

Acórdão: 18.319/07/1^a Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010119877-07
Impugnante: Chevron Brasil Ltda
Proc. S. Passivo: Stanley Martins Frasão/Outro(s)
PTA/AI: 01.000154213-23
Inscr. Estadual: 018010993.24-45
Origem: DGP/ SUFIS

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – LUBRIFICANTE - BASE DE CÁLCULO – RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS/ST – NÃO INCLUSÃO DO MONTANTE DO IMPOSTO. 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, inobservando, a legislação tributária vigente à época dos fatos geradores. Exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no artigo 55, inciso VII, da Lei 6763/75. No entanto, devem ser excluídas as exigências relativas aos documentos fiscais para os quais não há nos autos informação do CAE das destinatárias dos produtos, bem como as exigências relativas às notas fiscais cujos destinatários encontravam-se enquadrados no CAE (44.1.1.00-5), à época das operações.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – LUBRIFICANTE, FLUÍDO E GRAXAS - BASE DE CÁLCULO – RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS/ST. Constatou-se a retenção e recolhimento a menor do ICMS/ST, em operações de venda de lubrificantes e outros produtos derivados ou não de petróleo destinados à comercialização neste Estado, em virtude da não inclusão na base de cálculo do ICMS/ST da MVA estabelecida na legislação tributária vigente à época dos fatos geradores. Legítimas as exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no artigo 55, inciso VII, da Lei 6763/75.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre as seguintes irregularidades, apuradas no período de janeiro/2001 a dezembro/2004:

1 – Retenção e recolhimento a menor do ICMS/ST em operações de saída de lubrificantes derivados de petróleo, destinados a consumidores finais mineiros, em virtude da formação incorreta da base de cálculo do ICMS/ST, por não ter sido incluído

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

o valor do próprio imposto no montante da respectiva operação, pelo que se exige ICMS/ST, Multa de Revalidação prevista no artigo 56, inciso II, §2º e Multa Isolada capitulada no artigo 55, inciso VII, ambos da Lei 6763/75;

2 – Retenção e recolhimento a menor do ICMS/ST em operações de saídas de lubrificantes e outros produtos derivados ou não de petróleo, em virtude de enquadramento errôneo de contribuintes mineiros na Classificação Nacional de Atividades Econômicas-Fiscal (CNAE-Fiscal) como consumidores, ao invés de atacadistas ou varejistas (contribuinte substituído), pelo que se exige ICMS/ST, Multa de Revalidação prevista no artigo 56, inciso II, §2º e Multa Isolada capitulada no artigo 55, inciso VII, ambos da Lei 6763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 943 a 953, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 966 a 983.

Indeferido o requerimento de prova pericial (fl. 1004), o mesmo não foi agravado.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 1006 a 1012, opina pela procedência parcial do lançamento, para excluir as exigências fiscais relativas aos documentos sem indicação do CAE dos estabelecimentos destinatários e dos documentos constantes das planilhas de fls. 23/428, 440/839, 851/895 e 902/906 que tenham por destinatários empresas com CAE 44.1.1.00-5.

DECISÃO

Os fundamentos expostos no parecer da Auditoria Fiscal foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e por esta razão passam a compor o presente Acórdão, salvo pequenas alterações.

Irregularidade do item 01 do Auto de Infração

“Retenção e recolhimento a menor do ICMS/ST em operações de saída de lubrificantes derivados de petróleo, destinados a consumidores finais mineiros, em virtude da formação incorreta da base de cálculo do ICMS/ST, por não ter sido incluído o valor do próprio imposto no montante da respectiva operação.”

Mencionadas operações ocorreram no período compreendido entre janeiro/2001 a maio/2004.

Alerta-se que além do ICMS/ST e MR, o Fisco exigiu a MI capitulada no art. 55, inciso VII da Lei 6763/75, em relação aos fatos geradores ocorridas após novembro/2003, consoante se extrai do “Quadro Demonstrativo do Cálculo da Multa Isolada” (fls. 22).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

As planilhas relacionadas com a infração em apreço (acostadas às fls. 23/428, 440/839, 851/895 e 902/906) 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 (destacado), Alíquota, ICMS Op. Própria, ICMS/ST Apurado, ICMS/ST NF, Diferença ICMS/ST, CNPJ/MF e CAE do Destinatário.

