

Acórdão: 17.977/06/1^a Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010117779-07
Impugnante: Petrobrás Distribuidora S/A
Proc. S. Passivo: Adílio Silva/Outro (s)
PTA/AI: 01.000151571-62
Inscr. Estadual: 018.05902327-52
Origem: DGP - SUFIS

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – BASE DE CÁLCULO – NÃO INCLUSÃO DO MONTANTE DO IMPOSTO – RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS/ST – Constatou-se a retenção e recolhimento a menor do ICMS/ST devido pela Autuada na condição de substituta tributária, em decorrência da não inclusão do montante do imposto na base de cálculo do ICMS/ST, em operações com lubrificantes derivados de petróleo, destinados a consumidores finais localizados neste Estado. Exigências fiscais mantidas.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – BASE DE CÁLCULO – RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS/ST - Constatou-se a retenção e recolhimento a menor do ICMS/ST devido pela Autuada na condição de substituta tributária, em virtude da não inclusão na base de cálculo do ICMS/ST da MVA estatuída no art. 375, inciso II, subalínea “f.3” e alínea “g” do Anexo IX, do RICMS/96, vigente à época das operações, relativamente às operações de venda de lubrificantes e fluídos para freios destinados a comercialização neste Estado. Exigências fiscais mantidas.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre recolhimento a menor do ICMS/ST, durante o exercício de 2.000, decorrente das seguintes irregularidades:

1 – não inclusão na base de cálculo do ICMS/ST do valor do próprio imposto, nas operações de venda de lubrificantes derivados de petróleo **destinadas a consumidores finais mineiros**, realizadas no período de janeiro a dezembro/2000;

2 – formação incorreta da base de cálculo do ICMS/ST, originária de **enquadramento errôneo de contribuintes mineiros** na Classificação Nacional de Atividades Econômicas Fiscal - CNAE-FISCAL, **como consumidores**, ao invés de atacadista ou varejista, em operações com lubrificantes e fluídos para freios, realizadas no período compreendido entre abril a dezembro/2000.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Lavrado em 12/12/05 - AI exigindo ICMS/ST e MR (100%).

Inconformada, a Autuada apresenta, intempestivamente e por procuradores regularmente constituídos, Impugnação às fls. 174/187.

O Fisco se manifesta às fls. 198/217, refutando as alegações da Impugnante.

A Auditoria Fiscal em Despacho de fls. 222 indefere a Impugnação apresentada, por restar caracterizada nos autos a intempestividade da mesma.

Inconformada com a decisão da Auditoria Fiscal, a Agravante interpõe, tempestivamente, **Recurso de Agravo** (fls. 225/238), por intermédio de seus procuradores regularmente constituídos.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 246/250, opina pelo **não provimento** do Recurso de Agravo. No entanto, sugere a devolução dos autos ao Fisco para que o mesmo relacione as notas fiscais e os respectivos contribuintes considerados indevidamente classificados como consumidores, no caso de ser relevada a intempestividade da Impugnação pela Câmara de Julgamento.

A 1ª Câmara de Julgamento, em sessão realizada dia 14/07/06, negou provimento ao Recurso de Agravo, bem como relevou a intempestividade da Impugnação e, ainda, determinou a diligência de fls. 252, a qual foi cumprida pelo Fisco (documentos de fls. 255/401).

Concedida vista dos autos ao Sujeito Passivo através do Ofício n.º 0450/06/COM (fls. 402), este não comparece aos autos.

DECISÃO

DA PRELIMINAR

Argüi a Impugnante a nulidade do Auto de Infração em face da existência de vício formal insanável, qual seja, a ausência de identificação dos produtos, das partes envolvidas nas operações descritas e a falta de indicação das notas fiscais emitidas.

Entretanto, razão não lhe assiste, uma vez que após o cumprimento pelo Fisco da diligência determinada por esta Câmara de Julgamento (fls. 252), todos os dados questionados pela Autuada foram carreados aos autos, conforme se percebe através do exame das Planilhas constantes às fls. 255/400 (relativa à irregularidade do item 1 do AI) e fls. 401 (concernente à irregularidade do item 2 do AI), que contêm as seguintes colunas: N.º NF Autuada, Data de Emissão, Produto, Quantidade, Valor Unitário, Desconto, Valor Total, IPI/Frete/Tributos, Despesas Seguro, Base de Cálculo ICMS/ST, Alíquota, ICMS Op. Própria, ICMS/ST Apurado, ICMS/ST NF, Diferença ICMS/ST, CNPJ e CAE do Destinatário.

