

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS
--

Acórdão: 17.048/05/1^a Rito: Ordinário

Impugnações: 40.010112966-82 (Aut.), 40.010115121-72 (Coob.)

Impugnantes: Petrobrás Distribuidora S/A (Aut.), Pavidez Engenharia Ltda. (Coob.)

Proc. S. Passivo: José Geraldo Saúde Fonseca/Outros (Aut.), Marina Pimenta Madeira (Coob.)

PTA/AI: 01.000144007-13

CNPJ: 34.274233/0065-69 (Aut.)

Inscr. Estadual: 441.559851.00-83 (Coob.)

Origem: DGP/SUFIS/BH

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, nas remessas de óleo combustível para a Coobrigada, para ser utilizado como insumo no processo produtivo, 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 e no Convênio Confaz 105/92. Mantidas integralmente as exigências fiscais. No entanto, atribui-se responsabilidade à Coobrigada, apenas em relação aos valores do crédito tributário relativos à diferença entre o valor do ICMS/ST devido e o valor efetivamente retido pela remetente. Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a exigência de ICMS/ST e MR/ST devidos pelas remessas de óleo combustível efetuadas pela Autuada para a Coobrigada sem a correta retenção e sem recolhimento, em desacordo com os Convênios Confaz 105/92, 03/99 e legislação tributária estadual, no período de 01/07/98 a 31/03/03.

Inconformadas, a Autuada e a Coobrigada apresentam, tempestivamente e por procuradores regularmente constituídos, Impugnações às fls. 24 a 38 e 58 a 71, respectivamente, contra as quais o Fisco se manifesta às fls. 195 a 218.

A Auditoria Fiscal solicita diligências às fls. 224 e 233, que resultam nas manifestações de fls. 225 a 231 e 234 a 240.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 255 a 273, opina pela procedência parcial do lançamento, para que fique ressalvado à Coobrigada responder parcialmente pelo crédito tributário, apenas em relação aos valores relativos às remessas de produtos sem retenção e, nos casos em que houve retenção parcial, à diferença entre o valor do ICMS/ST devido (calculado nos termos do § 15 do artigo 13 da Lei 6763/75) e o valor do ICMS/ST efetivamente retido pelo remetente dos produtos.

DECISÃO

DA PRELIMINAR

Da alegação de nulidade do Auto de Infração

A Autuada afirma que há irregularidades no lançamento, pois existe disparidade entre o imposto exigido e as normas estaduais invocadas para cobrá-lo, ressaltando que o tributo exigido não se limita à suposta diferença de base de cálculo baseada no § 15 do artigo 13 da Lei 6763/75.

Entende que o Fisco afrontou o artigo 142 do CTN, pois não examinou todos os documentos antes de lavrar a autuação, tendo em vista que entre a data do TIAF e do Auto de Infração decorreram apenas três dias.

Enfatiza que pagou todo o tributo devido nas operações autuadas, destacando o imposto nas notas fiscais emitidas para seus clientes, anexa documentos no intuito de comprovar suas alegações e protesta pela produção de prova pericial contábil e diligência no estabelecimento, requerendo ainda a produção de prova documental após o protocolo da impugnação.

Tais argumentos, entretanto, não merecem prosperar.

A exigência fiscal não se limita à diferença de base de cálculo com base no § 15 do artigo 13 da Lei 6763/75 (que dispõe sobre a inclusão do montante do imposto na base de cálculo), sendo que o Fisco expressamente fez constar no Auto de Infração os dispositivos legais tidos como infringidos, nos quais incluiu os dispositivos que determinam a obrigatoriedade de retenção/recolhimento do imposto nas remessas dos produtos quando estes não forem destinados à comercialização e/ou industrialização.

Tampouco houve ofensa ao artigo 142 do CTN, visto que o Fisco, na apuração do crédito tributário, utilizou-se dos arquivos magnéticos fornecidos pela própria Autuada, explicando que neles não consta qualquer informação sobre destaque do ICMS/ST nas notas fiscais. A entrega de arquivos magnéticos contendo a relação das operações interestaduais realizadas com combustíveis (assim como os valores do imposto a serem repassados a este Estado) é obrigatória e está prevista na legislação (artigos 195-IV e 380-III-a do RICMS/96 e art. 369-IV do RICMS/02).

