

Acórdão: 16.908/06/2ª Rito: Sumário
Impugnação: 40.10115186-00
Impugnante: Auto Posto Sete de Setembro Ltda
Proc. S. Passivo: Wallace Eller Miranda e outros
PTA/AI: 01.000149253.61
Inscr. Estadual: 277.964551.00-25
Origem: DF/Governador Valadares

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - MAJORAÇÃO INDEVIDA DA BASE DE CÁLCULO DA OPERAÇÃO PRÓPRIA - RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS/ST. Constatada retenção a menor do ICMS devido por substituição tributária, em decorrência da majoração indevida da base de cálculo da operação própria efetuada pelo alienante/remetente da mercadoria (álcool etílico carburante). Infração caracterizada. Exigências fiscais mantidas. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Versa a presente autuação sobre a imputação fiscal feita ao Contribuinte, de retenção a menor do imposto devido por substituição tributária, nas operações com Álcool Etílico Hidratado Carburante, em virtude de que, mediante análise e conferência de documentos fiscais desenvolvida no período de janeiro de 2001 a dezembro de 2004, o Fisco constatou ter havido majoração indevida da base de cálculo do ICMS da operação própria efetuada pelo alienante/remetente da mercadoria.

Exigência de ICMS e Multa de Revalidação (100%).

Inconformada, o Autuado apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 26/32, aos argumentos que passamos a sintetizar:

- conforme o disposto no artigo 360, inciso II, do RICMS/02, o recolhimento do ICMS no caso, é de responsabilidade de seus fornecedores;
- em função do não cumprimento à intimação fiscal, a base de cálculo do ICMS foi arbitrada por considerar majoração dessa na compra de Álcool Etílico Hidratado Carburante, mas todas as notas fiscais de aquisição foram apresentadas;
- essas, por si só, são documentos fiscais hábeis a comprovar os valores relativos às operações, inexistindo, portanto, qualquer irregularidade;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- em algumas oportunidades comprou o produto por preço abaixo do indicador divulgado pelo órgão competente, e outras vezes pagou valor acima do indicador, em função de negociações comerciais;

- o valor efetivo dessas operações de compra, e o valor da base de cálculo do ICMS/ST constam das notas fiscais de aquisição regularmente emitidas pelo substituto tributário;

- não é relevante ao Fisco o fato de ter havido pagamento das operações, uma vez que o fato gerador já ocorreu, independente da quitação ou não;

- tece comentários a respeito do artigo 148 do Código Tributário Nacional afirmando ter escrituração regular sempre oferecida a fiscalização;

- o arbitramento foi utilizado de forma injustificada pelo Fisco;

- a responsabilidade pela fixação do valor da operação, e de todos os demais dados constantes da nota fiscal de aquisição, é do substituto tributário, portanto, a responsabilidade por eventual ocorrência de majoração seria do distribuidor.

Ao final pede a procedência da Impugnação e junta cópias autenticadas de recibos dos fornecedores atestando o recebimento dos valores das notas fiscais.

O Fisco se manifesta às fls. 90/96, contrariamente ao alegado pela Defesa aos fundamentos que se seguem resumidamente:

- a Impugnante é empresa integrante do Grupo Empresarial Farid Salmen (GEFS), detentora de mais de uma dezena de postos combustíveis, um TRR e uma transportadora (Transportadora de Inflamáveis Tumiritinga Ltda.);

- pequenos descontos, distanciando dos índices apresentados pelo Centro de Estudos Avançados em Economia Aplicada, nas aquisições dos produtos geram grandes lucros, e a falta deles leva à perda de competitividade e dinheiro;

- operações com combustíveis estão disciplinadas nos artigos 360 e seguintes do Anexo IX do RICMS/02, em se tratando de álcool combustível, especificamente os artigos 379 a 383;

- ao realizar-se o levantamento quantitativo de combustíveis na Impugnante, notou-se que os valores recolhidos a título de substituição tributária, variavam, sistematicamente para menos, assim, fez-se maiores análises e partir dessas constatou-se que, realmente, o valor da operação estava sendo manipulado, concluindo-se, que o valor da operação estava acertado entre fornecedor e adquirente, de modo a reduzir o recolhimento do imposto;

- foi solicitado, à Notificada, a apresentação dos comprovantes idôneos dos pagamentos de numerários, entretanto nada apresentou, o que levou ao arbitramento;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- a Impugnante se limita na tentativa de comprovar o valor da operação, mas tais documentos não têm o condão de atestar o efetivo valor da operação.

