

Acórdão: 16.855/05/3^a Rito: Ordinário
Agravado/Impug.: 40.030113106-87 40.010111960-25
Agravante/Impug: Acesita S.A
Proc. S. Passivo: Valter de Souza Lobato/Outros
PTA/AI: 01.000143946-16
Inscr. Estadual: 687-013342-0352
Origem: DF/Ipatinga

EMENTA

RECURSO DE AGRAVO – PERÍCIA – Dispensável a perícia requerida, vez que os elementos constantes dos autos são suficientes para elucidação dos fatos questionados. Recurso de Agravo não provido. Decisão unânime.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – ÓLEO E GRAXA LUBRIFICANTES – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS/ST – Constatou-se que a Autuada deixou de recolher o ICMS devido por substituição tributária referente a aquisições de óleo e graxas lubrificantes (destinados ao seu processo produtivo), originários de distribuidoras estabelecidas em outros Estados da Federação as quais deixaram de reter e recolher referido tributo. A Autuada reconheceu como legítimo parte do crédito tributário, recolhendo a importância que entendeu devida. O Fisco reformulou o crédito tributário acolhendo, em parte, as razões da Impugnante, excluindo as exigências fiscais concernentes às notas fiscais: lançadas em duplicidade (nesta e em outras autuações, bem como aquelas constantes de pagamentos efetuado na “Anistia/2001”) e, ainda, em relação àquelas cujo imposto havia sido destacado; além de abater do crédito tributário os valores pagos pela Impugnante. Legítimas, portanto, as exigências fiscais remanescentes, cuja responsabilidade pelo pagamento é atribuída à Autuada em razão das disposições contidas no inciso XII do art. 21 e item 1 do § 8º do art. 22 da Lei 6763/75, bem como no art. 374 do Anexo IX do RICMS/96 e art. 362 do Anexo IX do RICMS/02. Lançamento parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre falta de recolhimento do ICMS/ST devido quando da entrada no estabelecimento da Autuada, no período de janeiro/98 a junho/03, de óleos e graxas lubrificantes derivados de petróleo, visto que o imposto não foi retido pelos alienantes ou remetentes das mercadorias sob a alegação de estarem ao abrigo da não incidência do ICMS.

Lavrado em 15/12/03 – AI exigindo ICMS e MR (50%).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 1.355 a 1.369. No entanto, reconhece como devido parte do crédito tributário, sobre esta parcela efetua recolhimentos de ICMS, MR e Juros, conforme demonstrado pelo Documento de Arrecadação Estadual - DAE de fls. 1.405.

O Fisco se manifesta às fls. 1.426 a 1.494, acolhe, em parte, as razões apresentadas na peça defensiva, reformulando o crédito tributário, excluindo as exigências fiscais concernentes às notas fiscais: lançadas em duplicidade (nesta e em outras autuações, bem como aquelas constantes de pagamentos efetuado na “Anistia/2001”) e, ainda, em relação àquelas cujo imposto havia sido destacado; além de abater do crédito tributário os valores pagos pela Impugnante.

Outrossim, observa que ao conferir os valores da planilha apresentada pela Impugnante (referente ao crédito reconhecido como devido – fls. 1.398 a 1.404) constatou que em relação à 04 (quatro) notas fiscais o pagamento se deu parcialmente.

Relativamente ao crédito tributário remanescente, refuta as alegações da Impugnante.

Regularmente intimada da reformulação do crédito tributário (doc. de fls. 1.515 e 1.517) a Autuada não se manifesta.

O pedido de prova pericial formulado pela Impugnante é indeferido pela Auditoria Fiscal, conforme despacho de fls. 1.522.

Inconformada, a Autuada interpõe, tempestivamente, Recurso de Agravo (fls. 1.526 a 1.529).

Posteriormente, a Autuada apresenta o aditamento (fls. 1.552 e 1.553) ao Recurso de Agravo, solicitando o estorno do crédito tributário referente a 15 notas fiscais, e, através do documento de fls. 1.555, apresenta o segundo aditamento ao referido Recurso, juntando os laudos técnicos de fls. 1.558 a 1.575.

A Auditoria Fiscal determina a diligência de fls. 1.576, para o Fisco se manifestar quanto aos laudos técnicos juntados.

