

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão:	18.726/08/3ª	Rito: Sumário
PTA/AI:	01.000156524-06	
Impugnação:	40.010121583-05	
Impugnante:	Comercial Jaguar de Petróleo Ltda	
	IE: 702008651.00-38	
Proc. S. Passivo:	Omar Abdulmassih	
Origem:	DF/Uberlândia	

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - ÁLCOOL HIDRATADO - BASE DE CÁLCULO - DA OPERAÇÃO PRÓPRIA - MAJORAÇÃO - ARBITRAMENTO. Constatado que a Autuada recebeu álcool hidratado carburante com 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. Correto o arbitramento do valor da operação própria com base nos parâmetros utilizados no trabalho fiscal, e face 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. Mantidas as exigências fiscais de ICMS/ST e Multa de Revalidação capitulada no art. 56, § 2º, inciso II da Lei 6763/75. Lançamento procedente. Decisão por unanimidade.

RELATÓRIO

A presente autuação versa sobre a imputação fiscal feita à Autuada, de recebimento de álcool hidratado carburante com retenção a menor do imposto devido por substituição tributária, constatada pela análise e conferência de documentos fiscais desenvolvida no período de janeiro/2006 a dezembro/2006. O Fisco constatou ter havido majoração indevida da base de cálculo do ICMS da operação própria, efetuada pelos alienantes/remetentes do álcool combustível, localizados no Estado de São Paulo.

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

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 125/127, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 137/144.

A 2ª Câmara de Julgamento converte o julgamento em despacho interlocutório (com solicitações à Autuada) e em diligência (com solicitações ao Fisco).

Em cumprimento ao despacho interlocutório, a Autuada apresenta cópias do livro Diário e do Razão Analítico às fls. 151/232.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Por outro lado, o Fisco manifesta-se às fls. 234/236 e anexa os quadros de fls. 237/239 e documentos de fls. 240/251.

À fl. 253, a Autuada é regularmente intimada, mas não se manifesta.

DECISÃO

Como dito no relatório acima, a presente autuação origina-se da constatação de utilização de base de cálculo a maior na operação própria dos remetentes do álcool hidratado combustível, tendo como consequência o recebimento pela Autuada do referido álcool combustível com o recolhimento a menor do ICMS/ST devido ao Estado de Minas Gerais.

Inicialmente, cabe esclarecer que as aquisições do álcool hidratado combustível objeto das exigências fiscais foram feitas pela Autuada junto às fornecedoras localizadas em Paulínea, no Estado de São Paulo.

Verifica-se, ainda, que vários dos fornecedores localizados em Paulínea já encerram as suas atividades, conforme se infere de diversas informações trazidas à colação pelo Fisco em outros Autos de Infração, com a mesma infração.

Neste sentido, destaca-se o acórdão 17.916/08/2ª, onde ficou demonstrado que diversas empresas haviam encerrado as atividades, nos seguintes termos: “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 limitou a informar que as mesmas encerraram as atividades”.

Destaca-se, ainda, no caso dos autos, conforme documento de fls. 240, que a fornecedora da Autuada da maioria das operações objeto da autuação (com exceção de três operações), Petropalmas Distribuidora de Petróleo Ltda, teve as suas atividades suspensas pelo Fisco paulista, figurando como não habilitada no cadastro de contribuintes do Estado de São Paulo.

Assim, como se verificou em diversos Autos de Infração e também neste ora analisado, as remetentes do álcool combustível localizadas em Paulínea/SP para os contribuintes localizados em Minas Gerais, inclusive para a Autuada, não têm vida muito longa, fazendo operações com bases irreais e depois encerrando as atividades.

Portanto, tanto o estado onde se localizaram as remetentes do álcool, quanto o Estado mineiro têm o ICMS subtraído de forma fraudulenta.

Observa-se, ainda, a diferença entre a alíquota na operação interestadual de 12% e na interna de 25%, o que atrai, com força, os interessados em economia de tributos, ainda que mediante fraude, haja vista a diferença nominal de 13%, à época dos fatos.

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

a substituição e o devido pela operação própria do contribuinte remetente, conforme artigo 79, inciso II, alínea “a”, do Anexo XV 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) e foi aplicada corretamente.

Ressalte-se que, pela metodologia de cálculo, via a expressão matemática acima indicada, o princípio da não-cumulatividade foi cumprido e o ICMS da operação própria foi deduzido do produto da base de cálculo da substituição tributária x alíquota interna.

