

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 17.829/08/2ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000153529-25
Impugnação: 40.010119079-32, 40.010119080-17 (Coob.)
Impugnante: Petrobras Distribuidora S/A
IE: 367059023.22-32
Mineração Curimbaba Ltda (Coob.)
IE: 518123880.01-00
Proc. S. Passivo: Arethusa de Souza Totti e Silva/Outro(s)/Maurício Kempe de Macedo/Outro(s)(Coob.)
Origem: DGP/SUFIS

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – COMBUSTÍVEL - BASE DE CÁLCULO – NÃO INCLUSÃO DO MONTANTE DO IMPOSTO – RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS/ST. 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 e art. 13, § 15 da Lei 6.763/75. Exigências de ICMS/ST e Multa de Revalidação (100%), nos termos do inciso II do art. 56 c/c § 2º do mesmo artigo da Lei 6.763/75. Excluídas do crédito tributário, com fulcro no parágrafo único do artigo 100 do CTN, as exigências da multa de revalidação e juros de mora, estes últimos até 06/06/2003, data da publicação da IN SLT 03/2003 que reformulou orientação anterior sobre a matéria.

NÃO-INCIDÊNCIA – DESCARACTERIZAÇÃO – OPERAÇÃO INTERESTADUAL – COMBUSTÍVEL NÃO DESTINADO À COMERCIALIZAÇÃO OU À INDUSTRIALIZAÇÃO. Constatação de falta de retenção e recolhimento do ICMS/ST devido pela Autuada, na condição de substituta tributária, nas remessas de óleo combustível para a Coobrigada, vez que o produto não se destinou à comercialização ou à sua própria industrialização. Infração caracterizada nos termos do art. 2º, § 1º, inciso III da LC 89/96 e do art. 5º, § 1º, item 4 da Lei 6.763/75. Exigências de ICMS/ST e Multa de Revalidação capitulada no inciso II do art. 56 c/c § 2º do mesmo artigo da Lei 6.763/75. Excluídas do crédito tributário, com fulcro no parágrafo único do artigo 100 do CTN, as exigências da multa de revalidação e juros de mora, estes últimos até 06/06/2003, data da publicação da IN SLT 03/2003 que reformulou orientação anterior sobre a matéria.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre retenção incorreta pela Autuada do ICMS/ST incidente sobre vendas de óleo combustível para a Coobrigada, contribuinte mineira, no período de 01/01/2001 a 31/12/2002, conforme Convênio ICMS/99 e legislação tributária estadual.

Exigências de ICMS e Multa de Revalidação (100%) prevista no art. 56, inciso II c/c § 2º do mesmo artigo da Lei 6763/75.

Constam dos autos, além do próprio AI, TIAF, intimações, DCMM, Demonstrativo da Apuração do Imposto – com as colunas Nº NF, Data, Valor, Base de Cálculo ICMS/ST, Base de Cálculo Destacada na NF, Base de Cálculo Autuada, Alíquota e ICMS/ST Devido -, Demonstrativo do Crédito Tributário, Memória de Cálculo e cópias das notas fiscais dos meses de abril a junho/2001, julho a outubro e parte de novembro de 2002 e cópias de algumas folhas do livro Registro de Entradas da Coobrigada, do período de abril a junho/2001 e outubro e novembro de 2002.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 812/827, argüindo, sinteticamente, decadência referente aos fatos geradores ocorridos no período de 01/01/2001 a 16/07/2001, nos termos do § 4º do art. 150 do CTN; que foi aplicada a alíquota de 18%, não se limitando a exigência à suposta diferença de base de cálculo fundamentada no § 15 do art. 13 da Lei 6763/75; que a exigência funda-se em norma cuja constitucionalidade foi amplamente questionada e discutida no meio jurídico, pelo que cita Roque Antônio Carraza e o Ministro Marco Aurélio do STF, e que somente com a alteração do art. 155, § 2º, XII da CF, pela EC 33/2001, a inclusão do imposto em sua base de cálculo passou a ser devida, pelo que é inconstitucional a cobrança de diferença do imposto de período anterior a 12/12/2001, data da promulgação da referida emenda; que, ainda que fosse constitucional, esbarraria no preceituado na Cláusula Segunda do Convênio ICMS 105/92 e Terceira do Convênio 03/99, segundo as quais “a base de cálculo é o preço máximo ou único de venda a consumidor fixado por autoridade competente”; que a multa de 100% é confiscatória, pelo que recorre a princípios e jurisprudência para requerer que o julgamento seja realizado com equidade, cancelando-se a multa ou reduzindo-a ao percentual de 10%; que os juros, também, são abusivos e confiscatórios e deveriam ser exigidos como determina a lei e nunca da forma apresentada no AI. Pede que o Auto de Infração seja julgado improcedente ou, em sendo mantido, que se cancele ou se reduza a multa. Protesta pela produção de prova pericial contábil e diligência fiscal.