Ressalte-se ainda que a produção de prova documental após o protocolo da Impugnação não foi rechaçada pelo Fisco, ao contrário, a Autuada foi inclusive

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

intimada a apresentar os documentos que comprovariam suas alegações de que efetuou o pagamento do imposto exigido no AI, no entanto não se manifestou.

O pedido de perícia não se reveste das formalidades legais necessárias à sua apreciação; de qualquer forma a realização de perícia mostra-se desnecessária, pois o deslinde da questão seria plenamente resolvido se a Autuada tivesse atendido à intimação do Fisco, apresentando provas do alegado recolhimento do imposto.

Frise-se, por fim, que a Impugnação apresentada aborda todos os pontos relevantes da presente Autuação, demonstrando que houve, por parte da Autuada, perfeito entendimento no que se refere às exigências fiscais consubstanciadas no AI.

DO MÉRITO

O Auto de Infração exige ICMS/ST e MR/ST devidos pelas remessas de óleo combustível efetuadas pela Autuada para a Coobrigada sem a correta retenção e sem recolhimento do ICMS/ST, em desacordo com os Convênios Confaz 105/92, 03/99 e legislação tributária estadual, no período de 01/07/98 a 31/03/03.

O Fisco relacionou na planilha de fls. 17/22 todas as notas fiscais objeto da autuação, indicando o número, data, produto, quantidade, valor, base de cálculo e valor do ICMS/ST exigido, consolidando o resultado a cada mês na planilha de fls. 11/14. Às fls. 15/16 o Fisco exemplificou a memória de cálculo do ICMS/ST apurado.

A Impugnante alega que o imposto não incide sobre operações interestaduais com produtos derivados de petróleo, por determinação do artigo 150, § 2º, inciso X, alínea “b” da CF/88.

Por certo tem razão em relação a este ponto, no entanto no presente caso não se está a exigir imposto relativo às operações interestaduais praticadas pela Autuada (operações próprias do remetente).

Ao contrário, o imposto exigido na peça fiscal que ora se discute é aquele incidente na entrada, em território mineiro, decorrente de operação interestadual, de combustíveis derivados de petróleo, quando não destinados à comercialização ou industrialização do próprio produto.

A incidência do imposto nas operações de que aqui se cuida está expressamente prevista na Lei Complementar 87/96, que autorizada pela CF/88 (art. 146-III) dispõe:

LC 87/96

Art. 2º – O imposto incide sobre:

(...)

§ 1º – O imposto incide também:

(...)

III – sobre a entrada, no território do Estado
destinatário, de petróleo, inclusive

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e de energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou à industrialização, decorrentes de operações interestaduais, cabendo o imposto ao Estado onde estiver localizado o adquirente.

Na esteira da Lei Complementar, a Lei Estadual 6763/75 dispõe da mesma forma em seu artigo 5º, § 1º, item 4, com a seguinte redação vigente à época dos fatos geradores aqui tratados:

Lei 6763/75

Art. 5º (...)

§ 1º - O imposto incide sobre:

(...)

4) a entrada, em território mineiro, decorrente de operação interestadual, de petróleo, de lubrificante e combustível líquido ou gasoso dele derivados, e de energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou à industrialização.

A incidência do imposto, portanto, está claramente delineada na legislação de regência.

Já o recolhimento através do instituto da substituição tributária, que deveria ter sido efetuado pelo remetente, tem suporte também em mandamento contido na Lei Complementar 87/96:

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

§ 1º - A responsabilidade a que se refere o art. 6º poderá ser atribuída:

I - ao contribuinte que realizar operação interestadual com petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, em relação às operações subseqüentes;

II - (...)

§ 2º - Nas operações interestaduais com as mercadorias de que tratam os incisos I e II do parágrafo anterior, que tenham como destinatário consumidor final, o imposto incidente na operação será devido ao Estado onde estiver localizado o adquirente e será pago pelo remetente.

