

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.117/09/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000158019-91
Impugnação: 40.010123497-12
Impugnante: Alpha Comércio de Imóveis e Derivados de Petróleo Ltda.
IE: 702175276.00-60
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 pelos alienantes/remetentes da mercadoria (álcool etílico hidratado carburante). Exigências de ICMS/ST e Multa de Revalidação em dobro, conforme artigo 56, inciso II, § 2º, inciso II, da Lei nº 6763/1975. Correto o arbitramento do valor da operação própria com base na pesquisa de preços realizada pelo CEPEA/ESALQ/USP com fundamento no artigo 51, incisos I e VI, da Lei nº 6.763/1975 e no artigo 148 do CTN, em razão da não comprovação dos valores das operações pela Destinatária/Autuada. Infração caracterizada. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação, mediante análise e conferência de documentos fiscais e contábeis da Autuada, pela Fiscalização no exercício de 2006, de retenção a menor de ICMS devido por substituição tributária, em operações com combustível (álcool etílico hidratado carburante – AEHC), decorrente da majoração indevida da base de cálculo do imposto da operação própria efetuada pelo alienante/remetente da mercadoria.

Exige-se a diferença de ICMS/ST, acrescida da Multa de Revalidação em dobro, de acordo com a previsão do artigo 56, inciso II, c/c § 2º, inciso II, da Lei nº 6.763/1975.

O processo encontra-se instruído com o Auto de Início de Ação Fiscal - AIAF (fls. 02); Auto de Infração - AI (fls. 03/04); Demonstrativo de Correção Monetária e Multas - DCMM (fls. 05); Anexo nº. 1 à autuação fiscal (fls. 17/18); Declaração da Autuada de que efetua o pagamento das compras de álcool hidratado, á vista, em espécie (fls. 10); preços do combustível AEHC divulgados pelo CEPEA/ESALQ/USP no período de dezembro de 2005 a janeiro de 2006 (fls. 24); relação das notas fiscais de aquisição do combustível AEHC, objeto da autuação (fls. 08/09); Planilha Inicial – Informações obtidas das Notas Fiscais (fls. 11/13); Planilha Final – Demonstrativo da diferença de imposto a ser recolhido, por nota fiscal (fls. 14/16); cópia do Livro de Movimentação de Combustíveis – LMC (fls. 19/21);

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Intimação para que a Autuada apresentasse comprovantes dos pagamentos das aquisições, objeto da autuação (fls. 06/07); Recibos dos remetentes das mercadorias referentes aos pagamentos das notas fiscais, objeto da autuação (fls. 86/144) e Relação de Atos COTEPE divulgando o Preço Médio Ponderado a Consumidor Final - PMPF do combustível AEHC no período autuado (fls. 22/23); cópias das notas fiscais objeto da autuação (fls. 25/84); Cópia do livro Diário (fls. 145/155); cópia do Razão Analítico (fls. 156/171) e cópia das GNREs (fls. 172/191).

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 196/221, junta os documentos de fls. 222/423, e alega a nulidade do procedimento fiscal sob os seguintes argumentos, em síntese:

- violação do princípio do registro pelo valor original e o da objetividade da ação Fiscal, uma vez que foi realizado o arbitramento do valor das operações sem prova de que as informações, por ela apresentadas, são insuficientes para que seja realizada a devida análise e que, a existência de escrita regular, impede tal procedimento;

- violação do princípio da objetividade da ação fiscal, pois, no exercício da atividade vinculada, existindo formalidade prevista, a Fiscalização deve lavrar os termos próprios, atentando-se para os elementos do ato administrativo; o Termo de Início da Ação Fiscal deve delimitar o objeto a ser fiscalizado. A Fiscalização tem que ser objetiva e na realização do ato fiscalizatório do caso em exame, não foram analisados os fatos inseridos na escrita contábil da Autuada.

