

Acórdão: 15.311/02/3<sup>a</sup>  
Impugnação: 40.010058755-10  
Impugnante: Petrobrás Distribuidora S.A  
Proc. Suj. Passivo: José Geraldo Saúde Fonseca/Outros  
PTA/AI: 01.000134607-04  
Inscrição Estadual: 433.059023-1085  
Origem: AF/III Montes Claros  
Rito: Ordinário

**EMENTA**

**BASE DE CÁLCULO – SAÍDA COM VALOR INFERIOR AO CUSTO – Constatou-se que a Autuada efetuou vendas de óleo combustível 7A, por valor inferior ao custo de aquisição. Infração caracterizada. Razões da Impugnante insuficientes para ilidir o feito fiscal. Exigências mantidas.**

**Lançamento Procedente. Decisão unânime.**

**RELATÓRIO**

A autuação versa sobre vendas de óleo combustível 7A, no período de maio a outubro de 1998, por valor inferior ao custo de aquisição, em desacordo com as disposições contidas no art. 51, do RICMS/96, vigente à época.

Lavrado em 27/09/99, AI exigindo ICMS e MR.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 60/63.

O Fisco manifesta às fls. 75/79, refutando as alegações da Impugnante.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 103/107, opina pela procedência parcial do Lançamento, para excluir os coobrigados do pólo passivo da obrigação tributária.

A 3ª Câmara de Julgamento, em sessão realizada em 27/12/01, deliberou enviar os autos à Procuradoria Geral da Fazenda Estadual, para verificação da eficácia do julgamento do presente feito em razão da inconstitucionalidade do art. 51, do RICMS/96, argüida junto ao STF.

Em resposta à indagação da 3ª Câmara, a Procuradoria Geral da Fazenda Estadual, expediu o Memo/GAB/SPCD/PGFE n.º 08/02, fls. 109 e 110, esclarecendo

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

sobre os efeitos “ex-nunc” da Decisão da Liminar relativa a ADIN 1951-1, requerida pela Confederação Nacional do Comércio (CNC), contra o Governo do Estado de Minas Gerais. Afirmado não haver qualquer impedimento para o prosseguimento do contencioso administrativo, visto que a decisão em questão fora proferida em 13/10/99, com acórdão publicado no DJU de 17/12/99, ao passo que o Auto de Infração fora lavrado em 27/09/99 e recebido em 28/09/99.

### **DECISÃO**

Inicialmente vale ressaltar que os fundamentos do parecer da Auditoria Fiscal, integram a presente decisão, à exceção da questão relacionada à sujeição passiva.

Cumprido recordar que no período fiscalizado o responsável substituto era o distribuidor mineiro (Art. 192, III, a.2, e § 6º, RICMS/96).

“Art. 192 - A responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS incidente nas subseqüentes saídas, em operação interna, de combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo, exceto coque verde de petróleo, é atribuída, por substituição tributária, inclusive quando o destinatário for Transportador Revendedor Retalhista ( TRR), observado o disposto no § 3º.

I - à refinaria de petróleo ou suas bases, situadas nesta ou em outra unidade da Federação, inclusive em relação ao álcool anidro adicionado à gasolina pelas distribuidoras, ainda que o álcool não tenha saído de seu estabelecimento, observado o disposto no § 6º e no artigo 198 deste Anexo;

...

III - ao distribuidor:

...

a.2 - óleo combustível, exceto diesel;

...

§ 6º - O disposto no inciso I não se aplica relativamente ao óleo combustível, exceto diesel, querosene de aviação, querosene iluminante e gasolina de aviação.” ( grifo nosso)

No entanto, as operações de saídas, objeto desta autuação, não estavam sujeitas ao regime da substituição tributária, posto que as vendas foram realizadas

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

**com consumidores finais**, conforme depreende-se da alegação expendida pela própria Impugnante (fls. 62).

Tal esclarecimento se faz necessário para dirimir qualquer dúvida porventura existente quanto à arguição pela Impugnante de que se manter o lançamento estará exigindo o ICMS em duplicidade.

O procedimento técnico adotado pelo Fisco está em consonância com o artigo 194, IV, do RICMS/96, *verbis*:

“Art. 194- Para apuração das operações ou prestações realizadas pelo sujeito passivo, o fisco poderá utilizar quaisquer procedimento tecnicamente idôneos, tais como:

(...)

IV- levantamento quantitativo de mercadorias e valores (quantivalor);”

Observa-se que no levantamento efetuado pelos autuantes (fls. 07 a 30), foram registrados os dados atinentes ao estoque inicial, às aquisições e às saídas do produto óleo combustível 7A, no período de janeiro/98 a outubro/98, considerando a quantidade, o valor e a data de cada operação, de forma que se torna perfeitamente explícita as saídas com valor inferior ao custo (valor de aquisição).

Dispunha o art. 51, do RICMS/96, vigente à época dos fatos :

“Art. 51 - Em qualquer hipótese, o valor tributável não poderá ser inferior ao custo da mercadoria ou da prestação do serviço.”

Depreende-se da norma em enfoque que a legislação tributária, ao vincular o valor mínimo tributável ao custo da mercadoria ou da prestação de serviço, levou em conta o fato de uma empresa não sobreviver no mercado, caso optasse, por qualquer razão, pela prática de venda de mercadoria com preço inferior ao custo.

No caso em tela, verifica-se que a Autuada não realizou apenas uma operação com valor inferior ao custo, mas várias, e em um período longo, o que causaria um dano expressivo e irreversível à empresa.

Para justificar a venda abaixo do custo de aquisição, a Impugnante alega a existência de um pacto de “Exclusividade”, oferecendo a seus clientes desconto ou abatimento incondicionados. Realmente a Autuada pode praticar o preço que lhe convier, no entanto, em conformidade com o art. 51, do RICMS/96, deveria ter oferecido à tributação uma base de cálculo igual ou superior ao custo de aquisição do óleo combustível 7A.

Ressalta-se que não há qualquer valor a ser concedido a título de crédito à Impugnante, uma vez que em sua defesa, fls. 62, “item 10”, ela própria confessa que já creditara da importância do ICMS destacados nos documentos de aquisições.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A impugnante questiona, ainda, a inclusão dos diretores da empresa no pólo passivo do vertente Auto de Infração.

Entretanto, nos termos da Instrução Normativa DCT/SRE n.º 01/95, constata-se que a inclusão dos mesmos apenas se dera na condição de diretores, visto que nem foram intimados da lavratura da peça fiscal, ora em discussão.

Desta forma, reputa-se legítima a exigência do ICMS sobre a diferença não tributada pela Autuada, bem como a exigência da Multa de Revalidação prevista no art. 56, II, da Lei 6763/75.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o Lançamento. Participaram do julgamento, além da signatária, os Conselheiros: Francisco Maurício Barbosa Simões ( Revisor), Antônio César Ribeiro e Edwaldo Pereira de Salles.

**Sala das Sessões, 05/03/02.**

**Aparecida Gontijo Sampaio  
Presidenta/Relatora**