

Acórdão: 24.593/23/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.002585213-74
Impugnação: 40.010155393-34
Impugnante: Lubraquim indústria e Comércio de Lubrificantes Ltda Em Recuperação Fiscal.
CNPJ: 07.408046/0004-36
Proc. S. Passivo: Sergio Francesconi/Outro(s)
Origem: DGP/SUFIS - Nconext - SP

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - FALTA DE RETENÇÃO E DE RECOLHIMENTO ICMS/ST - COMBUSTÍVEIS/LUBRIFICANTES/SIMILARES - OPERAÇÃO INTERESTADUAL. Constatada a falta de retenção e recolhimento do ICMS/ST devido pela Impugnante na condição de substituta tributária, em operações interestaduais relativas a vendas de lubrificantes derivados de petróleo, destinados a consumidores finais localizados neste estado. Exigências de ICMS/ST, da Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso I e da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXXVII, todos da Lei n.º 6.763/75.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Dos Fatos

A autuação versa sobre a falta de retenção e recolhimento do ICMS/ST, devido em virtude da realização de remessas interestaduais de lubrificantes derivados de petróleo, sujeitas à substituição tributária nos termos do item 7.0, Capítulo 6, Parte 2, Anexo XV do RICMS/02, em operações de remessa de mercadorias a destinatários mineiros, contribuintes do imposto e consumidores finais, no período de janeiro de 2018 a janeiro de 2022.

Exigências de ICMS/ST, da Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso I e da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXXVII da Lei n.º 6.763/75.

Da Impugnação

Inconformada, a Impugnante vem aos autos, argumentando em síntese que:

- as regras do Convênio ICMS 110/07 somente são aplicadas às operações de vendas a estabelecimentos destinatários que posteriormente comercializem as mercadorias adquiridas;

- no presente caso, como a mercadoria fora destinada ao ativo imobilizado ou consumo, não há que se falar em destaque e pagamento do ICMS/ST tendo em vista a ausência de procedimento específico de apuração do valor da Margem de Valor Agregado – MVA;

- para fins de apuração do ICMS/ST sobre lubrificantes, a MVA é cabível quando há previsão de venda futura da mercadoria adquirida, nos termos dos arts. 1º e 2º do Ato Cotepe nº 61/19 e sustenta e que exigir MVA no caso de consumo é majorar o aspecto quantitativo da base de cálculo do ICMS sem amparo em lei;

- com a entrada em vigor do Convênio ICMS nº 142/18 poderia ser cobrado o ICMS/ST pelo estado de destino, porém não há acordo entre São Paulo e Minas Gerais, o que impede a presente cobrança e torna nula a autuação;

- há no Auto de Infração, cobrança de duas multas sobre os mesmos fatos, o que não pode prosperar, e que tais multas são confiscatórias. Além disso, tendo em vista a inexistência de dolo, fraude ou simulação ou de prática de ato contrário à lei por parte da Impugnante, deve-se lhe aplicar a interpretação mais favorável, nos termos do art. 112 do Código Tributário Nacional – CTN.

Pede, então, seja reconhecida a nulidade do Auto de infração e, subsidiariamente, seja julgada procedente a defesa com o arquivamento das exigências fiscais.

Da Manifestação Fiscal

O Fisco vem, então, aos autos, contrapondo-se aos argumentos da Impugnante, nos seguintes termos:

- afirma que a própria Impugnante declara que promoveu a saída de lubrificantes derivados de petróleo classificados na NCM 2710.19.31 e 2710.19.32, produtos que são sujeitos ao ICMS/ST;

- não há no presente caso qualquer aumento da base de cálculo do tributo, mas apenas a inclusão do valor do imposto na sua base, como determinam o art. 13, § 1º, inciso I da Lei Complementar nº 87/96 c/c art. 13, § 15 da Lei nº 6.763/75 e art. 49 do RICMS/02;

- o ICMS incidente sobre derivado de petróleo cabe integralmente à unidade de destino que, no caso concreto é Minas Gerais. Ressalta-se, desde já, que a não incidência do ICMS nas operações que destinem a outros estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica, prevista na CF/88, em seu art. 155, § 2º, inciso X, alínea "b", não é mera desoneração fiscal tendente a favorecer o consumidor. Seu verdadeiro objetivo é transferir a totalidade da tributação para a UF destinatária dos produtos em questão, entre outros motivos porque há poucos estados produtores/importadores enquanto todos são consumidores;

- não se sustenta o argumento da Impugnante de que as regras do Convênio ICMS nº 110/07 somente são aplicáveis às operações de vendas a estabelecimentos destinatários que posteriormente comercializem as mercadorias adquiridas. Isto, porque o inciso IV do parágrafo primeiro da Cláusula Primeira do referido Convênio prevê a

incidência do tributo na hipótese em que o destino não seja a comercialização pelo destinatário. A obrigação está prevista na legislação mineira no art. 22, inciso III, § 8º, itens 1 e 5 da Lei nº 6.763/75;

- ao contrário do que alega a Impugnante, o Convênio ICMS nº 142/18 autoriza a cobrança do ICMS/ST pelo estado de destino, em se tratando de uma operação oriunda de São Paulo e destinada a Minas Gerais, como ocorre no caso concreto. Por sua vez, o Convênio ICMS nº 110/07 dispõe sobre o regime de substituição tributária do ICMS devido pelas operações com combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo, relacionados no Anexo VII do Convênio ICMS nº 142/18. Portanto, as mercadorias acobertadas pelas notas fiscais autuadas que foram remetidas a destinatários mineiros estão dentro do campo de incidência do imposto ora exigido;

- apenas na hipótese de industrialização do produto é que não se aplicaria a exigência ora combatida. Como, ao contrário, no presente caso, trata-se de aquisição de lubrificante para uso e consumo do destinatário, é devido o tributo em tela;

- a posição do Fisco é ratificada pelo Supremo Tribunal Federal – STF, conforme Recurso Extraordinário nº 198.088-SP;

- as multas aplicadas referem-se a ilícitos distintos (deixar de destacar o tributo devido e deixar de recolhê-lo) e foram aplicadas nos estritos termos da legislação, de modo que não cabe falar em dupla exigência indevida ou em confisco.

