

Acórdão: 16.859/04/1^a Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010112549-21
Impugnante: Petrobrás Distribuidora S/A
Proc. S. Passivo: José Geraldo Saúde Fonseca/Outros
PTA/AI: 01.000144464-46
CNPJ: 34.274233/0040-00
Origem: DGP-Diretoria de Gestão e Projetos

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - BASE DE CÁLCULO - NÃO INCLUSÃO DO MONTANTE DO IMPOSTO - RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS/ST. Constatada a retenção e o recolhimento a menor do ICMS devido pela Autuada na condição de substituta tributária, em decorrência da não inclusão do montante do imposto na base de cálculo do ICMS/ST. Infração caracterizada nos termos da Lei Complementar nº 87/96. Exigências fiscais mantidas. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a retenção e o recolhimento a menor do ICMS/ST, no período de 01/01/1999 a 31/12/2002, nas remessas de combustível (Óleo Diesel) a contribuintes mineiros, não destinados à comercialização ou à industrialização, sem inclusão do montante do imposto na base de cálculo do ICMS/ST. Exige-se ICMS e MR (100%).

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 134 a 146, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 153 a 169.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 174 a 181, opina pela procedência do lançamento.

DECISÃO**DAS PRELIMINARES****Preliminar 1:**

De antemão cumpre salientar que, embora a Impugnante tenha protestado pela produção de prova pericial contábil, não foram apresentados os indispensáveis

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

quesitos, razão pela qual o pedido de perícia revelou-se prejudicado à luz das determinações do artigo 98, inciso III do Dec. 23.780/84 – CLTA/MG.

Preliminar 2:

Não procede a alegação de nulidade do auto de infração defendida pela Impugnante face ao que a mesma entende como erro na identificação do sujeito passivo da obrigação.

Conforme o item 2, do § 1º, do artigo 372, do RICMS/96 (dispositivo inclusive citado pelo fisco no campo “infringência/penalidade” do AI), é atribuída ao estabelecimento situado em outra unidade da Federação a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS na remessa de combustível e lubrificante derivado de petróleo a este Estado, quando os produtos não forem destinados à comercialização ou à industrialização.

DO MÉRITO

O prazo extintivo do direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário é regulado, regra geral, pelo art. 173 do CTN, que para tanto estabelece o decurso de cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, "ex vi" do disposto em seu inciso I.

Tal dispositivo prevalece à previsão de homologação tácita do lançamento efetuado pelo contribuinte, a que alude o art. 150, §4º, do CTN, quanto ao montante não contemplado na apuração, posteriormente verificado pelo Fisco, e devidamente lançado de ofício, nos termos do art. 149, inciso V, daquele Código.

Examinando a matéria, leciona Misabel de Abreu Machado Derzi:

“A inexistência de pagamento de tributo que deveria ter sido lançado por homologação, ou a prática de dolo, fraude ou simulação por parte do sujeito passivo ensejam a prática do lançamento de ofício ou revisão de ofício, previsto no art. 149. Inaplicável se torna então a forma de contagem disciplinada no art. 150, §4º, própria para a homologação tácita do pagamento (se existente). Ao lançamento de ofício aplica-se a regra geral do prazo decadencial de cinco anos e a forma de contagem fixada no art. 173 do mesmo Código.”

Pois bem, os fatos geradores evidenciados no feito, ocorridos nos meses de janeiro e fevereiro de 1999, ver-se-iam atingidos pela decadência somente a partir de 01/01/2005.

Uma vez que o AI fora lavrado em 18/02/2004, e dele devidamente intimada a Autuada no dia 01/03/2004 (AR de fls. 132), claro está que a formalização do crédito tributário, relativamente àquele período, deu-se dentro do prazo decadencial, não se tendo fulminado, ainda, o direito da Fazenda Pública de constitui-lo.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Não procede, portanto, a arguição de decadência.

A autuação versa sobre a realização, nos exercícios de 1999, 2000, 2001 e 2002, de operações de saída de óleo diesel para consumidores finais mineiros nas quais a Autuada formou incorretamente a base de cálculo do ICMS/ST por não incluir, no valor das respectivas operações, o montante do próprio imposto.

O Quadro nº 01 (fls. 22 a 130) contém informações precisas a respeito dos documentos fiscais emitidos pela empresa Autuada.

Nele há a identificação numérica dos referidos documentos e a apresentação dos dados de: CNPJ do destinatário, número da nota fiscal, data de emissão, o produto comercializado (no caso, óleo diesel), a quantidade, o valor do produto comercializado, o ICMS/ST retido, além da base de cálculo do ICMS/ST, o valor do ICMS/ST calculado e a diferença apurada.