O acordo entre os Estados interessados previsto na Lei Complementar já havia se concretizado antes mesmo da vigência da referida lei, pelo Convênio

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

CONFAZ 105/92 e alterações posteriores, revogado a partir de 26.04.99 pelo Convênio 03/99, hoje em vigor.

O Convênio 105/92 determinava em sua cláusula primeira:

Convênio 105/92

Cláusula primeira - Ficam os Estados e o Distrito Federal, quando destinatários, autorizados a atribuir aos remetentes de combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo, situados em outras unidades da Federação, a condição de contribuintes ou de substitutos tributários, relativamente ao ICMS incidente sobre as operações com esses produtos, a partir da operação que os remetentes estiverem realizando, até a última, assegurado o seu recolhimento à unidade federada onde estiver localizado o adquirente.

Vale observar que aos 11.11.93 havia sido publicado o Convênio ICMS 112/93 que firmou entendimento sobre a aplicação de disposições contidas no Convênio ICMS 105/92, em relação a operações nele descritas, conforme a seguir transcrito:

O Ministro de Estado da Fazenda e os Secretários de Fazenda, Economia ou Finanças dos Estados e do Distrito Federal, na 25ª Reunião Extraordinária do Conselho Nacional de Política Fazendária, realizada em Brasília, DF, nos dias 25 de outubro e 9 de novembro de 1993, tendo em vista o disposto no *parágrafo único do art. 25 do Anexo Único do Convênio ICM 66/88*, de 14 de dezembro de 1988, no *Convênio ICMS 105/92*, de 25 de setembro de 1992, nos termos dos arts. 102 e 199 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.192, de 25 de outubro de 1966), e considerando que:

I - as operações interestaduais com derivados de petróleo e demais combustíveis e lubrificantes, nos termos da *Constituição Federal*, submetem-se a regime peculiar que tem ensejado divergências quanto ao seu alcance;

II - a capacidade econômica captada pelos impostos indiretos, como o ICMS, é manifestada pelo consumidor final da mercadoria, independentemente de tratar-se de operação interna ou interestadual;

III - em relação a esses produtos e à vista do regime constitucional que lhes é deferido, o ICMS, por ser imposto indireto que termina por onerar o consumo, deve ser arrecadado no Estado destinatário, sendo, portanto, injustificável, em face da garantia da igualdade como pressuposto de aplicação da devida justiça fiscal, que o mesmo

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

consumidor final, em situação idêntica, sofra maior ou menor ônus tributário, dependendo de a aquisição da mercadoria ocorrer em operação interna ou interestadual;

IV - entender-se correta a aplicação de regimes distintos para operações internas e interestaduais a consumidor implica, no caso concreto, discriminação vedada pelo art. 152 da *Constituição Federal*;

V - o acima descrito pode, ainda, levar a concorrência desleal entre empresas, ferindo o disposto no § 4º do art. 173 da *Constituição Federal*;

VI - o caput da *cláusula primeira do Convênio ICMS 105/92*, de 25.09.92, não estabelece qualquer restrição a operações, para efeito de retenção do imposto;

VII - no § 2º da *cláusula segunda*, ainda do citado Convênio, estabelece a base de cálculo nas operações em que as mercadorias não se destinem à comercialização, entre elas, as destinadas a consumo,

resolvem celebrar o seguinte

CONVÊNIO

Cláusula primeira. Firmam entendimento segundo o qual a obrigação de retenção do imposto prevista na *cláusula primeira do Convênio ICMS 105/92*, de 25 de setembro de 1992, é aplicável a todas as operações efetuadas com as mercadorias nela mencionadas, pelos remetentes lá definidos, inclusive quando se tratar de operações que destinem as mercadorias a consumidor localizado em outra unidade da Federação.

