

Acórdão: 17.387/07/2ª Rito: Sumário
Impugnação: 40.010119754-15
Impugnante: Chevron Brasil Ltda.
Proc. S. Passivo: Flávia Ferraz Waehnelde/Outro(s)
PTA/AI: 01.000154167-02
Inscr. Estadual: 058010993.16-11
Origem: DGP/SUFIS

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – COMBUSTÍVEL - BASE DE CÁLCULO – RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS/ST. Constatada a retenção e recolhimento a menor do ICMS devido pela Impugnante na condição de substituta tributária, nas remessas de combustíveis derivados de petróleo destinados a contribuintes mineiros, em decorrência da não inclusão do montante do imposto na base de cálculo, bem como nas remessas para varejistas em decorrência da utilização incorreta do preço médio ponderado a consumidor final e da margem do valor agregado na formação da base de cálculo. Exigências consubstanciadas no artigo 13 da Lei Complementar nº 87/96 e artigo 375 do Anexo IX do RICMS/96. Corretas as exigências de ICMS/ST e da Multa de Revalidação em dobro, conforme artigo 56, inciso II, § 2º, da Lei nº 6.763/75. Reconhecida e quitada, pela Autuada, parcela do crédito tributário referente às saídas para varejistas. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a imputação fiscal de saídas de combustíveis para consumidores finais e varejistas mineiros, no período fiscalizado de 01/01/2001 a 28/02/2003, contendo as seguintes irregularidades:

a) relativamente ao óleo combustível destinado a consumidores finais, em todos os meses fiscalizados de 2001, 2002 e 2003, recolhimento a menor do ICMS/ST devido, em virtude de não ter incluído no valor das respectivas operações o montante do próprio imposto;

b) relativamente ao álcool hidratado, em outubro/2002, recolhimento a menor do ICMS/ST devido, em virtude de não ter utilizado Preço Médio Ponderado a Consumidor Final (PMPF) na formação da BC/ST das saídas para varejistas;

c) relativamente à gasolina, em agosto de 2001, recolhimento a menor do ICMS/ST devido, em virtude de utilização da MVA incorreta na formação da BC/ST,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

quando da elaboração do Anexo IV previsto no Convênio ICMS 03/99, redundando no repasse do ICMS/ST a menor a Minas Gerais, pelo Substituto Tributário;

d) relativamente ao óleo diesel, em dezembro de 2002, recolhimento a menor do ICMS/ST devido, em virtude de utilização do PMPF incorreto na determinação da MVA na formação da BC/ST, quando da elaboração do Anexo II previsto no Convênio 54/02, redundando no repasse de imposto inferior ao devido, por parte do Substituto Tributário.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 41/48, aos fundamentos reproduzidos, em síntese, a seguir:

- em preliminar argüi, com fulcro no art. 150, parágrafo 4º do Código Tributário Nacional - CTN, a “decadência” de parte do crédito tributário lançado, relativamente a período anterior a outubro de 2001 escorada no fato de que a autuação somente ocorreu em setembro de 2006;

- informa que, demonstrando a sua lisura e boa fé, providenciou o recolhimento, juntando aos autos os respectivos comprovantes (fls. 62/64), relativamente às acusações das alíneas “b”, “c” e “d”, acima relacionadas;

- destaca que o objeto principal do Auto de Infração é a suposta retenção e recolhimento a menor do tributo, em virtude da não inclusão do valor do próprio imposto na base de cálculo do ICMS devido a título de Substituição Tributária referente às vendas de combustíveis derivados de petróleo para consumidores finais localizados no Estado de Minas Gerais;

- afirma que o comando estatuído na Instrução Normativa SLT nº 01/03 é absolutamente ilegal, pois altera a base de cálculo do ICMS prevista pela lei e pelo decreto regulamentador, violando conseqüentemente o inciso I do artigo 100 do CTN;

- sustenta, respaldada na cláusula quarta do Convênio ICMS 03/99, que a inclusão do ICMS em sua própria base de cálculo somente se opera quando das operações internas. 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;

- transcreve trechos da Consulta de Contribuinte nº 105/2001 formulada pela Shell Brasil S.A., para corroborar sua interpretação da legislação referente à base de cálculo para retenção e recolhimento do ICMS devido pelas operações interestaduais de mercadorias não destinadas à industrialização ou à comercialização;

- finaliza requerendo que o Auto de Infração lavrado seja julgado improcedente.

