

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 2.939/04/CE Rito: Ordinário
Recurso de Revisão: 40.060111419-42 (Aut.), 40.060111420-27 (Coobr.)
Recorrentes: Shell Brasil S/A(Aut.), Companhia Cimento Portland Itaú(Coobr.)
Recorrida: Fazenda Pública Estadual
Proc. S. Passivo: João Dácio de Souza Pereira Rolim/Outros (Aut.), Milton Cláudio Amorim Rebouças (Coobr.)
PTA/AI: 01.000141404-36
CNPJ: 33.453598/0166-31 (Autuada)
Inscr. Estadual: 723.013688.09-48 (Coobrigada)
Origem: DGP/SUFIS/Belo Horizonte

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO ICMS/ST – ÓLEO COMBUSTÍVEL. Constatado que a Autuada efetuou remessas de óleo combustível para a Coobrigada, para ser utilizado como insumo no processo produtivo de cimento, sem efetuar a retenção e o recolhimento do ICMS/ST devido, em desacordo com a legislação tributária estadual vigente e Convênio Confaz 105/92. Mantidas as exigências de ICMS e MR (100%). No entanto, à Coobrigada, não se aplica a penalidade em dobro prevista no § 2º do artigo 56 da Lei 6.763/75, ficando-lhe ressalvada, portanto, a responsabilidade proporcional pelo crédito tributário, ou seja, ICMS e MR (50%). Mantida a decisão recorrida. Recursos de Revisão conhecidos, em preliminar, à unanimidade e, no mérito, não providos, pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a exigência de ICMS/ST e MR em dobro pela falta de retenção e recolhimento do imposto devido nas operações de remessa, para o Estado de Minas Gerais, de óleo combustível, no período de 01/01/1997 a 30/09/1997.

A decisão consubstanciada no Acórdão n.º 16.303/03/1ª, pelo voto de qualidade, excluiu somente a majoração da MR (Artigo 56, § 2º, Lei nº 6.763/75) com relação à Coobrigada restando, contra esta, a responsabilidade proporcional pelo crédito tributário, ICMS e MR a 50% (cinquenta por cento).

Inconformadas, as Recorrentes (Autuada e Coobrigada) interpõem, tempestivamente, e por intermédio de procuradores legalmente habilitados, os Recursos de Revisão de fls. 496 a 510 e 453 a 487, respectivamente, requerendo, ao final, os seus provimentos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 530 a 536, opina pelo não provimento dos Recursos de Revisão.

DECISÃO

Superada, de plano, a condição de admissibilidade capitulada no artigo 137 da CLTA/MG, uma vez que a decisão recorrida foi tomada pelo voto de qualidade, revelam-se cabíveis os presentes Recursos de Revisão.

A autuação versa sobre não retenção e recolhimento do ICMS, pelo regime de substituição tributária, relativo a vendas de óleo combustível para a Coobrigada, no período de 01/05/97 a 31/12/97. Exige-se ICMS/ST e MR em dobro.

Inicialmente, improcede o entendimento da Recorrente (Coobrigada) de que por ser agravo retido não se submeteria à determinação do Artigo 134, inciso II, alínea b, da CLTA/MG. A imposição legal é de que é irrecorrível na esfera administrativa a decisão da Câmara que nega provimento ao agravo e o Artigo 137, § 1º, CLTA/MG prescreve que não ensejará recurso de revisão a decisão tomada pelo voto de qualidade relativa a questão preliminar.

Outrossim, a alegação de estar extinto o prazo do direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário. O Artigo 173, inciso I, do CTN, estabelece o decurso de cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Tal dispositivo prevalece à previsão de homologação tácita do lançamento efetuado pelo contribuinte a que alude o artigo 150, § 4.º, do mesmo diploma legal acima citado, quanto ao montante não contemplado na apuração, posteriormente verificado pelo Fisco, e devidamente lançado de ofício, nos termos do artigo 149, inciso V, do CTN.

Desta forma, os fatos geradores evidenciados no feito, relativos ao exercício de 1997, ver-se-iam atingidos pela decadência somente a partir de 01/01/2003 e a intimação do Auto de Infração ocorreu em dezembro/2002.

