

Acórdão: 18.545/07/1^a Rito: Sumário
Impugnação: 40.010119437-34
Impugnante: Auto Posto TLuz Ltda
Proc. S. Passivo: Rômulo Brigadeiro Motta/Outro(s)
PTA/AI: 01.000154237-17
Inscr. Estadual: 151081496.00-98
Origem: DF/ Passos

EMENTA

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA – COMBUSTÍVEL. Constatado mediante levantamento quantitativo, a realização de saídas de álcool, gasolina comum e óleo diesel, desacobertas de documentação fiscal. Exigência apenas de 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 - MAJORAÇÃO INDEVIDA DA BASE DE CÁLCULO DA OPERAÇÃO PRÓPRIA - RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS/ST - ARBITRAMENTO. Imputação fiscal de 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 hidratado combustível). Entretanto, os parâmetros adotados para arbitramento não condizem com 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 álcool, gasolina comum e óleo diesel desacoberta de documentação fiscal, constatada mediante levantamento quantitativo, no dia 01/08/2006, bem como sobre a imputação fiscal feita ao Contribuinte de ter havido 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 a agosto/2006, o Fisco constatou ter havido 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, §2º, itens 1 e 3 e Multa Isolada capitulada no artigo 55, inciso II, ambos da Lei 6763/75.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Inconformado, o Autuado apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 65 a 93, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 104 a 113.

DECISÃO

A autuação versa sobre saída de álcool, gasolina comum e óleo diesel desacobertada de documentação fiscal, constatada mediante levantamento quantitativo, no dia 01/08/2006, bem como sobre a imputação fiscal feita ao Contribuinte de ter havido 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 a agosto/2006, o Fisco constatou ter havido 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, §2º, itens 1 e 3 e Multa Isolada capitulada no artigo 55, inciso II, ambos da Lei 6763/75.

Item 01 – 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 mercadorias 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 assessórias 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 temperaturas tenha resultado em tão grandes diferenças de estoques como as detectadas. Afinal, essas diferenças são superiores a 4.100 litros de gasolina comum, 1.100 litros de álcool e 4.500 litros de óleo diesel.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 desacompanhada 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”.

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, as alegações de inexistência de prejuízo ao Erário não ilide a infração praticada pelo Impugnante.

Item 2 – 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 estão disciplinadas nos artigos 360 e seguintes do Anexo IX do Regulamento do ICMS de 2002 e, em se tratando de álcool combustível, especificamente aos artigos 379 a 383. 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 (fls. 47) 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\$ 21.900,00. 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. 48 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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Às fls. 58 a 60 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\$ 9.277,00 e de R\$ 18.554,00. Um dos pagamentos (fls. 59) 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 Álcool, que não é fornecedor do Autuado (e nem o 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.

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, 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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 subsequentes 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).

Tomando-se como exemplo a NF nº 100015 (fl. 33), tem-se um PMPF de R\$ 1,7418 para um preço de venda arbitrado de R\$ 1,15974, equivalente a uma margem de lucro de 66,58% (sessenta e seis vírgula cinquenta e oito por cento).

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 (Revisor) e Antônio César Ribeiro.

Sala das Sessões, 04/12/07.

Roberto Nogueira Lima
Presidente

Rosana de Miranda Starling
Relatora

RMS/EJ