O Fisco se manifesta às fls. 1.577, ratificando posicionamento já externado.

A Auditoria Fiscal mantém a decisão anterior, ficando, por conseguinte, retido nos autos o Recurso de Agravo.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 1.580 a 1.591, opina, em preliminar, pelo não provimento do Recurso de Agravo. Quanto ao mérito, pela procedência parcial do Lançamento, para que se exclua do crédito tributário reformulado pelo Fisco, as exigências fiscais referentes ao período compreendido entre 01/04/98 a 30/06/99 por falta de previsão legal quanto à responsabilidade da Autuada.

DECISÃO

Inicialmente vale ressaltar que parte dos fundamentos do parecer da Auditoria Fiscal (com pequenas adequações) integra a presente decisão, face a sua clareza, objetividade e precisão.

“Da Preliminar

Quanto ao Recurso de Agravo retido nos autos

O pedido de prova pericial suscitado pela Autuada, qual seja, demonstrar que os produtos objeto da exigência fiscal são produtos intermediários, nos termos da Instrução Normativa SLT n.º 01/86, não tem o condão de alterar o feito, uma vez que não há controvérsia a respeito.

O cerne da presente questão reside, isto sim, em esclarecer se os produtos são destinados à própria industrialização.

Assim, o requerimento de perícia foi corretamente indeferido, com fundamento no inciso I do art. 116 da CLTA/MG.

Do Mérito

Decorrem as exigências fiscais formalizadas da constatação da falta de recolhimento do ICMS devido por substituição tributária em virtude da entrada, no período compreendido entre janeiro de 1998 e junho de 2003, de óleos e graxas lubrificantes adquiridos de distribuidoras estabelecidas em outros Estados da Federação sem a retenção do imposto.

É cediço que a imunidade prevista na alínea “b” do inciso X do § 2º do art. 155 da CF/88 objetiva beneficiar os Estados consumidores em detrimento dos Estados produtores de derivados de petróleo e de energia, tendo em vista que os poços de petróleo e as refinarias encontram-se instaladas em poucos Estados da Federação.

Exclui-se, dessa forma, a incidência do tributo nas operações destinadas ao abastecimento das demais unidades federadas, e, concomitantemente, previne-se o agravamento das desigualdades regionais, em atendimento a um dos objetivos fundamentais da República insculpido no inciso III do art. 3º da CF, e, ainda, privilegia-se o equilíbrio federativo e o tratamento igual entre contribuintes, quer eles adquiram o produto de que necessitam no próprio ou em outro Estado, preservando-se, deste modo, os princípios constitucionais da federação, da isonomia e da livre concorrência.

Nesse esteio, decidiram os Estados celebrar o Convênio ICMS 105/92 (revogado a partir de 26/04/1999 pelo Convênio ICMS 03/99), cuja cláusula primeira assim estabelecia:

Cláusula primeira - Ficam os Estados e o Distrito Federal, quando destinatários, autorizados a atribuir aos remetentes de combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo, situados em outras unidades da Federação, a condição de contribuintes ou de substitutos tributários, relativamente ao ICMS incidente sobre as operações com esses produtos, a partir da operação que os remetentes estiverem realizando, até a última, assegurado o seu recolhimento à unidade federada onde estiver localizado o adquirente.

Regulando em definitivo a matéria e com respaldo no inciso III do art. 146 da CF, a Lei Complementar (LC) n.º 87, de 16 de setembro de 1996, estabelece que:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 2º - O imposto incide sobre:

(...)

§ 1º - O imposto incide também:

(...)

III - sobre a entrada, no território do Estado destinatário, de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e de energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou à industrialização, decorrentes de operações interestaduais, cabendo o imposto ao Estado onde estiver localizado o adquirente.

Observa-se, portanto, que a LC n.º 87, de 1996, prevê expressamente a incidência do ICMS sobre a entrada, no território do Estado destinatário, decorrente de operações interestaduais de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, quando não destinados à comercialização ou à industrialização, cabendo o imposto ao Estado onde estiver localizado o adquirente, atribuindo, ao remetente, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto devido, na condição de substituto tributário (§ 2º do art. 9º).

No mesmo sentido caminhou a lei estadual, conforme estabelece o item 4 do § 1º do art. 5º da Lei n.º 6.763/75.

