

Acórdão: 17.136/05/1^a Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010113807-30 (Coobr.)
Impugnante: Destilaria Alvorada do Bebedouro Ltda. (Coobr.)
Autuada: Serta Distribuidora de Petróleo do Brasil Ltda.
PTA/AI: 01.000145237-34
Inscr. Estadual: 283.326759.00-60 (Coob.)
Origem: DGP/SUFIS

EMENTA

DIFERIMENTO - DESCARACTERIZAÇÃO - FALTA DE RECOLHIMENTO PELA DESTINATÁRIA - ÁLCOOL ANIDRO. Constatado que a Autuada não recolheu diretamente aos cofres mineiros os valores de ICMS relativos às suas aquisições de álcool anidro sob abrigo do diferimento, obrigação a que estava sujeita uma vez que não informou à refinaria, através dos relatórios previstos na legislação para este fim, as suas aquisições do produto em Minas Gerais. Infração caracterizada nos autos. Responsabilidade da Coobrigada respaldada pelo artigo 11 do RICMS/96 e 02 c/c artigo 21, § 1º, inciso III da Lei 6763/75. Exigências fiscais mantidas. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Aos 08 de outubro de 2003, tiveram início os trabalhos de fiscalização no estabelecimento paulista, relativamente ao período de set./98 a set. 03.

Findos estes, foi apurado que, no período fiscalizado, a Autuada, Serta Distribuidora de Petróleo do Brasil Ltda., adquiriu álcool etílico anidro combustível da Coobrigada, Destilaria Alvorada do Bebedouro Ltda., com pagamento de imposto diferido, mas não cumpriu o disposto no Convênio Confaz 105/92 e 03/99, legislação estadual em vigor e suas posteriores alterações, ao deixar de informar o fato à refinaria (Petrobrás – Paulínia/SP), através de relatórios, para que esta pudesse proceder ao repasse dos valores devidos a este Estado.

A distribuidora tampouco recolheu aos cofres mineiros os referidos valores.

Foi, então, lavrado Auto de Infração, para exigir ICMS e MR, pela infringência aos artigos: 8º; 11; 12, I; 13; 43, II-c; 44, IV-a, da Parte Geral do RICMS/96; 43, a, de seu Anexo II; 389, I e §1º; 390, I, II - alínea a e subalíneas b e c, e §2º; 391, I, II - alínea a e subalíneas b e c; 396, I e II; 398, I e II; 399 e 401, de seu Anexo IX.

Instruíram-no os documentos de fls. 02 a 04 e 08 a 88.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- TIAF n.º 113773, de 08.10.2003 (fl. 02) – verificação fiscal referente a ST – menciona o Ofício Credencial PEC 11-310 n.º 018/2003;
- Ofício Credencial PEC 11-310 n.º 018/2003, de 01.10.2003 (fl. 04) – resposta à solicitação de credenciamento feita pela SEF/MG, através do Ofício SRE/DIF/NCONEXT/SP n.º 266/2003;
- relatório fiscal (fls. 09 a 11);
- Anexo I – detalhamento da legislação infringida (fls. 12-13) – texto legal (fls. 14-19);
- Anexo II – demonstrativo do crédito tributário (fl. 20);
- Anexo III – planilha contendo NF, valores e índices utilizados na apuração do imposto devido por operação (fls. 21 a 26);
- cópia das NF - amostragem (fls. 27 a 52) → todas as notas contém a observação de que o imposto é diferido;
- dados referentes aos repasses de ICMS/ST, pela Petrobrás, ao Estado de MG (fls. 53 a 76);
- AR - Autuada (fl. 77) – não assinado – carimbo de 10.05.2004;
- AR – Orandi Mardegan Durães e outros / São Paulo (fl. 79) – assinado por Bartolomeu da Costa Bezerra – de 20.05.2004;
- AR – Claudemir Fernandes de Barros / São Paulo (fl. 81) – não assinado – carimbo de 21.05.2004;
- intimação por edital (fl. 83) – Minas Gerais de 10.06.2004;
- AR – Coobrigada (fl. 84) – 13.05.2004;
- Ofício SEF/SP n. 247/2004, dirigido à Coobrigada (fl. 85 a 87) – informa que não foi realizado o repasse do ICMS referente às vendas realizadas, à Autuada, sob abrigo do diferimento e ressalta sua responsabilidade pelo recolhimento;
- AR – comunicação do ofício 247 (fl. 88) – 06.05.2004.

