

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão:	17.916/08/2ª	Rito: Sumário
PTA/AI:	01.000156493-83	
Impugnação:	40.010121907-13	
Impugnante:	Auto Posto Top Line Ltda	
	IE: 702055438.00-73	
Proc. S. Passivo:	Luiz Carlos de Arruda Júnior/Outro(s)	
Origem:	DF/Uberlândia	

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – COMBUSTÍVEL - MAJORAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DA OPERAÇÃO PRÓPRIA – RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS/ST - ARBITRAMENTO. 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). Correto o arbitramento do valor da operação própria com base na pesquisa de preços realizada pelo CEPEA/ESALQ/USP em razão da não comprovação dos valores das operações pela Destinatária/Autuada, com fundamento no art. 51, incisos I e VI da Lei 6763/75 e no art. 148 do CTN. Infração caracterizada. Exigências fiscais mantidas. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A presente autuação é sobre a imputação fiscal feita à Autuada, de retenção a menor do imposto devido por substituição tributária, nas operações com o combustível álcool etílico hidratado carburante (AEHC), em virtude de análise e conferência de documentos fiscais desenvolvidas no período de janeiro a dezembro de 2006, onde o Fisco constatou ter havido majoração indevida da base de cálculo do ICMS da operação própria efetuada pelo alienante/remetente da mercadoria.

Exigiu-se a diferença de ICMS-ST à alíquota de 25% acrescida da Multa de Revalidação em dobro, conforme capitulado no artigo 56, inciso II, c/c parágrafo 2º inciso II do mesmo artigo da Lei Estadual 6763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 138/145, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 158/163.

DECISÃO

Como dito no relatório acima, a presente autuação deriva da constatação de utilização de base de cálculo a maior na operação própria, resultando em recolhimento a menor de ICMS/ST.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Não foi objeto de questionamento a idoneidade do documento fiscal ou registro dos documentos acobertadores da operação na escrita fiscal.

Inicialmente, a título informativo, as operações com combustíveis estão disciplinadas nos artigos 73 a 109 do Anexo XV do RICMS/2002, e em se tratando de álcool combustível, especificamente nos artigos 89 a 92, do referido diploma legal.

Conforme planilha apresentada à folha 50 as aquisições de álcool hidratado efetuadas pela Autuada são, na sua totalidade, de contribuintes sediados no Estado de São Paulo.

Importante ressaltar que o imposto a recolher nessas operações, a título de substituição tributária, será a diferença entre o imposto calculado mediante aplicação da alíquota estabelecida para as operações internas sobre a base de cálculo definida para a substituição e o devido pela operação própria do contribuinte remetente, conforme artigo 79, inciso II, alínea “a”, do RICMS/2002, observando-se a seguinte expressão matemática:

$$\text{ICMS-ST} = [(BC/ST \times \text{alíquota interna}) - \text{ICMS da operação própria}]$$

Neste diapasão, o valor da operação própria do alienante/remetente tem importância fundamental no cálculo do ICMS-ST, ou seja, quanto maior o valor da operação própria menor será o ICMS-ST.

Na hipótese dos autos, a base de cálculo do ICMS devido por substituição tributária é fixada por ato do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ publicado, quinzenalmente, pelo secretário executivo do referido órgão que divulga o Preço Médio Ponderado a Consumidor Final (PMPF).

No mérito, a Autuada argumenta que o princípio da não-cumulatividade não pode ser amesquinhado por lei ou outro ato normativo. Todavia, é de ressaltar que o princípio da não-cumulatividade foi cumprido e que o ICMS da operação própria foi deduzido da base de cálculo da substituição tributária x alíquota interna.

Como demonstra o Fisco, ao realizar a análise dos documentos fiscais da autuada (fls.19 a 49), em suas operações com AEHC, em que foram remetentes distribuidoras paulistas (de PAULÍNEA e NOVO HORIZONTE), verificou-se que os valores recolhidos a título de ICMS/ST variavam, sistematicamente, para menos, num indicativo de que a base de cálculo da operação própria poderia estar sendo manipulada pelo emitente da nota fiscal, com a ciência da Autuada, objetivando a retenção a menor do imposto.

Diante desse indício, o Fisco confrontou os preços praticados pela Autuada em suas vendas a consumidor final, lançados no Livro de Movimentação de Combustível (LMC), com os preços consignados nas notas fiscais de aquisição de álcool, neles incluídos a parcela do ICMS/ST.