Como demonstra o Fisco, ao realizar a análise dos documentos fiscais da Autuada (fls. 06) em suas operações com álcool hidratado combustível, em que a Petropalmas e a Gold foram remetentes, ambas de Paulínea/SP, 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.

O fato é reforçado, em face de que as operações realizadas com outras distribuidoras de petróleo, também de Paulínea/SP, com destino a outros contribuintes da mesma região, não apresentaram a referida distorção, conforme se extrai do quadro de fls. 238/239, embasado nas cópias de notas fiscais de fls. 241/251 dos autos.

Diante desse indício, o Fisco confrontou os preços praticados pela Autuada em suas vendas a consumidores finais, lançados no Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC), com os preços consignados nas notas fiscais de aquisição de álcool, neles incluída 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, sistematicamente.

Ora, em que pese não ser proibida a venda com prejuízo, a sua prática sistemática leva o contribuinte à 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 Paulínea/SP, poderiam não refletir o verdadeiro valor da

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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 álcool hidratado, conforme reintimação de fls. 20.

A Autuada primeiramente declarou que paga as suas aquisições de álcool hidratado à vista, anexando como comprovante de pagamento das operações os recibos de fls. 25/72, onde a Petropalmas e a Gold declaram que receberam os valores que especificam, referentes a cada nota fiscal que mencionam. Os referidos recibos têm rubrica sem identificação do signatário.

Em cumprimento ao despacho interlocutório exarado pela 3ª Câmara de Julgamento, a Autuada anexa cópia do livro Diário e do Razão Analítico, onde se verifica que as aquisições de álcool hidratado foram todas a prazo, conforme fls. 153 e seguintes – livro Diário - e fl. 201 – Razão Analítico.

Portanto, os livros da Autuada não confirmam as declarações apresentadas.

Neste diapasão, analisando a documentação apresentada pela Autuada, assiste razão ao Fisco, pois não foram anexados aos autos documentos que comprovassem a operação realizada e o seu valor real.

Todavia, é importante destacar-se que 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 ao seu arbitramento.

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

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

administrativo-fiscal, na forma em que dispuser a legislação tributária administrativa.

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 sob análise.

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.

Após diligência da 3ª Câmara de Julgamento, o Fisco anexou o quadro de fls. 238/239 e cópias das notas fiscais que demonstram os preços de aquisições de outras distribuidoras, também localizadas em Paulínea/SP, tendo como destinatário o Posto da Serra Ltda, distante cerca de 30 Km de Uberlândia (onde se localiza o estabelecimento da Autuada).

Os valores demonstrados no quadro de fls. 238/239 confirmam a razoabilidade do parâmetro adotado pelo Fisco, para o arbitramento efetivado nos autos, com base nos preços divulgados pelo CEPEA/ESALQ à fl. 17.

É importante salientar que o parâmetro utilizado para o arbitramento, no caso sob análise, foi convalidado pela Câmara de Julgamento em face da análise dele em conjunto com os valores de outras operações de Paulínea/SP para Posto da Serra localizado neste Estado.

Há a destacar-se que a justificativa da utilização do procedimento do arbitramento não é simplesmente pelo fato da Autuada ter adquirido o álcool hidratado combustível por preço superior ao do índice divulgado pelo CEPEA/USP. O preço divulgado pelo Centro Avançado em Economia Aplicada foi apenas o parâmetro para o arbitramento (levado em consideração em conjunto com outros elementos dos autos).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Frise-se, o que justificou a utilização do arbitramento foram as vendas a consumidor, sistematicamente, abaixo do custo e a falta de informações que comprovassem o real valor da operação de aquisição do Álcool combustível, 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.

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 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, as remetentes/alienantes são empresas localizadas na cidade de Paulínea, no Estado de São Paulo, sendo que a Petropalmas está com as suas atividades suspensas – não está habilitada desde 13/04/2007, conforme documento de fls. 240 – em razão de medidas do Estado de São Paulo.

Assim, por questões de praticidade e economia processual, justifica-se 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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros Luciana Mundim de Mattos Paixão (Revisora), René de Oliveira e Sousa Júnior e Sauro Henrique de Almeida.

Sala das Sessões, 05 de agosto de 2008.

Mauro Heleno Galvão
Presidente / Relator

CC/MG