

Acórdão: 17.434/06/3^a Rito: Sumário
Impugnação: 40.010116112-51
Impugnante: Exxel Brasileira de Petróleo Ltda.
Coobrigado: Ask Petróleo do Brasil Ltda.
Proc. S. Passivo: Elis Regina Ferreira/Outros
PTA/AI: 01.000149878-03
Inscr. Estadual: 367.038284.0039
Origem: DGP/BH

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – COMBUSTÍVEIS – OPERAÇÃO INTERESTADUAL – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS/ST. Constatada a falta de repasse dos valores de ICMS/ST devidos ao Estado de Minas Gerais, bem como o não recolhimento de tais valores diretamente ao erário mineiro, uma vez que a distribuidora coobrigada (fornecedora do combustível) deixou de entregar informações, por meio do “Anexo III” previsto nos Convênios ICMS 03/99 e 54/02, das operações realizadas pela distribuidora autuada com combustíveis (gasolina e óleo diesel) para destinatários mineiros, interrompendo a sequência de informações que não chegaram ao responsável pelo repasse. Legítimas as exigências fiscais. Correta a inclusão da Coobrigada no pólo passivo, nos termos do art. 21, inciso XII, da Lei n.º 6.763/75. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre falta de repasse integral de ICMS a título de substituição tributária para o Estado de Minas Gerais, nas operações de vendas de gasolina e óleo diesel promovidas pela Autuada, nos meses de junho e julho de 2004, arroladas no Anexo II (fls. 12/15).

Baseado nos relatórios (capítulo V, do Convênio ICMS 03/99) entregues pela empresa autuada, estabelecida em Paulínea/SP, referentes às operações em questão, constatou-se que o ICMS/ST devido não foi integralmente repassado ao Erário mineiro, em face da falta de entrega de informações (Anexo III) pela Distribuidora Coobrigada à Petrobrás, empresa responsável pelo repasse do ICMS/ST. Também não foi demonstrado o recolhimento direto do imposto devido aos cofres mineiros, pelo que se exige, no presente lançamento, ICMS/ST e MR.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Inconformada a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 243/257, requerendo a declaração de nulidade do Auto de Infração, seu cancelamento ou ainda a produção de prova pericial.

Às fls. 442, a Autuada informa o recolhimento efetuado em 12/09/2005, no valor de R\$ 210.770,83, no qual está incluído o valor de R\$ 13.630,93, reclamado neste AI. Pede o abatimento deste valor.

O Fisco se manifesta às fls. 468/472, pedindo que o crédito tributário seja mantido tal como lançado.

DECISÃO

DAS PRELIMINARES

Quanto ao Requerimento de Produção de Prova Pericial

A perícia solicitada pela Impugnante, a bem da verdade, não envolve questões que requeiram propriamente a produção de tal tipo de prova.

A prova pericial suscitada faz-se desnecessária face a presença nos autos de elementos suficientes para a elucidação da lide, que suprem as dúvidas levantadas pela mesma.

Analisando-se o requerimento da Autuada, verifica-se que todos os quesitos propostos às fls. 249/250 se referem a análise documental, à exceção do último quesito que a Agravante pretende seja definido, no caso de existência de débito remanescente, de quem seria a responsabilidade do recolhimento ou repasse de imposto. Questionamento claramente expresso na legislação tributária.

Assim, o requerimento de produção de prova pericial não deve ser provido.

Quanto à arguição de nulidade do Auto de Infração

A Impugnante reputa nulo o Auto de Infração alegando que houve bitributação e que as assertivas constantes do Auto de Infração esbarram em fatos e documentos totalmente diferentes. Acrescenta que se trata de “crédito nulo”.

Sem razão, entretanto, a preliminar defensiva.

Importante destacar que as questões preliminarmente abordadas pela Impugnante, segundo ela capazes de gerar a nulidade do Auto de Infração, são questões que envolvem análise meritória para seu completo entendimento.

De qualquer forma, oportuno mencionar que o relatório do Auto de Infração descreve, com clareza, os fatos que fundamentaram a exigência fiscal e contém todas as informações necessárias à constituição do crédito tributário em tela, previstas nos artigos 57 e 58 da CLTA/MG. Todos os ditames da legislação tributária relativos à

CONSELHO DE CONTRIBUINTE DO ESTADO DE MINAS GERAIS

infração em pauta, e vigentes no período examinado, encontram-se devidamente citados na peça fiscal.