- ausência da ordem de serviço, sem a qual não pode subsistir o Auto de Infração (AI), qual seja, o instrumento administrativo que autoriza o desenvolvimento de determinada atividade pela Fiscalização;

- falta de previsão legal do método de arbitramento adotado, uma vez que, no caso em tela, de acordo com as disposições legais, o único parâmetro permitido seria o preço corrente da mercadoria, ou de sua similar, ou da prestação, na praça do contribuinte fiscalizado ou no local da autuação, de acordo com o que estabelece artigo 54, inciso II do Regulamento do ICMS de 2002 (RICMS/2002);

- ausência dos pressupostos de admissibilidade do arbitramento fiscal, visto que o motivo ensejador do arbitramento, no caso, encontra-se no campo da suposição, cabendo ao Fisco comprovar, de modo inequívoco, a imprestabilidade das informações contidas nos documentos fiscais e na sua escrita contábil;

- ausência de critério na seleção dos documentos cuja operação foi arbitrada, já que a Fiscalização aplicou o arbitramento a todos os negócios realizados com distribuidores do Estado de São Paulo, por, supostamente, não possuírem comprovante de pagamento. Contudo, pode-se verificar de sua escrita fiscal que operações idênticas com outros Estados tiveram tratamento diferente.

Invoca o princípio da revisibilidade dos atos administrativos, alegando que o processo se encontra eivado de vícios insanáveis e tal princípio se aplica exatamente na possibilidade da existência de exigências infundadas ou outros elementos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Alega que foram apresentados recibos de pagamentos referentes às notas fiscais relacionadas na intimação fiscal, e que os pagamentos são feitos à vista, mediante a entrega da mercadoria, por questões de segurança. Não obstante, a Fiscalização entendeu que recibo não é forma de comprovação de pagamento, aceitando como comprovante de pagamento somente cópia de cheque, extrato bancário, duplicata com quitação bancária, comprovante de depósito.

Acrescenta que, para o arbitramento do valor da operação, a Fiscalização adotou o indicador semanal do preço de álcool praticado entre a usina produtora e a distribuidora de combustível e não, um indicador que contemplasse as operações entre a distribuidora e os postos revendedores. Diz que não pode o Fisco utilizar-se de cotação semanal, quando o preço da mercadoria varia diariamente, para não dizer por hora, por se tratar de *commoditie*. De acordo com o Centro Avançado em Economia Aplicada (CEPEA), a metodologia adotada não contempla o frete da usina até a distribuidora, nem tampouco, os impostos federais.

Conclui não restar dúvida de que a Fiscalização adotou o preço de partida de usina sem fretes ou agregações dos impostos, com finalidade exclusiva de forçar uma suposta diferença de tributação a favor do Fisco mineiro.

Ressalta que, de acordo com as regras de escrituração, os livros fiscais fazem prova em favor de quem os escreve e, no caso, o arbitramento está baseado em presunção simples. Presunção esta, que revela uma inversão do ônus da prova contrária à lei e, por isto, deve ser afastada.

Requer que seja julgada procedente a impugnação, para declarar nulo o Auto de Infração e determinar o arquivamento do Processo Tributário Administrativo (PTA).

A Fiscalização, em bem fundamentada manifestação de fls. 426/444, que foi adotada para a decisão, da qual passou a fazer parte integrante, refuta detalhadamente as alegações da defesa, pedindo seja o lançamento julgado procedente.

DECISÃO

Da Preliminar

Não obstante as várias questões trazidas na arguição de nulidade, tratar-se-á como preliminar, nesta decisão, da alegada ausência da ordem de serviço, ou seja, falta de instrumento administrativo que autoriza ao agente da Fiscalização a desenvolver seu trabalho de fiscalização em determinada empresa; da alegada falta do princípio da objetividade da ação fiscal e da alegação de que o AI se encontra eivado de vícios.

As demais questões apresentadas confundem-se com o próprio mérito do trabalho e serão tratadas quando de seu exame.

Examine-se, pois, as disposições do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos do Estado de Minas Gerais, aprovado pelo Decreto nº 44.747 de 03 de março de 2008, (RPTA), que relacionou no seu artigo 89 os elementos que deve conter o AI, *in verbis*:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Art. 89. O Auto de Infração e a Notificação de Lançamento conterão, no mínimo, os seguintes elementos:

I - número de identificação;

II - data e local do processamento;

III - nome, domicílio fiscal ou endereço do sujeito passivo e os números de sua inscrição estadual e no CNPJ ou CPF;

IV - descrição clara e precisa do fato que motivou a emissão e das circunstâncias em que foi praticado;

V - citação expressa do dispositivo legal infringido e do que comine a respectiva penalidade;

VI - valor total devido, discriminado por tributo ou multa, com indicação do período a que se refira;

VII - os prazos em que o crédito tributário poderá ser pago com multa reduzida, se for o caso;

VIII - intimação para apresentação de impugnação administrativa, se cabível, com indicação do respectivo prazo, ou anotação de se tratar de crédito tributário não-contencioso;

IX - a indicação da repartição fazendária competente para receber a impugnação, em se tratando de crédito tributário contencioso.