Insta esclarecer que o Fisco concedeu vista dos autos ao Sujeito Passivo depois de atendida a diligência supra mencionada, conforme se comprova pelo Ofício N.º 0450/06/CON (fls. 402) e AR (fls. 403). No entanto, a Autuada não compareceu aos autos.

Assim sendo, rejeita-se a prefacial argüida.

DO MÉRITO

Irregularidade do “item 1” do Auto de Infração

“Não inclusão na base de cálculo do ICMS/ST do valor do próprio imposto, nas operações de venda de lubrificantes derivados de petróleo destinados a consumidores finais mineiros, realizadas no período de janeiro a dezembro/2000.”

A Planilha de fls. 255/400 contém informações precisas a respeito dos documentos fiscais emitidos pela Autuada, objeto da infração ora em exame, conforme já abordado em preliminar.

Com informações tão detalhadas e considerando que os documentos são de emissão da própria Autuada, os quais estão sob sua guarda, mencionada Planilha poderia ser facilmente contestada e desacreditada se contivesse dados irreais ou inexatos. Entretanto, não houve qualquer contestação da Impugnante em relação a tais dados, o que permite que se conclua pela sua veracidade.

A exigência de ICMS/ST relativo às remessas de **lubrificantes derivados de petróleo** promovidas pela Autuada com destino a **consumidores finais** localizados neste Estado está amparada nas disposições contidas no art. 372, § 1º, item 2, do Anexo IX, do RICMS/96, vigente à época, a seguir transcrito.

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 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 derivados de petróleo a este Estado, quando os produtos não forem destinados à comercialização ou à industrialização.” (gn)

A base de cálculo do ICMS/ST nas operações em tela encontrava-se prevista no art. 375, inciso IV do Anexo IX, do RICMS/96 (vigente à época), *in verbis*:

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. 375 - A base de cálculo do imposto, para o efeito de retenção e:

(...)

IV - na hipótese da mercadoria, em operação interestadual, não se destinar à industrialização ou à comercialização, a base de cálculo é o valor da operação, como tal entendido o preço de aquisição pelo destinatário.”

A Autuada utilizou base de cálculo do ICMS/ST inferior à legalmente prevista, haja vista a não inclusão do próprio imposto na base de cálculo do ICMS/ST, consoante estabelece o art. 13, § 1º, inciso I da LC 87/96.

Diferentemente das argumentações da Impugnante e à luz dos art. 8º, 9º e 13, § 1º, inciso I da LC 87/96 (reproduzidos pelo Fisco às fls. 203 e 204 dos autos), o montante do próprio imposto integra a sua base de cálculo.

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 § 1º, traz como regra para o ICMS – que o montante do próprio imposto integra 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.

Conforme bem ressaltou o Fisco, a LC 87/96 definiu claramente que o montante do próprio imposto integra a sua base de cálculo, tornando-se, pois irrelevante o fato dos Convênios 105/92 e 03/99 terem adotado o valor da operação sem maiores detalhamentos acerca do conceito de valor da operação.

Insta destacar que a IN SLT 01/2003 (cópia às fls. 11 e 12) foi editada para interpretar dispositivos legais relativos à tributação das operações interestaduais com

petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados e energia elétrica, não criando, por conseguinte nada de novo.

Irregularidade do “item 2” do Auto de Infração

“Formação incorreta da base de cálculo do ICMS/ST, originária de enquadramento errôneo de contribuintes mineiros na Classificação Nacional de Atividades Econômicas Fiscal – CNAE FISCAL, como consumidores, ao invés de atacadista ou varejista, em operações com lubrificantes e fluídos para freios, realizadas no período compreendido entre abril a dezembro/2000.”

A Planilha de fls. 401 contém informações precisas a respeito das 06 notas fiscais emitidas pela Autuada, objeto da infração ora discutida.

