

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 17.377/06/3<sup>a</sup> Rito: Ordinário  
Impugnações: 40.010115771093 (Aut.), 40.010115772-74 (Coob.)  
Impugnantes: Gpetro Distribuidora de Petróleo Ltda. (Aut.), Santana Agro Industrial Ltda. (Coob.)  
Proc. S. Passivo: André Monteiro Kapritchkoff/Outros (Aut.)/José Eustáquio Passarini de Resende (Coob.)/Outro  
PTA/AI: 01.000149756.86  
CNPJ: 01755775/0001-30 (Aut.)  
Inscr. Estadual: 270.930504.0090 (Coob.)  
Origem: DGP/BH

### **EMENTA**

**DIFERIMENTO – DESCARACTERIZAÇÃO – ENCERRAMENTO – 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. Responsabilidade da Coobrigada respaldada pelo artigo 21, parágrafo único, item 5, da Lei 6.763/75 c/c artigo 11 do RICMS/96. Lançamento procedente. Decisão por maioria de votos.**

### **RELATÓRIO**

Versa a autuação sobre a constatação de que a Autuada não cumpriu a obrigação de informar à refinaria, através dos relatórios próprios previstos na legislação, as suas aquisições de álcool anidro em Minas Gerais, sob abrigo do diferimento, impedindo, assim, que fosse efetivado o repasse dos valores devidos a este Estado, nem recolheu diretamente aos cofres mineiros tais valores, relativamente às operações realizadas no período de janeiro/2000 a março/2005.

Inconformadas, a Autuada e a Coobrigada apresentam, tempestivamente e por procuradores regularmente constituídos, Impugnações às fls. 106/110 e 123/130, respectivamente, contra as quais o Fisco se manifesta às fls. 136/146 e 147/157.

Às fls. 132/135 o Fisco concede prazo de 5 (cinco) dias para vista dos autos ao sujeito passivo, fornecendo cópias das notas fiscais emitidas por *Santana Agro Industrial Ltda* destinadas à Autuada.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Auditoria Fiscal, em parecer de fls. 162/173, 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.

#### **DAS PRELIMINARES**

##### **Da arguição de nulidade do Auto de Infração**

##### **Da alegação de cerceamento de defesa**

A Impugnante ventilou sentir-se cerceada em seu direito de defesa, por não ter sido cientificada do início da ação fiscal. Além de não receber cópias das notas fiscais que comprovariam o trabalho fiscal, ficando, assim, impedida de contestar o dito material probatório.

O Termo de Início de Ação Fiscal - TIAF n.º10.050000410.43 foi devidamente encaminhado juntamente com a Intimação (fls. 02/05), que dentre outros documentos, solicitou a apresentação dos Livros de Registro de Entrada, Arquivos Magnéticos, Comprovantes de recolhimento do imposto e “Anexos – CONFAZ”.

Ressalte-se que conforme informação do Fisco (fls. 10), a Autuada não atendeu às solicitações constantes no TIAF. Sem a apresentação desses documentos, o trabalho fiscal baseou-se nas notas fiscais de saída emitidas por *Santana Agro Industrial Ltda* destinadas à Autuada e nos “Anexos – Demonstrativos de Recolhimento de ICMS Substituição Tributária” emitidos pela *Petróleo Brasileiro S/A Petrobrás-GEASP*.

A Impugnante em momento algum se posiciona sobre a existência ou não das operações comerciais com a empresa *Santana Agro Industrial Ltda*, pelo contrário, em vários momentos coloca em dúvida tais operações. Ora, bastaria à Impugnante verificar a ocorrência das transações em seus livros fiscais e contábeis para comprovar as referidas operações.

Saliente-se que a Impugnante recebeu, juntamente com o Auto de Infração, os Anexos I, II, III e IV. Esse último relaciona as notas fiscais de álcool anidro emitidas por *Santana Agro Industrial Ltda* destinadas à Autuada (fls. 22).

Cabe ressaltar que o não fornecimento das referidas notas fiscais à Impugnante não impediu que a mesma se defendesse, pois as primeiras vias das notas nunca foram apresentadas ao Fisco, sempre estiveram com ela. Apesar disso, foi comunicado prazo para vista dos autos ao sujeito passivo e fornecido cópias das notas

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

fiscais (2ª via – fixa) emitidas por *Santana Agro Industrial Ltda* para *Gpetro Distribuidora de Petróleo Ltda* (fls. 132/135), anexadas aos autos às fls. 45/89.

Diante do exposto, cabe à Impugnante provar materialmente o contrário do que o Fisco alega, o que não ocorreu.

Assim, não procede a alegação de cerceamento de defesa argüido pela Impugnante, uma vez que os documentos de fls. 10/22, anexos ao AI, demonstram os valores do crédito tributário, bem como discriminam todas as notas fiscais objeto do feito.

### Das demais alegações

A Impugnante protesta pela nulidade do Auto de Infração, afirma que o mesmo não se reveste das condições obrigatórias de certeza, segurança e liquidez, posto que não identificaria, indubitavelmente, o sujeito passivo da obrigação. Alega, ainda, que a única prova fiscal consistiria em declaração unilateral de uma das partes.