E acrescenta, no seu artigo 92:

Art. 92. As incorreções ou as omissões da peça fiscal não acarretarão a sua nulidade, quando nela constarem elementos suficientes para determinar com segurança a natureza da infração argüida.

Da análise dos dispositivos regulamentares acima transcritos é possível verificar que o presente AI atende plenamente aos mandamentos ali insculpidos, pois, contém todos os elementos necessários a demonstrar a verdade material, para que se determine com segurança a natureza da infração.

No Relatório do AI, no seu anexo, nas planilhas e demonstrativos que o acompanham está evidenciado, de forma clara e concisa, a capitulação legal, autoria, circunstâncias materiais do fato e seus efeitos e a penalidade aplicada.

Portanto, o princípio da estrita legalidade foi cumprido, pois o fato está subsumido na lei e os aspectos da hipótese tributária, quais sejam, pessoal, temporal, espacial, material e quantitativo, encontram-se delineados nos autos.

No AIAF a Fiscalização mencionou que “os documentos solicitados já foram apresentados” (fls. 2); e a comprovar tal assertiva, estão as partes do Diário Geral e o Razão Analítico, que interessam ao presente processo, anexadas às fls. 145/171. Conforme esclarece o Fiscal, a Autuada apresentou o livro Diário Geral (com Balancete de Verificação, Demonstrativo de Resultado, Balanço Patrimonial, Plano de Contas) e o

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Razão, sendo os mesmos analisados, apurados e copiadas as partes que interessam a esta ação fiscal.

Com efeito, verifica-se dos elementos constantes dos autos e do resultado da ação fiscal, consubstanciada no AI de fls. 03/04, que foram analisados os documentos fiscais e livros contábeis da Autuada. E o AIAF (fls. 02) menciona expressamente que o trabalho de fiscalização "tem como objetivo o exame do cumprimento das obrigações principal e acessória, inclusive da escrituração contábil, relativamente ao período de 01.01.2006 a 31.12.2006."

Não há que se falar, pois, em falta de objetividade da ação fiscal, tampouco, que a escrituração contábil não foi analisada.

Quanto a alegada ausência de instrumento administrativo que autoriza o desenvolvimento do trabalho fiscal, conforme esclarece a Fiscalização, a Ordem de Serviço (OS) foi emitida e é renovada a cada período, pois, a Autuada estava sob acompanhamento fiscal para a auditoria que realizou. Acrescenta que, em nenhum momento, a OS ou a identidade funcional do Fiscal foi negada à Autuada.

Destaque-se, neste sentido, que o trabalho do Fiscal, na circunscrição da DF de Uberlândia, é de natureza continuada em todos os postos revendedores, visando o levantamento de indícios de sonegação e verificação dos preços de venda de combustíveis, inclusive.

A Lei nº 13515/2000 no seu artigo 4º, inciso VI, invocado pela Autuada, dispensa a apresentação de OS nos casos de fiscalização de natureza continuada, *in verbis*:

Art. 4º - São direitos do contribuinte:

(...)

VI - a apresentação de ordem de serviço nas ações fiscais, dispensada essa nos casos de controle do trânsito de mercadorias, flagrantes e irregularidades constatadas pelo fisco, nas correspondentes ações fiscais continuadas nas empresas inclusive;

(...).

Entretanto, em que pese à dispensa da OS, verifica-se que o seu número encontra-se mencionado no Auto de Infração (AI) de fls. 03, o qual foi assinado pelo Delegado Fiscal da Delegacia Fiscal (DF) de Uberlândia, que é responsável, também, pela emissão da OS, comprovando-se, deste modo, que a mesma foi expedida.