A Coobrigada, também por procurador regularmente constituído, apresenta a impugnação de fls. 838/869, às mesmas razões da Autuada, acrescidas da alegação de ser parte ilegítima, uma vez que, se houve irregularidade, essa foi praticada pela fornecedora; que houve cerceamento de defesa, uma vez que os documentos que deram origem à autuação não foram juntados aos autos; que a exposição sintética do auto não especifica expressamente as possíveis infrações, o que o vicia a ponto de “cercar” a defesa; que o óleo combustível adquirido da Petrobras foi utilizado em seu processo industrial na condição de insumo, tratando-se sua aquisição de operação

imune, conforme disposto na alínea “b” do inciso X do § 2º do art. 155 da Constituição Federal; que a legislação mineira, ao acrescentar a expressão “do próprio produto”, afronta claramente a norma constitucional e não pode ser aplicada a fatos geradores anteriores à sua vigência, agosto de 2003; que o próprio Fisco, através da resposta à consulta 171/90 reconheceu que as entradas de derivados de petróleo nas aquisições interestaduais não sofrem incidência do ICMS; que mesmo que o óleo combustível não tivesse sido adquirido na condição de insumo, ainda assim a imunidade não desapareceria, já que a Constituição Federal nada dispôs a respeito, nem autoriza a lei complementar a fazê-lo, não podendo o convênio anular a imunidade constitucional, não sobrando, portanto, espaço para a substituição tributária. Pede a improcedência do lançamento.

O Fisco, em manifestação de fls. 898/924, rebate os argumentos das Impugnantes, em síntese, com relação à Autuada, aduzindo que não ocorreu a decadência, vez que se aplica o art. 173, I do CTN; que utilizou a alíquota de 18% por ser a vigente para as operações internas; que as exigências são por falta de destaque do imposto devido a título de substituição tributária e por falta de inclusão do tributo em sua base de cálculo; que a regra da inclusão do imposto em sua base de cálculo já constava do inciso I do § 1º do art. 13 da Lei Complementar 87/96 e do § 15 do art. 13 da Lei 6763/75 e que a EC 033/2001 apenas veio esclarecer a questão; que apenas aplicou a legislação no caso do cálculo da multa de revalidação.

Com relação à impugnação da Coobrigada, o Fisco, também em síntese, argumenta que o artigo 362 do Anexo IX do RICMS/02 é claro ao responsabilizar o adquirente de mercadoria sem retenção ou com retenção a menor do ICMS/ST; que os documentos que deram origem à lavratura do AI devem estar escriturados e arquivados pela Coobrigada, não cabendo o argumento de que não foram juntados aos autos; que a intenção do constituinte foi destinar o imposto ao Estado consumidor, pelo que transcreve o Parecer DOET/SLT nº. 034/2002; que a única situação plausível de não-incidência é no caso da industrialização ser do próprio produto, o que não atinge sua utilização em procedimentos industriais que resultem produtos diversos; que a Consulta 171/90 citada pela Coobrigada é anterior à Consulta Fiscal Direta 763/97 que, por sua vez, foi reformulada pelo citado Parecer DOET/SLT. Pugna pela manutenção integral do crédito tributário.

A Auditoria Fiscal solicita diligência às fls. 928, que resulta na retificação do Auto de Infração, especificamente seu relatório e infringências.

Intimadas das alterações, apenas a Coobrigada comparece às fls. 941/942, reafirmando a destinação do produto como insumo em seu processo industrial e juntando os documentos de fls. 943/1.017.