Não se conformando com a imputação fiscal, a empresa Coobrigada apresentou, regular e tempestivamente, a Impugnação de fls. 89 a 100.

Transcreve dispositivos do regulamento mineiro e do Convênio 03/99, para deles concluir que:

“a) à distribuidora de combustíveis destinatária do álcool anidro compete comunicar às unidades federadas de origem e de destino e à refinaria de petróleo ou às suas bases os dados relativos a cada operação;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

b) o recolhimento do ICMS nas saídas de álcool anidro do Estado é de responsabilidade da refinaria de petróleo ou de suas bases, no momento em que ocorrer saída da gasolina em que é misturado, na condição de sujeito passivo por substituição”.

Considera injusta a exigência que lhe é dirigida, quando quem infringiu a legislação foi a distribuidora de combustíveis, empresa regularmente inscrita em todos os órgãos que a habilitam ao exercício da atividade mercantil.

Acrescenta que não tem poder de polícia, não lhe sendo possível saber o que se passa com o comprador da mercadoria.

Entende que o Auto de Infração foi erroneamente lavrado, seja por errônea eleição da Coobrigada, seja “por se tratar de objeto sequer incluído no campo de incidência do ICMS”.

Aduz que a Impugnante realizou uma operação de compra e venda de álcool anidro com a empresa Serta, a qual foi revestida de todos os requisitos impostos pela legislação civil, comercial e tributária.

Explica que as notas fiscais continham a menção ao fato de que a operação estava amparada pelo diferimento do imposto – “técnica impositiva de deslocamento da exigência para momento posterior à ocorrência do originário fato gerador” e inserida na categoria da não incidência.

Tal inserção comprovar-se-ia diante da circunstância de que, “antes de verificada nova operação relativa à circulação da mesma mercadoria” seria “inexistente débito ou relação jurídica”. Assim, a norma que estabelece o diferimento subtrairia à incidência do ICMS uma certa operação relativa à circulação de mercadoria.

No tocante à sua eleição como Coobrigada, afirma ter sido um equívoco, uma vez que o artigo 11 do regulamento, ao tratar da responsabilidade do alienante, refere-se tão-só às operações internas, porque apenas nestas é viável a aplicação do diferimento. Nas interestaduais, o único devedor passaria a ser o substituto legal tributário.

Diz que, nos termos do artigo 128 do CTN, não pode ser considerada responsável tributária, pois não está vinculada ao fato gerador da obrigação tributária. “Estava (...) quando deu saída do produto para a cidade de Duque de Caxias-RJ. Se houve desinternamento, não foi por ela efetuado e nem estava a ela vinculado”.

Pede seja excluída da relação processual.

O Fisco rejeita a defesa apresentada, pelos fundamentos expostos na Manifestação de fls. 109 a 116.

De início, ressalta que o crédito está sendo exigido da distribuidora, mas que, por força do artigo 11 do RICMS/02, também é responsável por ele a remetente. E

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

tal responsabilidade é solidária, não comportando benefício de ordem, como estatuído pelo artigo 124 do CTN.

Frisa que não se discute, nesta contenda, operação sob regime de substituição tributária.

Quanto ao procedimento de fiscalização, averba que, no caso, não foi necessária a utilização do convênio de mútua colaboração, uma vez que, “quando se trata de combustível os convênios Confaz 105/92 e 03/99 prevêm a possibilidade de fiscalização pelo fisco mineiro na distribuidora localizada no Estado de São Paulo, mediante ‘credenciamento’ no fisco paulista”.

Afirma que:

“não há previsão legal que inclua o álcool anidro no campo da não incidência. Tanto é que: a operação de saída de álcool anidro possui o benefício do diferimento. A materialização do fato gerador deste diferimento conforme anexo II, item 43 do RICMS/96, acontece no momento em que ocorrer a saída da gasolina resultante da mistura com o álcool anidro, promovida pela distribuidora de combustível”.