A questão que se afigura, por oportuna, é a exegese adequada da expressão “industrialização”, uma vez que tal destinação comporta verdadeira não-incidência constitucional, deixando afastada qualquer possibilidade de exigência do imposto.

O Parecer DOET/SLT n.º 034/2002, que revogou a Consulta Fiscal Direta n.º 763/97, esclarece a matéria:

“Trata-se aqui, como dito, da **industrialização do próprio produto**, não se referindo, portanto, à sua utilização como insumo em processos industriais dos quais resultem outras mercadorias distintas. Logo, caso se configure esta última situação, haverá a subsunção do fato à hipótese normativa mencionada, ou seja, estará atendido o pressuposto legal para a ocorrência do fato gerador na correspondente entrada dos combustíveis no território do Estado adquirente.” (grifo nosso)

Ressalte-se que citado parecer não inovou ao deslindar o tema, pois levou em consideração questão já pacificada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), julgando o RE 198.088-SP, que consolidou o entendimento de que:

“É LEGÍTIMA A INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE OPERAÇÃO DE COMPRA DE COMBUSTÍVEL, EM OUTRO ESTADO, POR EMPRESA, **PARA USO PRÓPRIO**. CONSIDEROU-SE QUE A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA PREVISTA NO ART. 155, § 2º, X, B, DA CF - QUE EXCLUI DA INCIDÊNCIA DO ICMS AS OPERAÇÕES QUE DESTINEM A OUTROS ESTADOS COMBUSTÍVEIS DERIVADOS DE PETRÓLEO - NÃO BENEFICIA O CONSUMIDOR, MAS SIM O ESTADO DESTINATÁRIO, AO QUAL CABE TODO O ICMS INCIDENTE SOBRE O

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PRODUTO. SALIENTOU-SE AINDA QUE O OBJETIVO DA NORMA É BENEFICIAR OS ESTADOS CONSUMIDORES EM DETRIMENTO DOS ESTADOS PRODUTORES, DADA A CIRCUNSTÂNCIA DE SER GRANDE O NÚMERO DAQUELES E POUCO O NÚMERO DESTES, CUJA COMPENSAÇÃO SE DÁ DE ACORDO COM O ART. 20, § 1º DA CF.” (RE 198.088-SP, RELATOR MINISTRO ILMAR GALVÃO, 17/05/2000, INFORMATIVO STF N.º 189/2000. GRIFO NOSSO)

Destaque-se ainda que este não é entendimento isolado do Estado de Minas Gerais quanto a tal interpretação, eis que o assunto já foi discutido na Comissão Técnica Permanente (COTEPE) do Conselho Fazendário de Política Tributária (CONFAZ) nos Grupos de Trabalho GT 05 e GT 33 que entenderam que “na hipótese de remessa interestadual de combustível para ser utilizado como insumo para fabricação de outros produtos, haverá tributação”.

Considerando que uma interpretação extensiva do termo “industrialização”, a que se referem os supracitados dispositivos legais, de modo a alcançar todo e qualquer processo industrial de que façam parte o petróleo, inclusive lubrificantes, os combustíveis líquidos e gasosos dele derivados e a energia elétrica, “implicaria indevida subordinação do mandamento constitucional à eventualidade da tributação das mercadorias resultantes de tal processo, quando distintas daqueles produtos”, é que foi expedida a Instrução Normativa SLT n.º 01, de 2003, para definir no parágrafo único de seu art. 1º que “entende-se por industrialização a operação em que os mencionados produtos sejam empregados como matéria-prima e da qual resulte petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados ou energia elétrica”.

Para dirimir quaisquer dúvidas porventura existentes e consolidar o entendimento firmado, foi finalmente alterada pela Lei n.º 14.699, de 6 de agosto de 2003, a redação do item 4 do § 1º do art. 5º da Lei n.º 6.763, de 1975, para especificar o tipo de “industrialização” a que se destina a mercadoria, incluindo-se a expressão “do próprio produto”.

Assim, independe *in casu* a classificação dos produtos objeto da autuação como sendo produtos intermediários ou material de uso e consumo, uma vez que, comprovado que não foram destinados à própria industrialização, e, não tendo a Autuada feito prova de que mencionados produtos foram empregados como matéria-prima da qual resultasse petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, fica patente a incidência do imposto devido pela entrada em território mineiro.