Com relação ao mérito, entendem as Recorrentes que, uma vez que o produto foi utilizado como insumo no processo industrial da adquirente (Coobrigada), deve-se considerar que foi destinado à industrialização, por conseguinte, fora da incidência do imposto, não havendo a obrigação de qualquer retenção e recolhimento de imposto a título de substituição tributária.

Esta interpretação, entretanto, não se coaduna com o objetivo a ser atingido através da imunidade constitucional 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.

A legislação é clara e objetiva quando dispõe sobre a incidência do ICMS na entrada, em território mineiro, de combustíveis derivados de petróleo, quando não

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 Lei Complementar nº 87/96, em consonância com os ditames constitucionais, prevê expressamente a incidência do ICMS sobre a entrada, no território do Estado destinatário, decorrente de operações interestaduais de óleo combustível, quando não destinados à comercialização ou a industrialização, cabendo o imposto ao Estado onde estiver localizado o adquirente (Art.2º, § 1º, III), e atribui ao remetente, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto devido, na condição de substituto tributário (Artigo 9º, § 2º). Na lei estadual, encontra-se regulamentado no Artigo 5º, §1º, item 4, Lei 6763/75.

À época da ocorrência dos fatos geradores aqui tratados, a matéria encontrava-se disciplinada, no regulamento, no período de 01.01.97 a 31.08.97 pelo artigo 193 inciso II do Anexo IX do RICMS/96 com a sua redação original, (sendo que o inciso II sofreu alteração promovida pelo Decreto 38.683/97), e no período de 01/09/97 a 31/12/97 no § 1º, item 2 do artigo 192 do Anexo IX do RICMS/96, com redação dada pelo artigo 13 e vigência estabelecida pelo artigo 23-VI, ambos do Decreto 39.184/97.

Reiterando, não procede a dedução das Recorrentes de que a legislação é abrangente, ou seja, não caberia a exigência do ICMS/ST na remessa de óleo combustível para ser utilizado na industrialização. A hipótese da não incidência do imposto é na operação da industrialização do próprio óleo combustível, conforme se infere da IN SLT nº01/03, no seu Artigo 1º, parágrafo único, editada com o objetivo de orientar a correta interpretação dos dispositivos legais retrocitados e dirimir qualquer entendimento diverso.

Destarte, a argumentação de excludente de tributação, de que o óleo combustível foi utilizado em processo de industrialização, não se aplica à autuação em comento, porque não se está questionando este fato, pelo contrário, o laudo técnico trazido aos autos milita a seu desfavor, pois restou comprovado que não houve a industrialização do próprio produto, circunstância que ensejaria a não cobrança do imposto.

É necessário salientar que a responsabilidade pelo recolhimento do imposto é atribuída ao remetente dos produtos na condição de substituto tributário, respaldada pelo Artigo 192, V, e também à Coobrigada consoante determinação do Artigo 193, parágrafo único, ambos do Anexo IX, RICMS/96, situação que não exclui a Recorrente como sujeito passivo da obrigação de pagamento do imposto respondendo esta, inclusive, pelo pagamento da penalidade em dobro prevista no Artigo 56, § 2º, da Lei 6763/75, diferentemente da Coobrigada, que por falta de previsão legal, não se sujeita a majoração da multa de revalidação.

Apenas para esclarecer, é equivocada a afirmação de que não vigia a legislação na época da autuação em decorrência da edição da Lei 14.699/03. Na

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

verdade, houve alteração da redação com o objetivo de tão somente evitar uma interpretação falaciosa.

Outrossim, a IN 01/03 SLT não pode prevalecer em razão do princípio da legalidade. A instrução normativa tem o condão de apenas elucidar a correta interpretação dos dispositivos legais que regem a matéria, ela não cria nada.

Vale observar que o entendimento expresso na IN em tela reflete exatamente o entendimento presente na fundamentação do Convênio ICMS 112/93 que, por sua vez, firmou entendimento sobre a aplicação de disposições contidas no Convênio ICMS 105/92, celebrado pelo CONFAZ mesmo antes do advento da Lei Complementar 87/96.

Por força do óbice estampado no artigo 88 da CLTA/MG não compete ao órgão julgador administrativo a declaração de inconstitucionalidade ou negativa de aplicação de lei, decreto ou ato normativo.

Corretas as exigências de ICMS e respectivos acréscimos legais consubstanciados nos autos, não cabendo qualquer reparo à decisão recorrida.

