

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 17.528/06/3^a Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010116977-17 (Aut.), 40.010114992-22 (Coob.)
Impugnante: Dínamo Distribuidora de Petróleo S/A. (Aut.), Destilaria Atenas Ltda. (Coob.)
Proc. S. Passivo: Elmiro Chiesse Coutinho Júnior (Aut.)/José de Aquino Lopes (Coob.)
PTA/AI: 01.000147967-31
Inscr. Estadual: 018.048503.0070 (Aut.), 641.488303.0047 (Coob.)
Origem: DGP/BH

EMENTA

DIFERIMENTO - DESCARACTERIZAÇÃO - ENCERRAMENTO - ÁLCOOL ANIDRO. Constatado que a distribuidora autuada deixou de informar à Refinaria, por meio do Anexo III previsto no Convênio ICMS 03/99, a aquisição junto à Coobrigada de álcool anidro sob abrigo do diferimento, para repasse dos valores de imposto devidos sobre tais operações ao Estado de Minas Gerais, bem como não recolheu tais valores diretamente ao Erário mineiro. Correta a inclusão da Coobrigada no pólo passivo, nos termos do Artigo 21, Parágrafo Único, Item 5, da Lei nº 6.763/75, c/c Artigos 11, 13 e 57, Inciso I, todos da Parte Geral do RICMS/96. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Abarca o feito a constatação de que a distribuidora “Dínamo Distribuidora de Petróleo S/A”, atual denominação da empresa “American Lub do Brasil Ltda.”, de Duque de Caxias/RJ (Autuada), deixou de informar à Refinaria, por meio do Anexo III previsto no Convênio ICMS 03/99, as aquisições de álcool anidro sob abrigo do diferimento, promovidas junto à “Destilaria Atenas Ltda.”, de São Pedro dos Ferros/MG (Coobrigada), nos períodos de “julho de 2001” e de “maio e junho de 2002”, para repasse dos valores de imposto devidos sobre tais operações ao Estado de Minas Gerais, bem como não recolheu tais valores diretamente ao Erário mineiro. Inclusão da referida Coobrigada na sujeição passiva nos termos do Artigo 21, § único, item 5, da Lei nº 6.763/75 c/c artigos 11 e 13 do RICMS/96. Exige-se o ICMS e MR (AI e doc. anexos - fls. 04/70).

Antes da lavratura do Auto de Infração, a Coobrigada é cientificada pelo Fisco sobre o descumprimento das referidas obrigações por parte da distribuidora adquirente do álcool anidro, tendo sido intimada a promover o recolhimento do imposto correspondente às operações em comento (fls. 77/83), sem quaisquer

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

acréscimos legais, com base na previsão contida no mencionado artigo 21, § único, item 5, da Lei nº 6.763/75.

Contudo, ela recusa-se a efetuar o pagamento, discordando, inclusive, de sua condição de “responsável subsidiária” pelo pagamento do ICMS então diferido, conforme relato de fls. 84/93. Alega que o Fisco não pode cobrar-lhe um imposto que é devido pelo “substituto tributário”, visto que as operações em questão se deram de forma regular para um contribuinte devidamente cadastrado nos órgãos competentes (“American Lub do Brasil Ltda.”, nome alterado para “Dínamo Distribuidora de Petróleo S/A”).

Inconformada, a Coobrigada apresenta, tempestivamente e por intermédio de procurador regularmente constituído (fl. 125), a Impugnação de fls. 106/124, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 132/149.

A Auditoria Fiscal determina diligência de fl. 153 para que o Fisco observe as orientações contidas no Memo. Circular Conjunto DCGC/SCT e DGP/SUFIS nº 001/2005, de 01/07/2005 (cópia às fls. 154/156), relativas à necessidade de inclusão, na sujeição passiva, dos “sócios-gerentes, diretores ou administradores” de contribuinte cuja não localização caracterizar a dissolução irregular da sociedade (artigo 135, inciso III, do CTN).

No caso em análise, a devolução, pela agência dos Correios do município de Duque de Caxias/RJ, da intimação do AI promovida junto à Autuada “American Lub do Brasil Ltda.”, com a indicação de mudança de endereço por parte de tal contribuinte (fls. 98/99), culminou na publicação de “edital” no Diário Oficial deste Estado (fl. 105). Contudo, após interpelação da Auditoria, o Fisco promove nova intimação à dita empresa (fls. 159/161), que teve seu nome empresarial alterado para “Dínamo Distribuidora de Petróleo S/A” (fls. 182/188).

A Autuada também apresenta, tempestivamente e por intermédio de procurador regularmente constituído (fl. 189), a Impugnação de fls. 161/181, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 191/198.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 206/214 opina pela procedência do lançamento.

