

Acórdão: 17.528/07/2^a Rito: Sumário
Impugnações: 40.010120375-24 (Coob.)
Impugnante: Destilaria Alvorada do Bebedouro Ltda. (Coob.)
Autuada: Camacua Transportes de Petróleo Ltda.
Proc. S. Passivo: José Osvaldo Marques (Coob.)
PTA/AI: 01.000153951-87
Inscr. Estadual: 283.326759.00-60 (Coob.)
Origem: DF/Uberlândia

EMENTA

DIFERIMENTO – DESCARACTERIZAÇÃO – FALTA DE RECOLHIMENTO PELO DESTINATÁRIO – ÁLCOOL HIDRATADO – Constatada a falta de recolhimento pelo destinatário do ICMS diferido, incidente nas aquisições de álcool hidratado. Entretanto, não deve ser mantida a Destilaria Alvorada do Bebedouro no pólo passivo, pois dela só deve ser exigido o tributo depois de encerradas as possibilidades de cobrança do responsável pelo pagamento, qual seja, o distribuidor. Lançamento parcialmente procedente. Decisão pelo voto de qualidade.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a imputação fiscal de falta de recolhimento do ICMS diferido nos prazos estabelecidos pela legislação, no período de 16 de outubro de 2001 a 13 de novembro de 2001, referente às aquisições de álcool hidratado com tributação diferida da Destilaria Alvorada do Bebedouro Ltda.

Notícia o Auto de Infração que o Alienante foi intimado, para que efetuasse o pagamento do ICMS e, na falta de manifestação do Remetente, formalizou-se o crédito tributário constituído de ICMS e Multa de Revalidação capitulada no artigo 56, inciso II da Lei nº 6.763/75.

Inicialmente cabe destacar que a Impugnação apresentada pelo Autuado às fls. 134 a 136 não está sob julgamento em face da desistência, nos termos do disposto nos § 3º e 4º do artigo 97 da Consolidação da Legislação Tributária Administrativa do Estado de Minas Gerais – CLTA/MG, pois não foi apresentado o comprovante de recolhimento da “Taxa de Expediente” a que se refere o item 2.21 da Tabela “A” da Lei n.º 6.763/75.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Inconformada, a Destilaria Alvorada do Bebedouro Ltda, apresenta, tempestivamente, por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 140/154, em síntese, aos argumentos seguintes:

- há diferimento do ICMS na saída de álcool hidratado, promovida pela refinaria de petróleo ou suas bases e pela usina ou destilaria, com destino a refinaria de petróleo ou suas bases ou a estabelecimento distribuidor, para o momento em que ocorrer a retenção do imposto na forma da alínea “a” do inciso II do artigo 372 do Anexo IX deste Regulamento e a saída para fora do Estado;

- o recolhimento do ICMS diferido nas operações com álcool hidratado será feito no momento da saída da mercadoria;

- a usina ou destilaria não tem opção de escolher qual operação será diferida;

- medida de absoluta injustiça exigir-lhe o ICMS e seus acréscimos por não ter a distribuidora recolhido o imposto devido sobre operações com álcool hidratado, adquirido com tributação diferida, nos prazos estabelecidos na legislação;

- não tem poder de polícia para exigir que terceiras empresas envolvidas no processo façam cumprir suas obrigações fiscais derivadas, sendo que ao Estado cabe fazer tais exigências;

- a solidariedade é explícita e implícita e, sendo assim, cabe ao Estado, tão somente a ele, configurar essa solidariedade para fins de Direito;

- a teor do Auto de Infração, a distribuidora Camacua debitou-se do ICMS normal, sem embutir o imposto diferido, razão que levou o agente fiscal a cobrar a diferença entre o preço de compra com ICMS e o valor de venda constante nas notas fiscais, sendo assim a distribuidora debitou-se do ICMS normal sem embutir o imposto diferido, recolhendo todo o ICMS devido pela cadeia produtiva e comercial;

- se a distribuidora não teria promovido o recolhimento desse imposto através de guia própria, ela terá cometido irregularidade na forma, passível de sanção administrativa, mas não no valor que fez ingressar nos cofres públicos;

- subsidiária é aquela que vem depois da principal e, portanto, somente poderia ser acionada ainda que em tese houvesse prejuízo ao Erário mineiro e que de fato à Impugnante coubesse esse encargo, depois de esgotados todos os meios para haver sua pretensão junto à distribuidora;