Mencionados documentos acobertavam vendas de **lubrificantes e outros produtos** (Fluído para Freios BR, Lubrax Ind AV-58 Lubnor, etc.), descritos no Convênio ICMS 03/99, com destino a comerciantes varejistas dos citados produtos, localizados neste Estado, segundo se extrai do Código de Atividade Econômica – CAE dos destinatários relacionados às fls. 401

A responsabilidade pelo recolhimento do ICMS/ST atribuída à Autuada encontrava-se estatuído no art. 372, inciso II, alínea “b” do Anexo IX, do RICMS/96, vigente à época, *in verbis*:

(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 subseqüentes saídas desses produtos, em operação interna, é atribuída, por substituição tributária, inclusive quando o destinatário for Transportador Revendedor Retalhista (TRR):

(...)

II - **ao distribuidor:**

(...)

b - situado em **outra unidade da Federação**, nas **remessas** dos produtos para estabelecimentos distribuidores, **atacadistas ou varejistas situados neste Estado**, ressalvado o disposto na Seção IV deste Capítulo;” (gn)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Além dos lubrificantes, encontravam-se também sujeitos ao regime de ST os demais produtos autuados, conforme previa o art. 375 do Anexo IX do RICMS/96, a seguir transcrito.

(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. 375 - O regime de substituição tributária previsto no artigo anterior aplica-se, também, em relação às operações com aditivos, anticorrosivos, desengraxantes, **fluídos**, graxas e óleos de têmpera, protetivos e para transformadores, ainda que não derivados de petróleo, todos para uso em aparelhos, equipamentos, máquinas, motores e veículos, e com agarrás mineral, classificada no código 2710.00.92 da NBM/SH.” (gn)

Contrariamente ao alegado pela Impugnante, as disposições contidas no art. 374 do Anexo IX do RICMS/96, não lhe retirava a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS/ST em apreço, mas tão somente incluía como responsável pela referida retenção, o adquirente de tais produtos, localizados neste Estado, no caso de operações sem retenção do ICMS/ST.

Outrossim, as notas fiscais autuadas não acobertavam operações com combustíveis, razão pela qual não se aplica ao presente caso as disposições contidas no art. 372, § 2º, item 1, alínea “a” do Anexo IX, do RICMS/96.

A base de cálculo adotada pelo Fisco, para apuração do ICMS/ST exigido encontrava-se disciplinada no art. 375, inciso II, subalínea “f.3” e “g”, do Anexo IX do RICMS/96 (transcrito pelo Fisco às fls. 55 e 56 dos autos).

Depreende-se da análise da Planilha de fls. 401 que para cálculo do ICMS/ST o Fisco considerou (abateu) o valor do ICMS da operação própria, quando destacado.

Legítimas, portanto, as exigências relativas a esta irregularidade do AI.

Vale ressaltar que não procede a arguição de decadência de parte do crédito tributário constante da peça de defesa, haja vista que a regra contida no art. 150, § 4º do CTN citada pela Impugnante refere-se àqueles valores oferecidos à tributação, isto é, lançados, e **não àqueles que ficaram à margem do lançamento, como é o caso dos autos.**

Dessa forma, o prazo para a Fazenda Pública estadual constituir o crédito tributário relativo ao período autuado (compreendido entre janeiro e dezembro/2000), nos termos do art. 173, inciso I do CTN não se encontrava expirado na data do recebimento do Auto de Infração, ocorrida em 19/12/05 (AR de fls. 172).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O artigo 226 da Lei n.º 6763/75 estabelece a vinculação dos critérios adotados para a cobrança de juros moratórios decorrentes do não pagamento de tributos e de multas no prazo legal aos mesmos critérios prescritos para os débitos fiscais federais. Para disciplinar tal norma legal, o Secretário de Estado da Fazenda de Minas Gerais exarou a Resolução n.º 2.880, de 13/10/97, estabelecendo a aplicação da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC) para cobrança e cálculo dos juros moratórios.

Assim sendo, não procedem as alegações da Impugnante relativamente à ilegalidade da utilização da taxa SELIC para cálculo dos juros moratórios.

Ademais, nos termos do disposto no art. 88, inciso I, da CLTA/MG, não se incluem na competência do CC/MG a declaração de inconstitucionalidade ou negativa de aplicação de lei, decreto ou ato normativo.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em 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 a Dra. Elaine Coura. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Cássia Adriana Lima Rodrigues (Revisora) e Antônio César Ribeiro.

Sala das Sessões, 16/11/06.

Roberto Nogueira Lima
Presidente

Aparecida Gontijo Sampaio
Relatora