

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 17.334/05/1^a Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010115343-71(Aut.), 40.010115344-51 (Coob.)
Impugnantes: T A Oil Distribuidora de Petróleo Ltda.(Aut.), DASA Destilaria de Álcool Serra dos Aimorés S/A (Coob.)
Proc. S. Passivo: Lânia Rovenia Coura de Carvalho/Outros (Aut.), José Eustáquio Passarini de Resende/Outros (Coob.)
PTA/AI: 01.000148949-02
Inscr. Estadual: 057.647602.00-49(Aut.), 668.389077.00-21(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 c/c artigo 21, § 1º, inciso III da Lei 6763/75. Exigências fiscais mantidas. Lançamento precedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a constatação de que a distribuidora “T. A . Oil Distribuidora de Petróleo Ltda.”, de Vila Velha/ES (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 “DASA Destilaria de Álcool Serra dos Aimorés S/A”, de Serra dos Aimorés/MG (Coobrigada), nos períodos de “janeiro, março e abril de 2000, dezembro de 2001 e de janeiro, fevereiro, março, abril e maio de 2002”, para repasse dos valores de imposto devidos sobre tais operações ao Estado de Minas Gerais, bem como não recolheu tais valores diretamente aos Erário mineiro. Exige-se o ICMS apurado sobre as aludidas operações, acrescido da Multa de Revalidação.

Inconformadas, a Autuada e a Coobrigada apresentam, tempestivamente e por procuradores regularmente constituídos, Impugnações às fls. 81 a 99 e 127 a 134, contra as quais o Fisco se manifesta às fls. 148 a 161 e 162 a 172, respectivamente.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Auditoria Fiscal solicita diligência à fl. 175, que resulta nas manifestações de fls. 181 a 187.

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 189 a 197, opina pela procedência do lançamento.

DECISÃO

DA PRELIMINAR

Da Nulidade do Auto de Infração

Em sua peça de contestação (fls. 83/84), a Autuada protesta pela nulidade do AI, por entender que, além de não ter efetuado nenhuma venda de mercadoria desacobertada de nota fiscal ou sem a escrituração da mesma, o Fisco lhe exige um imposto por “presunção”. E que o Auto de Infração não oferece elementos seguros para que possa desenvolver amplamente sua defesa, na medida em que ele não atende às disposições da Lei nº 2.964/74 e do Decreto nº 2.425-N/87.

Contudo, não lhe assiste razão, pois, pela simples leitura do Auto de Infração e de seus anexos (AI - fls. 04/06; DCMM - fl. 07; Relatório Fiscal anexo ao AI - fls. 08/13; Quadro nº 01 - Apuração do ICMS devido - fls. 14/19), percebe-se que eles contêm todas as informações necessárias à constituição do crédito tributário em tela, previstas nos Artigos 57 e 58 da CLTAMG.

Além disso, aplica-se a tal ato administrativo a presunção de legitimidade, não ilidida pela Acusada (Artigo 109, CLTAMG). Como ressalta o mestre “Paulo de Barros Carvalho” (“Curso de Direito Tributário - Editora Saraiva - 2ª Edição - 1986”),

“O ato jurídico administrativo de lançamento será nulo, de pleno direito, se o motivo nele declarado - a ocorrência de determinado fato jurídico tributário, por exemplo - inexistiu. Nulo será, também, na hipótese de ser indicado sujeito passivo diferente daquele que deve integrar a obrigação tributária. (...)”

E a situação em foco não se enquadra em nenhuma das hipóteses tratadas pelo referido doutrinador.

Também não procede sua alegação de que o “Agente Fiscal” responsável pela autuação não é a “autoridade fiscal” determinada pelo Artigo 142 do CTN, sendo, por isso, incompetente para fiscalizar tal tributo e impor a penalidade exigida. A “autoridade administrativa” mencionada no referido Código é aquela indicada no Artigo 201 da Lei nº 6.763/75 (redação vigente de 01/01/1976 a 06/08/2003), qual seja, o funcionário credenciado pela Secretaria de Estado da Fazenda de Minas Gerais para o exercício da fiscalização tributária (no caso, os fiscais signatários do AI em comento).