A partir de 26.04.99, entrou em vigor o Convênio 03/99, estabelecendo que:

"Cláusula primeira - Ficam os Estados e o Distrito Federal, quando destinatários, autorizados a atribuir aos remetentes de combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo, situados em outras unidades da Federação, a condição de contribuintes ou de sujeitos passivos por substituição, relativamente ao ICMS incidente sobre as operações com esses produtos, a partir da operação que os remetentes estiverem realizando, até a última, assegurando o seu recolhimento à unidade federada onde estiver localizado o destinatário.

§ 1º - O disposto nesta cláusula também se aplica:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

III - na entrada de combustíveis e lubrificantes derivados de petróleo, quando não destinados à industrialização ou comercialização pelo destinatário."

A matéria foi disciplinada na legislação tributária mineira no § 1º, item 2 do artigo 192 do Anexo IX do RICMS/96:

Efeitos de 07/04/98 a 30/06/99 - Redação dada pelo artigo 10 do Dec. nº 39.529, de 06/04/98 - MG de 07 e ret. No de 18.

Art. 192 - A responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS incidente nas subsequentes saídas, em operação interna, de combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo, exceto coque verde de petróleo, é atribuída, por substituição tributária, inclusive quando o destinatário for Transportador Revendedor Retalhista (TRR), observado o disposto no § 3º:

(...)

Efeitos de 01/09/97 a 30/06/99 - Redação dada pelo artigo 13 e vigência estabelecida pelo art. 23-VI, ambos do Dec. nº 39.184, de 23/10/97 - MG de 24 e ret. No de 22/11.

§ 1º - A responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS é atribuída, ainda, ao estabelecimento situado em outra unidade da Federação:

(...)

2) na remessa de combustível e lubrificante derivados de petróleo, quando os produtos não forem destinados à comercialização ou à industrialização.

Ocorreram sucessivas alterações na legislação tributária mineira, passando a matéria a ser tratada, a partir de 01/07/99, no Capítulo XLIX do RICMS/96:

Efeitos de 1º/07/99 a 31/12/2001 - Acrescido pelo art. 2º e vigência estabelecida pelo art. 7º, ambos do Dec. 40.456, de 02/07/99 - MG de 03/07.

"Art. 372 - Nas operações com combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo, exceto coque verde de petróleo, destinadas a contribuintes localizados neste Estado, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS incidente nas subsequentes saídas desses produtos, em operação interna, é atribuída, por substituição tributária, inclusive quando o

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

destinatário for Transportador Revendedor
Retalhista (TRR):"

§ 1º - A responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS é atribuída, ainda, ao estabelecimento situado em outra unidade da Federação:

(...)

2) na remessa de combustível e lubrificante derivados de petróleo a este Estado, quando os produtos não forem destinados à comercialização ou à industrialização

Efeitos a partir de 01/01/2002 - Redação dada pelo art. 3º e vigência estabelecida pelo art. 23, I, ambos do Decreto nº 42.929, de 26/09/2002, MG de 27.

Art. 372 - Nas operações com combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo, exceto coque verde de petróleo, destinadas a contribuintes localizados neste Estado, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS incidente nas subseqüentes saídas desses produtos, em operação interna, é atribuída, por substituição tributária, inclusive quando o destinatário for Transportador Revendedor Retalhista (TRR):

.....

§ 1º - A responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS é atribuída, ainda, ao estabelecimento situado em outra unidade da Federação:

.....

2) na remessa de combustível e lubrificante derivado de petróleo a este Estado, quando os produtos não forem destinados à comercialização ou à industrialização.

Com o advento do RICMS/02, que expressamente revogou o RICMS/96, a partir de 15/12/02, a matéria passou a ser disciplinada no artigo 360 do Anexo IX do novo decreto regulamentar, tendo sido mantida a responsabilidade anteriormente prevista:

Art. 360 - Nas operações com combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo, exceto coque verde de petróleo, destinadas a contribuintes localizados neste Estado, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS incidente nas subseqüentes saídas desses produtos, em operação interna, é atribuída, por substituição tributária, inclusive quando o

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

destinatário for Transportador Revendedor
Retalhista (TRR):

(...)

§ 1º - A responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS é atribuída, ainda, ao estabelecimento situado em outra unidade da Federação:

(...)