Por fim requer a improcedência da Impugnação.

Em virtude da juntada de novos documentos (fls. 97/121), foi concedida vista à Impugnante que apresenta nova manifestação, sinteticamente, aos seguintes argumentos:

- o Fisco não demonstrou qualquer fraude nas operações realizadas, tendo apenas destacado que os valores de compra dos combustíveis estaria em desacordo com os do mercado;

- o preço do combustível não é tabelado em nosso país, sobretudo o álcool, sendo que seu valor tem variado por diversos fatores;

- sendo que o ICMS/ST não é devolvido quando o fato gerador se realiza por valor inferior ao presumido, é de notar-se que o contribuinte jamais fraudaria sua contabilidade e operações para pagar mais tributos;

- o fato de ter comprado o álcool por preço superior ao do índice divulgado pelo Centro Avançado em Economia Aplicada não justifica o arbitramento;

- alega que, se houvesse fraude nas operações, seria para reduzir a base de cálculo e, com isso, viabilizar o recolhimento a menor do ICMS, e não o aumento dessa, como está sendo alegado;

- a fiscalização se incomoda com os exorbitantes preços praticados pelas distribuidoras de álcool que geram redução dos valores do ICMS/ST a serem repassados ao Estado;

- não há provas de que tenha havido majoração fraudulenta da base cálculo da operação própria;

- o arbitramento foi ilegalmente utilizado pela fiscalização para o fim único e exclusivo de exigir o pagamento de um tributo evidentemente indevido.

Posto isto, requer a procedência da Impugnação interposta.

O Fisco também se manifesta contrariamente às novas alegações da Impugnante mediante os seguintes argumentos:

- o fato de não ser o preço do álcool tabelado nada tem haver com o trabalho em questão, sendo relevante saber qual o real valor da operação;

- não foi alegado que a Impugnante fraudava sua contabilidade para pagar mais imposto, e sim que esta não merecia fé, pois a documentação correspondente ao numerário, objeto da autuação, em nenhum momento se fez presente;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- com relação à base de cálculo, afirmou-se que a Autuada realizou suas operações com a base de cálculo menor possível, ou ainda, que essa se beneficiaria de sua majoração indevida, e não que tinha o intuito de fraudar o Erário;
- a base de cálculo da operação própria não se confunde com a base de cálculo da substituição tributária;
- a Impugnante não carrou aos autos as provas dos valores efetivamente pagos aos seus fornecedores, mesmo quando intimada para isso;
- os exorbitantes preços praticados pelas distribuidoras de álcool em nada incomodam o Fisco quando esses se fazem acompanhar de documentos idôneos;
- a Autuada não apresenta provas capazes de invalidar a pretensão fiscal;
- a escrituração fiscal da Notificada foi considerada inidônea por não ter o suporte documental relativo à movimentação de numerário;
- a conclusão de que ocorreu majoração indevida da base de cálculo resta comprovada em dois sustentáculos: o não-atendimento da intimação a fl. 17 e o exposto na planilha demonstrativa a fls. 12/16.

Pede, por fim, que seja julgado procedente o lançamento.

Em sessão realizada em 09 de março de 2006, a 2ª Câmara de Julgamento, deliberou exarar despacho interlocutório para que a Impugnante, no prazo de 30 dias, comprovasse o pagamento das operações objeto das exigências fiscais. No entanto, não vieram aos autos mais documentos.

DECISÃO

Por meio do presente lançamento exige-se ICMS e Multa de Revalidação (100%), face a retenção a menor do imposto devido por substituição tributária, nas operações com Álcool Etílico Hidratado Carburante.

A Fiscalização chegou a tal imputação, em virtude de que, mediante análise e conferência de documentos fiscais desenvolvida no período de janeiro de 2001 a dezembro de 2004, ter constatado a ocorrência de majoração indevida da base de cálculo do ICMS da operação própria efetuada pelo alienante/remetente da mercadoria.

Cumprido destacar que a Fiscalização, em caráter preliminar, afirma tratar-se, a Impugnante, de empresa integrante do Grupo Empresarial Farid Salmen (GEFS), detentora de mais de uma dezena de postos combustíveis, um Transportador Revendedor Retalhista e uma transportadora - Transportadora de Inflamáveis Tumiritinga Ltda.

