

Acórdão: 18.543/07/1^a Rito: Sumário
Impugnação: 40.010119403-52
Impugnante: Colégio Auto Posto Ltda.
Proc. S. Passivo: Rômulo Brigadeiro Motta/Outro(s)
PTA/AI: 01.000154239-71
Inscr. Estadual: 479107137.00-45
Origem: DF/ Passos

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – COMBUSTÍVEL – ENTRADA DESACOBERTADA — LEVANTAMENTO QUANTITATIVO. Exigência de ICMS MR e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II da Lei 6.763/75 por constatação, mediante levantamento quantitativo, de entrada de mercadoria desacoberta de documentação fiscal. Infração caracterizada.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA – COMBUSTÍVEL. Constatado mediante levantamento quantitativo, a realização de saída de gasolina comum desacoberta de documentação fiscal. Exigência apenas da Multa Isolada prevista no artigo 55, inciso II, da Lei nº 6763/75, por se tratar de mercadoria cujo imposto foi retido por substituição tributária. Infração caracterizada. Exigência fiscal mantida.

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – COMBUSTÍVEL – RETENÇÃO/RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO – MAJORAÇÃO INDEVIDA DA BASE DE CÁLCULO DA OPERAÇÃO PRÓPRIA. Imputação fiscal de retenção e recolhimento 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 hidratado combustível). Entretanto, os parâmetros adotados para arbitramento não condizem com a operação realizada, não restando efetivamente comprovada a imputação fiscal, ensejando, assim, o cancelamento das exigências.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre saída de gasolina comum desacoberta de documentação fiscal e entrada de álcool (AEHC) e óleo diesel comum também desacoberta de documentação fiscal, constatadas mediante levantamento quantitativo, no período de 17/02/2006 a 31/08/2006, bem como sobre a imputação fiscal feita ao Contribuinte de ocorrência de retenção a menor do imposto devido por substituição tributária, nas operações com álcool etílico hidratado carburante, em

CONSELHO DE CONTRIBUINTE DO ESTADO DE MINAS GERAIS

virtude de constatação pelo Fisco, mediante análise e conferência de documentos fiscais desenvolvida no período de janeiro a agosto/2006, de majoração indevida da base de cálculo do ICMS da operação própria efetuada pelo alienante/remetente da mercadoria. Exige-se ICMS, Multa de Revalidação (100%) capitulada no artigo 56, inciso II c/c § 2º, incisos I e III e Multa Isolada capitulada no artigo 55, inciso II, ambos da Lei 6763/75.

Inconformado, o Autuado apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 64/92, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 103 a 114.

DECISÃO

A autuação versa sobre saída de gasolina comum desacobertada de documentação fiscal e entrada de álcool (AEHC) e óleo diesel comum também desacobertada de documentação fiscal, constatadas mediante levantamento quantitativo, no período de 17/02/2006 a 31/08/2006, bem como sobre a imputação fiscal feita ao Contribuinte de ocorrência de retenção a menor do imposto devido por substituição tributária, nas operações com álcool etílico hidratado carburante, em virtude de constatação do Fisco, mediante análise e conferência de documentos fiscais desenvolvida no período de janeiro a agosto/2006, de indevida da base de cálculo do ICMS da operação própria efetuada pelo alienante/remetente da mercadoria. Exige-se ICMS, Multa de Revalidação (100%) capitulada no artigo 56, inciso II c/c § 2º, incisos II e III e Multa Isolada capitulada no artigo 55, inciso II, ambos da Lei 6763/75.

Item 01 – Entrada desacobertada – levantamento quantitativo – combustível

Exigência de ICMS, MR e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II da Lei 6.763/75 por constatação, mediante levantamento quantitativo, de entrada de mercadoria desacobertada de documentação fiscal.

O Levantamento Quantitativo Resumido – LQR tem como demonstrativo final planilha de fls. 08, na qual, para cada produto combustível, são lançados os estoques inicial e final de cada período analisado. São lançadas, também, as aquisições efetuadas (conforme notas fiscais relacionadas às fls. 15) e as saídas calculadas através da diferença entre os valores apresentados por período, saídas estas ajustadas por eventuais aferições do bico. Os estoques e os encerrantes observados no termo inicial do levantamento foram levantados em conjunto pelo Fisco e pelo Autuado e figuram às fls. 12.