O Fisco, às fls. 1.018/1.020, por sua vez, aduz que os documentos juntados pela Coobrigada não têm o condão de alterar o feito fiscal, porquanto o produto foi considerado como tendo o mesmo destino que a Coobrigada fez comprovar.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls.1.039/1.049, informa que o CC/MG já se manifestou quanto à inclusão do montante do imposto na base de cálculo do ICMS/ST, tendo como parte a própria Autuada – Acórdãos 16.859/04/1ª e

18.284/07/3ª - opinando, em preliminar, pelo não acolhimento das prefaciais argüidas e, no mérito, pela procedência do lançamento.

DECISÃO

Das Preliminares

A Impugnante/Coobrigada aduz cerceamento de seu direito de defesa, sob o pretexto de que o Fisco não juntou aos autos os documentos que deram origem ao Auto de Infração, deixando-a sem elementos para elaborar sua defesa, bem como que a peça fiscal não se encontra revestida das formalidades legais vez que sua exposição sintética não especifica expressamente as possíveis infrações.

Nesse aspecto, consta dos autos relação de todas as notas fiscais com as irregularidades apontadas, além de cópias das emitidas nos meses de abril a junho de 2001, julho a setembro e parte de novembro de 2002.

Fora isso, a Coobrigada é a destinatária das mercadorias, pelo que as notas fiscais devem estar registradas em seus livros e arquivadas, valendo acrescentar que o Fisco juntou ao processo cópias de algumas páginas de seus livros Registro de Entradas, comprovando, por amostragem, os devidos registros.

Com relação ao AI não estar revestido das formalidades legais, também não assiste razão à Impugnante. O Auto de Infração foi emitido atendendo ao disposto nos artigos 57 e 58 da CLTA/MG e, com relação à exposição sintética e falta de alguns dispositivos infringidos, foi o mesmo retificado às fls. 933/934, pelo que as envolvidas foram devidamente intimadas.

Assim, inexistente o cerceamento de defesa argüido pela Impugnante, que compareceu aos autos por duas vezes, se defendendo e mostrando perfeito entendimento do que está sendo exigido.

Do Mérito

A autuação versa sobre retenção a menor e falta de retenção do ICMS devido por substituição tributária, nos exercícios de 2001/2002, pelas saídas de óleo combustível destinadas ao estabelecimento mineiro da Coobrigada, uma vez que a remetente deixou de incluir na base de cálculo o próprio imposto ou considerou a operação imune. Exige-se o ICMS/ST e a multa de revalidação em dobro (100%).

De início, quanto à argüição de decadência parcial do crédito tributário, não assiste razão às Impugnantes, face ao disposto no art. 173, inciso I, do Código Tributário Nacional.

A regra do § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional, invocada pelas Impugnantes, não se aplica ao caso, haja vista que se refere a valores oferecidos à tributação, ou seja, declarados/lançados, e não àqueles que ficaram à margem do lançamento. A irregularidade apontada nos autos diz respeito à retenção a menor e à

falta de retenção e recolhimento do imposto devido por substituição, não havendo que se falar em homologação de ato que tem por propósito diminuir ou anular a obrigação tributária principal.

Assim, em relação aos valores subtraídos da declaração, o lançamento por homologação não se aperfeiçoa, dando lugar ao lançamento de ofício, circunscrito à regra geral estabelecida pelo art. 173 do CTN.

No caso em análise, a contagem de prazo para a Fazenda Pública proceder à constituição do crédito tributário iniciou-se em 1º de janeiro de 2002, findando-se em 31 de dezembro de 2006, conforme o inciso I, do mencionado art. 173 do CTN. Como a Autuada foi intimada do Auto de Infração em 19/07/06 e a Coobrigada em 25/07/2006, ou seja, dentro do referido prazo, não há que se falar em decadência quanto ao crédito tributário referente ao período anterior a julho de 2001.

Vencida a questão da decadência, a revisão do presente lançamento requer a análise das questões da integração do imposto em sua própria base de cálculo e da incidência do ICMS e ocorrência ou não do fato gerador da substituição tributária nas operações de saídas de óleo combustível destinado a uso no processo industrial da destinatária, bem como a sua responsabilidade.