Pondera que a legislação mineira, acolhendo o pactuado no Convênio 03/99, admite o benefício do diferimento em operações interestaduais – benefício usufruído pela própria Impugnante.

Pede a procedência do lançamento.

A Auditoria Fiscal exarou o despacho de fl. 120, determinando o retorno dos autos à origem, para cumprimento do disposto no artigo 21, §1º, III, da Lei nº 6763/75, concessão de prazo de 30 dias, à Coobrigada, para pagamento do imposto devido sem qualquer acréscimo.

Foi, então, enviado ofício à Coobrigada, detalhando a legislação aplicável e abrindo novo prazo para pagamento do imposto, mas não houve qualquer manifestação da parte interessada (fl. 122 a 125).

O processo foi remetido à Auditoria Fiscal, sendo exarado o Parecer de fls. 127 a 134, no qual opina pela procedência do lançamento.

Menciona que é incontroversa a aquisição, pela distribuidora Autuada, de álcool anidro da empresa mineira Coobrigada, com o benefício do diferimento do imposto. E complementa que, “em conformidade com os preceitos legais, o diferimento encerrou-se no momento em que a distribuidora promoveu a saída da gasolina resultante da mistura com o álcool anidro e o imposto correspondente deveria ter sido pago, pela refinaria de petróleo, na condição de sujeito passivo por substituição, englobadamente com o imposto retido por substituição tributária”.

Aduz que, para que este recolhimento fosse possível, seria necessária a prestação de informações, pelas distribuidoras, sobre as aquisições de álcool anidro

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

efetivadas junto às destilarias, o que não ocorreu no presente caso. Esta é a constatação que sobressai da análise dos 'Demonstrativos do recolhimento de ICMS/ST' elaborados pela refinaria (fls. 53 a 76).

Ao deixar de entregar, à refinaria, os relatórios, a distribuidora traz para si a responsabilidade pelo pagamento do imposto (RICMS/02, artigo 399).

No tocante à responsabilidade da Coobrigada, cita o artigo 11 do regulamento mineiro, o qual origina-se de mandamento contido no artigo 21 do CTN.

Por fim, comenta que a Coobrigada foi informada, em 06.05.2004, de que o adquirente dos produtos não cumpriu com a obrigação de recolhimento do imposto, mas que, por ter sido intimada da autuação em 13.05.2004, foi-lhe concedido novo prazo para pagamento do imposto sem acréscimos.

DECISÃO

A lide se circunscreve na exigência do ICMS devido nas saídas de álcool anidro, diferido, em operação interestadual da destilaria (Coobrigada mineira) para a distribuidora (autuada) localizada no Estado de São Paulo, em virtude do encerramento do diferimento, ocorrido quando das saídas de gasolina "C", promovidas por aquela distribuidora.

O diferimento do imposto incidente nas operações internas e interestaduais com álcool anidro surgiu com a cláusula décima quarta do Convênio ICMS 105/92, estando a matéria regulamentada à época dos fatos geradores aqui tratados no RICMS/96, em seu Anexo IX, Capítulo XLIX, Seção V, artigo 389/390 e seguintes. Em conformidade com o previsto na legislação, de fato, incumbe à distribuidora a obrigação de entregar à refinaria as informações relativas às operações realizadas ao abrigo do diferimento, na forma e prazos estabelecidos no decreto regulamentar, a teor da previsão contida no Anexo IX.

É fato incontroverso que a distribuidora autuada adquiriu álcool anidro da empresa mineira, Coobrigada neste feito fiscal, com o benefício do diferimento do imposto, conforme atestam as notas fiscais anexadas aos autos (por amostragem) às fls. 27/52. A relação da totalidade das operações identificadas e autuadas pelo Fisco encontra-se na planilha de fls. 21/26, estando a apuração do crédito tributário demonstrada e consolidada às fls. 20.