Constam dos autos às fls. 916, 919 e 930 cópias de notas fiscais que comprovam, por amostragem, a prática da irregularidade em apreço.

A quase totalidade das operações concernentes à infração ora em exame refere-se a saídas de lubrificantes. Entretanto, além de lubrificantes, outros produtos elencados no Convênio ICMS 03/99 (graxas e fluídos) constam das NFs autuadas (exemplos: Marfak MP 2, Starplex 2, Chassi Ca 2 e Super HD DOT 3 – fls. 122, 853, 855, 858, etc.).

Oportuno esclarecer que a inclusão nos “Relatórios de Apuração do ICMS/ST Devido – Operações com Retenção a Menor do Imposto para Consumidores Finais – item 01 do Auto de Infração” das notas fiscais de graxas e fluídos não macula o vertente trabalho fiscal, haja vista que a apuração de ICMS/ST destes produtos seguiu a mesma regra aplicada aos lubrificantes derivados de petróleo destinados a consumidores neste Estado, ou seja, houve a inclusão do próprio imposto na base de cálculo do ICMS/ST, porém abateu-se o ICMS da operação própria, quando destacado. Tal informação consta inclusive do próprio Relatório Fiscal (item 10 – fls. 19).

O art. 5º, § 1º, item 4, da Lei 6763/75 dispõe sobre a incidência do ICMS na entrada, em território mineiro, decorrente de operação interestadual, das mercadorias constantes das notas fiscais objeto da presente irregularidade. Alerta-se que a citada norma legal encontra-se em consonância com as disposições contidas no art. 12, inciso XII da LC 87/96.

A responsabilidade atribuída à Autuada pela retenção e recolhimento do ICMS/ST nas operações em tela encontrava-se disciplinada nos seguintes dispositivos legais: art. 372, § 1º, item 2, do Anexo IX, do RICMS/96 e art. 360, § 1º, inciso II do Anexo IX do RICMS/02.

A base de cálculo do ICMS/ST, nas operações em discussão, deveria ter sido formada com observância do art. 375, inciso IV, do Anexo IX do RICMS/96 (período de 01/07/1999 a 31/12/2001); art. 375, inciso VII do mesmo diploma legal (período de 01/01/2002 a 14/12/2002); art. 363, inciso VII, do Anexo IX do RICMS/02 (período de 15/12/2002 a 07/04/2004) e art. 363, inciso VII, alínea “a” do Anexo IX do RICMS/02 (a partir de 08/04/2004).

Entretanto, a Autuada utilizou base de cálculo do ICMS/ST inferior a 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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Na peça de defesa apresentada, argumenta a Impugnante que não prosperam as exigências fiscais, uma vez que a IN SLT 01/2003 conflita com a legislação mineira e com a legislação nacional. Neste sentido, cita doutrina e jurisprudência, além da Consulta de Contribuintes nº 105/2001 (DOET/SLT/SEF). Adverte que nas operações interestaduais destinadas a consumidores, exatamente a hipótese dos autos, a base de cálculo é o valor da operação, como tal entendido o preço de aquisição pelo destinatário, ou seja, o valor da operação efetuada pelo remetente.

No entanto, diferentemente das argumentações da Impugnante e à luz dos art. 8º, 9º e 13, § 1º, inciso I da LC 87/96, 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 prevêem acordo entre os Estados para a adoção do regime de substituição tributária.

Quanto à IN SLT 01/2003, vale acrescentar que a mesma foi editada para interpretar dispositivo legal (art. 2º, §1º, inciso III da LC 87/96), relativo à tributação das operações interestaduais com petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados e energia elétrica. Alerta-se que a citada IN não criou nada de novo, apenas objetivou aclarar o sentido do dispositivo retro mencionado.

Importante transcrever as disposições contidas no inciso II, do art. 2º e art. 3º da referida IN SLT 01/2003, cuja cópia encontra-se anexada às fls. 931 e 932 dos autos:

“Art. 2º – Relativamente à hipótese de incidência de que trata o artigo anterior:

(...)

II – a base de cálculo do imposto é o valor da operação de que decorrer a entrada dos produtos, **nesta incluída o montante do próprio imposto;**

(...)