Desse confronto, foi observado que a Autuada praticava preço de venda do álcool para o consumidor final menor que o de compra, demonstrado pelo Fisco, por amostragem, da seguinte forma:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

a) Nota fiscal de aquisição nº 43171, de 22/02/2006: preço por litro na aquisição, R\$1,90 (R\$19000/10000); o preço de venda em 23/02/2006, conforme LMC do autuado (folha 87), foi de R\$1,79, ou seja, inferior ao preço de aquisição;

b) Nota fiscal de aquisição nº 46155, de 09/08/2006: preço por litro na aquisição, R\$1,90 (R\$9500/5000); o preço de venda em 11/08/2006, conforme LMC do autuado (folha 122), foi de R\$1,75, ou seja, inferior ao preço de aquisição.

Importante frisar que no valor levantado não está incluído o preço do frete, que é por conta do destinatário, o que torna o custo do produto vendido maior, aumentando o prejuízo da Autuada.

Há outros exemplos no Anexo Autuação Fiscal, à folha 06. Foram anexadas cópias de LMCs e notas fiscais, por amostragem, onde estão demonstradas as vendas da Autuada com prejuízo.

Ora, em que pese não ser proibida a venda com prejuízo, a sua prática sistematicamente leva o contribuinte a insolvência, o que é contra a lógica da atividade comercial, que, via de regra, visa o lucro.

A partir disso, 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.

Uma vez constatado que os valores consignados nas notas fiscais dos fornecedores da Autuada, de PAULINEA e NOVO HORIZONTE, poderiam não refletir o verdadeiro valor da operação, a Impugnante foi intimada a apresentar os comprovantes idôneos dos pagamentos de numerários (cópia de cheque, extrato bancário, duplicata com quitação bancária, ordem de pagamento bancária, documento de transferência bancária, etc), envolvidos nas aquisições do AEHC, conforme folha 08.

A Autuada, entretanto, não apresentou documentos hábeis para provar o pagamento efetuado.

Com relação às distribuidoras/fornecedoras do produto como “L. M. Petróleo Ltda”, “Arrows Petróleo do Brasil Ltda”, “Oil Petro Brasileira de Petróleo Ltda e “King Oil Distribuidora de Combustíveis Ltda”, **a Autuada se limitou a informar que as mesmas encerraram as atividades.**

Relativamente às distribuidoras remetentes “Petromarte Distribuidora de Derivados de Petróleo Ltda” e “Flórida Distribuidora de Combustíveis Ltda” foram apresentados apenas recibos, de cópias não autenticadas, 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.

Desta forma, não foram anexados aos autos documentos que comprovassem a tese da defesa e instruísem o processo de modo a informar o real valor da operação realizada. Neste sentido, a Autuada poderia ter se valido de informações das distribuidoras remetentes atestadas pelo Fisco de origem.

Ora, diante da falta de provas que comprovassem o real valor da operação, restou à fiscalização proceder o arbitramento da operação.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Assim, o arbitramento tem suporte no art. 148 do CTN e no art. 13, § 27 da Lei 6763/75, nos seguintes termos:

Art. 148. Quando o cálculo do tributo tenha por base, ou tome em consideração, o valor ou o preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos, a autoridade lançadora, mediante processo regular, arbitrará aquele valor ou preço, sempre que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado, ressalvada, em caso de contestação, avaliação contraditória, administrativa ou judicial.

NA LEI 6763/75:

Art. 13 - ...

§ 27 - A base de cálculo do imposto, conforme dispuser o Regulamento, será arbitrada pelo Fisco, quando for omissa ou não merecer fé a declaração, o esclarecimento ou o documento do sujeito passivo ou de terceiro legalmente obrigado, assegurado a este o direito à contestação do valor arbitrado, mediante impugnação, com exibição de documento que comprove suas alegações, dentro do contencioso administrativo-fiscal, na forma em que dispuser a legislação tributária administrativa. (g.n)

O arbitramento está previsto pelo artigo 51 da Lei n.º 6.763/75, nos seguintes termos :

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;

(...)

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. (g.n)

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, que está alicerçada em três pontos básicos, como segue:

- não foi atendida a intimação da Fiscalização à fl. 08 para apresentar os comprovantes idôneos dos pagamentos de numerários (cópia de cheque, extratos bancários, duplicatas com quitação bancária, ordem de pagamento bancária, documento

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

de transferência bancária, comprovante de depósito, etc) envolvidos nas aquisições de álcool etílico hidratado carburante;

- nas planilhas e documentos de fls. 50/57;

- não foram anexados aos autos documentos substanciais que comprovassem a tese de defesa e instruísem o processo de modo a informar o real valor da operação realizada, em que pese o amplo leque de provas a que a Autuada poderia recorrer, valendo-se, inclusive, de informações dos remetentes atestadas pelo Fisco de origem do álcool combustível (São Paulo).

