

Acórdão: 17.033/05/3^a Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010112639-11
Impugnante: Comércio e Indústrias Brasileiras Coinbra S/A
Proc. S. Passivo: José Eustáquio Passarini de Resende/Outros
PTA/AI: 01.000144118-63
Inscr. Estadual: 372.621265.08-10
Origem: DF/ Divinópolis

EMENTA

DIFERIMENTO – DESCARACTERIZAÇÃO – FALTA DE RECOLHIMENTO PELO DESTINATÁRIO. Constatada a falta de recolhimento pelo Distribuidor (destinatário) do ICMS diferido, incidente nas aquisições de álcool hidratado, tendo em vista a não escrituração das notas fiscais de compra no LRE. Correta a responsabilização da Remetente, ora Impugnante, pelo pagamento do ICMS diferido, a teor do artigo 21, Parágrafo Único, item 5, da Lei n.º 6.763/75 c/c artigo 11 do RICMS/96. Infração caracterizada. Exigências fiscais mantidas. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a imputação fiscal de falta de recolhimento do ICMS diferido, incidente nas aquisições de álcool hidratado, caracterizada pela não escrituração das notas fiscais de compra (fls. 8/26) no Livro Registro de Entrada, nos meses de fevereiro, março e julho de 2002. Exigências de ICMS e Multa de Revalidação.

A eleição da Autuada (remetente) como sujeito passivo da obrigação deu-se com fundamento no artigo 21, Parágrafo Único, item 5, da Lei n.º 6.763/75 e artigo 11 do RICMS/96.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 140/149, aduzindo, em síntese, que:

- não dispõe de poderes para fiscalizar o destinatário de seus produtos e não pode ser responsabilizada pelo descumprimento de qualquer obrigação que o destinatário (contribuinte regularmente inscrito) venha a cometer;

- em Direito Tributário, as presunções são relativas, comportando prova em contrário;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- o Fisco, aparentemente, não promoveu nenhuma ação sobre o destinatário das mercadorias em razão do alegado descumprimento da obrigação de registrar as notas fiscais de aquisição de álcool hidratado, limitando-se a exigir da Impugnante o recolhimento do imposto;

- independentemente de o Estado estar autorizado a presumir a falta de recolhimento de imposto, o fato é que não há qualquer relação, direta ou indireta, entre o não registro da entrada da mercadoria em questão e o suposto não recolhimento do tributo desta mesma mercadoria pela Real Minas;

- a responsabilidade subsidiária prevista no item 5, do Parágrafo Único, do artigo 21 da Lei nº 6.763/75, não pode ser aplicada, além de patentemente estar em conflito com o disposto no artigo 128 do Código Tributário Nacional, por imputar responsabilidade a terceiro que não tem qualquer relação, direta ou indireta, com o fato gerador da obrigação tributária;

- o cumprimento de obrigação assumida em caráter subsidiário somente é exigível perante o responsável subsidiário se o devedor principal não puder atender aos imperativos da obrigação;

- aplicando-se o conceito de responsabilidade subsidiária ao caso concreto e admitindo-se que a responsabilidade subsidiária prevista no item 5, do Parágrafo Único, do artigo 21, da Lei n.º 6.763/75 seja possível, tem-se que o Fisco somente poderia exigir de si o imposto devido após esgotadas todas as possibilidades de cobrança do devedor principal (Real Minas Petróleo), o que não ocorreu.

Requer, ao final, a improcedência do lançamento.

O Fisco, em manifestação de fls. 159/162, refuta as alegações da defesa, argumentando que:

- a falta de recolhimento do ICMS restou caracterizada pela comprovação do estoque irregular das mercadorias no destinatário, ou seja, não lançamento das notas fiscais de entrada no livro próprio;

- não há que se falar na inexistência de relação entre o fato gerador da obrigação e o sujeito passivo eleito para a cobrança do crédito tributário;

- a transferência do encargo do imposto devido em determinada operação para outra posterior não desonera o remetente da responsabilidade sobre o ICMS oriundo de fato gerador por ele promovido e não pago pelo destinatário das mercadorias, conforme artigo 11 do RICMS/96;

- o item 5, do Parágrafo Único, do artigo 21 da Lei nº 6.763/75 imputa ao remetente responsabilidade solidária/subsidiária relativamente ao ICMS diferido;

- a responsabilidade solidária não comporta benefício de ordem conforme determina o artigo 124 do Código Tributário Nacional;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

- o Fisco cumpriu o que estabelece o item 5, do Parágrafo Único, do artigo 21 da Lei nº 6.763/75;

- conforme intimação de fls. 27/28, antes da formalização do crédito tributário, o contribuinte foi devidamente informado do não pagamento do ICMS pelo destinatário das mercadorias, sendo-lhe concedido o prazo de 30 (trinta) dias para recolhimento do imposto devido sem penalidade;

- a Autuada não se dispôs a quitar o débito e nem sequer se manifestou ante a intimação recebida.

Ao final, requer a procedência do lançamento.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 168 a 172, opina pela procedência do lançamento.

DECISÃO

Tratam-se os presentes autos das exigências de ICMS e Multa de Revalidação em face da realização de operações de saídas de álcool hidratado carburante sob o abrigo do diferimento, sendo que o destinatário descumpriu totalmente as normas tributárias estaduais, não procedendo ao registro das notas fiscais de aquisição no Livro Registro de Entradas e, conseqüentemente, não recolhendo o imposto devido.