DECISÃO

Ressalta-se, inicialmente, que os fundamentos expostos no parecer da Auditoria Fiscal foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e por esta razão passarão a compor o presente Acórdão, salvo pequenas alterações.

Inicialmente, impõe-se observar que, em sua peça de defesa (fl. 165), a Autuada protesta pela produção de prova pericial contábil/financeira, porém, não apresenta os indispensáveis quesitos, razão pela qual o pedido de perícia revelou-se prejudicado à luz da regra estabelecida no artigo 98, inciso III, da CLTA/MG. Além

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

disso, acham-se presentes nos autos todos os elementos necessários à apuração do crédito tributário.

Contempla a autuação a exigência do ICMS devido nas saídas de álcool anidro amparadas pelo diferimento, em operação interestadual, da “usina produtora” (Coobrigada mineira) para o “estabelecimento distribuidor” (Autuada), localizado no Estado do Rio de Janeiro, em virtude do encerramento do dito benefício, ocorrido quando das saídas de gasolina "C", promovidas por aquela distribuidora.

Tal sistemática de tributação surgiu com a cláusula décima quarta do Convênio ICMS 105/92 e, no período fiscalizado (janeiro de 2001 a dezembro de 2002), encontrava-se prevista na cláusula décima segunda do Convênio ICMS 03/99 e regulamentada nos artigos 389 a 393 do Anexo IX do RICMS/96. Dentre outras determinações, tais dispositivos impõem à distribuidora a obrigação de "entregar as informações relativas à operação, tanto ao Fisco das unidades Federadas envolvidas, quanto à Refinaria de Petróleo ou suas bases, fornecedora da gasolina a ser adicionada ao álcool anidro, na forma e prazos estabelecidos na legislação própria”.

Não há dúvida de que a distribuidora carioca autuada adquiriu álcool anidro da empresa mineira, ora Coobrigada, com o benefício do **diferimento** do lançamento e pagamento do ICMS (cópias das notas fiscais relativas às operações - fls. 16/61). Também é indiscutível que este diferimento encerrou-se no momento em que tal distribuidora promoveu a saída da gasolina resultante da mistura com o álcool anidro, e que o imposto diferido seria pago, pela Refinaria de Petróleo, na condição de sujeito passivo por substituição, englobadamente com o imposto retido por substituição tributária.

Porém, a aludida distribuidora omitiu-se de elaborar e entregar o Anexo III do Convênio ICMS 03/99 à refinaria (fls. 62/70), trazendo, com isto, para si, a responsabilidade pelo recolhimento do imposto relativo ao álcool anidro recebido com diferimento, a teor do disposto no artigo 399, Anexo IX, do RICMS/96 (redação vigente de 01/01/2002 a 30/09/2002, idêntica à do artigo 401, que surtiu efeitos no lapso de 01/07/1999 a 31/12/2001), que assim dispõe:

“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.” (Negritamos)

Com relação à inclusão da Coobrigada na sujeição passiva, não procede a sua tentativa de responsabilizar somente a distribuidora destinatária do álcool anidro pelo pagamento do imposto cujo diferimento mostrou-se encerrado. Apesar de, realmente, ela não ter concorrido para as omissões praticadas por tal distribuidora, além dos dispositivos retro mencionados, o artigo 11 do RICMS/96 dispõe de forma clara sobre a sua co-responsabilidade pelo crédito tributário, a saber:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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."

Há, ainda, a responsabilidade subsidiária atribuída à dita Coobrigada por força da previsão contida no artigo 21, § único, item 5, da Lei nº 6.763/75 (artigo 57, inciso I, do RICMS/96), tendo sido devidamente concedido à mesma o prazo de 30 (trinta) dias para pagamento do imposto em questão, sem quaisquer acréscimos legais, o que não logrou êxito (documentos de fls. 77/83).

Ademais, o imposto ora exigido nesta peça fiscal é decorrente das operações praticadas pela Coobrigada, sem pagamento do imposto, já que há previsão do seu diferimento para momento posterior. Ainda que não tenha dado causa ao não recolhimento do tributo, a empresa vendedora, Coobrigada, não pode se eximir de fazê-lo, principalmente se a ela foi dada a oportunidade de efetuar o recolhimento do imposto decorrente de suas operações, sem qualquer acréscimo ou penalidade.

Denota-se também equivocada a equivalência feita pela dita Coobrigada entre os institutos do "diferimento" e da "substituição tributária regressiva". No primeiro, ocorre a transferência do lançamento e do pagamento do imposto devido em determinada operação para etapa posterior, cabendo àquele que encerrar tal ciclo de transferência promover o recolhimento da totalidade do imposto.