O parâmetro adotado para o arbitramento da base de cálculo do valor da operação própria foi o indicador mensal de preço divulgado pelo CEPEA/ESALQ/USP – Centro Avançado em Economia Aplicada. O CEPEA elabora indicadores de preços de produto que buscam refletir com precisão o movimento do mercado físico.

Importante ressaltar, como bem salienta o Fisco, que a justificativa da utilização do procedimento do arbitramento não é simplesmente pelo fato da Autuada ter adquirido o combustível álcool por preço superior ao do índice divulgado pelo CEPEA. O preço divulgado pelo Centro Avançado em Economia Aplicada foi apenas o parâmetro para o arbitramento.

Frise-se, o que justificou a utilização do arbitramento foi a falta de informações que comprovassem o real valor da operação de aquisição do álcool, em que pese a solicitação do Fisco neste sentido.

Assim, o lançamento tributário foi fundamentado nas disposições regulamentares que permitem o arbitramento e não em meras suposições como quer entender a Autuada.

A Autuada argumenta que em se tratando de substituição tributária, o preço final que a mercadoria ou produto irá atingir não pode ser objeto de especulação do fisco.

Ora, como está demonstrado, o Fisco não especula o preço final da operação, pois, como já dito, o Preço Médio Ponderado a Consumidor Final - PMPF, praticado no Estado, é apurado nos termos da cláusula quarta, do Convênio ICMS 70/97, que é divulgado por Ato da Comissão Permanente do ICMS (COTEPE/ICMS), publicado no Diário Oficial da União.

Por outro lado, a responsabilidade tributária da Autuada está prevista no artigo 22, parágrafos 18 e 19, da Lei 6763/75, que agrega ao pólo passivo da obrigação tributária o destinatário de mercadorias sujeitas à substituição tributária, quando há descumprimento do dever legal, total ou parcialmente, pelo contribuinte substituto, nos seguintes termos:

Art. 22 - (...)

§ 18 - Nas hipóteses em que fique atribuída ao alienante ou remetente a condição de contribuinte substituto, não ocorrendo a retenção ou ocorrendo retenção a menor do imposto, a responsabilidade pelo imposto devido a título de substituição

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

tributária caberá ao estabelecimento destinatário neste Estado.

§ 19 - Nas hipóteses do § 18 deste artigo, independentemente de favores fiscais ou de regime de recolhimento, o estabelecimento varejista será responsável pelo recolhimento da parcela devida ao Estado.

Cabe ressaltar que a responsabilidade da Autuada está explicitada na disposição regulamentar, Anexo XV do RICMS/02, como segue:

Art. 75 - O adquirente ou destinatário que receber combustível sem a retenção ou com a retenção a menor do imposto devido a título de substituição tributária, ressalvadas as hipóteses previstas no art. 73, § 2º, desta Parte é responsável pelo respectivo pagamento, ainda que desobrigado o remetente.

Ora, como dito acima, havendo descumprimento do dever legal, total ou parcialmente, o destinatário responde solidariamente pela obrigação tributária.

No caso dos autos, os remetentes/alienantes estão listados às fls. 10, são oito empresas localizadas em PAULÍNEA e NOVO HORIZONTE, a maioria (seis) já encerrou as atividades, o que justifica, por questões de praticidade e economia processual, a eleição da Autuada – destinatária do álcool combustível –, como sujeito passivo da obrigação tributária, evidentemente, em razão da previsão expressa da sua responsabilidade na Lei 6763/75, com fundamento no artigo 121, parágrafo único, inciso II do CTN.

Quanto ao caráter confiscatório, alegado pela impugnante na aplicação da multa de revalidação, a penalidade imposta está prevista expressamente na Lei 6763/75 em seu artigo 56, inciso II, c/c parágrafo 2º, inciso II do mesmo artigo.

Quanto aos argumentos de inconstitucionalidade, os mesmos deixam de ser apreciados em face do art. 110 do RPTA/MG, que dispõe:

Art. 110. Não se incluem na competência do órgão julgador:

I - a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive em relação à resposta à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda;

II- a aplicação de equidade.

Portanto, corretas as exigências fiscais de ICMS e multa de revalidação de 100% (cem por cento).

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

dos signatários, os Conselheiros Sauro Henrique de Almeida (Revisor) e Edvaldo Ferreira.

Sala das Sessões, 18 de março de 2008.

Luiz Fernando Castro Trópia
Presidente

Mauro Heleno Galvão
Relator