Observa-se nas planilhas de fls. 18/74, bem como nas notas fiscais correspondentes, que no período de 02/01/01 a 25/04/01 a Autuada promoveu a retenção a menor do ICMS/ST, visto que deixou de incluir o próprio imposto na base de cálculo do ICMS/ST (fls. 18/26). No período de 26/04/01 a 28/06/02 a Autuada não fez a retenção de nenhum valor a título de ICMS (fls. 27/59), de 02/07/02 a 31/10/02, ora fez a retenção a menor, ora deixou de fazer qualquer retenção do ICMS/ST (fls. 59/69) e, a partir de 01/11/02, fez a retenção a menor (fls. 70/74).

Vale ressaltar que, analisando o que consta dos autos, não é possível entender porque a Autuada/Remetente assim procedeu, considerando-se que o destino do produto foi sempre o mesmo.

Com relação a este ponto, a Coobrigada trata da destinação do produto, insistentemente, nas duas vezes em que comparece aos autos, afirmando que o óleo combustível foi consumido em seu processo produtivo na condição de insumo necessário à industrialização de seus produtos, que foram comercializados e devidamente tributados pelo ICMS.

Já o Fisco informa que considerou o produto como tendo exatamente o destino que a Coobrigada fez comprovar.

Assim, tal questão não é motivo de controvérsia nos autos.

1- Retenção a menor do ICMS – falta de integração do imposto em sua base de cálculo.

Com relação à integração do ICMS em sua base de cálculo, assim dispõe, como dispunha à época das ocorrências, a legislação:

Lei Complementar 87/96

Art. 13 - A base de cálculo do imposto é:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

§ 1º - Integra a base de cálculo do imposto, inclusive na hipótese do inciso V do caput deste artigo:

Efeitos de 01/11/96 a 16/12/2002 - Redação original

"§ 1º - Integra a base de cálculo do imposto:"

I - O montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle;

Lei 6.763/75

§ 15 - O montante do imposto integra sua base de cálculo, inclusive nas hipóteses previstas nos incisos I e II, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle.

Efeitos de 13/03/89 a 16/12/2002 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 15, II, da Lei nº 9.758/89.

"§ 15 - O montante do imposto integra sua base de cálculo, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle."

Assim, a previsão de que o montante do imposto integra sua base de cálculo já constava da legislação do ICMS, à época dos fatos geradores em questão.

Aduz a Impugnante/Autuada que recolheu o imposto sobre a base de cálculo prevista na cláusula segunda do Convênio ICMS 105/1992 e cláusula terceira do Convênio ICMS 03/1999, segundo as quais "a base de cálculo é o preço máximo ou único de venda a consumidor fixado por autoridade competente".

No entanto, para as operações em questão, a base de cálculo seria a prevista na cláusula quarta do Convênio ICMS/99. Como a Impugnante não comprovou nos autos que o preço máximo de venda, que afirma ter utilizado, foi com ICMS incluso, entende-se que não. Se houvesse comprovado que o ICMS já integrava o preço máximo de venda que afirma ter utilizado, as exigências, por certo, seriam indevidas.

Como ambas as Impugnantes defendem que, no caso, o imposto não integra a base de cálculo, toma-se por certo que a base de cálculo usada para a retenção foi sem o mesmo.

Importante registrar que, assim como as Impugnantes, a DOET/SLT/SEF expressou entendimento de que o ICMS não integraria sua base de cálculo, no caso das operações em questão, conforme comprovam as respostas às Consultas de Contribuinte nº. 032/99 e 105/2001 publicadas no diário oficial Minas Gerais.

No entanto, a Superintendência de Legislação Tributária - SLT reformulou seu entendimento, mediante a publicação, em 06/06/2003, da Instrução

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Normativa SLT Nº. 01, de 03 de junho de 2003, que embora trate da interpretação dos dispositivos legais relativos à não-incidência do ICMS nas operações interestaduais com petróleo, seus derivados e energia elétrica, pode, perfeitamente ser usada na presente questão, no ponto em que trata da integração do montante do imposto em sua base de cálculo – inciso II do art. 2º -, vez que é ato normativo que externa o entendimento do órgão responsável pela interpretação da legislação.

Embora a SLT tenha manifestado publicamente entendimento de que nas operações em análise o imposto não integraria a base de cálculo, certo é que a regra geral da integração do ICMS em sua própria base de cálculo já fazia parte da legislação, como acima transcrito.

Assim, correta a exigência do ICMS com relação a este item da autuação fiscal.

