

Acórdão: 17.547/06/1^a Rito: Sumário
Impugnação: 40.010112864-58
Impugnante: Petrobrás Distribuidora S/A
Proc. S. Passivo: José Geraldo Saúde Fonseca/Outro(s)
PTA/AI: 01.000144056-85
Inscr. Estadual: 367.059023-22-32
Origem: DGP/SUFIS/BH

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – COMBUSTÍVEIS – RETENÇÃO À MENOR DO ICMS/ST. Evidenciada, mediante verificação fiscal, que a Autuada não efetuou corretamente a retenção do ICMS/ST incidente sobre as vendas de óleo combustível destinadas ao Estado de Minas Gerais. Exigências fiscais de ICMS/ST e MR capitulada no art. 56, inciso II, § 2º da Lei 6763/75. Acolhimento parcial das razões da Impugnante, conforme reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco. Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Foi apurado, em verificação fiscal, que o contribuinte não efetuou corretamente a retenção de ICMS/ST incidente sobre as vendas de óleo combustível, destinadas a Minas Gerais, no período aberto de 01.02.98 a 31.05.03, de acordo com os Convênios ICMS 105/92 e 03/99, e legislação tributária estadual.

Lavrou-se, assim, o Auto de Infração ora impugnado, para cobrar ICMS, MR (art. 56, II, §2º) e juros de mora, pela infringência aos artigos 13, §15, e 16, inciso IX, da Lei 6763/75; artigos 1º, inciso IV, e 33, da parte geral dos RICMS/96/02, e artigos 192, §1º item 2, e §7º; 360, §1º II; 362, §1º; 372, §1º item 2; e 374, §1º, de seus Anexos IX.

Instruíram-no os documentos de fls. 05/12.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído sua Impugnação (fls. 13/27).

Carreia aos autos os documentos de fls. 28/33.

O Fisco se manifesta a fls. 34/49.

Aos 17 dias do mês de setembro de 2004, o processo foi levado a julgamento, perante a 3ª Câmara, oportunidade na qual foi exarado Despacho

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Interlocutório para que a Autuada apresentasse cópia das notas fiscais, do LRS pertinente ao período e da prova do pagamento do imposto (fl. 55).

As partes foram intimadas da decisão (fls. 58/64) e, cumprida a determinação, o crédito foi reformulado (fls. 65/67).

O agente fiscal apresentou nova manifestação a fls. 69/71.

Constatou-se que apenas a parcela referente à não inclusão do ICMS na formação de sua base de cálculo deixou de ser paga – foi, então lavrado Termo de Ratificação, do qual o sujeito passivo foi notificado (fls. 63/64).

É o relatório.

DECISÃO

Da Preliminar

Da Regularidade do Auto de Infração

A empresa questionou, com base no art. 142 do CTN, a regularidade do Auto de Infração, uma vez que “no caso em apreço, foi lavrado um termo de início de ação fiscal (TIAF n.º 116047) por meio do qual foi exigida, no exíguo prazo de 48 horas, a apresentação de vários documentos por parte da Requerente (...). Não obstante, esses documentos não foram apreciados pelo agente fiscal antes da lavratura do auto de infração, mesmo porque seria humanamente impossível examinar, em apenas três dias, todas as NFs de entrada e de saída referentes ao período de janeiro/98 a novembro/03. (...) pois p TIAF foi lavrado em 12.12.2003, uma sexta-feira, e o auto de infração, juntamente com outras 17 autuações, lavrado em 19.12.2003”.

Em resposta, observou o agente autuante que o trabalho fiscal consistiu em exame de documentos fiscais, consubstanciados no arquivo magnético fornecido pelo contribuinte (Anexo VII do RICMS), no qual constam as operações de remessa de óleo combustível a destinatários mineiros.

Informou que, de fato, os documentos requeridos através do TIAF 116047 não foram examinados, porque a Autuada não os entregou; mas que “*a realização do trabalho fiscal foi possível uma vez que o arquivo magnético elaborado e entregue pelo próprio contribuinte continha todas as informações necessárias à conferência da correta aplicação das normas tributárias pertinentes às operações realizadas*”.