Pede, assim, que seja julgado procedente o lançamento.

DECISÃO

Como relatado, a autuação versa sobre a falta de retenção e recolhimento do ICMS/ST, devido em virtude da realização de remessas interestaduais de lubrificantes derivados de petróleo, sujeitas à substituição tributária nos termos do item 7.0, Capítulo 6, Parte 2, Anexo XV do RICMS/02, a destinatários mineiros, contribuintes do imposto e consumidores finais.

Exigências de ICMS/ST, da Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II c/c § 2º, inciso I e da Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXXVII da Lei nº 6.763/75.

Argumenta a Impugnante que a exigência é indevida, porque o ICMS/ST incide sobre as mercadorias autuadas apenas quando destinadas a estabelecimentos destinatários que posteriormente as comercializem.

Tratando-se de mercadoria destinada ao ativo imobilizado ou, como é o presente caso, destinadas ao consumo próprio do adquirente, não haveria incidência.

Entretanto, sem razão a Impugnante.

A afirmação da Contribuinte é incompatível com a legislação em vigor, a qual repousa sobre os Convênios ICMS nºs 110/07 e 142/18, e determina a incidência do ICMS/ST nas operações com lubrificante, derivado ou não de petróleo, inclusive

nas hipóteses de remessa para uso e consumo, quando remetente situado em São Paulo enviar as referidas mercadorias a destinatário mineiro.

Tais convênios encontram fundamento na autorização concedida pela Lei Complementar nº 87/96 que, em seus arts. 6º e 9º, §§ 1º e 2º, autorizam a adoção do regime de substituição tributária nas operações em comento.

A única hipótese em que não se aplica o regime é a ocorrência da industrialização do próprio produto objeto da operação, o que não ocorre no presente caso, vez que as destinatárias da mercadoria não comercializam óleos lubrificantes. Trata-se, ademais, de matéria amplamente pacificada neste Conselho.

Também não encontra respaldo na legislação a tese de que a Margem de Valor Agregado - MVA é cabível apenas quando haja previsão de venda futura da mercadoria adquirida.

Na realidade, e aqui se encontra o determinante para solucionar a controvérsia, a MVA é consectária da substituição tributária, aplicando-se diante da incidência desta última, o que, no caso, se dá nos termos do art. 62, Anexo XV do RICMS/02, *in verbis*:

RICMS/02 - Anexo XV

Art. 62. Na operação interestadual com lubrificante derivado de petróleo submetido ao regime de substituição tributária do item 7.0 do capítulo 6 da Parte 2 deste Anexo, o valor do imposto a ser recolhido a este Estado, a título de substituição tributária, é o resultante da aplicação da alíquota estabelecida para as operações internas sobre a base de cálculo definida para a substituição tributária. (...)

Diante da incidência do ICMS/ST, está caracterizada no art. 22, inciso III, § 8º, itens 1 e 5 da Lei nº 6.763/75 a responsabilidade da Impugnante na qualidade de substituta tributária bem como no art. 1º, inciso III, alínea “b” do Anexo XV do RICMS/02:

Lei nº 6.763/75

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

(...)

III - adquirente ou destinatário da mercadoria, ainda que não contribuinte, pela entrada ou recebimento para uso, consumo ou ativo imobilizado, ficar sob a responsabilidade do alienante ou do remetente da mercadoria;

(...)

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

1. conforme dispuser o regulamento, às operações e às prestações com as mercadorias e os serviços relacionados na Tabela “E” anexa a esta Lei e com outras mercadorias, bens e serviços indicados pelo Poder Executivo;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

5. a contribuinte situado em outra unidade da Federação que remeter ao Estado petróleo ou lubrificante e combustível líquido ou gasoso dele derivados não destinados à comercialização ou à industrialização do próprio produto;

(...) (Destacou-se)

RICMS/02 - Anexo XV

Art. 1º - Ocorre a substituição tributária, quando o recolhimento do imposto devido (...)

III - pelo adquirente ou destinatário da mercadoria ficar sob a responsabilidade do alienante ou do remetente, nas hipóteses de entrada ou recebimento em operação interestadual de: (...)

b) petróleo, de lubrificante e combustível líquido ou gasoso dele derivados ou de energia elétrica, **quando não destinados à comercialização ou à industrialização do próprio produto**, ainda que o adquirente ou destinatário não seja inscrito como contribuinte deste Estado.

(...) (Destacou-se)

Considerando que a Autuada não reteve ou recolheu o ICMS/ST devido ao estado de Minas Gerais, tampouco consignou nos documentos fiscais que acobertaram a operação a base de cálculo prevista na legislação, está correto o lançamento, inclusive em relação às penalidades, cuja eventual confiscatoriedade não pode ser apreciada por este Conselho.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CCMG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Sérgio Francesconi e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Marcelo Pádua Cavalcanti. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Dimitri Ricas Pettersen e Gislana da Silva Carlos.

Sala das Sessões, 13 de junho de 2023.

**Thiago Álvares Feital
Relator**

**Cindy Andrade Morais
Presidente / Revisora**

L/P