- não fosse a distribuidora contribuinte da Fazenda mineira, e tivesse a Impugnada demonstrado ter sido infrutífero o exercício do seu direito de receber o imposto junto a ele, seria razoável voltar-se contra a Impugnada, sobre a qual exerce o poder de imposição;

- vendeu álcool hidratado para a empresa Camacua, sediada em Uberlândia-MG, tendo a venda se revestido de todos os requisitos legais;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- no bojo das notas fiscais de remessa objeto da autuação, foi lançada a observação especificando tratar-se de diferimento, com a correta indicação do dispositivo legal que a abriga;

- ao tratar-se da responsabilidade do alienante ou remetente da mercadoria ou do prestador de serviço, quando o adquirente ou destinatário descumprir, total ou parcialmente a obrigação, significa que o diferimento alcança tão somente as operações internas em razão de sua própria natureza e finalidade, em virtude da transferência para outra etapa, do lançamento e do pagamento do imposto diferido;

- no caso está sendo aposta como responsável pelo Fisco, sem o ser na realidade, pois não está vinculada ao fato gerador da obrigação tributária, uma vez que a venda da mercadoria com o respectivo recolhimento do imposto correspondentes às operações realizadas posteriormente, não foram por si efetuadas;

- se, entregando ao posto revendedor ou ao Transportador Revendedor Retalhista, fez circular o produto, ele é o contribuinte porque teve interesse pessoal direto neste ato devendo responder pelo pagamento do imposto e demais consectários;

- por todos os aspectos que se examine a responsabilidade, não é devedora do tributo, e muito menos da sanção, eis que a obrigação tributária não surge para o substituído porque o não pagamento por ele, substituto, do tributo relativo à operação de circulação por ele próprio promovida não é pressuposto para a aplicação de nenhuma multa;

- se há tributo a ser pago ou cobrado deve ser do substituto legal, contribuinte sob a responsabilidade e fiscalização do Estado.

Ao final, pede seja excluída da relação processual, atribuindo-se a exigência, se devida, a quem de direito.

O Fisco se manifesta às fls. 172/175, contrariamente ao alegado pela defesa aos fundamentos que se seguem resumidamente:

- a atribuição da responsabilidade subsidiária imposta ao fornecedor está expressamente prevista em lei, não foi arbitrada pelo Fisco;

- o ICMS incidente na venda de álcool hidratado pela destilaria para a distribuidora, também situada no Estado, em vez de ser lançado e recolhido pelo alienante, o será pela destinatária, sendo que o Auto de Infração lavrado traz como sujeito passivo a distribuidora, adquirente das mercadorias, que realmente foi quem descumpriu suas obrigações;

- totalmente descabida a acusação de que o Estado não exerceu sua obrigação legal de cobrar da distribuidora o que entende devido;

- a Impugnante equivoca-se ao afirmar que a venda foi integralmente tributada, pois o ICMS incorpora, por dentro, a base de cálculo da operação em que incide, o que não acontece na hipótese da saída diferida, uma vez que o lançamento e o

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

recolhimento são postergados e, quem efetua saída com diferimento não se apropria, no preço recebido, do valor correspondente ao imposto incidente e de igual modo, o destinatário não poderá dele se creditar em sua escrita fiscal;

- o diferimento não se insere na categoria da não-incidência, sendo a operação de venda com diferimento tributada, apenas com transferência do lançamento e pagamento do imposto para etapa posterior;

- quem efetua saída de mercadoria nessa modalidade não se exime de responsabilidade pelo pagamento do imposto, ainda que em caráter subsidiário, caso o adquirente ou destinatário descumprirem total ou parcialmente a obrigação;

- pelas notas fiscais de saída da distribuidora, constatou-se que o preço unitário de saída não embutia o imposto diferido, sendo assim, em hipótese nenhuma a Autuada teria incluído o imposto diferido;

- a multa de revalidação tem expressa previsão legal.

Ao final, pede seja julgado procedente o lançamento.

DECISÃO

Compete à Câmara a análise da autuação consubstanciada no Auto de Infração em epígrafe lavrado para formalizar as exigências de ICMS e da Multa de Revalidação capitulada no artigo 56, inciso II da Lei n.º 6.763/75 em face da imputação de falta de recolhimento do ICMS, no período de 16 de outubro de 2001 a 13 de novembro de 2001, relativo a álcool hidratado adquirido com tributação diferida da Destilaria Alvorada do Bebedouro Ltda.

