

Acórdão: 15.311/02/3^a
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**