Desta forma, rejeitam-se, as prefaciais arguidas, uma vez que o trabalho fiscal observou as formalidades para o seu desenvolvimento, de modo objetivo, conforme definido no AIAF, e o AI foi lavrado com a observância dos requisitos previstos em regulamento.

Do Mérito

A autuação trata da constatação, mediante análise e conferência de documentos fiscais e contábeis da Autuada, desenvolvidas pela Fiscalização no

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

exercício de 2006, de retenção a menor de ICMS, devido por substituição tributária, em operações com combustível (álcool etílico hidratado carburante – AEHC), decorrente da majoração indevida da base de cálculo do imposto da operação própria efetuada pelo alienante/remetente da mercadoria.

Os fundamentos expostos na Manifestação Fiscal foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e por esta razão passam a compor o presente Acórdão, salvo algumas alterações.

Inicialmente, cabe esclarecer que:

- os sócios da Autuada são proprietários de uma transportadora e possuem 12 (doze) postos revendedores de combustíveis, todos sem exclusividade de bandeira (bandeira branca), o que significa que podem comprar combustível de qualquer distribuidora de combustíveis;

- 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 mesmo Anexo.

- o Preço Médio Ponderado a Consumidor Final (PMPF) do AEHC (fls. 22 e 23), utilizado para a base de cálculo do ICMS/ST devido ao Estado de Minas Gerais, origina-se de preços de pesquisa, nos termos de convênio interestadual. O secretário executivo do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ) divulga, quinzenalmente, o PMPF das unidades federadas participantes.

Conforme Planilha Inicial, anexada às folhas 11/16, as aquisições de álcool hidratado efetuadas pela Autuada referem-se a operações interestaduais, de contribuintes sediados no Estado de São Paulo.

O imposto a recolher nestas operações, a título de substituição tributária, é 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, de acordo com o artigo 79, inciso II, alínea “a”, Anexo XV, do RICMS/2002.

A Fiscalização, ao realizar a análise dos documentos fiscais da Autuada, em suas operações com AEHC, em que foram remetentes distribuidoras estabelecidas no Estado de São Paulo, verificou que os valores recolhidos a título de ICMS/ST variavam, sistematicamente, para menos, indicando que a base de cálculo da operação própria poderia estar sendo manipulada pelo emitente da nota fiscal, objetivando a retenção a menor do imposto.

Diante destes indícios, o Fiscal aprofundou na análise dos documentos, resultando na lavratura do AI em exame.

Do confronto dos preços praticados pela Autuada em suas vendas a consumidor final, lançados no Livro de Movimentação de Combustíveis (LMC), com os preços consignados nas notas fiscais de aquisição de álcool hidratado, neles incluído a parcela do ICMS/ST, constatou que a Autuada praticou preço de venda do álcool etílico para consumidor final menor do que o preço de aquisição (Anexo nº. 1 à Autuação Fiscal, fls. 17/18). A título de exemplo, menciona-se:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

a) Nota Fiscal de aquisição nº. 8017: preço por litro na aquisição, R\$ 2,17 (dois reais e dezessete centavos); preço de venda foi R\$ 1,89 (um real e oitenta e nove centavos), conforme o LMC da Autuada (fls.175 do livro e fls. 19 dos autos);

b) Nota fiscal de aquisição nº. 10853: preço por litro na aquisição, R\$ 2,18 (dois reais e dezoito centavos); preço de venda foi de R\$ 1,65 (um real e sessenta e cinco centavos), conforme o LMC (fls. 39 do livro e fls. 20 dos autos).

Importante destacar que neste 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 e, há que se considerar que, o objetivo final de qualquer empresa é obtenção de lucro, ou seja, praticar preço de venda que possa suportar os custos do produto comercializado.

A base de cálculo da operação própria foi arbitrada pela Fiscalização, conforme demonstrado às fls. 11/16, uma vez que a Autuada, embora tenha sido intimada a apresentar os comprovantes de pagamento do valor real da operação de compra do AEHC, mediante documentos idôneos, não o fez.