II - na remessa de combustível e lubrificante derivados de petróleo a este Estado, quando os produtos não forem destinados à comercialização ou à industrialização

A legislação, portanto, é clara e objetiva quando dispõe sobre a incidência do ICMS na entrada, em território mineiro, de combustíveis derivados de petróleo, quando não 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 questão suscitada nos autos, portanto, restringe-se à interpretação dada aos dispositivos legais pela Autuada, que entende que, uma vez que o produto foi utilizado como insumo no processo industrial da adquirente (preparo de massa asfáltica), deve-se considerar que foi destinado à industrialização, de forma que as operações objeto da autuação estariam fora da incidência do imposto e portanto ela (Autuada) estaria desobrigada de efetuar qualquer retenção e recolhimento de ICMS a título de substituição tributária.

Em relação a este ponto, vale uma observação sobre entendimento diverso ao manifestado pela Impugnante, adotado por diversos segmentos, no sentido de que o processo desenvolvido pela adquirente (preparo de massa asfáltica), na realidade não deveria ser considerado industrialização, mas sim prestação de serviço, atividade enquadrada na Lei Complementar 56/87 – Lista de Serviços, item 32, vigente à época dos fatos aqui tratados, expressamente revogada pela Lei Complementar 116/03, atualmente em vigor (o item 7.02 da lista atual trata da prestação de serviço antes disciplinada no item 32 da LC 56/87). Segundo este entendimento, estaria tal atividade, portanto, ao abrigo da não incidência do imposto.

Na verdade, qualquer que seja o entendimento, prevalece o disposto na legislação tributária já anteriormente mencionada, ou seja, incide o ICMS na entrada, em território mineiro, decorrente de operação interestadual, de petróleo, de lubrificante e combustível líquido ou gasoso dele derivados, quando não destinados à comercialização ou à industrialização (LC 87/96, art. 2º, § 1º, III c/c Lei 6763/75, art. 5º, § 1º, item 4).

Obviamente, para aqueles que entendem ser o preparo de massa asfáltica mera prestação de serviço (portanto, atividade sujeita ao ISSQN), a aquisição do óleo combustível destinado ao aquecimento da massa, no caso, deve ser entendida como

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

aquisição de combustível por contribuinte mineiro para uso e consumo do estabelecimento, portanto (obviamente) não destinado à industrialização ou comercialização. Fosse este o caso, a procedência da exigência fiscal nem precisaria de outras considerações para ser reconhecida.

Sendo outro o entendimento da Autuada, ou seja, no sentido de que o preparo de massa asfáltica constitui processo de industrialização, necessário que se aborde o tema à luz de suas argumentações.

Conforme já dito, a Autuada aduz que o produto foi adquirido para ser utilizado em processo de industrialização (da massa asfáltica), portanto, nos dizeres da própria legislação tributária, a operação de aquisição do produto estaria ao abrigo da não incidência do imposto.

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

Neste sentido discorre sobre o assunto a DOET/SLT no parecer 034/2000, que reflete o entendimento esposado não só pela Fazenda mineira, mas também pelos demais Estados da Federação.

Para dirimir qualquer dúvida quanto à interpretação correta dos dispositivos legais que regem a matéria, foi publicada no MG de 06/06/03 a Instrução Normativa SLT N.º 01 de 03 de junho de 2003, que reza:

Art. 1º - Incide o ICMS sobre a entrada no território mineiro de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e de energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou à industrialização.

Parágrafo único - Para efeito do disposto no caput, entende-se por industrialização a operação em que os mencionados produtos sejam empregados como matéria-prima e da qual resulte petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados ou energia elétrica.

Embora a IN SLT 01/03 somente tenha sido editada após o período em que ocorreram os fatos geradores aqui tratados, foi mencionada pois deve-se ter em mente que ela não cria uma nova situação jurídica, apenas esclarece para os contribuintes e os profissionais que atuam na área jurídico-tributária qual a correta interpretação dos dispositivos legais que regem a matéria.

