

Acórdão: 14.038/00/3^a
Impugnações: 54.214 (Autuada) e 54.215 (Coobrigada)
Impugnante: Shell Brasil S/A
Coobrigada: Viação Anchieta Ltda.
PTA/AI: 02.000003164-97
Origem: AF/Pouso Alegre
Rito: Sumário

EMENTA

Responsabilidade Tributária – Autuada – Sujeito Passivo – Eleição Errônea – Excluída a Autuada do pólo passivo da autuação, tendo em vista não haver a mesma efetuado a retenção do ICMS/ST em cumprimento a liminar impetrada pela Coobrigada, a qual foi no entanto mantida como responsável pelo pagamento do imposto por força do artigo 673, § 7º do RICMS/91.

Substituição Tributária – Óleo Diesel – Falta de Retenção e Recolhimento do ICMS/ST – Mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária e adquiridas do Estado de São Paulo, não destinadas à comercialização, sem a retenção e recolhimento do imposto pela remetente em cumprimento a liminar impetrada pela Coobrigada. Exigências fiscais mantidas. Impugnação da Autuada procedente para excluí-la do pólo passivo. Impugnação da Coobrigada improcedente. Decisões unânimes.

RELATÓRIO

O Auto de Infração acima identificado foi lavrado para formalizar a exigência de ICMS, Multa de Revalidação, no valor total de R\$ 5.197,92 (valor original), por haver sido constatado que a Autuada emitiu as notas fiscais de nº 260698, 260382, 261402, 262321, 262749 e 263104, série única, em abril e maio de 1994, correspondentes à saída de 90.000 litros de óleo diesel, no valor de Cr\$ 26.470.902,00 para destinatária mineira (a Coobrigada) não inscrita no Cadastro da Secretaria de Estado da Fazenda de Minas Gerais, o que caracteriza a destinação do produto para não comercialização, sem a devida retenção e recolhimento do ICMS por substituição tributária previstos no artigo 673, § 6º do RICMS/91.

Inconformada, a Autuada e a Coobrigada apresentam, tempestivamente e por procuradores regularmente constituídos, respectivamente as Impugnações de fls. 14 a 17 e de fls. 30 a 34, contra a qual a DRCT/SRF/Sul apresenta réplica às fls. 98 a 105.

A 3ª Câmara de Julgamento exara a decisão de fls. 106, pela qual foi dada Vista Regimental do processo para o Conselheiro Wagner Dias Rabelo na Sessão do dia 30/11/1999.

DECISÃO

Argumenta a Autuada, em sua peça impugnatória, não haver efetuado a retenção do ICMS/ST devido pelas vendas de óleo diesel à Coobrigada, em cumprimento da liminar que determinou a cessação imediata da retenção do ICMS, a título de substituição tributária, quando das vendas de combustíveis derivados de petróleo realizadas pela mesma ao cliente impetrante e ora Coobrigada Viação Anchieta Ltda., tudo conforme documentação acostada aos autos pela Impugnante Autuada.

Com efeito, observa-se nas notas fiscais de fls. 08 a 13, que embasaram a autuação ora em exame, a observação “Não retenção ICMS – Processo PR. 94014945-3”, processo o qual coincide exatamente com o informado pelo Ofício nº 065/94 de fls. 24, através do qual o MM. Juiz de Direito da 5ª Vara da Fazenda Pública de Minas Gerais comunica à Autuada que foi deferida a liminar “*eximindo a Impetrante do recolhimento do ICMS sobre operações interestaduais com combustíveis derivados de petróleo*”.

Logo, a Autuada viu-se impedida, por determinação judicial, de efetuar a retenção e posterior recolhimento do ICMS/ST devido sobre as vendas de combustíveis derivados de petróleo à Coobrigada e então impetrante Viação Anchieta Ltda., por provocação única e exclusiva desta.

Tanto que, conforme afirma em sua Impugnação, a Autuada tão logo recebeu os Ofícios nºs. 360 e 367, informando-lhe sobre a cassação da liminar relativa ao processo nº 94014945-3, procedeu a alteração imediata de seu sistema de processamento de dados, voltando a reter e recolher o ICMS substituição tributária nas operações de venda ao cliente impetrante e Coobrigada.

Assim, não deixou a Autuada de reter o ICMS/ST, devido sobre as vendas de combustíveis derivados de petróleo à Coobrigada nas notas fiscais em questão, a seu bel-prazer ou com intuítos de sonegação, mas por estar cumprindo uma determinação judicial que a impedia de compelir a Coobrigada e sua cliente de dar-lhe a quantia correspondente ao imposto. Não pode, por isso, ser a Autuada responsabilizada neste caso porque foi a própria Coobrigada a agente responsável por provocar a máquina judiciária que em consequência levou a Autuada a tal situação.

Ex positis, deve a Autuada ser excluída do pólo passivo da autuação, devendo no entanto permanecer a Coobrigada como responsável pelo pagamento do imposto por haver recebido a mercadoria sem a retenção do ICMS/ST, nos termos do artigo 673, § 7º do RICMS/91, e por haver impedido a Autuada de fazê-lo.

Improcedem as alegações da Coobrigada de que toda a legislação invocada refere-se a obrigações da Autuada e de que houve cerceamento de defesa por não constar do AI menção expressa do dispositivo legal que a Coobrigada teria infringido.

A legislação citada no Auto de Infração, com efeito, refere-se à Autuada, porque a princípio é dela a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto *ex vi* do artigo 673, § 6º do RICMS/91.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

No entanto, a base legal da responsabilidade da Coobrigada advém ainda do art. 22, I da Lei 6763/75 pois, segundo tal norma, ocorre a substituição tributária quando o recolhimento do imposto devido pelo alienante ou remetente da mercadoria ou pelo prestador de serviços de transporte e comunicação ficar sob a **responsabilidade do adquirente ou do destinatário da mercadoria**, ou do destinatário ou do usuário do serviço.

Excluída a Autuada da lide pode-se, mais especificamente, citar o inciso XII do mesmo artigo, segundo o qual é solidariamente responsável pela obrigação tributária 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, pois foi por obra da Coobrigada que a Autuada deixou de cumprir com suas obrigações tributárias perante este Estado.

Por derradeiro, nada obsta invocar o art. 124, inciso I do CTN, que diz serem solidariamente obrigadas as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal. Dispensável discorrermos acerca do interesse da Coobrigada na situação do feito fiscal, revestida que está da qualidade de adquirente das mercadorias e autora da ação judicial que lhe concedeu a liminar que a dispensava da retenção do imposto.

Vê-se que as Impugnações apresentadas não adentraram na questão de mérito da matéria, qual seja, a retenção e recolhimento do ICMS/ST devido sobre as operações de combustíveis derivados de petróleo relativos às notas fiscais citadas acima. Sobre a assunto não paira no entanto qualquer dúvida, arrimado que está no artigo 673, § 7º do RICMS/91, com a redação do Decreto nº 35.437/94, já que o § 6º do mesmo artigo não cabe mais *in casu* devido à exclusão da Autuada do pólo passivo da autuação.

Os demais argumentos apresentados pela Coobrigada não são suficientes para descaracterizar as infrações.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade em julgar procedente a Impugnação nº 54.214 da Autuada Shell Brasil S/A, para excluí-la do pólo passivo da autuação, e improcedente a Impugnação nº 54.215 da Coobrigada. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Laerte Cândido de Oliveira e Wallisson Lane Lima.

Sala das Sessões, 23 de Março de 2000.

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente

Antonio Leonart Vela
Relator