Já quanto às exigências de multa de revalidação e juros, entende-se que o lançamento merece reparos, face à interpretação anterior externada pelo órgão da SEF. É caso de se aplicar o disposto no parágrafo único do art. 100 do CTN:

Art. 100. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos:

I - os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas;

II - as decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa, a que a lei atribua eficácia normativa;

III - as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas;

IV - os convênios que entre si celebrem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Parágrafo único. A observância das normas referidas neste artigo exclui a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo.

Assim, como a substituta tributária calculou o imposto conforme orientação da própria SEF, ainda que dada a outros contribuintes mediante publicação no Minas Gerais, não pode agora o Fisco, diante de novo entendimento, aplicar penalidade à remetente e à destinatária da mercadoria, a teor da legislação acima transcrita, pelo que deve ser excluída do crédito tributário a multa de revalidação.

Com relação aos juros, pelas mesmas razões, devem ser excluídos os cobrados até 06/06/2003, data da publicação da mencionada instrução normativa. Após essa data, entende-se que a cobrança dos juros deve ser mantida.

Não se pode deixar de registrar que a mesma matéria foi julgada pela 1ª Câmara deste Conselho de Contribuintes, conforme decisão prolatada no Acórdão 18.541/07/1ª, com entendimento próximo ao aqui exposto.

2- Falta de retenção do ICMS - descaracterização da não-incidência.

Com relação à segunda irregularidade, descaracterização da não-incidência do imposto nas operações interestaduais com óleo combustível destinado a uso em processo industrial da adquirente, cabe a análise dos dispositivos legais que tratam da matéria.

A Lei Complementar nº. 87/96 prevê, expressamente, a incidência do ICMS sobre a entrada de petróleo e derivados, no território do Estado destinatário, 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, como segue:

Art. 2º -

§ 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.

(...)

Art. 7º - Para efeito de exigência do imposto por substituição tributária, inclui-se, também, como fato gerador do imposto, a entrada de mercadoria ou bem no estabelecimento do adquirente ou em outro por ele indicado.

(...)

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

A previsão do artigo 9º acima transcrito consubstancia-se através do Convênio ICMS 03/99. No mesmo sentido caminhou a Lei 6763/75, conforme estabelece o item 4 do § 1º do seu artigo 5º:

Art. 5º - O Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS - tem como fato gerador as operações relativas à circulação de mercadorias e às prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

§ 1º - O imposto incide sobre:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

4) a entrada, em território mineiro, decorrente de operação interestadual, de petróleo, de lubrificante e combustível líquido ou gasoso dele derivados e de energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou à industrialização do próprio produto;

Efeitos de 01/11/96 a 06/08/2003 - Redação dada pelo art. 1º e vigência estabelecida pelo art. 8º, ambos da Lei 12.423, de 27/12/96 - MG de 28.

"4) a entrada, em território mineiro, decorrente de operação interestadual, de petróleo, de lubrificante e combustível líquido ou gasoso dele derivados, e de energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou à industrialização;"

Argumenta a Impugnante/Coobrigada que a restrição prevista na legislação pelo acréscimo da expressão "do próprio produto" é inconstitucional e não pode ser aplicada a fatos geradores anteriores à sua vigência, agosto de 2003, e que o Fisco, através da resposta à consulta 171/90, reconheceu que as entradas de derivados de petróleo nas aquisições interestaduais não sofrem incidência do ICMS.

É certo que a SLT respondeu à consulta 171/90 na forma trazida pela Impugnante, e da mesma forma respondeu à Consulta Fiscal Direta Nº. 763/97 referenciada pelo Fisco.

No entanto, tal entendimento foi reformulado em 09/09/2002, conforme consta do Parecer DOET/SLT Nº. 034/2002 mencionado tanto pelo Fisco como pela Auditoria, cabendo ressaltar que parecer, de modo geral, não é publicado.

Em 06/06/2003, é publicada a IN SLT Nº. 01, de 03/06/2003, dispondo sobre a interpretação dos dispositivos legais relativos à não-incidência do ICMS nas operações interestaduais com petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica, deixando claro para todos qual a interpretação da Fazenda Estadual sobre a matéria, reformulando qualquer orientação dada anteriormente em desacordo.