Também não ocorreu equívoco por parte do Fisco que possa invalidar a presente peça fiscal, isto porque, conforme se demonstrará, o ICMS/ST devido nas operações interestaduais de vendas de combustível promovidas para Minas Gerais não foi integralmente repassado ao erário mineiro.

Sendo assim, não prevalece a arguição de nulidade do Auto de Infração.

DO MÉRITO

Trata o presente lançamento da exigência de ICMS/ST e MR/ST tendo em vista que a empresa *Ask Petróleo do Brasil Ltda.* (Coobrigada), fornecedora da Autuada, deixou de entregar os relatórios “Resumo das Operações Interestaduais Realizadas com Combustível Derivado de Petróleo – Anexo III”, à *Petróleo Brasileiro S/A Petrobrás*, interrompendo a sequência de informações que não chegaram à refinaria, impedindo, assim, o repasse do imposto devido ao Estado de Minas Gerais.

Inicialmente, cumpre esclarecer que a exigência fiscal se refere ao combustível vendido pela Autuada a clientes estabelecidos em Minas Gerais, anteriormente adquirido da distribuidora *ASK Petróleo do Brasil Ltda.*, nos meses de junho e julho de 2004.

Registre-se que a parcela de ICMS/ST devido nas remessas para Minas Gerais referente ao combustível adquirido pela Autuada diretamente da *Petróleo Brasileiro S/A Petrobrás* foi repassada ao erário mineiro, conforme observação constante na planilha de fls.13.

O trabalho fiscal desenvolveu-se a partir da análise dos “Anexos I, II e III” emitidos pela Autuada; dos “Anexo III” emitido pela fornecedora *ASK Petróleo do Brasil Ltda.* (fls. 09/148), e do “Anexo VI – Demonstrativos de recolhimento de ICMS Substituição Tributária” emitido pela *Petróleo Brasileiro S/A Petrobrás* (fl. 150), que relaciona as distribuidoras que informaram à refinaria as operações interestaduais com combustível e o conseqüente repasse do imposto.

O Fisco consolidou, na planilha “Análise de Relatórios entregues pelas Distribuidoras” (fls.12/15), os Anexos mencionados acima, demonstrando o valor do ICMS/ST devido ao Estado de Minas Gerais que não foi repassado, uma vez que a Coobrigada, *Ask Petróleo do Brasil Ltda.* não prestou as informações necessárias para tal repasse.

A legislação vigente à época dos fatos geradores dispunha, na Seção VI, do Anexo IX, do RICMS/02, sobre as “Informações Relativas às Operações Interestaduais com Combustíveis”:

Efeitos de 17/12/2003 a 30/11/2005

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 384 - O programa de computador destinado à apuração e demonstração dos valores de repasse, dedução, ressarcimento e complemento do ICMS incidente nas operações interestaduais, com combustível derivado de petróleo, em que o imposto tenha sido retido anteriormente, e com álcool etílico anidro combustível - AEAC, cuja operação tenha ocorrido com diferimento ou suspensão do imposto, é denominado "SCANC - Sistema de Captação e Auditoria dos Anexos de Combustíveis", aprovado por meio do ATO COTEPE/ICMS n.º 47/03, de 17 de dezembro de 2003, da Comissão Técnica Permanente do ICMS (COTEPE/ICMS).

§ 1º - A utilização do programa será obrigatória para as operações ocorridas a partir de 1º de março de 2004, devendo os contribuintes substituto e substituído, quando realizarem as operações referidas no caput ou mesmo que não tenham realizado operações interestaduais, enviar as informações por transmissão eletrônica de dados nos prazos estabelecidos no art. 387 desta Parte.

Os artigos 366 e 367, do Anexo IX, do RICMS/02 dispunham:

Efeitos de 15/12/2002 a 30/11/2005

Art. 366 - O contribuinte que tenha recebido, diretamente do substituto tributário, combustível derivado de petróleo com imposto retido deverá:

I - quando efetuar operações interestaduais:

(...)

Efeitos de 17/12/2003 a 30/11/2005

c - entregar, por transmissão eletrônica de dados, as informações relativas a essas operações, na forma e nos prazos estabelecidos na Seção VI deste Capítulo.

