

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 18.858/08/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000156559-61
Impugnação: 40.010122594-62
Impugnante: Petrobras Distribuidora S/A
IE: 018059023.14-38
Proc. S. Passivo: Arethusa de Souza Totti e Silva/Outro(s)
Origem: DGP/SUFIS – Belo Horizonte

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – LUBRIFICANTE DERIVADO DE PETRÓLEO - BASE DE CÁLCULO – RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS/ST – NÃO INCLUSÃO DO MONTANTE DO IMPOSTO. Constatação de retenção e recolhimento a menor do ICMS/ST devido nas remessas de óleo combustível para contribuinte mineiro, não destinado à comercialização ou à sua própria industrialização, vez que não houve integração do montante do imposto em sua base de cálculo, conforme previsto no art. 13, § 1º, inciso I da Lei Complementar 87/96. Corretas as Exigências de ICMS-ST e Multa de Revalidação em dobro, nos termos do art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso I da Lei 6.763/75. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a retenção e recolhimento a menor do ICMS/ST em operações de saída de óleo combustível, realizadas no período de julho a dezembro/2002, com destino a consumidores finais mineiros, em face da apuração da base de cálculo do ICMS/ST sem a inclusão do valor do próprio imposto no montante da respectiva operação.

Exigências de ICMS/ST e multa de revalidação em dobro.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 45/58.

O Fisco, em manifestação de fls. 68/81, refuta as alegações da defesa.

A 3ª Câmara de julgamento, em sessão de 16/07/2008, converte o processo em diligência para que o Fisco reabra prazo de 30 dias para o recolhimento do ICMS devido sem a multa de revalidação e juros moratórios, fls. 648.

A Autuada é regularmente intimada e não comparece aos autos.

DECISÃO

Da preliminar

Nulidade do Auto de Infração

Argüi a Impugnante a nulidade do Auto de Infração, por cerceamento do direito de defesa, pela ausência do código de atividade econômica – CAE no relatório e no demonstrativo do Auto de Infração.

Como bem afirma o Fisco, o código de atividade econômica tornaria o relatório mais detalhado, mas não inviabilizou a defesa, pois ela foi exercida ampla e minuciosamente.

Ademais, está entre as obrigações do contribuinte, de forma expressa na legislação, art. 96, inciso XIII do RICMS/96, a exigência do cartão de identificação do contribuinte-destinatário com o qual realizar operações.

Acrescente-se, ainda, que a Autuada foi a emitente das notas fiscais, sendo natural que ela tenha informações dos seus clientes e perfil, uma vez que o produto óleo combustível tem uso bastante específico.

Acrescente-se, ainda, que há nos autos amostragem das notas fiscais, com os dados dos destinatários, relativamente à infração, conforme documentos de fls. 35/42.

Buscando esclarecer os argumentos da Impugnante quanto à alegação de nulidade, o Fisco demonstra como os referidos dados podem ser facilmente obtidos nos sítios da receita estadual ou do SINTEGRA, amplamente conhecidos dos contribuintes.

Neste sentido, traz exemplos às fls. 75 dos autos.

Portanto, embora se reconheça que a descrição do CAE seria um detalhe a mais, no entanto, verifica-se que a falta da mesma não trouxe prejuízo à defesa.

Assim, rejeita-se a preliminar de nulidade, por cerceamento de defesa.

A decadência levantada em preliminar será analisada no mérito.

No seu pedido, a Impugnante protesta pela realização de prova pericial, todavia, não apresentou quesitos, pelo que deixa de ser apreciada.

Do mérito

Conforme consta do relatório acima, a autuação versa sobre a retenção e recolhimento a menor do ICMS/ST em operações de saída de óleo combustível, realizadas no período de julho a dezembro/2002, com destino a consumidores finais mineiros, em face da apuração da base de cálculo do ICMS/ST sem a inclusão do valor do próprio imposto no montante da respectiva operação.

O relatório de apuração do ICMS-ST devido, fls. 13 e seguintes, contém 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.