A Impugnante alega, em sua defesa, ter apresentado a documentação solicitada e que o Fiscal não a teria considerado. Porém, o que se evidencia é que a Autuada não apresentou documentos hábeis para provar os recolhimentos efetuados. Foram apresentados apenas recibos rubricados por pessoas estranhas ao processo, não havendo provas de que, quem os assinou, tinha competência para atestar os recebimentos. Não há sequer a identificação das pessoas que rubricaram os recibos (fls. 85). Não foram anexados aos autos documentos que comprovassem o real valor da operação realizada, tais como, cópia de cheque, extrato bancário, mencionados na Intimação de fls. 07/08.

Acrescente-se que dos recibos apresentados pela Autuada, pode ser verificada a aposição de carimbo de uma distribuidora no documento de outra distribuidora estranha àquela. Neste sentido, destaca-se o carimbo da Petropalmas Distribuidora de Petróleo Ltda. (fls. 134, dentre outras), foi colocado no recibo da King Oil Distribuidora de Combustíveis Ltda. (fls.135/393).

Inferre-se, por conseguinte, que não restou à Fiscalização alternativa outra senão o arbitramento do valor das operações.

Porém, a Impugnante se insurge contra o procedimento, alegando que somente seria admissível o arbitramento se inexistisse escrituração, houvesse recusa da apresentação da escrituração ou se a mesma fosse imprestável. Aduz que a sua escrituração contábil não foi analisada e não houve critério na seleção dos documentos cuja operação foi arbitrada, uma vez que a Fiscalização aplicou o arbitramento a todos os negócios realizados por ela com distribuidores do Estado de São Paulo.

O arbitramento, no entanto, tem suporte no artigo 142 e 149 do Código Tributário Nacional (CTN), no artigo 51, incisos I e VI, da Lei nº 6.763/1975, e no artigo 53, Parte Geral, do RICMS/2002, abaixo transcritos.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

CTN

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

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”.

Lei nº. 6.763/75

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.

RICMS/2002

Art. 53 - O valor da operação ou da prestação será arbitrado pelo Fisco, quando:

I - não forem exibidos 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;

(...).

No caso, a Autuada diz que efetua os pagamentos à vista, conforme Declaração anexada às fls. 10 dos autos e apresenta os recibos, já citados. Todavia foram juntadas cópias do Diário e do Razão Analítico (fls. 145/171), de onde se extrai

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

que as compras de AEHC efetuadas das distribuidoras relacionadas às fls. 8 são feitas a prazo (fls.146 e seguintes) e o pagamento efetuado a prazo (fls.148 e seguintes).

Assim, cabe ressaltar, em face das alegações da Impugnante, que os seus livros contábeis contrariam a sua afirmação contida na Declaração de fls. 10.

Outrossim, verifica-se das notas fiscais anexadas (fls. 25 a 84), que não há informações no campo “Fatura” de tais notas, sobre a aquisição do AEHC com prazo para pagamento.

Por outro lado, evidencia-se que não houve recusa no recebimento de documentos apresentados pela Autuada, tão somente foi expedida nova intimação (fls. 07), no sentido de buscar a verdade material, no presente processo. O que o Fiscal fez foi relacionar algumas formas de comprovação de pagamento que a Autuada poderia utilizar, não se consubstanciando em uma relação taxativa.

Neste diapasão, menciona-se, exemplificativamente, dentre várias decisões deste Egrégio Conselho de Contribuintes sobre matéria semelhante, o Acórdão 17.411/07/2ª, de 18/04/2007, de onde se transcreve:

NESTE SENTIDO, A IMPUGNANTE TENTA COMPROVAR QUE AS OPERAÇÕES OCORRERAM PELOS VALORES DESCRITOS NOS DOCUMENTOS FISCAIS, TRAZENDO CÓPIAS DE RECIBOS DOS FORNECEDORES OS QUAIS BUSCAM ATESTAR O RECEBIMENTO DOS VALORES DISCRIMINADOS NAS NOTAS FISCAIS, CONFORME DOCUMENTOS DE FLS.

(...)

ENTRETANTO, EMBORA A CÂMARA TENHA EFETUADO MINUCIOSA ANÁLISE DESSES DOCUMENTOS, RESTOU DEMONSTRADO QUE OS MESMOS NÃO TÊM O CONDÃO DE ATESTAR O EFETIVO VALOR DA OPERAÇÃO.

ISTO PORQUE OS RECIBOS TRAZIDOS AOS AUTOS, DE CÓPIAS NÃO 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.

(...).