II - quando apenas receber de seus clientes informações relativas a operações interestaduais, registrá-las, observando o disposto na alínea "c" do inciso anterior. G.N.

Efeitos de 15/12/2002 a 30/11/2005

Art. 367 - O contribuinte que tenha recebido, de outro contribuinte substituído, combustível derivado de petróleo com imposto retido deverá:

I - quando efetuar operações interestaduais:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

b - registrar, com a utilização do programa de computador de que trata o artigo 384 desta Parte, os dados relativos a cada operação;

Efeitos de 17/12/2003 a 30/11/2005

c - entregar, por transmissão eletrônica de dados, as informações relativas a essas operações, na forma e nos prazos estabelecidos na Seção VI deste Capítulo.

Dos dispositivos transcritos depreende-se ser obrigatória a entrega das informações tanto por parte do contribuinte que tenha recebido, diretamente do substituto tributário, combustível derivado de petróleo com imposto retido, quanto por parte do contribuinte que tenha recebido, de outro contribuinte substituído, combustível derivado de petróleo com imposto retido.

O Convênio ICMS 54/02, que trata de procedimentos para o controle de operações interestaduais com combustíveis derivados de petróleo e álcool etílico anidro combustível, instituiu os relatórios “Anexos I a VII” caso houvesse impossibilidade técnica de transmissão das informações via programa previsto no § 1º da cláusula décima terceira do Convênio ICMS 03/99.

O Ato Cotepe/ICMS n.º 20, de 21 de agosto de 2.002, contém orientações para preenchimento dos relatórios instituídos pelo Convênio 54/02 (Anexos I a VII), facilitando a compreensão da sistemática de tributação referente às operações interestaduais com combustíveis derivados de petróleo em que o imposto tenha sido retido anteriormente.

A entrega do “Anexo III – Resumo das Operações Interestaduais Realizadas com Combustível Derivado de Petróleo” é obrigatória para as distribuidoras que tenham realizado operações interestaduais ou ainda que não tenham efetuado operações interestaduais tenham clientes que efetuaram operações interestaduais subsequentes.

O referido Anexo é fundamental, pois se o emitente deste relatório tiver recebido combustível derivado de petróleo de outro contribuinte substituído, o destinatário do relatório será este contribuinte substituído; se o emitente deste relatório tiver recebido combustível derivado de petróleo do contribuinte substituto o destinatário será a refinaria de petróleo ou suas bases. Além disso, os “Dados do Sujeito Passivo por substituição que tiver originalmente retido o imposto” deverá ser preenchido exclusivamente quando o emitente do relatório adquiriu os produtos diretamente do contribuinte substituto, sendo esta informação essencial para que o repasse ou provisão seja efetuado pela refinaria.

No presente caso, a *Exxel Brasileira de Petróleo Ltda.* destinou seu “Anexo III” para a *ASK Petróleo do Brasil Ltda.* informando que vendeu o produto adquirido para o Estado de Minas Gerais; a *ASK Petróleo do Brasil Ltda.*, não apresentou o seu “Anexo III”, interrompendo, assim, a sequência de informações que não chegaram à refinaria, impossibilitando o repasse do tributo, originalmente retido para o Estado de origem (São Paulo), para o Estado de destino (Minas Gerais).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Importante observar que a refinaria somente obtém a informação da operação interestadual quando recebe de seu cliente o “Anexo III”, como não houve a entrega do mesmo à Refinaria, não há que se falar, como alegado pela Impugnante, que houve o repasse do imposto devido ao erário mineiro. Para comprovar a ausência de tal repasse, o Fisco analisou os “Anexos VI – Demonstrativo do Recolhimento do ICMS Substituição Tributária” elaborados pela *Petróleo Brasileiro S/A Petrobrás*, que informam por Unidade Federada e por distribuidora o total do ICMS a repassar.

Saliente-se que cabe à refinaria, após recebimento dos Anexos elaborados pelas distribuidoras, efetuar o repasse dos valores devidos e não ao Fisco Paulista como entende a Impugnante.