Destacou que os arquivos magnéticos não apresentavam o destaque de ICMS/ST constante das notas fiscais posteriormente anexadas aos autos pela Impugnante.

Não se pode censurar o procedimento fiscal.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Perfeitamente idôneo o lançamento efetuado com base em documentos elaborados pelo próprio contribuinte – no caso, arquivos magnéticos de envio obrigatório. Em especial, se se considerar que não foram fornecidos documentos outros que pudessem enrobustecer o trabalho.

No curso da ação, em razão da comprovação de recolhimento – não obstante as informações constantes dos arquivos magnéticos –, foi retificado o lançamento.

Do Mérito

Versava o presente feito, inicialmente, sobre a falta de retenção de ICMS/ST incidente sobre operações que destinavam óleo combustível a consumidor mineiro.

- AI lavrado em 19.12.2003 e recebido em 22.12.2003 (fls. 03/04);
- TIAF n. 116047 de 12.12.2003 (fl. 02);
- relatório fiscal (fls. 06-07);
- demonstrativo do crédito tributário (fl. 08);
- planilha – notas fiscais analisadas (fls. 11/12) – NF/data/produto (óleo combustível)/quantidade./valor./BC/ICMS-ST/BC destacada/ diferença/ alíquota/ ICMS/ST devido.

Dentre os argumentos de defesa da distribuidora de petróleo constava o do efetivo recolhimento do tributo aos cofres do Estado de Minas Gerais.

Para demonstrá-lo, anexa algumas notas fiscais com destinatários mineiros e cópia do livro de registro de saídas (fls. 28/33).

Explicou, na ocasião, que, em razão da enorme quantidade de documentos fiscais, não os fez acompanhar a impugnação; mas protestou pela produção de prova pericial contábil e diligência no estabelecimento autuado. Alternativamente, requereu a produção de prova documental complementar.

Em razão disso, a 3ª Câmara requereu fosse apresentada cópia das notas fiscais, do LRS pertinente ao período e de documento comprobatório do recolhimento do imposto.

Tendo sido atendido o Despacho Interlocutório, o agente autuante promoveu a reformulação do crédito tributário.

Justificou que, considerando os expressivos recolhimentos mensais da empresa autuada e seus protestos de que recolhera o imposto, foi realizada ampla verificação abrangendo todos os produtos remetidos a destinatários mineiros no período autuado, quando ficou demonstrado que parte do imposto foi recolhido.

Remanesceu a parcela referente à não inclusão do ICMS na formação de sua própria base de cálculo, cujo pagamento não foi provado pelo contribuinte.

É o que ora se analisa.

Primeiramente, deve ser mencionado que o Impugnante requereu a produção de prova pericial, sem, entretanto, formular quesitos ou indicar assistente técnico, o que impossibilita a apreciação do pedido.

Da Decadência

Arguiu a empresa autuada, com base no art. 150, §4º, do CTN, a decadência relativa à cobrança de crédito tributário derivado de obrigações cujos fatos geradores ocorreram no período de fevereiro a dezembro de 1998.

Sérgio Sérvulo da Cunha (*Dicionário compacto do direito*, 2. ed. rev. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 81) define a decadência como a "*extinção do direito por omissão do seu titular*". Essa omissão, normalmente, está ligada ao não exercício do direito dentro do prazo determinado pela lei, conforme esclarece e fundamenta Paulo de Barros Carvalho, em seu *Curso de direito tributário* (8.ª ed. atual., São Paulo: Saraiva, 1996, p. 314).

A decadência ou caducidade é tida como fato jurídico que faz perecer um direito pelo seu não-exercício durante certo lapso de tempo. Para que as relações jurídicas não permaneçam indefinidamente, o sistema positivo estipula certo período a fim de que os titulares de direitos subjetivos realizem os atos necessários à sua preservação, e, perante a inércia manifestada pelo interessado, deixando fluir o tempo, fulmina a existência do direito, decretando-lhe a extinção.