Assim, procedeu-se a autuação consubstanciada no Auto de Infração sob exame, face ao não pagamento do ICMS diferido, referente às operações de saída de álcool hidratado carburante promovidas pela Impugnante.

Importante destacar de início que as notas fiscais relativas à irregularidade aqui tratada estão elencadas às fls. 08/26.

A acusação fiscal se fundamenta no fato comprovado nos autos (conforme doc. fls. 33/49 e 70/138) de que as referidas notas fiscais não foram levadas a registro pela destinatária, Real Minas Petróleo, no Livro Registro de Entradas.

Relativamente às operações com álcool hidratado, o item 43 do Anexo II, do RICMS/96 (vigente à época), dispunha que:

ANEXO II

DO DIFERIMENTO

“43 - Saída de álcool:

a -

b - hidratado, promovida pela refinaria de petróleo ou suas bases e pela usina ou destilaria, com destino a refinaria de petróleo

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

43.1 -

43.2 - O imposto diferido será pago englobadamente com o imposto retido por substituição tributária, observado o disposto no artigo 376 do Anexo IX deste Regulamento.

43.3 - Tratando-se de álcool hidratado, a usina ou destilaria poderá renunciar ao diferimento, optando pelo recolhimento do imposto incidente na operação, desde que formalize a renúncia mediante comunicação à repartição fazendária de sua circunscrição, hipótese em que deverá adotar o sistema para todas as saídas realizadas no período mínimo de 12 (doze) meses."

Procedendo-se a análise da norma retro transcrita evidencia-se que tendo a destinatária deixado de escriturar as notas fiscais de compra, as saídas teriam ocorrido sem o devido recolhimento do ICMS diferido. Cumpre destacar que a Impugnante não alcançou comprovar nos autos situação diversa ou mesmo carrou provas suficientes para demonstrar o contrário.

No que tange à eleição da Impugnante como sujeito da obrigação tributária, principal ponto de sua defesa, temos que sua responsabilidade pelo pagamento do imposto diferido, decorre de expressa disposição da Lei n.º 6.763/75. Neste sentido verifica-se que o procedimento fiscal encontra respaldo no artigo 21 da Lei n.º 6.763/75, *in verbis*:

"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."

Com base na Lei n.º 6.763/75 o Poder Executivo regulamentou a matéria conforme disposições do artigo 11 do RICMS/96, vigente à época da ocorrência dos

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

fatos geradores e que ora transcrevemos para que fique clara a posição da ora Impugnante como responsável pelo pagamento do ICMS e da correspondente Multa de Revalidação:

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

Cumprir observar que foi atendida a determinação constante da parte final do item 5 do Parágrafo Único do artigo 21 da Lei n.º 6.763/75, uma vez que antes da formalização do crédito tributário, a ora Impugnante foi devidamente informada do não pagamento do ICMS pela destinatária das mercadorias, sendo-lhe concedido o prazo de 30 (trinta) dias para recolhimento do imposto sem acréscimo ou penalidade, conforme intimação de fls. 27/28. Entretanto, a Defendente, nesta oportunidade não recolheu o imposto, tendo sido constituído o crédito tributário.

Outra arguição de defesa é no sentido da inexistência de relação entre o fato gerador da obrigação tributária e o sujeito passivo eleito. Também neste ponto entendemos não assistir razão à ora Impugnante, visto que é patente a sua participação na situação que constitui o fato gerador do imposto - saídas de álcool hidratado carburante.

Ademais como já ressaltado e repita-se pela importância há expressa norma estadual neste sentido. O Conselho de Contribuintes, de acordo com as normas constantes do artigo 88 da Consolidação da Legislação Tributária Administrativa do Estado de Minas Gerais - CLTA/MG, está adstrito às normas estaduais em seus julgamentos.

Pelo exposto, entendemos que, contrariamente ao alegado na defesa, a Impugnante é solidariamente responsável pela obrigação tributária.

Destacamos que a matéria em questão já foi apreciada por esse Egrégio Conselho de Contribuintes que, através do Acórdão 16.826/04/1ª, assim se manifestou:

“... A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA SE ENCERRA POR OCASIÃO DA INTIMAÇÃO NÃO CUMPRIDA PELA COOBRIGADA, QUANTO AO PRAZO DE 30 (TRINTA) DIAS PARA ADIMPLEMENTO DA OBRIGAÇÃO. NÃO O FAZENDO, A RESPONSABILIDADE RETORNA DE FORMA PURA E SIMPLES, NOS TERMOS DO ART. 124, I, DO CTN, EM FACE DO “INTERESSE COMUM NA SITUAÇÃO QUE CONSTITUI O FATO GERADOR DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA.”

Portanto, não pode a Impugnante invocar a seu favor o benefício de ordem, a teor do Parágrafo Único do artigo 124 do Código Tributário Nacional.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Marcelo Pádua Cavalcanti. Participaram do julgamento,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

além das signatárias, os Conselheiros José Eymard Costa e Luiz Fernando Castro Trópia.

Sala das Sessões, 29/06/05.

**Aparecida Gontijo Sampaio
Presidente/Revisora**

**Luciana Mundim de Mattos Paixão
Relatora**

LMMP/EJ

CC/MIG