O Fisco, em sua manifestação, transcreve trechos do citado parecer, que faz referência ao RE 198.088-SP, como exemplo de decisão de que é legítima a incidência do ICMS sobre operação de compra de combustível para uso próprio em outro Estado.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 1.039/1.049, argumenta que "... considerando-se a previsão do dispositivo constitucional que estabelece que o imposto, relativo a tais operações, caberá ao Estado onde ocorrer seu consumo, razoável é a interpretação de que a base do sistema de tributação reside no próprio produto.

Não parece lógico que um tipo de mercadoria que demanda tratamento específico, com citação expressa, seja na Constituição da República, seja na legislação complementar, tratado como participante de um processo produtivo, com probabilidade de futura tributação que nem sempre é alcançada em sua plenitude, em razão de incentivos demandados ou a partir de convênios (isenções), ou mesmo a partir de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

instrumentos via Poder Legislativo, possa gerar situações em que o equilíbrio e a isonomia tributária venham a ser desrespeitados.

Sem dúvida alguma, é inadequada a interpretação literal do dispositivo feita pelas Impugnantes – que exclui a incidência do ICMS em operação interestadual quando o produto é destinado à industrialização – visto que não considera os demais dispositivos e princípios constitucionais como um sistema único.

(...)

No que se refere à finalidade dos produtos, a argumentação desenvolvida pela Impugnante/Coobrigada também é insuficiente para elidir o feito fiscal, pois se funda principalmente na alegação de que ao usar o produto em seu processo industrial, o imposto seria pago por ocasião das saídas tributadas.

Uma vez contextualizado o termo “industrialização” e, para que seja respeitado o raciocínio do legislador, a única situação plausível de exclusão de tributação é a de que a industrialização seja a do próprio produto, o que não alcança a sua utilização em procedimentos industriais dos quais resultem produtos diversos, como é o caso das operações objeto da autuação em comento.

Tanto o Parecer DOET/SLT N° 034/2002 quanto a Instrução Normativa SLT n.º 01/03, ao interpretarem os dispositivos legais relativos à não-incidência do ICMS nas operações interestaduais em questão, dispuseram que a industrialização ora objeto de controvérsia seja entendida como a operação em que os produtos (petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e de energia elétrica) sejam empregados como matéria-prima e da qual resultem ainda estes mesmos produtos.”

Assim, não há como discordar do Fisco e da Auditoria: incide ICMS sobre entrada de óleo combustível destinado a consumo em processo industrial de estabelecimento mineiro e a retenção e recolhimento deste imposto deve ser feita pelo remetente estabelecido em outro Estado.

Correta, portanto, a exigência de ICMS.

Com relação à multa de revalidação e aos juros cobrados, entende-se da mesma forma descrita no item referente à não-inclusão do imposto em sua base de cálculo, porque, também com relação à matéria agora tratada, o mesmo órgão da SEF externou entendimento de que o imposto não incidiria em tais operações.

Além da referida Consulta de Contribuinte 171/90, o entendimento está na Consulta Contribuinte N°. 032/99 e na Consulta Fiscal Direta 763/97, reformulada pelo Parecer DOET/SLT 034/2002, conforme esclarece o próprio Fisco.

Assim, não pode ser diferente a decisão, pelo que deve ser excluída do crédito tributário a multa de revalidação, sendo que os juros devem ser exigidos a partir de 06/06/2003, data da publicação da IN SLT 01, de 03 de junho de 2003, com fundamento no já transcrito parágrafo único do art. 100 do CTN.

Vale também ressaltar que caso o óleo combustível tivesse se destinado a uso ou consumo da Coobrigada, corretas seriam as exigências da multa de revalidação

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

e juros, exceto com relação ao cálculo integrando o imposto à sua própria base de cálculo, vez que não houve mudança de interpretação com relação a essa hipótese de incidência.

Com relação à arguição de ilegitimidade por parte da Impugnante/Coobrigada, não lhe assiste razão, uma vez estar sua responsabilidade prevista no art. 374 do Anexo IX do RICMS/96, reproduzido no art. 362 do Anexo IX do RICMS/02:

Efeitos a partir de 01/01/2002 - Redação dada pelo art. 3º e vigência estabelecida pelo art. 23, I, ambos do Decreto nº 42.929, de 26/09/2002, MG de 27.

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.

Efeitos de 1º/07/99 a 31/12/2001 - Acrescido pelo art. 2º e vigência estabelecida pelo art. 7º, ambos do Dec. 40.456, de 02/07/99 - MG de 03/07.