Entende a Impugnante que sendo o ICMS tributo sujeito ao lançamento por homologação, o crédito tributário relativo ao período compreendido entre 01/01/1998 e 31/10/1998 já se encontrava decaído no momento da intimação do AI, vez que o TIAF data de 20/11/2003.

No entanto, razão não lhe assiste, posto que a regra do citado art. 150 do CTN refere-se àqueles valores oferecidos à tributação, isto é, lançados, e não àqueles que ficaram à margem do lançamento.

Assim, no presente caso não se aplica a regra prevista no § 4º do art. 150 do CTN, eis que as irregularidades apontadas dizem respeito à falta de recolhimento ou

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

recolhimento a menor do imposto, não havendo falar em homologação de ato que tem por propósito diminuir ou anular a obrigação tributária principal ou de ato inexistente.

Ausente a antecipação do pagamento a que se refere o art. 150 do CTN, o lançamento por homologação não se aperfeiçoa, dando lugar ao lançamento de ofício. Assim sendo, infere-se que o direito do Fisco, *in casu*, está circunscrito à regra geral estabelecida pelo art. 173 do CTN.

Dessa forma, o prazo para a Fazenda Pública estadual constituir o crédito tributário relativo ao período compreendido entre 01/01/1998 e 31/10/1998 somente expirou em 31/12/2003, conforme o inciso I do art. 173 do CTN.

Tendo em vista que a Impugnante foi intimada da lavratura do Auto de Infração em 19/12/2003 (fls. 6), observa-se, portanto, que incorreu a decadência relativamente ao crédito tributário do período acima mencionado.

Quanto ao reconhecimento parcial do crédito tributário pela Autuada, mediante recolhimento de parte dos valores autuados, referentes a 13 (treze) óleos lubrificantes e a 2 (dois) óleos isolantes, conforme DAE de fls. 1.405, destaca-se que o Fisco apurou que, ainda assim, a Autuada efetuou recolhimento a menor em relação a algumas notas fiscais, conforme demonstrado na planilha de fls. 1.487/1.488, havendo, portanto, resíduo a ser exigido no crédito tributário remanescente.

Já a alegação da Impugnante quanto à duplicidade no lançamento de notas fiscais no levantamento redundou em revisão no crédito tributário por parte do Fisco que, tendo constatado citada duplicidade, procedeu à exclusão dos correspondentes valores do AI, advertindo, no entanto, que a duplicidade de lançamento das notas fiscais deveu-se por também constar no arquivo magnético fornecido pela própria Autuada.

O Fisco ressalta, ainda, que as notas fiscais também lançadas nos PTA n.º 01.000138602-73, n.º 01.000139645-59, n.º 02.000166319-23, n.º 02.000200948-64, n.º 01.000201757-08 e n.º 02.000202164-80 foram excluídas da presente autuação, e, em relação ao PTA n.º 02.000204035-81, deixou de excluir as notas fiscais n.º 835634, n.º 835635, n.º 835649, n.º 835650 e n.º 835655 emitidas por Shell Brasil Ltda. (nova denominação de Shell Brasil S/A), pois, apesar de estarem relacionadas em referido PTA, o respectivo valor do imposto não está relacionado no somatório do valor total do crédito tributário, conforme planilha que anexa, ressaltando, entretanto, haver efetuado a exclusão daquelas notas fiscais constantes deste último PTA e cujo imposto foi relacionado.

Informa também que não excluiu a nota fiscal n.º 314421, de 15/04/1998, pelo motivo de não se encontrar relacionada no PTA n.º 01.000140239-44.

Destaca que excluiu aquelas notas fiscais objeto de denúncia na “Anistia” de 2001 as quais, equivocadamente, foram autuadas no presente trabalho, deixando de excluir, no entanto, a nota fiscal n.º 664422, de 10/11/2002, por não ter sido localizada no PTA da denúncia.