O Fisco refuta as alegações da defesa, em manifestação de fls. 69/86, argumentando, em síntese:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- que no caso presente, a Fazenda tem o direito de constituir o crédito tributário sob análise no prazo decadencial previsto no inciso I do artigo 173 do CTN, que estabelece o decurso de cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado e não no prazo a que alude o artigo 150, § 4º do mesmo diploma legal, como quer a Impugnante;

- no mérito, diz que o cerne da questão discutida é a formação da base de cálculo do ICMS/ST definida pelo legislador nas normas que regem as operações com combustíveis e lubrificantes derivados de petróleo;

- argumenta que a Impugnante recolheu a menor o ICMS/ST devido pelas operações de saída de óleo diesel para consumidores finais mineiros em virtude de não ter incluído no valor das respectivas operações o montante do próprio imposto, escorada na tese de falta de previsão legal para sua cobrança;

- transcreve a legislação que disciplina a matéria e afirma que carece de robustez a argumentação desenvolvida pela Defendente;

- destaca que a Instrução Normativa SLT nº 01/03 não criou nova hipótese de incidência, ao contrário, foi editada para interpretar dispositivos legais relativos à tributação das operações interestaduais com petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados;

- informa que este Conselho de Contribuintes vem se pronunciando favoravelmente ao fisco mineiro, sobre as questões ora suscitadas, envolvendo a falta de inclusão do montante do imposto na base de cálculo do ICMS/ST.

Por fim requer a procedência do lançamento.

DECISÃO

A Autuação versa sobre a exigência de ICMS/ST e MR/ST devidos pelas remessas de combustíveis derivados de petróleo efetuadas pela Autuada a consumidores finais e varejistas mineiros, no período fiscalizado de 01/01/2001 a 28/02/2003, contendo as seguintes irregularidades:

a) relativamente ao óleo combustível destinado a consumidores finais, em todos os meses fiscalizados de 2001, 2002 e 2003, recolhimento a menor do ICMS/ST devido, em virtude de não ter incluído no valor das respectivas operações o montante do próprio imposto;

b) relativamente ao álcool hidratado, em outubro/2002, recolhimento a menor do ICMS/ST devido, em virtude de não ter utilizado Preço Médio Ponderado a Consumidor Final (PMPF) na formação da BC/ST das saídas para varejistas;

c) relativamente à gasolina, em agosto de 2001, recolhimento a menor do ICMS/ST devido, em virtude de utilização da MVA incorreta na formação da BC/ST,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

quando da elaboração do Anexo IV previsto no Convênio ICMS 03/99, redundando no repasse do ICMS/ST a menor a Minas Gerais, pelo Substituto Tributário;

d) relativamente ao óleo diesel, em dezembro de 2002, recolhimento a menor do ICMS/ST devido, em virtude de utilização do PMPF incorreto na determinação da MVA na formação da BC/ST, quando da elaboração do Anexo II previsto no Convênio 54/02, redundando no repasse de imposto inferior ao devido, por parte do Substituto Tributário.

Ressalte-se, por oportuno, que está se abordando apenas a acusação prevista no item “a”, face ao reconhecimento e recolhimento do valor relativo às demais acusações.

Importante salientar que o imposto exigido no Auto de Infração 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 legislação tributária mineira, respaldada na Constituição Federal vigente, na Lei Complementar 87/96 e nos Convênios que regem a matéria, é clara 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 exigência do ICMS devido a título de Substituição Tributária relativo às remessas de combustíveis derivados de petróleo promovidas pela Defendente para consumidores finais mineiros está legalmente amparada.

O cerne da questão, no caso em exame, consiste na análise e definição da correta formação da base de cálculo, vale dizer, se o montante do próprio imposto integra a sua base de cálculo, como sustentado pelo Fisco, ou não, como pretendido pela Impugnante.