Consta do relatório do Auto de Infração que o Alienante teria sido intimado, para que efetuasse o pagamento do ICMS e, na falta de manifestação do Remetente, formalizou-se o crédito tributário.

É inegável nos presentes autos que há diferimento do ICMS na saída de álcool hidratado, promovida pela refinaria de petróleo ou suas bases e pela usina ou destilaria, com destino a refinaria de petróleo ou suas bases ou a estabelecimento distribuidor, para o momento em que ocorrer a retenção do imposto na forma da alínea “a” do inciso II do artigo 372 do Anexo IX do Regulamento do ICMS e a saída para fora do Estado.

Portanto, o recolhimento do ICMS diferido nas operações com álcool hidratado será feito no momento da saída da mercadoria. Esta é uma regra clara no Regulamento do ICMS mineiro não podendo a destilaria optar pelo recolhimento do imposto, a operação será sempre diferida.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Considerando esta situação, competia ao adquirente da mercadoria, no presente caso, o recolhimento do ICMS relativo às operações anteriores que tinham ocorrido sob a égide do diferimento. Se houve descumprimento desta regra de recolhimento, tal se deu pela distribuidora, a quem competia o cumprimento da obrigação.

Acrescente-se que, no caso dos autos, não há qualquer informação de que a distribuidora não estivesse regularmente inscrita em todos os órgãos públicos próprios ou que estivesse inabilitada ao exercício da atividade mercantil.

Portanto, se o imposto devido não foi regularmente recolhido ou a titular da obrigação fiscal, a distribuidora destinatária do álcool, inobservou as determinações legais, o que se poderia era exigir de quem efetivamente incorreu no deslize e cometeu a infringência à legislação.

A Impugnante não tem poder de polícia para exigir que terceiras empresas envolvidas no processo façam cumprir suas obrigações fiscais derivadas, sendo que apenas ao Estado compete fazer tais exigências.

A teor do Auto de Infração em análise, a Distribuidora Camacua debitou-se do ICMS normal, sem embutir o imposto diferido razão que levou o agente fiscal a cobrar a diferença entre o preço de compra com ICMS e o valor de venda constante nas notas fiscais.

Diz o Auto de Infração que a ora Impugnante estaria eleita como responsável subsidiária pelas exigências nele formalizadas. Tem responsabilidade subsidiária quem responde após outro. A responsabilidade subsidiária é aquela que vem depois da principal. Assim, a Impugnante somente poderia ser acionada depois de esgotados todos os meios para haver sua pretensão junto à distribuidora.

Não há nos autos demonstração de que a Fiscalização tenha utilizado de todos os meios para exigir da distribuidora, real devedora da obrigação, a eventual importância que pretende.

A Impugnante realizou operação de venda de álcool hidratado com a empresa Camacua Transportes de Petróleo Ltda, sediada em Uberlândia-MG, tendo a venda se revestido de todos os requisitos legais, tanto os exigidos pelo direito privado, para perfeição do negócio de compra e venda mercantil, como os previstos no direito fiscal para documentar o negócio com a emissão das respectivas notas fiscais.

No âmbito do direito privado, o negócio realizado entre as duas empresas consistiu numa operação mercantil perfeita e eficaz, tendo a vendedora extinguido a obrigação que lhe competia, transferindo o domínio da coisa vendida à compradora, o que se executou mediante a tradição.

Das notas fiscais de remessa objeto da autuação, consta a observação de que as operações se davam com diferimento, tendo sido aposta a correta indicação do dispositivo legal que a abriga.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O diferimento do ICMS constitui-se numa técnica impositiva de deslocamento da exigência do tributo para o momento posterior à ocorrência do fato gerador, com a imputação da responsabilidade de seu recolhimento por parte do terceiro. Sendo assim, antes de verificada nova operação relativa à circulação da mesma mercadoria, inexistente débito ou relação tributária.

No caso em tela, o recolhimento do imposto relativo às operações com álcool hidratado foi transferido para o posto revendedor ou para o Transportador Revendedor Retalhista.

A Impugnante, em se tratando de diferimento, não está vinculada ao fato gerador da obrigação tributária objeto de exigências nestes autos.