Aliás, insta observar que o entendimento expresso na IN em tela reflete exatamente o entendimento presente na fundamentação do Convênio 112/93, celebrado

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

pelo CONFAZ mesmo antes do advento da Lei Complementar 87/96, conforme texto anteriormente já transcrito.

A exigência de ICMS/ST relativo às remessas de óleo combustível promovidas pela Autuada para a Coobrigada, para uso no processo produtivo (preparo de massa asfáltica) está, portanto, legalmente amparada.

Embora a Autuada alegue que destacou o imposto nas notas fiscais e que efetuou o pagamento, não trouxe aos autos provas de suas alegações, apesar de ter sido devidamente intimada através de seu procurador regularmente constituído, o que pode ser verificado às fls. 226/227. Enfatize-se que o destaque de valores de ICMS/ST nos documentos fiscais objeto da Autuação não foi informado nos arquivos magnéticos fornecidos ao Fisco mineiro, mas afinal restou comprovada sua ocorrência em relação a parte deles, conforme cópias dos documentos acostadas aos autos às fls. 82/193. No entanto, não há qualquer documento que comprove o efetivo recolhimento de tais valores aos cofres estaduais mineiros.

Assim, sendo a Autuada responsável pela retenção e recolhimento do ICMS/ST, nos termos da legislação acima transcrita, corretas são as exigências fiscais.

Outra questão a ser abordada relaciona-se com a base de cálculo, na qual se integra o montante do próprio imposto, por determinação legal.

A análise da planilha elaborada pelo Fisco (fls. 18/32) demonstra que até junho/02 a Autuada não informou nos arquivos magnéticos fornecidos ao Fisco o destaque do ICMS/ST nem comprovou ter efetuado o recolhimento; a partir de agosto/02, passou a informar nos arquivos magnéticos fornecidos ao Fisco o valor destacado e recolhido aos cofres mineiros.

O Fisco demonstrou às fls. 15/16 a memória de cálculo do imposto exigido no Auto de Infração, nos termos do § 15 do artigo 13 da Lei 6763/75. A exigência fiscal refere-se à integralidade do ICMS/ST devido pelas operações ocorridas até junho/02 e a partir desta data à diferença entre o ICMS/ST destacado e recolhido pela Autuada e o ICMS/ST devido tendo em vista a base de cálculo determinada pela legislação.

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. Pelo contrário, eles definem a base de cálculo do ICMS e prevêm acordo entre os Estados para a adoção do regime de substituição tributária.

Senão vejamos:

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

substituído (grifos acrescidos).

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:

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 (gn)

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 art. 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.

Por sua vez, 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 derivados de petróleo ocorridas sob a égide do convênio 105/92 (até 26/04/99) e do convênio 03/99 (a partir de 26/04/99), a previsão legal era que a base de cálculo devia ser o valor da operação, como tal entendido o preço de aquisição pelo destinatário, concluindo que ao se inserir o imposto em sua própria base de cálculo, está se instituindo imposto sobre imposto de forma não autorizada pela CF.

Frise-se que tal entendimento não procede, porquanto a própria CF, mais precisamente o texto da emenda 03/2001, dispõe que "cabe à Lei Complementar fixar a base de cálculo do ICMS, **de modo que o montante do imposto a integre**" (g.n),

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

consolidando entendimento esposado pelo STF, em várias decisões proferidas antes da EC 03/2001.

De outro modo, os próprios convênios (acordos entre os Estados citados pela Impugnante) definem de forma clara a base de cálculo a ser adotada na hipótese de substituição tributária nas operações em comento, isto é, o valor da operação, como tal entendido o preço de aquisição pelo destinatário.

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 apresentadas.

É de se observar, ainda, que a partir de janeiro/03, a Autuada passou a reter corretamente o ICMS/ST (incluindo o valor do imposto na base de cálculo), repassando a informação ao Fisco através dos arquivos magnéticos.

Resta analisar a eleição da Coobrigada para o pólo passivo da obrigação tributária, que está igualmente respaldada na legislação tributária.