O instituto da decadência impõe-se como causa extintiva do crédito tributário, a teor do artigo 156, inciso V do CTN:

Art. 156. Extinguem o crédito tributário:

[...]

V - a prescrição e a decadência.

Após acirradas discussões, firmou-se, nesta Casa, o entendimento segundo o qual, o direito de a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito extingue-se em cinco anos, contados do 1º dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos termos do inciso I do artigo 173 do CTN.

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

Firmado, assim, o prazo decadencial e seu termo de início, verifica-se não ter decaído, no caso presente, o direito da Fazenda estadual.

A autuação abrange o período de fevereiro de 1998 a maio de 2003, tendo o Auto de Infração sido lavrado em 19 de dezembro de 2003 e dele tomado conhecimento o contribuinte no dia 22 deste mês – nove dias antes de expirar o prazo.

Da inclusão do ICMS em sua própria base de cálculo

Defendeu a distribuidora a inconstitucionalidade da inclusão do valor do imposto em sua base de cálculo.

Entende que somente com a promulgação da Emenda 33/01 esta inclusão tornou-se possível. Observa que a decisão do STF que a havia julgado constitucional foi proferida em sede de recurso extraordinário, tendo, portanto, eficácia meramente *inter partes*; e que, embora proferida em 23.06.99, só foi publicada em 14.02.03.

Convém registrar que, a partir de 2003, a Petrobrás passou a inserir o imposto em sua base impositiva.

Feito o aparte, não pode o argumento de defesa ser acatado.

Embora possa carecer de lógica, o procedimento de formação da base de cálculo do ICMS já estava expressamente previsto na legislação mineira e deve, portanto, prevalecer.

RICMS/96

Art. 44 - Ressalvadas outras hipóteses previstas neste Regulamento e nos Anexos IV e XI, a base de cálculo do imposto é:

(...)

XI - no recebimento pelo destinatário, situado em território mineiro, de energia elétrica e de petróleo, inclusive lubrificante e combustível líquido e gasoso dele derivados, oriundos de outra unidade da Federação, quando não destinados à comercialização ou à industrialização, o valor da operação de que decorrer a entrada;

(...)

Art. 49 - O montante do imposto integra a base de cálculo, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle.

Art. 50 - Integram a base de cálculo do imposto:

I - nas operações:

a - todas as importâncias recebidas ou debitadas pelo alienante ou remetente, como frete, seguro, juro, acréscimo ou outra despesa;

b - vantagem recebida, a qualquer título, pelo adquirente, salvo o desconto ou abatimento que independa de condição, assim entendido o que não estiver subordinado a evento futuro ou incerto

O Regulamento apenas repetiu normas já expressa nas leis 6763/75 e 87/96.

Lei 6763/75

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

(...)

Efeitos de 13/03/89 a 16/12/2002 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 15, II, da Lei n.º 9.758/89.

"§ 15 - O montante do imposto integra sua base de cálculo, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle."

Lei complementar 87/96

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

Efeitos de 1º/11/96 a 16/12/2002 - Redação original desta Lei.

"§ 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 exame dos recolhimentos efetuados pela empresa e a documentação conexa deixaram entrever a falta de inclusão do ICMS em sua base de cálculo, levando a pagamento em valor inferior ao devido.

Importante mencionar que é vedado ao Conselho de contribuintes a análise de questões relativas à inconstitucionalidade da norma mineira.

Da imunidade das operações

A Impugnante invocou a não incidência do ICMS nas operações interestaduais com produtos derivados de petróleo, “*quando destinados à industrialização ou à comercialização*”; sob o argumento de que o óleo combustível foi vendido a cliente mineiro e usado como insumo em atividade industrial.

Alertou contra a possibilidade de retroação da alteração na legislação mineira, pela qual a industrialização deve ser do próprio produto.

É de se estranhar o questionamento da empresa, visto que, como afirmara em sua primeira manifestação, recolhera o tributo para o Estado de Minas Gerais.

Mas, independentemente deste fato, não deve prevalecer a tese do contribuinte.

Análise sistemática da legislação conduz à interpretação de que a comercialização e/ou industrialização a que se refere o dispositivo imunizante só pode ser do próprio produto.