Obtidos da mesma forma, estoques e encerrantes referentes ao final do período figuram às fls. 13. A citada planilha (fls. 08) mostra operações aritméticas transparentes e de entendimento muito fácil, e até apresenta no cabeçalho as relações existentes entre as colunas. Como pode então o Autuado pretender que o LQR seja tido como equivocado?

Assim, são frágeis os argumentos do Autuado. Há que se ter presente a conclusão demonstrada matematicamente no próprio LQR, de que de fato ocorreram entradas sem documento fiscal.

Portanto, corretas as exigências de ICMS, MR e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso II da Lei 6.763/75, por restar comprovada nos autos a entrada de combustível desacobertada de documentação fiscal.

Item 02 – Saída desacobertada – levantamento quantitativo - combustível

O Autuado, em sua Impugnação, informa que o Fisco equivocou-se quanto ao resultado do levantamento quantitativo resumido – LQR, pois é impossível haver desvio de impostos de mercadorias sujeitas à substituição tributária para a frente, sem contar o rigor da fiscalização de fronteira que impede a circulação de mercadoria desacompanhada de documentação fiscal hábil.

Salienta que o que pode ter ocorrido é a variação de volume por interferência das condições climáticas.

Ressalta que a multa é abusiva e configura cobrança de tributo disfarçado de “multa” adquirindo caráter confiscatório e extrapolando sua função primária.

Alega, ainda, que não houve intenção de fraudar o Fisco e também não trouxe nenhum prejuízo em termos de arrecadação.

Sabe-se que as obrigações acessórias relacionadas com a emissão de documento fiscal são estabelecidas em convênio e, portanto, obriga igualmente a todos os contribuintes dos Estados da Federação, e se justifica na medida em que possibilita ao Fisco o exercício do controle do trânsito de mercadorias.

A despeito do que assevera o Autuado, é óbvio que não há qualquer possibilidade de que eventual oscilação de temperatura tenha resultado nas diferenças de estoques detectadas.

No caso específico, da análise da legislação sobre a matéria não há dúvidas que a irregularidade praticada pelo Autuado/Impugnante está tipificada no inc. II do art. 55 da Lei 6763/75, *in verbis*:

“Art. 55 – As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II a IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

II – por dar saída a mercadoria, entregá-la, transportá-la, recebê-la, tê-la em estoque ou depósito desacobertada de documento fiscal, salvo na hipótese do art. 40 desta Lei – 40% (quarenta por cento) do valor da operação, reduzindo-se a 20% (vinte por cento) nos seguintes casos”.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Em face do disposto no artigo 136 do CTN, a responsabilidade por infração à legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável. Assim, a alegação de inexistência de prejuízo ao Erário não ilide a infração praticada pelo Impugnante.

Item 3 – Substituição tributária – majoração indevida da base de cálculo operação própria – recolhimento a menor do ICMS/ST - arbitramento

Em primeiro lugar, cumpre destacar que as operações com combustíveis estavam disciplinadas nos artigos 360 e seguintes do Anexo IX do Regulamento do ICMS de 2002 e, em se tratando de álcool combustível, especificamente nos artigos 379 a 383 e, a partir de 1º/12/2005, nos artigos 73 a 109 do Anexo XV do RICMS/02 e, especificamente o álcool combustível, nos artigos 89 a 92 do referido Anexo XV.

O fiscal autuante intimou o Impugnante a apresentar notas fiscais de entrada de AEHC, acompanhadas dos respectivos comprovantes de pagamento, a fim de confirmar a igualdade entre os valores pagos e os valores das notas fiscais.

O Autuado apresenta documentos às fls. 45 a 60. Inicialmente, pode-se verificar que o primeiro pagamento é anterior àquelas operações.