"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."

1º - Na hipótese prevista no caput, tratando-se de operação interestadual, 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.

Quanto à alegação de ser a multa confiscatória, não atendendo ao princípio da razoabilidade ou da capacidade contributiva, cabe dizer que a mesma está prevista na legislação mineira, Lei Nº. 6.763/75, art. 56, II c/c § 2º do mesmo artigo.

No que se refere à cobrança de juros de mora pela taxa Selic, a previsão encontra-se no art. 226 da Lei 6763/75.

Por fim, com relação às diversas arguições de inconstitucionalidade das normas, há que registrar que não se incluem na competência deste Órgão Julgador a

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, a teor do disposto no artigo 142 da Lei 6.763/75.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais argüidas. No mérito, por maioria de votos, em julgar parcialmente procedente o lançamento para excluir do crédito tributário a multa de revalidação e os juros de mora, estes até 06/06/2003, data da publicação da Instrução Normativa SLT 01/03. Vencida, em parte, a Conselheira Lúcia Maria Bizzotto Randazzo, que o julgava procedente. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Carlos José da Rocha. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Luiz Villela Vianna Neto (Revisor) e Lúcia Maria Bizzotto Randazzo.

Sala das Sessões, 16 de janeiro de 2008.

Luiz Fernando Castro Trópia
Presidente

Helaine Couto Fiuza de Carvalho
Relatora

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 17.829/08/2ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000153529-25
Impugnação: 40.010119079-32, 40.010119080-17 (Coob.)
Impugnante: Petrobras Distribuidora S/A
IE: 367059023.22-32
Mineração Curimbaba Ltda (Coob.)
IE: 518123880.01-00
Proc. S. Passivo: Arethusa de Souza Totti e Silva/Outro(s)/Maurício Kempe de Macedo/Outro(s)(Coob.)
Origem: DGP/SUFIS

***VOTO PROFERIDO PELA CONSELHEIRA LÚCIA MARIA BIZZOTTO RANDAZZO,
NOS TERMOS DO ART. 43 DO REGIMENTO INTERNO DO CC/MG.***

Nos termos do art. 100 do CTN, a observância das normas referidas neste artigo, entre elas os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas, exclui a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo.

Entretanto, essa dispensa deve ser entendida relativamente ao valor considerado devido após a reformulação do entendimento desde que recolhido espontaneamente pelo contribuinte, antes da ação fiscal.

Ora, no caso específico da Impugnante, a autuação ocorreu em 2006 e a Instrução Normativa foi publicada em 2003, tendo transcorrido tempo suficiente para a correção dos procedimentos, tanto que nos autos discute-se, inclusive, a decadência, não sendo lícito ao contribuinte contar com a inércia do Fisco, para fugir do pagamento do imposto.

Conforme o art. 4º da Instrução Normativa 01/2003, a mesma entrou em vigor na data da sua publicação, produzindo efeitos a contar da data de edição dos dispositivos a que se refere.

Ressalte-se que a reformulação de entendimento se deu em relação a consulta de outros contribuintes e não da Autuada. E se prevalecesse o entendimento de que se aplica à Autuada os mesmos procedimentos dispensados às autoras das consultas mencionadas, até o tributo deveria ser dispensado, a teor do disposto no art. 197, da Lei nº 6.763/75 então vigente.

“Art. 197. (...)

§ 2º - A reforma de orientação adotada em solução de consulta anterior prevalecerá em relação ao consulente após cientificado este da nova orientação.

§ 3º - A observância pelo consulente da resposta dada à consulta, enquanto prevalecer o

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

entendimento nela consubstanciado, exime o contribuinte de qualquer penalidade e exonera-o do pagamento do tributo considerado não devido no período”.

Infere-se, do exposto, que a Instrução Normativa tem a característica de ato normativo que serve, tão-somente, para explicitar o que já fora estabelecido em lei e é nesse contexto que cumpre sua função de complementaridade das leis, observando que os seus efeitos de reformulação, por força de lei, (dispensa de tributos e penalidades) alcança somente os contribuintes titulares das consultas então reformuladas.

Diante disso, julgo procedente o lançamento.

Sala das Sessões, 16/01/08.

Lucia Maria Bizzotto Randazzo

Conselheira

CC/MIG