A partir desta afirmação a Fiscalização conclui que pequenos descontos, distanciando dos índices apresentados pelo Centro de Estudos Avançados em

CONSELHO DE CONTRIBUENTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Economia Aplicada, nas aquisições dos produtos geram grandes lucros, e a falta deles poderiam levar à perda de competitividade e dinheiro.

Primeiramente cumpre destacar nesta decisão que as operações com combustíveis estão disciplinadas nos artigos 360 e seguintes do Anexo IX do Regulamento do ICMS de 2002 e, em se tratando de álcool combustível, especificamente os artigos 379 a 383.

Observadas estas regras a Fiscalização buscou realizar levantamento quantitativo de combustíveis na Impugnante visando apurar a ocorrência do fato gerador do ICMS. Neste levantamento a Fiscalização notou que os valores recolhidos aos cofres Públicos do Estado de Minas Gerais, a título de substituição tributária, variavam, sistematicamente para menos.

A partir desta constatação, seguindo as normas contidas no artigo 142 do Código Tributário Nacional, a Fiscalização passou a procurar a certeza das operações realizadas e a exata base de cálculo do imposto devido ao Estado de Minas Gerais.

Assim, sob a suspeita de manipulação de valores na nota fiscal recebida pela ora Impugnante, visando a retenção a menor do imposto, a Fiscalização partiu para análises mais acuradas dos valores e operações descritas em tais documentos.

Dentro destas análises, foi solicitado, à ora Impugnante, a apresentação dos comprovantes idôneos dos pagamentos de numerários. Entretanto, no curso da fiscalização, a ora Impugnante não alcançou demonstrar o pagamento dos valores descritos nas notas fiscais.

Como a ora Impugnante não demonstrou a exatidão dos valores, a Fiscalização, valeu-se da possibilidade a ela delegada pelo Regulamento do ICMS, qual seja, o arbitramento.

Várias são as situações em que o Conselho de Contribuintes apreciou lançamentos realizados com base em arbitramento, tendo, nestas oportunidade, convalidado o procedimento quando este se encontra dentro dos parâmetros normativos estaduais aos quais o julgamento administrativo encontra-se adstrito.

No caso dos autos, vê-se claramente que, diante da falta de apresentação dos documentos solicitados pela Fiscalização, o arbitramento poderia ser utilizado, tendo sido a correta ação do Fisco na autuação sob análise.

Verifica-se também que a Fiscalização se valeu de parâmetro aceitável e, embora refutado pela Defesa, esta não alcançou demonstrar que os valores utilizados para o trabalho fiscal não estavam de conformidade com a realidade de mercado.

A Impugnante por seu turno tenta comprovar que a operação ocorreu pelos valores descritos nos documentos fiscais, trazendo cópias autenticadas de recibos dos fornecedores os quais buscam atestar o recebimento dos valores discriminados nas notas fiscais.

CONSELHO DE CONTRIBUINTE DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Entretanto, embora a Câmara tenha efetuado minuciosa análise destas declarações, temos que tais documentos não têm o condão de atestar o efetivo valor da operação.

Isto porque os recibos trazidos aos autos, embora em cópias autenticadas, foram assinados por pessoas estranhas ao presente Processo e, não há nos autos, provas de que as pessoas que os assinaram tinham competência para atestar o recebimento dos valores. Aliás, não há nos autos, ao menos provas de quem sejam as assinaturas apostas nos citados recibos.

Em virtude da juntada de novos documentos (fls. 97/121), foi concedida vista à Impugnante oportunidade em que esta sustenta que o Fisco não teria demonstrado qualquer fraude nas operações realizadas, tendo apenas destacado que os valores de compra dos combustíveis estaria em desacordo com os do mercado.

Ressaltamos aqui a manifestação do próprio Fisco no sentido de que não teria realmente alegado que a Impugnante fraudava sua contabilidade para pagar mais imposto, e sim que a contabilidade não mereceria fé, pois a documentação correspondente ao numerário, objeto da autuação, em nenhum momento se fez presente.

A Defendente afirma também que o preço do combustível não é tabelado em nosso país, sobretudo o álcool, que seu valor tem variado por diversos fatores.