Todos os demais pagamentos relacionados como sendo feitos à Oásis Distribuidora de Petróleo Ltda são superiores a R\$ 40.000,00, sendo que a nota fiscal com maior valor total é de R\$ 27.000,00. Por outro lado, a maior parte dos comprovantes apresentados informa créditos feitos à Petrobrás, empresa que não fornece álcool para o Autuado. Além disso, apresenta-se à fls. 47 o que seria a cópia de um cheque, mas nesse documento aparecem apenas os dados que teriam sido usados no preenchimento do cheque, e sem assinatura (só informa tipograficamente quem teria assinado). A respeito ainda do mesmo documento, o cheque deve ter sido emitido a favor de Transbri Unica Trans, possivelmente integrante da associação de usineiros do Estado de São Paulo denominada “Unica – União da Indústria de Cana-de-Açúcar”, e não a favor da distribuidora.

Às fls. 57 a 59 o Autuado apresenta 2 comprovantes de pagamento que teriam sido feitos à distribuidora Petropalmas, no valor de R\$ 47.215,74 e de R\$ 32.280,00. No entanto, as notas fiscais daquela distribuidora têm valor total de R\$ 18.000,00. Um dos pagamentos (fls. 58) é feito por conta de terceiros sem que se identifique o favorecido e o outro é feito a favor de Usina Santa Rita S/A Açúcar e Alcool, que não é fornecedora do Autuado (e nem poderia ser, pela regulamentação do setor econômico elaborada pela ANP).

Pela total disparidade dos dados entre compras efetuadas e “comprovantes” de pagamentos, vê-se que o Autuado não consegue nem informar os valores efetivamente pagos naquelas aquisições.

Todavia, o que importa para a solução da presente lide é a comprovação dos valores reais das operações de aquisição de álcool combustível, o que não ocorreu.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Como o Impugnante não demonstrou a exatidão dos valores, a Fiscalização valeu-se da possibilidade a ela delegada pelo Código Tributário Nacional (art. 148), pela Lei 6763/75 (art. 51, incisos I e VI; art. 13, § 27) e pelo Regulamento do ICMS, qual seja, o arbitramento.

Diante disso, o Fisco, utilizando pesquisa realizada semanalmente pelo CEPEA (Centro de Estudos Avançados em Economia Aplicada)/USP, arbitrou os valores, o que ocasionou diminuição da operação própria e respectivo ICMS, com o conseqüente aumento do ICMS/ST, cobrando essa diferença apurada.

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 correta a ação do Fisco na autuação sob análise.

O arbitramento é procedimento legal previsto no CTN e na legislação estadual. Estando presentes os pressupostos legais, é possível o arbitramento tal como procedeu o Fisco, gerando a exigência consubstanciada no Auto de Infração em análise.

Ao se analisar, entretanto, o parâmetro adotado pelo Fisco para o arbitramento, verificam-se incorreções que maculam todo o lançamento.

Em primeiro lugar, o arbitramento “para baixo” do valor da operação própria do remetente.

Por outro lado, analisando os documentos juntados pelo Fisco para demonstrar a base para arbitramento do valor da operação própria do remetente, é possível observar que os preços adotados não se referem à operação entre atacadista de combustível e seus destinatários.

Ao acessar o site da prestigiosa entidade CEPEA/ESALQ/USP, depara-se com um item intitulado de “metodologia” dos cálculos. Acionando tal informação, consegue-se chegar à forma de apuração utilizada pelo Instituto.

Segundo indica a “página”, os preços utilizados pelo Fisco foram coletados junto às “unidades produtoras (usinas/destilarias)”. Destaca, ainda, sob a rubrica “Importante”, que os “valores coletados se referem a negócios efetivados entre usinas e distribuidoras – preço ao produtor (usina)”.

Verifica-se, portanto, que a base adotada para arbitramento não reflete o preço comercial entre a remetente e o destinatário, que se encontram em cadeias subseqüentes de comercialização.

Tanto é verdade, que uma análise mais acurada dos preços constantes da planilha elaborada pelo Fisco demonstra uma margem de agregação pelo estabelecimento mineiro absolutamente fora do mercado de combustíveis, chegando a uma variação superior a 60% (sessenta por cento).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Portanto, de todo o acima exposto, verifica-se que é possível realizar o arbitramento, porém com outros parâmetros que possam representar de forma mais efetiva o preço praticado pelo remetente.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para manter apenas as exigências relativas ao LQEM. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Rodrigo da Silva Ferreira e Rosana de Miranda Starling.

Sala das Sessões, 04/12/07.

Roberto Nogueira Lima
Presidente/Revisor

Antônio César Ribeiro
Relator

RMS/ml