Como supracitado, constam dos autos às fls. 35/42 cópias de notas fiscais que comprovam, por amostragem, a prática da irregularidade em apreço.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

Ressalta-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 no art. 372, § 1º, item 2, do Anexo IX, do RICMS/96.

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, vigente à época.

Entretanto, 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.

Na peça de defesa apresentada, argumenta a Impugnante que a legislação mineira não continha previsão de inclusão do ICMS na formação da base de cálculo do ICMS/ST.

Afirma 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.

Sustenta que a Constituição Federal precisou ser alterada (E.C 33, de 12/12/2001) para estabelecer a obrigatoriedade de inclusão do imposto na base de cálculo do ICMS.

Adverte que o inciso II do art. 2º da IN SLT 01/2003 não pode retroagir ao tempo das operações autuadas, já que não funciona como norma interpretativa daquelas que dispunham sobre a formação da base de cálculo do ICMS.

Pleiteia a exclusão da penalidade exigida, com fulcro no art. 106, inciso I do CTN, no caso de entendimento em contrário, ou seja, que a referida Instrução Normativa é norma interpretativa.

No entanto, diferentemente das argumentações da Impugnante e à luz dos arts. 8º, 9º e 13, § 1º, inciso I da LC 87/96, relativamente ao ICMS, 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 do art. 13** traz, como regra para o ICMS, **que o montante do próprio imposto integra sua base de cálculo.**

Depreende-se do exposto que a previsão legal de inclusão na base de cálculo do ICMS/ST do montante do próprio imposto não é originária da IN SLT 01/2003.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Contrariamente ao alegado pela Impugnante, não se aplica ao caso em espécie a exclusão (da penalidade) prevista no art. 106, inciso I do CTN, haja vista que a mencionada Instrução Normativa não é lei interpretativa (nos termos definido pelo próprio art. 106, inciso I do CTN), posto que não proveniente da mesma fonte legislativa do ato primitivo interpretado, além de não ostentar o mesmo status quanto à validade e eficácia jurídica do comando originário (ou seja, igualdade, na hierarquia jurídica).

Quanto ao argumento da Autuada de que o seu comportamento estaria abrigado pelo art. 100, inciso III do CTN – práticas reiteradas –, com fundamento de que a administração fazendária concordou com o seu procedimento por algum tempo, a Câmara de julgamento reabriu-lhe o prazo para o recolhimento do imposto, sem multa e acréscimos moratórios, conforme decisão de fls. 97.

Entretanto, diante da oportunidade oferecida pela Câmara de Julgamento, a Autuada ficou-se silente.

Ademais, o caso em tela não se enquadra nas disposições contidas no art. 100, inciso III do CTN, uma vez que não há qualquer elemento nos autos que comprove que o Fisco tenha promovido qualquer medida no sentido de convalidar o procedimento da Autuada.

Em relação ao voto vencido no PTA 01.000146207-56, acórdão 17.095/05/1ª, a Consulta Fiscal Direta nº 763/97, citada pela Impugnante, é um procedimento interno, onde um fiscal, individualmente, dirige-se ao Órgão consultivo, cuja resposta é uma mera opinião, não vinculando a fiscalização.

No entanto, é importante salientar que existem duas outras consultas de contribuintes, sem efeito normativo, portanto, só vinculando o Estado à parte consulente, que não é a Autuada.

Mas, o mais importante, é que a fiscalização estadual não se curvou ao entendimento proferido pelo Órgão consultivo, sem caráter normativo, e autuou, freqüentemente, os contribuintes que não integraram o montante do próprio imposto à sua base de cálculo (consta, inclusive, na justificativa do Parecer DOET/SLT 34/2002).

Como consequência, foi necessário uniformizar o procedimento da fiscalização através de um normativo que a vinculasse.

Neste sentido, inicialmente foi editado o Parecer DOET/SLT nº 34/2002 que deu origem à Instrução Normativa SLT 01/06/2003, ato normativo que vincula toda a fiscalização e, também, o Conselho de Contribuintes, por força do art. 110 do RPTA/MG.

Por outro lado, acerca do direito de creditamento aventado na Impugnação, vale transcrever as disposições contidas no art. 21, Parte Geral do RICMS/96, vigente à época:

“Art. 21 - É vedada a compensação de débito relativo à substituição tributária com qualquer crédito de imposto.”