Em conformidade com os preceitos legais, o diferimento encerrou-se no momento em que a distribuidora promoveu a saída da gasolina resultante da mistura com o álcool anidro e o imposto correspondente deveria ter sido pago, pela Refinaria de Petróleo, na condição de sujeito passivo por substituição, englobadamente com o imposto retido por substituição tributária:

RICMS/96 - Anexo IX

Efeitos até 31/12/2001

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

"Art. 390 - Fica diferido o imposto incidente na saída de álcool:

I - anidro, em operação interna e interestadual, quando destinado a distribuidor de combustíveis, para o momento em que ocorrer a saída da gasolina resultante da mistura com aquele produto, promovida pelo estabelecimento destinatário;

(...)

§ 2º - O imposto diferido será pago englobadamente com o imposto retido por substituição tributária, observado o disposto no artigo 376 deste Anexo.

"Art. 392 - A refinaria de petróleo destinará a este Estado, até o dia 09 (nove) do mês subsequente ao de recebimento das informações de que trata a alínea "c" do inciso II do artigo anterior, a parcela do imposto diferido incidente sobre a operação interestadual com álcool anidro."

Efeitos a partir de 01/01/2002 - Redação dada pelo art. 3º e vigência estabelecida pelo art. 23, I, ambos do Decreto nº 42.929, de 26/09/2002, MG de 27.

Art. 389 - Fica diferido o imposto incidente na saída de álcool etílico:

I - anidro combustível, em operação interna e interestadual, quando destinado a distribuidor de combustíveis, para o momento em que ocorrer a saída da gasolina resultante da mistura com aquele produto, promovida pelo estabelecimento destinatário;

(...)

§ 1º - O imposto diferido será recolhido englobadamente com o imposto retido por substituição tributária, observado o disposto no artigo 376 deste Anexo.

Efeitos de 01/01/2002 a 30/09/2002 - Redação dada pelo art. 3º e vigência estabelecida pelo art. 23, I, ambos do Decreto nº 42.929, de 26/09/2002, MG de 27

Art. 391 - A refinaria de petróleo recolherá a este Estado, até o dia 10 (dez) do mês subsequente ao do recebimento das informações de que trata a alínea "c" do inciso II do artigo anterior, a parcela do imposto diferido incidente sobre a operação interestadual com álcool etílico anidro combustível".

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O texto legal evidencia ainda que, para que a refinaria possa efetuar o recolhimento do imposto diferido, na condição de substituto tributário, é necessário que receba da distribuidora as informações sobre as aquisições de álcool anidro efetivadas junto às destilarias:

Efeitos de 1º/07/99 a 31/12/2001 - Acrescido pelo art. 2º e vigência estabelecida pelo art. 7º, ambos do Dec. 40.456, de 02/07/99 - MG de 03/07.

"Art. 391 - O estabelecimento distribuidor destinatário localizado em outra unidade da Federação deverá:

(...)

II - entregar as informações relativas à operação, na forma e prazo estabelecidos na Seção VI deste Capítulo:

(...)

c - à refinaria de petróleo ou suas bases, sujeito passivo por substituição, fornecedora da gasolina a ser adicionada ao álcool anidro pela destinatária.

Efeitos a partir de 01/01/2002 - Redação dada pelo art. 3º e vigência estabelecida pelo art. 23, I, ambos do Decreto nº 42.929, de 26/09/2002, MG de 27

Art. 390 - O estabelecimento distribuidor destinatário do álcool etílico anidro combustível localizado em outra unidade da Federação deverá:

(...)

II - entregar as informações relativas à operação, na forma e prazo estabelecidos na Seção VI deste Capítulo:

c - à refinaria de petróleo ou suas bases, na condição de substituto tributário, fornecedora da gasolina a ser adicionada ao álcool etílico anidro combustível pela destinatária".

No presente caso, a Autuada deixou de entregar à refinaria de petróleo as necessárias informações para que esta pudesse recolher a este Estado o valor do imposto correspondente ao álcool anidro adquirido por ela, em operação interestadual, de remetente mineiro (Coobrigada).

Esta é a constatação que sobressai da análise dos "Demonstrativos do Recolhimento de ICMS Substituição Tributária" elaborados pela refinaria, demonstrando o repasse de ICMS substituição tributária sobre operações com combustíveis realizadas no período que compreende o período autuado, cujas cópias

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

instruem os autos às fls. 53/76. Não consta dos demonstrativos elaborados pela refinaria qualquer informação relativa a repasse de ICMS sobre álcool anidro adquirido pela Distribuidora autuada.