Art. 3º – Fica reformulada qualquer orientação dada em desacordo com esta Instrução Normativa.”
(gn)

Alerta-se, que nos termos do art. 88, inciso I da CLTA/MG (Dec. 23.780/84), não se incluem na competência do órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade ou negativa de aplicação de lei, decreto ou ato normativo.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Legítimo, portanto, o procedimento fiscal ao recompor a base de cálculo do ICMS/ST para inclusão do próprio imposto.

No entanto, em relação a alguns documentos fiscais não há informação acerca do CAE do destinatário dos produtos, consoante se extrai do exame da última coluna das planilhas concernentes a esta irregularidade (exemplos às fls. 24, 25, 27, dentre outras), tal fato acarreta dúvidas acerca da condição de consumidores finais dos produtos, em relação a estes destinatários. Diante desta situação devem ser excluídas as exigências fiscais destes documentos.

Muito embora a Impugnante não tenha questionado a destinação dos produtos autuados (relativos a esta infração), percebe-se através do exame das planilhas relacionadas a esta infração que algumas operações foram realizadas com empresas que têm por atividade o comércio atacadista de mercadorias em geral, inclusive produtos alimentícios (CAE – 44.1.1.00-5), não restando caracterizado, nestes casos, a condição de consumidores finais dos produtos. Assim sendo, devem ser excluídas as exigências fiscais dos documentos constantes das planilhas de fls. 23/428, 440/839, 851/895 e 902/906 que tenham por destinatários empresas com o referido CAE.

Com efeito, sobre tais saídas haveria de se exigir o ICMS/ST complementar, porém, sob outra acusação, a do item 2 (dois) do Auto de Infração, causando, em relação a tal conjunto, cerceamento de defesa, não sendo possível a manutenção das exigências fiscais dele decorrentes.

Irregularidade do item 02 do Auto de Infração

“Retenção e recolhimento a menor do ICMS/ST em operações de saídas de lubrificantes e outros produtos derivados ou não de petróleo, em virtude de enquadramento errôneo de contribuintes mineiros na Classificação Nacional de Atividades Econômicas-Fiscal (CNAE-Fiscal) como consumidores, ao invés de atacadistas ou varejistas (contribuinte substituído).”

Mencionadas operações ocorreram no período compreendido entre janeiro/2001 a dezembro/2004, consoante se extrai das planilhas acostadas às fls. 429/439, 840/850, 896/900 e 907/909 (elaboradas nos moldes daquelas referentes à irregularidade do item 01 do AI).

Tal como na irregularidade do item 01 do AI o Fisco exigiu o ICMS/ST, MR e MI capitulada no art. 55, inciso VII da Lei 6763/75, em relação aos fatos geradores ocorridas após novembro/2003, consoante se extrai do “Quadro Demonstrativo do Cálculo da Multa Isolada” (fls. 22).

Constam dos autos às fls. 910/915, 917, 918 e 920/926, cópias de notas fiscais que comprovam, por amostragem, a prática da irregularidade em apreço.

A responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS/ST atribuída à Autuada encontrava-se estatuído no art. 372, inciso II, alínea “b” do Anexo IX, do RICMS/96 e art. 360, inciso II, alínea “b”, Parte 1, do Anexo IX do RICMS/02.

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. 373 do Anexo IX do RICMS/96 e art. 361, Parte 1, do Anexo IX do RICSM/02.

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 (período de 01/07/99 a 31/12/01); art. 375, inciso V, subalínea “c.2” e “d” do Anexo IX do RICMS/96 (período de 01/01/2002 a 14/12/2002) e art. 363, inciso V, subalínea “c.2” e “d”, Parte 1, do Anexo IX do RICMS/02 (a partir de 15/12/2002).

Na peça de defesa apresentada, quanto a esta irregularidade, sustenta a Impugnante que as operações foram realizadas com consumidores finais, tendo sido adotada como base de cálculo do ICMS/ST o valor da operação. Pondera que o fato dos destinatários estarem cadastrados como varejistas/atacadistas junto à SEF não desnatura a operação efetivamente realizada. Objetivando demonstrar que os produtos não se destinaram à comercialização, elenca às fls. 950 dos autos 04 (quatro) destinatárias, informando as atividades exercidas pelas mesmas.

Entretanto, as razões retro mencionadas não podem ser acolhidas, haja vista que as atividades desenvolvidas pelas destinatárias (apontadas nas planilhas de fls. 429/439, 840/850, 896/900 e 907/909) comportam, sem qualquer dúvida, a comercialização dos produtos adquiridos da Autuada.

