

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 16.868/04/1^a Rito: Sumário
Impugnação: 40.010113560-81(Aut.), 40.010112143-41 (Coobr.)
Impugnantes: Petrobrás Distribuidora S/A, Prefeitura Municipal de Poços de Caldas (Coobr.)
Proc. S. Passivo: José Geraldo Saúde Fonseca/Outros(Aut.), Rita de Cássia Machado/Outros (Coobr.)
PTA/AI: 01.000144002-25
CNPJ: 34.274233/0065-69 (Aut.), 18.629840/0001-83 (Coobr.)
Origem: DGP-Diretoria de Gestão e Projetos

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – COBRIGADA - ELEIÇÃO ERRÔNEA. Exclusão da Coobrigada do pólo passivo da obrigação tributária, por falta de previsão legal.

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 mantidas.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a retenção e o recolhimento a menor do ICMS/ST, nas remessas de combustível (Óleo Combustível) a contribuinte mineiro, não destinado à comercialização ou à industrialização, sem inclusão do montante do imposto na base de cálculo do ICMS/ST. Exige-se ICMS e MR(100%).

Inconformadas, a Autuada e a Coobrigada apresentam, tempestivamente e por procuradores regularmente constituídos, Impugnações às fls. 16 a 29 e 47 a 53, contra as quais o Fisco se manifesta às fls. 71 a 93.

Em sessão realizada em 12/11/04, em preliminar, à unanimidade, decide a Câmara rejeitar as prefaciais argüidas pelas Impugnantes. Ainda em preliminar, também à unanimidade, nos termos da Portaria nº 04/01, defere-se o pedido de vista formulado pelo Conselheiro Roberto Nogueira Lima, marcando-se a continuação do julgamento para o dia 24/11/04.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Na oportunidade, são proferidos os votos dos Conselheiros a saber: os Conselheiros Windson Luiz da Silva (Relator) e Luciana Mundim de Mattos Paixão, que o julgavam parcialmente procedente, para excluir do pólo passivo da obrigação tributária a Prefeitura Municipal de Poços de Caldas. O Conselheiro Mauro Rogério Martins, que julgava procedente o Lançamento.

DECISÃO

DAS PRELIMINARES

Preliminar 1:

Observa-se que o trabalho fiscal encontra-se instruído com todas as peças necessárias à sua perfeita análise e, pela defesa apresentada pela Coobrigada pode-se perceber que ela compreendeu completamente o trabalho fiscal, não havendo, pois, que se falar em cerceamento de defesa.

Preliminar 2:

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

Conforme o item 2, do parágrafo primeiro, 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 artigo 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 artigo 150, §4º, do CTN, quanto ao montante não contemplado na apuração, posteriormente verificado pelo Fisco, e devidamente lançado de ofício, nos termos do artigo 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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 no período de 01/02/1998 a 31/12/1998, ver-se-iam atingidos pela decadência somente a partir de 31/12/2003.

Uma vez que o AI fora lavrado em 19/12/2003, e dele devidamente intimada a Autuada no dia 29/12/2003 (AR de fls. 15), 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.

Não procede, portanto, a arguição de decadência.

Quanto à inclusão do ICMS na sua base de cálculo, a mesma está prevista na Constituição Federal/88, artigo 155, incisos II, XII e § 2º, alínea i, acrescentada pela Emenda Constitucional nº 33/2001, *in verbis*:

CF/88 - Art. 155 - Compete aos Estados e ao DF instituir imposto sobre:

.....

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

.....

Parágrafo 2º - O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

.....

XII - cabe a lei complementar:

.....

i)fixar a base de cálculo, de modo que o montante do imposto a integre, também na importação do exterior de bem, mercadoria ou serviço.

A Carta Magna é extreme de dúvida ao disciplinar através da alínea “i”, do § 2º, do artigo 155, que o valor do ICMS integra sua própria base de cálculo.

Nesse mesmo sentido, a Lei Complementar 87/96 traça regras gerais sobre o ICMS, *in verbis*:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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. (grifo)

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

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

.....

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 decorre a entrada. (grifo nosso)

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.

A despeito do artigo 8º c/c artigo 9º da Lei Complementar 87/96, há de se ressaltar que tais dispositivos legais em nenhum momento confrontam com o artigo 13, § 1º da mesma Lei Complementar Federal, que prevê de forma expressa e clara sua inclusão na base de cálculo, como assevera a Autuada. O artigo 8º apenas se limita a prever que a base de cálculo do imposto é o valor da operação; já o artigo 13, § 1º prevê a inclusão em sua base de cálculo, sem qualquer incoerência e contradição entre ambos.

Já no tocante à penalidade aplicada (MR), esta foi devidamente cobrada, no exato valor previsto pelo dispositivo legal acima citado (artigo 56, II, § 2º da Lei 6763/75).

Relativamente à responsabilidade da Coobrigada, a primeira alegação da defesa é de ilegitimidade passiva para a Prefeitura Municipal de Poços de Caldas, entendendo a Impugnante que se alguma obrigação houver, o sujeito passivo deve ser o Município de Poços de Caldas, pessoa jurídica de direito público interno, nos termos do

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

art. 14, III, do Código Civil. Por esta angulação, sem razão a defesa, malgrado o dispositivo citado. É que os tribunais têm admitido a sujeição passiva tanto para o Município, quanto para a Prefeitura, abrandando a rigidez processual.

No que se refere à sujeição passiva pelo não recolhimento do imposto, outra análise deve ser feita. Nos termos do inciso III, do § 1º, do art. 2º, da Lei Complementar 87/96, o imposto incide “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 industrialização, decorrentes de operações interestaduais, cabendo o imposto ao Estado onde estiver localizado o adquirente”.

Entretanto, o § 2º, do artigo 9º, do citado diploma legal, estabelece que em sendo o destinatário consumidor final, o imposto será **pago** pelo remetente, até mesmo pela inviabilidade de se atribuir responsabilidade pelo recolhimento ao consumidor final.

Por outro lado, a Lei 6763/75, ao tratar da substituição tributária, estabelece a responsabilidade a “contribuinte situado em outra unidade da Federação que remeter ao Estado petróleo ou lubrificante e combustível líquido ou gasoso dele derivado não destinados à comercialização ou industrialização” (art. 22, § 8º, item 5).

Assim, pode-se concluir que a responsabilidade pelo recolhimento do imposto, *in casu*, não atinge a Prefeitura Municipal de Poços de Caldas, cabendo a exclusão da coobrigada do pólo passivo da obrigação tributária.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, dando prosseguimento ao julgamento iniciado em 12/11/2004, nos termos da Portaria 04/2001, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para excluir do pólo passivo da obrigação tributária a Coobrigada Prefeitura Municipal de Poços de Caldas, sendo que, nesta oportunidade, o Conselheiro Mauro Rogério Martins retificou seu voto anterior.

Sala das Sessões, 24/11/04.

Roberto Nogueira Lima
Presidente

Windson Luiz da Silva
Relator

WLS/EJ