DO MÉRITO

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 “estabelecimento distribuidor” (Autuada), localizado no Estado do Espírito Santo, 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 2000 a maio de 2002), encontrava-se prevista na cláusula décima segunda do Convênio ICMS 03/99 e regulamentada nos Artigos 389 a 393 (com idêntico teor ao dos Artigos 390 a 395, observada a sua vigência) 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 capixaba (Autuada) adquiriu álcool anidro da empresa mineira, ora Coobrigada, com o benefício do diferimento do lançamento e pagamento do ICMS (relação das notas fiscais relativas às operações - fls. 14/19, corrigida às fls. 181/186; cópias das notas fiscais em questão, por amostragem - fls. 20/24). 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. 29/64), 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 da Parte Geral do RICMS/96 dispõe de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

forma clara sobre a sua co-responsabilidade pelo crédito tributário, para a qual não cabe o “benefício de ordem” por ela avocado (Artigo 124 do CTN), a saber:

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, Parágrafo Único, Item 5, da Lei nº 6.763/75 (Artigo 57, Inciso I, Parte Geral, 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. 65/74).

Denota-se, também, equivocadas as assertivas da Autuada acerca da inobservância ao princípio da “não cumulatividade” e ao direito à “compensação plena” do ICMS, bem como sobre a inconstitucionalidade da Alínea “b” do Inciso II do § 2º do Artigo 155 da Carta Republicana de 1988. Além de tais temas não serem afetos ao lançamento em análise, não cabe ao órgão julgador administrativo apreciar questões relativas à inconstitucionalidade de norma legal (Artigo 88, Inciso I, da CLTA/MG).

No tocante à base de cálculo aplicada pela fiscalização (quadros de fls. 14/19, corrigidos às fls. 181/186), promoveu-se, com retidão, a inclusão do ICMS nos valores dos produtos vendidos pela “DASA Destilaria de Álcool Serra dos Aimorés S/A” (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 01/01/02 a 14/12/02; redação idêntica à do Artigo 398, Inciso I, que surtiu efeitos de 01/07/99 a 31/12/01) 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”.

Outra providência que também não merece reprimenda é a cobrança da Multa de Revalidação contestada pela Coobrigada, vez que sua aplicação se deu em conformidade com os Artigos 209 e 56, Inciso II, ambos da Lei nº 6.763/75.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, rejeitar as prefaciais argüidas. No mérito, também à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Os Conselheiros Francisco Maurício Barbosa Simões, Edwaldo Pereira de Salles e Juliana Diniz Quirino apresentarão voto

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

em separado, nos termos do artigo 43 do Regimento Interno. Pela Coobrigada, sustentou oralmente o Dr. José Eustáquio Passarini de Resende e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Marcelo Barroso Lima Brito de Campos.

Sala das Sessões, 24/10/05.

**Roberto Nogueira Lima
Presidente/Relator**

RNL/EJ

CC/MIG

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 17.334/05/1^a Rito: Ordinário
Impugnação: 40.010115343-71(Aut.), 40.010115344-51 (Coob.)
Impugnantes: T A Oil Distribuidora de Petróleo Ltda.(Aut.), DASA Destilaria de Álcool Serra dos Aimorés S/A (Coob.)
Proc. S. Passivo: Lânia Rovenia Coura de Carvalho/Outros (Aut.), José Eustáquio Passarini de Resende/Outros (Coob.)
PTA/AI: 01.000148949-02
Inscr. Estadual: 057.647602.00-49(Aut.), 668.389077.00-21(Coob.)
Origem: DGP/SUFIS

Voto proferido pelo Conselheiro Francisco Maurício Barbosa Simões, nos termos do art. 43 do Regimento Interno do CC/MG.

A divergência entre o voto vencido e a decisão proferida no acórdão em referência decorre dos fundamentos a seguir expostos.

A razão do voto em separado faz-se unicamente para deixar registrado que a Coobrigada Dasa Destilaria de Álcool Serra dos Aimorés S.A. está no presente PTA na condição de responsável subsidiária.

A subsidiariedade se dá em razão do que dispõe o art. 21, § 1º, III, da Lei 6763/75.

Art. 21. [...]

§ 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. (Original sem grifo).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Feita a ressalva da subsidiariedade que faz jus a Coobrigada, nada há que se acrescer à decisão.

Sala das Sessões, 24/10/05.

Francisco Maurício Barbosa Simões
Conselheiro

Edwaldo Pereira de Salles
Conselheiro

Juliana Diniz Quirino
Conselheira

CCAMG