Insta destacar, para o deslinde da questão, as atividades desenvolvidas pelas destinatárias consignadas nas NFs (item 02 do AI): 41.8.1.10-7 (Comércio varejista de automóveis caminhonetes e utilitários novos, peças e acessórios – “concessionárias”), 44.6.2.00-9 (Comércio atacadista de álcool carburante, gasolina, óleo diesel, lubrificantes e demais derivados de petróleo, exclusive gás liquefeito de petróleo – GLP, exceto Transportador Revendedor Retalhista - TRR), 41.8.1.60-3 (Comércio varejista de peças e acessórios para veículos rodoviários automotivos, exclusive pneumáticos e câmaras de ar), 42.2.5.00-7 (Comércio varejista de tratores, máquinas e aparelhos de terraplenagem, peças e acessórios), 42.1.1.10-3 (Hipermercados e supermercados), 42.3.1.00-7 (Postos de álcool carburante, gasolina, diesel e demais derivados do refino de petróleo), 42.3.9.99-7 (Comércio varejista de combustíveis e lubrificantes não especificados ou não classificados) e 44.1.2.00-1 (Comércio atacadista de mercadorias em geral, *exclusive* produtos alimentícios).

Ademais, mediante exame das planilhas relativas a esta infração, percebe-se, ainda, que as aquisições são repetitivas (por destinatário) e em quantidades expressivas. Exemplo: Retífica Universal Ltda. – CNPJ 18.435.818/0001-00 (NF n.º 485.987 de 10/01/2001, 508.618 de 16/02/2001, 534.405 de 30/03/2001, 540.100 de 10/04/2001, 557.353 de 07/05/2001, 589.149 de 28/06/2001, 601.117 de 18/07/2001, 618.819 de 16/08/2001, 641.350 e 641.351 (21/09/2001), 642.862 (25/09/2001), etc.

Importante ressaltar que a destinatária supracitada (Retífica Universal Ltda.), ao contrário do alegado na peça de defesa, exerce a atividade de comércio varejista de peças e acessórios.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Outrossim, as demais empresas referidas pela Impugnante têm por atividade o “comércio varejista de automóveis caminhonetes e utilitários novos, peças e acessórios - concessionárias” (CAE 41.8.1.10-7) e, inegavelmente, vendem também os produtos autuados.

Corretas, portanto, as exigências de ICMS, MR e MI concernentes a esta infração.

Vale acrescentar que, a teoria do confisco, referida pela Impugnante, relativamente às multas aplicadas, não merece ser acolhida, posto que a CF/88 (art. 150, inciso IV) ao dispor sobre efeito confiscatório restringiu-se a tributos e não a penalidades.

Não prosperam as alegações da Impugnante acerca da decadência de parte do crédito tributário, uma vez que o § 4º do artigo 150 do CTN, referido na peça de defesa, não se aplica ao presente caso, haja vista que ocorre homologação ficta ou tácita do imposto que foi efetivamente declarado e pago pelo contribuinte. Em relação ao imposto devido que não foi declarado e/ou pago, como é caso dos autos, tem a Fazenda o direito de constituir o crédito correspondente no prazo decadencial previsto no art. 173, inciso I do CTN.

No caso em exame percebe-se que efetivamente não se operou a decadência, uma vez que o Auto de Infração (que contempla operações realizadas a partir de janeiro/2001) foi recebido pela Autuada em 23/11/2006, segundo se extrai dos documentos acostados às fls. 941 e 942.

Por fim, quanto à multa isolada aplicada, neste caso, ocorreu de fato subtração da base de cálculo pela Autuada, configurando-se como correta a aplicação da penalidade isolada sobre a diferença entre a base tributada pelo Contribuinte e a base identificada pelo Fisco, diferentemente dos demais casos enfrentados por esta Casa.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para excluir as exigências fiscais: 1) relativas aos documentos sem indicação do CAE dos estabelecimentos destinatários; 2) dos documentos constantes das planilhas de fls. 23/428, 440/839, 851/895 e 902/906 que tenham por destinatários empresas com CAE 44.1.1.00-5. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Célio Lopes Kalume. Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros Antônio César Ribeiro (Revisor), Helaine Couto Fiuza de Carvalho e Wagner Dias Rabelo.

Sala das Sessões, 26/06/07.

Roberto Nogueira Lima
Presidente/Relator

RNL/EJ