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, conhecer dos Recursos de Revisão. Ainda em preliminar, pelo voto de qualidade, indeferir o pedido de reabertura de prazo de 30 dias para pagamento do ICMS e acréscimos legais, formulado pelo patrono da Coobrigada. Vencidos os Conselheiros Francisco Maurício Barbosa Simões(Relator), Luciana Mundim de Mattos Paixão e Glemer Cássia Viana Diniz Lobato que o deferiam. No mérito, pelo voto de qualidade, em negar provimento aos recursos. Vencidos, em parte, os Conselheiros Francisco Maurício Barbosa Simões (Relator), Glemer Cássia Viana Diniz Lobato e Luciana Mundim de Mattos Paixão, que lhe davam provimento parcial, para excluir a Multa de Revalidação. Designado relator o Conselheiro Roberto Nogueira Lima (Revisor). O Conselheiro Francisco Maurício Barbosa Simões apresentará voto em separado, nos termos do artigo 43 do Regimento Interno. Pela Coobrigada, sustentou oralmente o Dr. Milton Cláudio Amorim Rebouças; pela Autuada, sustentou oralmente a Dra. Fabiana Leão de Melo e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Marcelo Aguiar Machado. Participaram também do julgamento, os Conselheiros Edwaldo Pereira de Salles e Cláudia Campos Lopes Lara.

Sala das Sessões, 20/04/04.

Roberto Nogueira Lima
Presidente/Relator

RNL/EJ

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 2.939/04/CE Rito: Ordinário
Recurso de Revisão: 40.060111419-42 (Aut.), 40.060111420-27 (Coobr.)
Recorrentes: Shell Brasil S/A(Aut.), Companhia Cimento Portland Itaú(Coobr.)
Recorrida: Fazenda Pública Estadual
Proc. S. Passivo: João Dácio de Souza Pereira Rolim/Outros (Aut.), Milton Cláudio Amorim Rebouças (Coobr.)
PTA/AI: 01.000141404-36
CNPJ: 33.453598/0166-31 (Autuada)
Inscr. Estadual: 723.013688.09-48 (Coobrigada)
Origem: DGP/SUFIS/Belo Horizonte

Voto proferido pelo Conselheiro Francisco Maurício Barbosa Simões, nos termos do artigo 43 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência de voto encontra-se amparada e centrada no fato da existência da Consulta Fiscal Direta nº 763, de 23 de janeiro de 1997. Esta Consulta, apesar de não ser uma consulta de contribuinte, nos moldes da CLTA, e sim uma consulta interna, percebe-se que ela orientou e sustentou todos os trabalhos fiscais ao longo de um grande período. Mesmo sendo ela uma consulta interna, foi ela respondida pelo DOT/DLT/SER, ou seja, caso o contribuinte dirigisse consulta à Fazenda, seria ela respondida nesta linha, pelo menos porquanto perdurou tal entendimento.

Tanto é verdade, que somente foi ela revogada pelo Parecer DOET/SLT nº 034/2002 e, finalmente, pela Instrução Normativa SLT nº 01, de 13 de junho de 2003. Aliás, quando editado o Parecer retro referido, constou expressamente de sua parte final: “Fica reformulado o entendimento expresso na CFD n.º 763/97, bem como nas demais Consultas e Pareceres com este incompatíveis”.

A existência da Consulta, a sua revogação expressa pelo Parecer, após o transcurso de cinco anos, e o surgimento da Instrução Normativa, todos acima citados, implica em reconhecer que este era o entendimento da Fazenda ao longo deste período e, conseqüentemente, esta era a prática da Fazenda, constituindo-se norma complementar, nos termos do artigo 100, inciso III, do CTN.

Sendo assim e por ser o período autuado alcançado pela consulta retro referida, inexistindo a concessão de prazo ao contribuinte para o recolhimento do ICMS, sem o acréscimo das penalidades e juros de mora, dentre outros mais, impõe-se a aplicação do contido no parágrafo único do artigo 100, do CTN.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Daí, porque, o voto deste Conselheiro.

Sala das Sessões, 20/04/04.

**Francisco Maurício Barbosa Simões
Conselheiro - CC/MG**

FMBS/EJ

CC/MG