A reforçar este entendimento está o artigo 320 do Código Civil de 2002 (CC/2002), que prescreve, *verbis*:

Art. 320 - A quitação, que sempre poderá ser dada por instrumento particular, designará o valor e a espécie da dívida quitada, o nome do devedor, ou quem por este pagou, o tempo e o lugar do pagamento, com assinatura do credor, ou do seu representante.

No caso, o parâmetro adotado para o arbitramento da base de cálculo do valor da operação própria, como já informado, foi o indicador mensal de preço

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

divulgado pelo CEPEA/ESALQ/USP- Centro Avançado em Economia Aplicada e a Escola Superior de Agricultura “Luiz de Queiroz” da Universidade de São Paulo.

O CEPEA/ESALQ/USP disponibiliza, para vários produtos, análises conjunturais, séries estatísticas e gráficos elaborados por pesquisadores do Órgão. Os indicadores do AEHC são resultado de um trabalho de levantamento sistemático diário de preços negociados. Os preços considerados são os preços de produtores (usinas). Tanto o indicador mensal, quanto o semanal, correspondem à média de preços ponderados pelos volumes negociados.

Importante ressaltar que a justificativa da utilização do procedimento do arbitramento não é simplesmente pelo fato da Autuada ter adquirido o álcool etílico 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. O que justificou a utilização de tal procedimento foi a falta de informações reais sobre o valor das operações.

Por sua vez, a Fiscalização, nas Planilhas de fls. 14/16, demonstra, detalhadamente, o cálculo da diferença do ICMS/ST exigido para cada nota fiscal, objeto da autuação.

A Fiscalização arbitrou em 5% (cinco por cento) para o frete e em 10% (dez por cento) para a margem de lucro, informando que tais valores foram utilizados objetivando apenas o real recolhimento do imposto devido ao Estado de Minas Gerais, não tendo havido em nenhum momento o desejo de causar prejuízos à Autuada.

Cabe ressaltar que quanto menor for o percentual adotado para o frete, menor será a base de cálculo da operação própria do Estado de São Paulo e, como consequência, menor será o imposto devido àquele Estado. Isso levará a um aumento do imposto de ICMS/ST devido ao Estado de Minas Gerais, ou seja, será mais oneroso para o contribuinte.

Se fosse considerada a média de alguns conhecimentos de Transportes Rodoviários de Cargas (CTRCs) do ano de 2006, preservando-se a distância entre a origem e o destino, emitidos pela transportadora “Alpha Petróleo Ltda.”, que faz o transporte dos combustíveis e possui o mesmo quadro societário da Autuada, ter-se-ia um recolhimento muito maior para o Estado de Minas Gerais do que o valor exigido neste AI, pois, verifica-se que se encontra destacado nos CTCRCs um valor médio bem abaixo dos 5% (cinco por cento) ora considerados.

A base de cálculo do ICMS/ST, devido ao Estado de Minas Gerais, resulta de valores unitários oriundos de pesquisa realizada, nos termos de Convênio celebrado entre os Estados federados originando o preço médio ponderado a consumidor final - PMPF. Conforme pode se verificar às fls. 22 e 23, o PMPF praticamente não alterou dentro do mês e o preço semanal ou mensal do CEPEA, correspondem à média ponderada dos preços dos volumes negociados e, portanto, não há diferenças expressivas no resultado do trabalho fiscal se adotasse o indicador semanal ou mensal.

A Autuada afirma que se partir do preço das distribuidoras deveria ser acrescentado o ICMS operação própria, PIS, COFINS, CSLL e IRPJ, além do frete até o posto, pois esta mercadoria é adquirida na cláusula “SIF”. Examine-se o que dispõe

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Constituição Federal de 1988 (CF/1988), a respeito da incidência de impostos nos combustíveis, no § 3º do seu artigo 155, abaixo transcrito:

Art. 155

(...)

§ 3º À exceção dos impostos de que tratam o inciso II do caput deste artigo e o art. 153, I e II, nenhum outro imposto poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº. 33, de 2001)

Vale lembrar, que a Lei Complementar 87 de 1996, em conformidade com o § 2º, alínea “h”, inciso XII, do artigo 155 da CF/1988, ao estabelecer as normas gerais relacionadas ao ICMS, determinou, como aspecto quantitativo, para a operação em referência:

Art. 8º A base de cálculo, para fins de substituição tributária, será:

(...)

