frete, carreto, seguro, demais despesas..., de forma que resta esclarecido que o tributo ICMS deve integrar a sua própria base de cálculo, nos termos do parágrafo 15 do artigo 13 citados.

O argumento de Defesa de que há lançamento lavrado contra a própria empresa em operação idêntica às consignadas na presente Autuação, em que não foi incluído o ICMS em sua própria base de cálculo e que em obediência do artigo 146 do Código Tributário Nacional não poderia haver mudança no critério jurídico, também não lhe socorre.

No que diz respeito à inclusão do ICMS em sua própria base de cálculo, o artigo 13, parágrafo 15, da Lei nº 6.763/75, é claro ao definir a questão, determinando a inclusão do imposto em sua base de cálculo.

Como já explicitado acima a Consulta Fiscal Direta nº 763/97 não deve ser considerada prática reiterada pelo Fisco, mesmo porque encontra-se demonstrado a existência de autuações anteriores ao Parecer DOET/SLT nº 34/2002 e da Instrução Normativa nº 01/03 que já exigiam o ICMS em operações idênticas às consignadas na autuação em tela e contrárias à resposta da r. Consulta Fiscal Direta. Este fato afasta a alegação de que seria prática reiterada a não tributação de operações de remessa interestadual de óleo combustível. Tampouco pode a autuação citada pela Defendente e que não incluiu o ICMS em sua própria base de cálculo ser considerada de prática reiterada pelo Fisco. Portanto, uma vez demonstrado que os procedimentos trazidos à baila pela Impugnante não têm a característica de prática reiterada pelo Fisco, da presente autuação não pode ser afastada a exigência de penalidade, juros ou atualização monetária com fulcro no artigo 100 do Código Tributário Nacional.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Também entendemos correta a imputação da multa de revalidação capitulada no artigo 56, inciso II da Lei nº 6.763/75 que deve ser cobrada nas hipóteses de ação fiscal.

Por derradeiro frisamos que a competência do Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais encontra-se descrita na Consolidação da Legislação Tributária Administrativa do Estado de Minas Gerais, aprovada pelo Decreto nº 23.780/84, com alterações posteriores, sendo que expressamente em seu artigo 88, há vedação a negação de aplicação a dispositivo legal mineiro. Assim temos:

“Art. 88 – Não se incluem na competência do órgão julgador:

I – a declaração de inconstitucionalidade ou negativa de aplicação de lei, decreto ou ato normativo;

.....”

Neste prisma deve ser vista a aplicação das disposições trazidas pela Lei nº 14.699/03 que encontram-se em consonância com o lançamento objeto de análise.

Pelos fatos e fundamentos expostos entendemos que os argumentos postos pela Impugnante em sua peça de defesa não são suficientes a alteração do feito fiscal na esfera administrativa de julgamento.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. No mérito, também à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Pela Impugnante, sustentou oralmente a Dra. Fabiana Leão de Melo e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Marismar Cirino Motta. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Windson Luiz da Silva e Mauro Rogério Martins.

Sala das Sessões, 13/10/04.

Roberto Nogueira Lima
Presidente/Revisor

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Relatora

LMMP/EJ