Desde 01/11/96 a legislação lhe atribuía a condição de contribuinte em relação às operações praticadas, conforme artigo 15 inciso XIV da Lei 6763/75:

Lei 6763/75

Art. 15 - Incluem-se entre os contribuintes do imposto:

(...)

XIV - o adquirente, em operação interestadual, de petróleo, de lubrificante e combustível líquido ou gasoso dele derivados, e de energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou à industrialização

Assim, na condição de contribuinte, é lícito que seja chamada a responder pelo pagamento do imposto; além disso, o decreto regulamentar mineiro expressamente lhe atribuiu responsabilidade pelo pagamento, caso ocorresse o recebimento da mercadoria sem retenção, a teor do disposto no § 7º do artigo 192 do Anexo IX do RICMS/96, vigente a partir de 24/07/98 (foi acrescido pelo art. 4º do Dec. nº 39.767 de 23/07/98), obrigação esta depois delineada no artigo 374 do mesmo Anexo e finalmente no artigo 362 do Anexo IX do RICMS/02.

Entretanto, é de fundamental importância que se leve em conta dois aspectos.

Primeiramente, consta dos autos comprovação de que a Coobrigada recebeu os produtos em parte com retenção parcial do ICMS/ST devido, conforme demonstram as cópias das notas fiscais anexadas aos autos. Parte delas contém o destaque de valores de ICMS/ST que lhe foram cobrados pelo remetente (os valores de imposto destacado integram o valor faturado, conforme consta em campo próprio dos documentos fiscais).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Tais valores, retidos pelo remetente, constituem crédito tributário deste Estado, no entanto não pode a Coobrigada ser chamada a responder pelo seu pagamento tendo em vista a falta de recolhimento por parte da Autuada. Ou seja: a Autuada, neste caso, é a única responsável pelo pagamento do crédito tributário relacionado com os valores retidos do adquirente, mas não recolhidos aos cofres públicos.

Deve ser atribuída, portanto, responsabilidade parcial à Coobrigada, apenas em relação aos valores do crédito tributário relativos à diferença entre o valor do ICMS/ST devido (calculado nos termos do § 15 do artigo 13 da Lei 6763/75) e o valor do ICMS/ST efetivamente retido pelo remetente dos produtos.

Tampouco têm respaldo na legislação as alegações de inaplicabilidade da taxa SELIC para a cobrança de juros moratórios, uma vez que a cobrança de juros de mora incidentes sobre os créditos tributários do Estado são disciplinados pela Resolução 2.880 de 13 de outubro de 1997, editada tendo em vista o disposto nos artigos 127 e 226 da Lei 6763/75, que estabelecem vinculação dos critérios adotados para cobrança de juros moratórios e de correção dos débitos estaduais decorrentes do não-pagamento de tributos e multas no prazo legal aos mesmos critérios prescritos para os débitos fiscais federais, sendo estes critérios estabelecidos pela Lei Federal n.º 9.430 de 27 de dezembro de 1996 em seus artigos 5º, § 3º e 75.

Indevida, também, é a argumentação de que a multa de revalidação imposta caracteriza confisco.

A multa de revalidação de 50% sobre o valor do imposto (exigida em dobro por se tratar de falta de retenção/recolhimento de ICMS devido por substituição tributária) está prevista na legislação tributária mineira – artigo 56 inciso II § 2º da Lei 6763/75 – garantindo que sua aplicação está alicerçada na tipicidade indiscutivelmente necessária em Direito Tributário, sendo multa de caráter punitivo, exigida em função da falta de pagamento do imposto, detectada através de ação fiscal.

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 parcialmente procedente o lançamento, mantendo-se integralmente as exigências fiscais, porém atribuindo responsabilidade à Coobrigada, apenas em relação aos valores do crédito tributário relativos à diferença entre o valor do ICMS/ST devido e o valor efetivamente retido pela remetente. Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros Aureliano Borges de Resende (Revisor), Edwaldo Pereira de Salles e Juliana Diniz Quirino.

Sala das Sessões, 13/04/05.

Roberto Nogueira Lima
Presidente/Relator

RNL/EJ