A regra de tributação do combustível, bem como a r. exoneração, tiveram por escopo privilegiar o Estado destinatário/consumidor deste produto.

A se entender que seriam imunes as aquisições interestaduais realizadas por contribuintes, para uso na comercialização e/ou industrialização de produtos diversos, estar-se-ia caminhando na contramão, ou seja, ter-se-ia um prejuízo para o Estado de destino, pois não mais se teria operações internas envolvendo combustível.

A interpretação de uma norma não pode contrariar a lógica e o senso comum. A legislação é um conjunto harmônico, embora dividido em vários diplomas normativos esparsos.

Ainda nesse sentido, são as palavras de Carlos Maximiliano (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Rio de Janeiro: Forense, 9ª ed., p. 166):

“Deve o Direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis. (...)”

Desde que a interpretação pelos processos tradicionais conduz a injustiça flagrante, incoerências do legislador, contradição consigo mesmo, impossibilidades ou absurdos, deve-se presumir que foram usadas expressões impróprias, inadequadas, e buscar um sentido equitativo, lógico e acorde com o sentir geral e o bem presente e futuro da comunidade”.

Da Multa de Revalidação

Em sua defesa, a empresa afastou a possibilidade de aplicação da multa, por ser confiscatória e ferir os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Sustentou que, na ausência de dispositivo legal a individualizar a pena, graduando-a, deve ser aplicado o art. 108, inciso IV, do CTN.

É de se ponderar que o lançamento é vinculado; a ocorrência, objetiva e legalmente prevista, não cabendo, pois, ao fiscal ou a este Conselho avaliações acerca da proporcionalidade ou razoabilidade das penalidades.

A Lei 6763/75 traz expressa a previsão de aplicação de referida multa, no artigo 56, inciso II, § 2º, não restando, nesta instância, possibilidade de questionamentos acerca de sua constitucionalidade.

Não obstante, o Estado detém o poder de impor penalidades àqueles que descumprirem o ordenamento jurídico.

Cesare Beccaria, comentando acerca das origens das penas, ensina que "faz-se necessário o estabelecimento de motivos sensíveis suficientes para dissuadir o espírito despótico de cada homem de novamente mergulhar as leis da sociedade no antigo caos. Esse motivos sensíveis são as penas estabelecidas contra os infratores das leis".

Nesse tocante, Roberto Lyra explica que: "o direito de punir é direito efetivo do Estado ao respeito das leis e à coatividade do Direito".

Devida, pois, a multa capitulada.

Dos juros moratórios

Por fim, a Autuada ressaltou serem abusivos e confiscatórios os juros aplicados, com base na SELIC, por violarem o preceito do art. 161, §1º, do CTN, que estipulam a taxa máxima de 1% ao mês.

Dispõe o art. 127 da lei 6763/75, *in verbis*:

Art. 127 - Os débitos decorrentes do não recolhimento de tributos e multas no prazo legal terão seu valor corrigido em função da variação do poder aquisitivo da moeda, segundo critérios adotados para correção dos débitos fiscais federais.

A Resolução n.º 2.880/97, que disciplina a cobrança de juros de mora incidentes sobre os créditos tributários do Estado, estabelece, em seu art. 1º, que:

" os créditos tributários, cujo vencimentos ocorrerão a partir de janeiro de 1998, serão expressos em reais e, quando não pagos nos prazos

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

previstos em legislação específica, acrescidos de multa e de juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de liquidação e Custódia (SELIC), estabelecida pelo Banco Central do Brasil”.

Tendo em vista que a aplicação da taxa SELIC, para correção de créditos tributários, está prevista na legislação tributária mineira, é vedado a este Conselho de Contribuintes negar a sua aplicação, nos termos do já mencionado art. 88, inciso I, da CLTA/MG.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco às fls. 65/67. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Aparecida Gontijo Sampaio (Revisora) e Antônio César Ribeiro.

Sala das Sessões, 05/04/06.

Roberto Nogueira Lima
Presidente

Juliana Diniz Quirino
Relatora

JDQ/cecs