À luz dos artigos 8º, 9º e 13, § 1º da LC 87/96, o montante do próprio imposto integra a sua base de cálculo.

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 substituído.

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

(...)

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." (grifo nosso)

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 a sua base de cálculo.

Por sua vez, o art. 13, § 1º da LC 87/96 está de conformidade com o art. 155, inciso II, § 2º, inciso XII, alínea “i” da CF/88, que prevê Lei Complementar para fixar a base de cálculo do ICMS, de modo que o montante do imposto a integre.

A própria Constituição Federal, mais precisamente o texto da EC 03/2001, dispõe que cabe à Lei Complementar fixar a base de cálculo do ICMS, de modo que o montante do imposto a integre, consolidando entendimento esposado pelo STF, em várias decisões proferidas antes da EC 03/2001.

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 Nº 01, de 03 de junho de 2003, que reza:

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

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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;

III - o valor do imposto a recolher é o resultado da aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo definida para a operação, vedada a dedução de qualquer valor a título de crédito;"

Embora a Instrução Normativa SLT nº 01/03 tenha sido editada após o período em que ocorreram os fatos geradores em questão, aplica-se perfeitamente à espécie, pois se deve ter em mente que ela não cria uma nova situação jurídica, apenas esclarece para os contribuintes e para os profissionais que atuam na área jurídico-tributária qual a correta interpretação dos dispositivos legais que regem a matéria.

Observe-se que a Impugnante em sua defesa cita apenas o artigo 8º da LC nº 87/96, que se limita a prever que a base de cálculo do imposto é o valor da operação, desconsiderando o artigo 13, § 1º do mesmo diploma legal, que prevê de forma expressa e clara sua inclusão na base de cálculo.

Portanto, a previsão de que o valor do tributo integra a base de cálculo do próprio tributo está perfeitamente determinada na legislação própria e aplicável ao caso presente, como a já citada LC 87/96 (art. 13, § 1º, I).

O Fisco relacionou, na planilha de fls. 19/25, todas as notas fiscais objeto da autuação, demonstrando a exigência fiscal referente 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, ou seja, incluiu-se o montante do próprio imposto no valor da operação, aplicou-se a alíquota interna prevista, deduzindo-se o valor do ICMS/ST destacado nas respectivas notas fiscais. Anexou aos autos, por amostragem, notas fiscais objeto da autuação (fls. 29/36).

Diante do exposto, não procedem as alegações da Impugnante de violação aos Princípios da Hierarquia das Leis, da Legalidade e da Irretroatividade.

E, ainda que lhe assistisse razão em relação às questões levantadas na peça defensiva que versam sobre inconstitucionalidade ou negativa de aplicação de lei, decreto ou ato normativo, estas deixariam de ser objeto de apreciação, por óbice imposto pelo art. 88, inciso I, da Consolidação da Legislação Tributária Administrativa do Estado de Minas Gerais, aprovada pelo Decreto 23.780, de 10 de agosto de 1984 – CLTA/MG.

Por outro lado, improcede a alegação da Impugnante de que o crédito tributário está alcançado pela decadência. O caso em análise está regido pela norma inserta no artigo 173, inciso I do CTN, com base na qual os fatos geradores ocorridos no exercício de 2001 têm como início de contagem do prazo de decadência o primeiro dia do exercício seguinte (2002), expirando-se somente em 31/12/2006.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Salienta-se que a intimação do presente Auto de Infração ocorrera em 04/12/06, conforme se constata pelo recibo apostado, à fl. 68. Destarte, claro está que o lançamento foi efetivado antes de expirado o prazo de decadência.

Os demais argumentos apresentados não têm o condão de ilidir o crédito tributário. Não assiste, desta forma, razão à Impugnante, sendo legítimas as exigências de ICMS devido a título de Substituição Tributária, bem como da penalidade de revalidação no importe de 100% (cem por cento).

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento, devendo ser considerados os recolhimentos efetuados conforme GNREs de fls. 62/64. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Luiz Villela Vianna Neto (Revisor) e Mauro Heleno Galvão.

Sala das Sessões, 03/04/07.

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente

Edvaldo Ferreira
Relator