Os documentos acostados aos autos pela Impugnante que afirma comprovar que o tributo já teria sido quitado são os “Anexos I e II” dos meses de junho e julho de 2004 e os “Anexos II e III (incompleto)” de junho e julho de 2004, elaborados por ela (fls. 264/384) e as notas fiscais de aquisição de gasolina e óleo diesel (fls. 385/441). Com apenas esses documentos não há qualquer possibilidade de a Refinaria efetuar o repasse para a UF destinatária das operações interestaduais em foco. No caso, o documento hábil seria o comprovante de entrega do “Anexo III” da *Ask Petróleo do Brasil Ltda.*

Não se pode falar, no presente caso, que ocorreu o “*bis in idem*” tributário, pois não há a instituição da dupla cobrança, já que na realidade o imposto exigido não foi repassado aos cofres do Estado de Minas Gerais. Tal fato está devidamente caracterizado nos autos.

Quanto ao argumento de que houve o recolhimento antecipado do tributo, cumpre salientar que, pela sistemática de substituição tributária em questão, o imposto é retido na compra do combustível, que tem como destino, preliminarmente, o Estado no qual localiza a Refinaria produtora (São Paulo). No caso vertente, exige-se o tributo pela falta de repasse dos valores de ICMS/ST devidos ao Estado de Minas Gerais, uma vez que também não foi comprovado o recolhimento de tais valores diretamente ao erário mineiro.

Além das condições impostas pelos dispositivos retrocitados, o artigo 389A do Anexo IX do RICMS/02 estabelecia à época:

Efeitos de 01/11/2003 a 30/11/2005

389A - O contribuinte substituído que realizar operação interestadual com combustíveis derivados do petróleo e com álcool etílico anidro combustível - AEAC, será responsável solidário pelo recolhimento do imposto devido à unidade federada de destino, inclusive seus acréscimos legais, se este não tiver sido objeto de retenção e recolhimento, por qualquer motivo, ou se a operação não tiver sido informada ao responsável pelo repasse.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, legítimo que se exija da Autuada o imposto devido por substituição tributária relativo à remessas de combustível (gasolina e óleo diesel) em operações interestaduais por ela realizada com destinatários mineiros, quando não houver o cumprimento da exigência prevista no artigo 366, inciso II, do Anexo IX, do RICMS/02.

Correta, também, a inclusão da Coobrigada no pólo passivo da obrigação tributária, nos termos do inciso XII do artigo 21 da Lei n.º 6.763/75:

Art. 21 - São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

XII - qualquer pessoa pelo recolhimento do imposto e acréscimos legais devidos por contribuinte ou responsável, quando os atos ou as omissões daquela concorrerem para o não-recolhimento do tributo por estes.

Não há como prosperar os argumentos da Impugnante de ter sido aplicada penalidade desproporcional à infração cometida, e de que houve apenas o descumprimento de obrigação acessória, requerendo a aplicação do disposto no artigo 213 do RICMS/02. Isto porque não se exige multa por descumprimento de obrigação acessória no presente Auto de Infração. Exige-se o cumprimento da obrigação principal, uma vez que a omissão de elaborar e entregar o “Anexo III” do Convênio ICMS 54/02 à Refinaria, que originalmente reteve o imposto, impediu que esta efetuasse o repasse do valor devido a este Estado.

A solicitação de oficiar a empresa *ASK Petróleo do Brasil Ltda.* para prestar informações se mostra desnecessária, uma vez que aos documentos carreados aos autos não deixam dúvidas sobre a correção do lançamento.

Quanto ao requerimento de dilação de prazo para efetuar levantamentos junto à Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, reunindo e apresentando os documentos necessários à comprovação do integral cumprimento do Convênio ICMS 03/99, a Impugnante já teve prazo suficiente para apresentação de provas.

Corretas, portanto, as exigências de ICMS/ST e MR/ST constantes do Auto de Infração, estando a penalidade aplicada prevista no artigo 56, inciso II, § 2º, da Lei n.º 6.763/75, por tratar-se de falta de recolhimento de ICMS devido em decorrência de substituição tributária.

As demais alegações trazidas aos autos pela Impugnante não têm o condão de invalidar a formalização do presente crédito tributário.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. Ainda em preliminar, também à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do Auto de Infração. No mérito, também à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

julgamento, além da signatária, os Conselheiros Francisco Maurício Barbosa Simões (Revisor), Fausto Edimundo Fernandes Pereira e Windson Luiz da Silva.

Sala das Sessões, 31/03/06.

**Cláudia Campos Lopes Lara
Presidente/Relatora**

CC/MG