II - em relação às operações ou prestações subseqüentes, obtida pelo somatório das parcelas seguintes:

a) o valor da operação ou prestação própria realizada pelo substituto tributário ou pelo substituído intermediário;

b) o montante dos valores de seguro, de frete e de outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço;

c) a margem de valor agregado, inclusive lucro, relativa às operações ou prestações subseqüentes. (...)

§ 5º O imposto a ser pago por substituição tributária, na hipótese do inciso II do caput, corresponderá à diferença entre o valor resultante da aplicação da alíquota prevista para as operações ou prestações internas do Estado de destino sobre a respectiva base de cálculo e o valor do imposto devido pela operação ou prestação própria do substituto.

O Estado de Minas Gerais, na qualidade de ente tributante, seguiu as determinações estabelecidas na citada Lei Complementar, inserindo-as na Lei nº. 6.763/1975 por meio do § 19, do seu artigo 13, evidenciando a obrigação impingida ao remetente de outro Estado quanto ao recolhimento do valor devido a Minas Gerais, a título de substituição tributária.

Cumpre salientar, então, que uma vez comprovada a simulação, o que se traduz na maior dificuldade detectada na situação apontada, é de se considerar cabível a cobrança do valor devido a este Estado a título de substituição tributária.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

É de se ressaltar que ao remetente da mercadoria, contribuinte de outro Estado, impõe-se a condição de substituto tributário, classificando-se como contribuinte deste Estado ao qual se aplicam as normas estatuídas pelo regramento vigente nesta Unidade Federada.

Desta forma, a autuação fiscal encontra-se plenamente amparada pela legislação aplicável, artigo 75, do Anexo XV, do RICMS/2002, que estabelece sobre o valor do imposto a ser recolhido a título de substituição tributária para este Estado.

Extraí-se daí, que o valor apurado em conformidade com a fórmula adotada, apresenta como resultado, um valor mais benéfico à autuada, apurado em consonância com a prática fiscal, consolidada no sentido da cobrança do ICMS na situação enfocada.

Esclareça-se, ainda, que relativamente ao exercício de 2006, todas as notas fiscais de compra de álcool de fora do Estado de Minas Gerais informadas pela empresa estão relacionadas às fls. 8 e 9 e que naquele exercício não efetuou compras de outros Estados.

Cabe acrescentar, por fim, que a responsabilidade da Autuada decorre de disposição legal, que emana do dispositivo abaixo transcrito:

Lei nº. 6.763/75

Art. 21 - São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

§ 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.

RICMS/2002

Anexo XV

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.

A Multa de Revalidação foi corretamente exigida, consoante prescrição do artigo 56, inciso II, § 2º, inciso II, da Lei nº. 6.763/1975, *in verbis*:

Art. 56 - Nos casos previstos no inciso III do artigo 53, serão os seguintes os valores das multas:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

II - havendo ação fiscal, a multa será de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, observadas as hipóteses de reduções previstas nos §§ 9º e 10 do art. 53.

(...)

§ 2º - As multas serão cobradas em dobro, quando da ação fiscal, aplicando-se as reduções previstas no § 9º do art. 53, na hipótese de crédito tributário:

(...)

II - por falta de pagamento do imposto nas hipóteses previstas nos §§ 18, 19 e 20 do art. 22;

(...).

Conclui-se, assim, que as alegações da Impugnante não lograram êxito em atingir o mérito do trabalho fiscal, não ensejando a revisibilidade, nos termos arguidos e não se mostram capazes para descaracterizar as irregularidades apuradas pela Fiscalização.

Desta forma, estando presentes no Auto de Infração todos os requisitos e pressupostos necessários e, como a Impugnante não trouxe nenhum argumento ou fato que acarretasse sua modificação ou anulação, conclui-se pela correção das exigências fiscais em questão.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais arguidas. No mérito, também à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Edécio José Cançado Ferreira (Revisor) e Luciana Mundim de Mattos Paixão.

Sala das Sessões, 15 de abril de 2009.

Mauro Heleno Galvão
Presidente

Maria de Lourdes Medeiros
Relatora