Com informações tão esmiuçadas e considerando que referem-se a documentos emitidos pela própria empresa Autuada e que estão sob sua guarda, o referido quadro seria facilmente contestado e desacreditado se contivesse informações irreais ou inexatas, entretanto, não houve qualquer contestação por parte da empresa Autuada com relação aos dados constantes das notas fiscais, o que permite que se conclua pela sua veracidade.

A Autuada utilizou base de cálculo inferior ao valor da operação destacada nas notas fiscais, em razão de não ter incluído na base de cálculo o montante do próprio imposto.

Diferentemente das argumentações da Impugnante e à luz dos artigos 8º, 9º e 13, § 1º da LC 87/96, o montante do próprio imposto, integra a sua base de cálculo.

Não há entre os dispositivos citados quaisquer divergências como quer a Impugnante. Pelo contrário, definem a base de cálculo do ICMS e prevêm acordo entre os Estados para a adoção do regime de substituição tributária.

"Art. 8º - A base de cálculo para fins de substituição tributária, será:

I - em relação às operações ou prestações antecedentes ou concomitantes, o valor da operação ou prestação praticado pelo contribuinte substituído.

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

Art. 12 - Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

.....

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

XII - da entrada no território do Estado de lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos derivados de petróleo e energia elétrica oriundos de outro Estado, quando não destinados à comercialização ou à industrialização.

Art. 13 - A base de cálculo do imposto é:

.....

VIII - na hipótese do inciso XII do art. 12, o valor da operação de que decorrer a entrada.

.....

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".

O artigo 8º prescreve a base de cálculo para fins de substituição tributária; o art. 9º prevê acordo entre os Estados para adoção do regime de substituição tributária; o art. 12 informa o momento da ocorrência do fato gerador nas hipóteses que discrimina; o art. 13, inciso VIII, define a base de cálculo para o Art. 12, inciso XII e finalmente o parágrafo 1º, traz como regra para o ICMS – que o montante do próprio imposto integra a sua base de cálculo. Não há contradição ou incoerência entre os dispositivos citados.

Contrariamente às alegações da Impugnante, o art. 13, §1º, da LC 87/96 está de conformidade com o art. 155, II, §2º, XII, "i", da CF, que prevê Lei Complementar para fixar a base de cálculo do ICMS, de modo que o montante do imposto a integre.

A Impugnante destaca que nas operações interestaduais com combustíveis lubrificantes, derivados ou não de petróleo, ocorridas sob a égide do Convênio 03/99, a base de cálculo é o valor da operação, como tal entendido o preço de aquisição pelo destinatário, de sorte que, ao se inserir o imposto em sua própria base de cálculo, estar-se-á instituindo imposto sobre imposto.

Frise-se, o entendimento da Impugnante é parcialmente procedente uma vez que o próprio convênio citado pela Impugnante define, de forma clara, a base de cálculo a ser adotada na hipótese de substituição tributária nas operações em comento como sendo, realmente, o valor da operação, como tal entendido o preço de aquisição pelo destinatário, entretanto, o entendimento da Impugnante não procede quando a mesma sugere que se está instituindo imposto sobre imposto, porquanto a própria CF, mais precisamente o texto da emenda constitucional 33/2001, dispõe que "cabe à Lei Complementar fixar a base de cálculo do ICMS, de modo que o montante do imposto a integre".

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Portanto, tal forma de cobrar o ICMS é constitucional, por expressa previsão do texto da Lei Maior, alínea "i" do inciso XII, do §2º, do art. 155, sendo descabidas as alegações da Impugnante.

A Instrução Normativa SLT 01/2003 que dispõe sobre a interpretação dos dispositivos legais relativos à não incidência do ICMS nas operações interestaduais com petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados e energia elétrica, no seu §2º, inciso II, reafirma, não criando nada de novo, que a base de cálculo do imposto é o valor da operação de que decorrer a entrada dos produtos, nesta incluída o montante do próprio imposto.

Quanto ao aspecto confiscatório da penalidade, observamos que a mesma foi aplicada de conformidade com dispositivo expresso da Lei 6763/75, isto é, artigo 56, II, §2º, estando, também, a atividade de lançamento do imposto vinculada à lei por força do artigo 142, parágrafo único do CTN.

As exigências fiscais de ICMS e MR estão de acordo com as normas legais regentes da matéria, dentro da estrita legalidade.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, rejeitar a arguição de nulidade do Auto de Infração. No mérito, também à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Paulo Ricardo de Souza Cruz. Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros Luciana Mundim de Mattos Paixão (Revisora), Mauro Rogério Martins e Windson Luiz da Silva.

Sala das Sessões, 23/11/04.

Roberto Nogueira Lima
Presidente/Relator

RNL/EJ