Nesta mesma linha dispôs o art. 2º, inciso III da IN SLT N.º 01/2003:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

(...)

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;"

Frise-se que nos termos do art. 110 do RPTA (Decreto 44.747 de 03 de março de 2008), não se incluem na competência do órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade ou negativa de aplicação de ato normativo.

A Impugnante argúi a decadência do lançamento com fundamento no art. 150, §§ 1º e 4º do CTN.

Neste sentido, importante ressaltar que os fatos geradores são de junho a dezembro/2002 e a Autuada foi regularmente intimada do lançamento em 08/10/2007, conforme documento de fls. 44.

Entretanto, verifica-se nos autos que não se operou a decadência em relação ao vertente crédito tributário. Nos termos do § 4º do artigo 150 do CTN, 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, tem a Fazenda o direito de constituir o crédito correspondente no prazo decadencial previsto no artigo 173 do mesmo diploma legal.

O prazo extintivo do direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário é regulado pelo art. 173, inciso I do CTN, que para tanto, regra geral, estabelece o decurso de cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Tal dispositivo prevalece à previsão de homologação tácita do lançamento efetuado pelo contribuinte a que alude o art. 150, § 4.º, do mesmo diploma legal acima citado, quanto ao montante não contemplado na apuração, posteriormente verificado pelo Fisco, e devidamente lançado de ofício, nos termos do art. 149, inciso V, do CTN.

Acerca desta matéria, Misabel de Abreu Machado Derzi, em nota, leciona com propriedade:

"O lançamento por homologação somente é passível de concretização se existiu pagamento. Não tendo o contribuinte antecipado o pagamento devido, nem expressa, nem tacitamente dar-se-á a homologação. Nesse caso, então, poderá ter lugar o lançamento de ofício disciplinado no art. 149 do CTN."

"A inexistência de pagamento de tributo que deveria ter sido lançado por homologação, ou a prática de dolo, fraude ou simulação por parte do sujeito passivo ensejam a prática do lançamento de ofício ou revisão de ofício, previsto no art. 149. Inaplicável se torna então a forma de contagem disciplinada no art.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

150, § 4º, própria para a homologação tácita do pagamento (se existente). Ao lançamento de ofício aplica-se a regra geral do prazo decadencial de cinco anos e a forma de contagem fixada no art. 173 do mesmo Código." (*Direito Tributário Brasileiro – Editora Forense, 11ª Edição, pág. 912 e 913.*)

Desta forma, os fatos geradores evidenciados no feito, relativos ao exercício de 2002, ver-se-iam atingidos pela decadência somente a partir de 01/01/2008.

Portanto, a constituição do crédito através do lançamento de ofício deu-se dentro do prazo, não operando a decadência.

No tocante à utilização da taxa SELIC para cálculo dos juros moratórios, infere-se que a mesma encontra respaldo na Resolução 2.880/97 c/c os artigos 127 e 226 da Lei n.º 6.763/75.

O art. 2º da Resolução 2.880/97, a seguir transcrito, comprova que a incidência dos juros de mora, no caso em exame, conta-se a partir do primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento do débito e não da data da autuação, consoante entende a Impugnante.

Art. 2º - Os juros de mora incidirão tanto sobre a parcela do tributo, quanto sobre a de multa, inclusive a de mora, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento do débito até a data do efetivo pagamento, observando-se:

I - quando as multas forem pagas com redução, considera-se, para efeitos de cobrança dos juros moratórios, o valor efetivamente pago;

II - tratando-se de multa isolada, o termo inicial para a cobrança dos juros de mora será o primeiro dia do mês subsequente ao do recebimento do Auto de Infração (AI).

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

Diante do exposto, ACORDA a 3ª 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. Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros Luciana Mundim de Mattos Paixão (Revisora), René de Oliveira e Sousa Júnior e Janaina Oliveira Pimenta.

Sala das Sessões, 19 de novembro de 2008.

Mauro Heleno Galvão
Presidente / Relator