No que concerne às notas fiscais com destaque de ICMS e que a Impugnante afirma que não tiveram seus valores creditados, o Fisco esclarece que não obstante a autuação não versar sobre estorno de créditos, mas sobre falta de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

recolhimento do ICMS/ST, decidiu excluir da autuação as notas fiscais n.º 701134, n.º 722819, n.º 730125, n.º 745994, n.º 753784 e n.º 756316 emitidas por Petrobrás S/A por estarem com o ICMS/ST nelas destacado.

Em relação às notas fiscais n.º 852098, n.º 852961, n.º 853840, n.º 854678, n.º 855024 e n.º 888578, entretanto, o Fisco decide manter a cobrança tendo em vista que todas estão sem o destaque do ICMS/ST.

A Impugnante entende que não tem legitimidade para responder por ICMS não recolhido na substituição tributária por ser da essência do instituto a transferência total da responsabilidade, no caso, à distribuidora.”

Não é esse o entendimento adotado pela legislação pertinente, pois verifica-se que a eleição da empresa destinatária dos produtos em questão para figurar como sujeito passivo da autuação encontra respaldo no inciso XII do art. 21 e item 1 do § 8º do art. 22 da Lei 6763/75, bem como no art. 374 do Anexo IX do RICMS/96 e art. 362 do Anexo IX do RICMS/02, a seguir transcritos:

“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.”

“Art. 22 - Ocorre a substituição tributária, quando o recolhimento do imposto devido pelo:

.....

§ 8º - A responsabilidade prevista neste artigo aplica-se:

- 1) conforme dispuser o Regulamento, às operações com as mercadorias e os serviços relacionados na Tabela “E”, anexa a esta Lei, e com outras mercadorias indicadas pelo Poder Executivo;”

Efeitos de 1º/07/1999 a 31/12/2001 - Acrescido pelo art. 2º e vigência estabelecida pelo art. 7º, ambos do Decreto n.º 40.456, de 02 de julho de 1999:

Art. 374 - O adquirente dos produtos de que tratam os artigos anteriores deste Capítulo, ressalvadas as hipóteses nele previstas, em operação interestadual, sem retenção do imposto por substituição tributária, ainda que desobrigado o remetente, fica responsável pela referida retenção, hipótese em que o imposto deverá ser recolhido no posto de fiscalização de fronteira ou, na falta deste, no primeiro município mineiro por onde transitar a mercadoria, ficando facultado o recolhimento antecipado mediante GNRE.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Efeitos de 01/01/2002 a 14/12/2002 - Redação dada pelo art. 3º e vigência estabelecida pelo art. 23, I, ambos do Decreto n.º 42.929, de 26/09/2002. Revogado pelo art. 3º do Decreto n.º 43.080, de 13 de dezembro de 2002:

Art. 374 - O adquirente dos produtos de que tratam os artigos anteriores deste Capítulo, ressalvadas as hipóteses nele previstas, sem retenção do imposto por substituição tributária, no todo ou em parte, ainda que desobrigado o remetente, fica responsável pela referida retenção.

No mesmo sentido cuidou da matéria o art. 362 do Anexo IX do RICMS/02.

Constata-se, portanto, que a Impugnante não trouxe aos autos, de forma objetiva, quaisquer apontamentos fundamentados em sua escrituração, de maneira a contraditar o levantamento e a demonstrar pontos porventura conflitantes.

Verifica-se, outrossim, que restaram plenamente caracterizadas as infringências à legislação tributária, sendo, por consêquinte, legítimas as exigências fiscais remanescentes de ICMS e da MR de 50% (cinquenta por cento).

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em negar provimento ao Recurso de Agravo. No mérito, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o Lançamento, de conformidade com a reformulação do crédito tributário efetuada pelo Fisco às fls. 1.496 a 1.511 (DCMM de fls. 1.512 a 1.514). Vencida, em parte, a Conselheira Luciana Mundim de Mattos Paixão (Revisora) que o julgava parcialmente procedente nos termos do parecer da Auditoria Fiscal. Participaram do julgamento, além da signatária, a Conselheira retro mencionada e o Conselheiro José Eymard Costa. O Conselheiro Luiz Fernando Castro Trópia absteve-se de votar por motivo de ausência. Pela Impugnante/Agravante, sustentou oralmente o Dr. José Antônio Damasceno e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Marismar Cirino Motta.

Sala das Sessões, 11/03/05.

**Aparecida Gontijo Sampaio
Presidenta/Relatora**