Já na "substituição tributária", a responsabilidade pelo pagamento do imposto é transferida, por substituição, do devedor tributário (aquele que praticou o fato gerador) para um segundo contribuinte, determinado pelo Fisco.

No tocante à base de cálculo aplicada pela fiscalização (planilhas de fls. 12/14), promoveu-se, com retidão, a inclusão do ICMS nos valores dos produtos vendidos pela "Destilaria Atenas Ltda." (Coobrigada). Como regra, tal imposto não integra o valor da operação na saída da mercadoria com diferimento do "lançamento" e do "pagamento" do imposto, o qual deve ser embutido quando do recolhimento do mesmo.

A própria legislação específica da matéria, vigente durante o intervalo fiscalizado, não deixa dúvidas quanto a tal procedimento. O artigo 396, inciso I, Anexo IX, do RICMS/96 (efeitos de 01/01/2002 a 14/12/2002; redação idêntica à do artigo 398, inciso I, que surtiu efeitos de 01/07/1999 a 31/12/2001) estabelece que, para o cálculo da parcela do imposto incidente sobre o álcool etílico anidro combustível, destinado a este Estado, na condição de remetente desse produto, deverá ser adotado como base de cálculo o valor da operação, nele incluído o respectivo ICMS.

Além disso, cabe lembrar a previsão contida no § 15, do artigo 13, da Lei nº 6763/75, de que "o montante do imposto integra sua base de cálculo, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle".

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Não há como prosperar também os argumentos da Autuada de ter sido aplicada penalidade desproporcional à infração cometida, e de que houve apenas o descumprimento de obrigação acessória (falta de escrituração de documentos fiscais). Na condição de “distribuidora”, ela omitiu-se de elaborar e entregar o Anexo III do Convênio ICMS 03/99 à refinaria (fls. 62/70), envolvendo as aquisições de “álcool anidro” nos períodos “julho de 2001” e de “maio e junho de 2002”, trazendo, com isto, para si, a responsabilidade pelo recolhimento do imposto relativo a tal produto recebido com diferimento (obrigação principal).

E, como dito anteriormente, este diferimento encerrou-se no momento em que tal distribuidora promoveu a saída da gasolina resultante da mistura com o álcool anidro, e que o imposto diferido seria pago, pela Refinaria de Petróleo, na condição de sujeito passivo por substituição, juntamente com o imposto retido por ST.

Já no que concerne à punição imposta, mostra-se escorregia a incidência e a graduação da Multa de Revalidação então exigida, como estabelece o inciso II do artigo 56 da Lei nº 6.763/75, não cabendo ao Fisco furtar-se à sua cobrança (artigo 88, inciso I, da CLTA/MG). Apesar da previsão de que o ICMS diferido (relativo ao álcool anidro) deve ser pago "englobadamente com o imposto retido por substituição tributária", tem ele natureza diversa deste, não se aplicando, por esse motivo, a majoração prevista no §2º do art. 56 da referida lei, atinente apenas a "créditos tributários por não retenção ou falta de pagamento do imposto retido por substituição tributária".

Quanto às assertivas da Coobrigada contrárias à cobrança dos juros moratórios, tem-se que, consoante o disposto no artigo 226 da Lei nº 6.763/75, os “juros de mora” incidem sobre os débitos decorrentes do não recolhimento de tributo e multa nos prazos fixados na legislação, e serão obtidos tomando-se por base os mesmos critérios adotados para a cobrança dos débitos fiscais federais.

Tendo a Lei Federal nº 9.065, de 20/06/1995, instituído, a partir de 01/04/1995, a exigência de juros sobre os débitos favoráveis à União com base na taxa do “Sistema Especial de Liquidação e Custódia” (SELIC), estabelecida pelo Banco Central do Brasil, editou-se a Resolução nº 2.880, de 13/10/1997 para normatizar tal matéria em âmbito estadual. Tal norma complementar fixou que os créditos tributários, com vencimentos a partir de 1º de janeiro de 1998, serão expressos em reais e, quando não pagos nos prazos previstos em legislação específica, acrescidos de multa e de juros de mora equivalentes à referida taxa SELIC. Daí, não cabe a este Conselho negar a sua aplicação, nos termos do Artigo 88, Inciso I, da CLTA/MG.

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 Wagner Dias Rabelo (Revisor), Fausto Edimundo Fernandes Pereira e Windson Luiz da Silva.

Sala das Sessões, 23/05/06.

**Cláudia Campos Lopes Lara
Presidente/Relatora**

CC/MIG