O feito fiscal é fundado no artigo 21, parágrafo único, item 5, da Lei n.º 6.763/75 e artigo 11 do Regulamento de ICMS vigente à época. Assim, exigiu-se, da empresa Destilaria Alvorada do Bebedouro Ltda., o ICMS e a multa de revalidação. Segue:

“Art. 21 - São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

.....
Parágrafo único - Respondem subsidiariamente pelo pagamento do imposto e acréscimos legais:

.....
5) 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 30 (trinta) dias para pagamento do tributo devido, monetariamente atualizado, sem acréscimo ou penalidade.

.....”

Analisando-se a legislação vigente à época dos fatos, como se viu anteriormente, realmente encontravam-se ao abrigo do instituto do diferimento as saídas de álcool hidratado com destino a estabelecimento distribuidor, hipótese em que o mesmo seria recolhido, por este, englobadamente com o retido por substituição tributária. Ressalte-se que o diferimento não é uma opção da empresa remetente, sendo ele obrigado a adotar tal técnica de tributação que a ele é imposta.

Vê-se, portanto, que a empresa Destilaria Alvorada do Bebedouro Ltda vendeu o álcool hidratado ao abrigo do diferimento, fato inconteste e, como já ressaltado anteriormente, mas deve ser repetido pela importância, não podia ela agir de outra forma, sendo a técnica do diferimento impositiva para o contribuinte que pratica a operação de circulação de mercadoria a ela sujeita.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O diferimento é uma técnica de tributação que altera o lançamento e o pagamento do ICMS incidente em uma operação levando-o para etapa(s) posterior(es) do processo de circulação. É claro em nossa legislação, entretanto, que a responsabilidade do alienante/remetente quanto ao pagamento do tributo, na hipótese de o adquirente/destinatário descumprir, total ou parcialmente, a obrigação, não é excluída pelo diferimento. Este entendimento encontra-se cristalino no artigo 11 do RICMS/96, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores. Discute-se qual seriam as características desta responsabilização.

A Destilaria Alvorada Bebedouro Ltda., em todo o curso do presente Processo Tributário Administrativo, defende-se ao argumento de que não deve responder pelo crédito tributário enquanto este não for exigido/cobrado do destinatário e não pago, em sede de ação executiva, vez ser sua responsabilidade apenas subsidiária, além do que, nenhum benefício auferira na espécie.

Cumprido lembrar, entretanto, que a responsabilidade, na espécie, apenas vai lhe conceder o benefício de ordem. Primeiro, deverá ser executada a destinatária para, depois, ser coagida ao pagamento, o que só poderá ocorrer em fase judicial.

Sabe-se que o devedor cuja responsabilidade é subsidiária deve se postar em uma situação de espera, pois enquanto não forem totalmente esgotadas as possibilidades de cobrança do devedor principal, no caso a destinatária da mercadoria (álcool hidratado), não participará do processo de cobrança.

Destaque-se, portanto que o Estado somente poderá fazer a cobrança da Destilaria Alvorada Bebedouro Ltda. se não conseguir receber a totalidade do crédito da destinatária, Camacã Transportes de Petróleo Ltda.

O diferimento previsto para as operações internas com álcool hidratado distingue-se de todos os outros previstos na legislação tributária, pois o recolhimento do imposto é feito pelo distribuidor, juntamente com o imposto retido por substituição tributária. Este fato acentua as características da responsabilidade do destinatário, também diversas de vários outros casos de diferimento.

Ademais, cumpre lembrar que a empresa Destilaria Alvorada Bebedouro Ltda. não usufrui do mesmo modo que a destinatária da situação imposta pelo diferimento.

Diante disso, deve a Destilaria Alvorada Bebedouro Ltda. ser excluída do pólo passivo da obrigação tributária tratada nos presentes autos.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, pelo voto de qualidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, para excluir a Coobrigada Destilaria Alvorada do Bebedouro Ltda. do pólo passivo. Vencidos, em parte, os Conselheiros Sauro Henrique de Almeida e Edvaldo Ferreira, que o julgavam improcedente, o primeiro com fundamento no artigo 150, § 4º do Código Tributário Nacional e, o segundo, nos termos do artigo 112, inciso II, do mesmo diploma legal. Conforme artigo 139 da CLTA/MG, esta decisão estará sujeita a Recurso de Ofício,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ressalvado o disposto no §5º do artigo 137. Participou do julgamento, além da signatária, e dos Conselheiros retro citados, o Conselheiro Mauro Heleno Galvão (Revisor).

Sala das Sessões, 14/06/07.

**Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente/Relatora**

CC/MIG