Esta última trouxe, portanto, para si, a responsabilidade pelo recolhimento do imposto relativo ao álcool anidro recebido com diferimento, a teor do disposto nos dispositivos legais que à época tratavam da matéria:

Efeitos de 1º/07/99 a 31/12/2001 - Acrescido pelo art. 2º e vigência estabelecida pelo art. 7º, ambos do Dec. 40.456, de 02/07/99 - MG de 03/07

"Art. 401 - O disposto nas Seções IV e V deste Capítulo não exclui a responsabilidade do distribuidor, do importador ou do TRR, pela omissão ou pela apresentação de informações falsas ou inexatas, podendo, neste caso, ser diretamente deles exigido o imposto devido na operação por eles realizada, com os respectivos acréscimos legais". (gn)

Efeitos de 01/01/2002 a 30/09/2002 - Redação dada pelo art. 3º e vigência estabelecida pelo art. 23, I, ambos do Decreto nº 42.929, de 26/09/2002, MG de 27

"Art. 399 - O disposto nas Seções IV e V deste Capítulo não exclui a responsabilidade do formulador, do distribuidor, do importador ou do TRR, pela omissão ou pela apresentação de informações falsas ou inexatas, podendo, neste caso, ser diretamente deles exigido o imposto devido na operação por eles realizada, com os respectivos acréscimos legais". (gn)

Sendo certo que as saídas de gasolina "C" promovidas pela Autuada encerraram o diferimento, resta inequívoca a correção da atribuição da sujeição passiva a esta pessoa.

No que se refere à eleição da Coobrigada, remetente do álcool anidro, para o pólo passivo da presente obrigação tributária, embora ela não tenha concorrido diretamente para as omissões praticadas pela distribuidora, o artigo 11 da Parte Geral do RICMS/96 e 02 é claro ao responsabilizá-la também pelo crédito tributário:

"Art. 11 - O diferimento não exclui a responsabilidade do alienante ou remetente da mercadoria ou do prestador do serviço, quando o adquirente ou destinatário descumprir, total ou parcialmente, a obrigação".

Esta previsão regulamentar origina-se de mandamento contido na Lei 6763/75, que ao tratar de responsabilidade tributária, no artigo 21, determina:

"Art. 21 - (omissis)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

§ 1º - Respondem subsidiariamente pelo pagamento do imposto e acréscimos legais:

(...)

III - na hipótese de diferimento do imposto, o alienante ou remetente da mercadoria ou o prestador do serviço, quando o adquirente ou destinatário descumprir, total ou parcialmente, a obrigação, caso em que será concedido ao responsável subsidiário, antes da formalização do crédito tributário, o prazo de trinta dias para pagamento do tributo devido, sem acréscimo ou penalidade".

Verifica-se às fls. 84/87 dos autos que o Fisco comunicou à Coobrigada o fato de que a adquirente dos produtos não cumpriu a obrigação e que de acordo com a legislação, a responsabilidade pelo pagamento ser-lhe-ia atribuída. No entanto, a Coobrigada tomou ciência do fato aos 06/05/2004 (AR fls. 88), tendo sido intimada do Auto de Infração aos 13/05/2004 (AR fls. 84), antes, portanto, de decorridos os 30 (trinta) dias previstos em lei para que pudesse efetuar o recolhimento do imposto diferido sem acréscimo ou penalidade.

À vista do mandamento legal transcrito, foi concedido à Coobrigada o prazo de 30 (trinta) dias para pagamento do imposto sem acréscimo ou penalidade, conforme se vê às fls. 122/124; decorrido o prazo sem que tenha sido recolhido o imposto devido, confirma-se a sua responsabilidade pela totalidade do crédito tributário exigido no presente Auto de Infração (ICMS, MR e juros moratórios).

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente a Dra. Nilber Andrade. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Edwaldo Pereira de Salles (Revisor) e Francisco Maurício Barbosa Simões.

Sala das Sessões, 15/06/05.

Roberto Nogueira Lima
Presidente

Juliana Diniz Quirino
Relatora

JDQ/EJ