Destaque-se quanto a tal argumento que efetivamente o fato de não ser o preço do álcool tabelado, ou ser o mesmo regido pela lei da oferta e da procura, não é o foco do lançamento sob análise. O principal foco neste exame, diante da imputação fiscal, é verificar-se o real valor da operação.

Neste sentido, em sessão realizada em 09 de março de 2006, a 2ª Câmara de Julgamento, decidiu por bem reabrir oportunidade a ora Impugnante para que trouxesse aos autos documentos substanciais que comprovassem sua tese de defesa e instríssem o Processo de modo a informar o real valor da operação realizada. Assim, a Câmara deliberou exarar despacho interlocutório para que a Impugnante, no prazo de 30 dias, comprovasse o pagamento das operações objeto das exigências fiscais.

No entanto, mesmo com esta nova oportunidade reaberta, o que comprova estar assegurado o mais amplo direito de defesa à Impugnante, não vieram aos autos quais documentos no sentido de comprovar o real valor das operações.

A Impugnante afirma ainda que, sendo que o ICMS/ST não é devolvido quando o fato gerador se realiza por valor inferior ao presumido, é de notar-se que o contribuinte jamais fraudaria sua contabilidade e operações para pagar mais tributos e que, fato de ter comprado o álcool por preço superior ao do índice divulgado pelo Centro Avançado em Economia Aplicada não justifica o arbitramento.

Voltamos a frisar que a justificativa da utilização do procedimento do arbitramento no caso em tela não é simplesmente o fato da Defendente ter adquirido

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

álcool por preço superior ao do índice divulgado pelo Centro Avançado em Economia Aplicada. Este o preço divulgado pelo Centro Avançado em Economia Aplicada é apenas o parâmetro para o arbitramento. O que justificou a utilização do arbitramento em si foi a falta de informações reais sobre o valor das operações face ao não atendimento às intimações feitas pelo Fisco.

Repita-se pela importância o arbitramento é estabelecido pelos incisos I a VI do artigo 51 da Lei n.º 6.763/75, *in verbis*:

“Art. 51 - O valor das operações ou das prestações poderá ser arbitrado pela autoridade fiscal, na forma que o regulamento estabelecer e sem prejuízo das penalidades cabíveis, quando:

I - o contribuinte não exibir à fiscalização os elementos necessários à comprovação do valor da operação ou da prestação, inclusive nos casos de perda ou extravio de livros ou documentos fiscais;

II - ficar comprovado que os lançamentos nos livros e/ou nos documentos fiscais não refletem o valor das operações ou das prestações;

III - a operação ou a prestação se realizar sem emissão de documento fiscal;

IV - ficar comprovado que o contribuinte não emite regularmente documentário fiscal relativo a operações ou prestações que promove ou que é responsável pelo pagamento do imposto.

V - ocorrer a falta de sequência do número de ordem de operação de saída ou de prestação realizada, em cupom fiscal, relativamente aos números que faltarem;

VI - em qualquer outra hipótese em que sejam omissos ou não mereçam fé a declaração, o esclarecimento prestado ou o documento expedido pelo sujeito passivo ou por terceiro legalmente obrigado.

.....” (grifos nossos)

Destaque-se que a conclusão de que seria possível o arbitramento tal como procedeu o Fisco, gerando as exigências consubstanciadas no Auto de Infração em análise está alicerçada em três pontos, a saber:

- não foi atendida a intimação de fl. 17 para apresentar os comprovantes idôneos dos pagamentos de numerários (cópia de cheque, extrato bancários, duplicatas com quitação bancária, ordem de pagamento bancária, documento de transferência bancária) envolvidos nas aquisições de álcool etílico hidratado carburante;

- nas planilhas de fls. 12/16;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- não foi atendido o despacho interlocutório de fl. 142, nova oportunidade ofertada à Impugnante para que trouxesse aos autos documentos substanciais que comprovassem sua tese de defesa e instruísem o Processo de modo a informar o real valor da operação realizada.

Assim a responsabilidade da Impugnante está patente nos autos e, diante da falta de comprovação do real valor das operações, uma vez não se poder acolher unicamente os recibos apresentados às fls. 45 a 78, conforme já exposto, devem ser mantidas as exigências fiscais.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Marcelo Braga Rios e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Carlos José da Rocha. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros José Eymard Costa (Revisor), Luiz Fernando Castro Trópia e Edwaldo Pereira de Salles.

Sala das Sessões, 07/06/06.

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente/Relatora