Descabida a referida alegação, eis que o Auto de Infração foi lavrado com observância de todos os requisitos pertinentes a tal ato administrativo, disciplinado nos artigos 57 e 58 da CLTA/MG.

Afirma, ainda, que o Fisco não teria esgotado todos os procedimentos tendentes à apuração da infração, como verificação de seus registros fiscais e os da refinaria.

Também não procede tal alegação. Isto porque o trabalho fiscal fundamentou-se nas notas fiscais de saída emitidas por *Santana Agro Industrial Ltda* destinadas à Autuada e nos “Anexos – Demonstrativos de Recolhimento de ICMS Substituição Tributária” emitidos pela *Petróleo Brasileiro S/A Petrobrás-GEASP* (fls. 27/44), que relacionam as distribuidoras que informaram à refinaria as operações com álcool anidro e o conseqüente repasse do imposto.

Como já mencionado, os documentos descritos no TIAF não foram apresentados, estando, assim, o Fisco impossibilitado de verificar os documentos fiscais da Impugnante. Nesse caso, cabe à Impugnante provar materialmente o contrário do que o Fisco alega, o que não ocorreu.

Não há, portanto, qualquer obscuridade ou omissão, nem tão pouco, quaisquer outros vícios que possam invalidar a presente peça fiscal.

### DO MÉRITO

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 em Embu/SP, em virtude do encerramento do diferimento, ocorrido quando das saídas de gasolina “C”, promovidas por aquela distribuidora.

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O diferimento do imposto incidente nas operações internas e interestaduais com álcool anidro surgiu com a cláusula décima quarta do Convênio ICMS n.º 105/92, estando a matéria regulamentada, à época, no RICMS/96, em seu Anexo IX, artigos 390 e seguintes.

### RICMS/96 - Anexo IX

#### Efeitos até 31/12/2001

"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."

Extrai-se dos dispositivos legais acima, que o diferimento se encerrou no momento em que a distribuidora promoveu a saída da gasolina resultante da mistura com o álcool anidro, sendo que o imposto correspondente deveria ter sido pago, pela refinaria de petróleo, na condição de sujeito passivo por substituição, juntamente com o imposto retido por substituição tributária.

Ressalte-se que cabe à distribuidora a obrigação de entregar à refinaria as informações relativas às operações realizadas ao abrigo do diferimento (aquisições de álcool anidro efetivadas junto às destilarias), na forma e prazos estabelecidos no decreto regulamentar, para que a refinaria possa efetuar o recolhimento do imposto diferido, na condição de substituto tributário.

#### Efeitos de 1º/07/99 a 31/12/2001

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

(...)

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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.”

Porém, no caso vertente, a Autuada não entregou à refinaria de petróleo as informações necessárias 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.

Esta é a constatação que se verifica da análise dos “Demonstrativos do Recolhimento de ICMS Substituição Tributária” emitidos pela *Petróleo Brasileiro S/A – Petrobrás-GEASP*, demonstrando o repasse de ICMS substituição tributária sobre operações com combustíveis realizadas (fls. 27/44). Não consta dos demonstrativos elaborados pela refinaria qualquer informação referente a repasse de ICMS sobre álcool anidro adquirido pela *Gpetro Distribuidora de Petróleo Ltda.*

Assim, a Autuada trouxe para si a responsabilidade pelo recolhimento do imposto referente ao álcool anidro recebido com diferimento.

### **Efeitos de 1º/07/99 a 31/12/2001**

“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.”

Diante disso, não há que se falar em inclusão da *Petróleo Brasileiro S/A – Petrobrás* no pólo passivo da obrigação tributária.

A eleição da Coobrigada, remetente do álcool anidro, como responsável pelo pagamento do imposto diferido, decorre de expressa disposição da Lei n.º 6.763/75:

### Efeitos de 01/11/96 a 06/08/2003

“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, regulamentou-se a matéria conforme disposto no artigo 11 do RICMS/96:

"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."

Importante salientar que o Fisco enviou, em 11/03/2005, comunicado à Coobrigada, conforme estabelece o artigo art. 21, parágrafo único, item 5, da Lei n.º 6.763/75, informando que a adquirente dos produtos não cumpriu a obrigação e que de acordo com a legislação, a responsabilidade pelo pagamento ser-lhe-ia atribuída. Porém, houve recusa no recebimento do mesmo, em 22/03/05, conforme observação do funcionário da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (fls.26 verso).

A alegação da Coobrigada da inexistência de relação de causa e efeito entre sua conduta e a alegada infração que teria sido cometida pela *Gpetro Distribuidora de Petróleo Ltda* não procede, visto ser patente a sua participação na situação que constituiu o fato gerador do imposto – saídas de álcool anidro.

Na saída de álcool anidro destinado à distribuidora de combustível está previsto o diferimento do imposto, entretanto, a responsabilidade pelo pagamento do imposto não transmuda para o destinatário simplesmente. A lei resguarda os interesses do Estado, determinando que na falta do cumprimento da obrigação principal pelo destinatário, o remetente, na condição de responsável subsidiário, está obrigado a pagar o imposto, como podemos abstrair dos dispositivos acima citados.

Assim, não restam dúvidas que a Coobrigada é responsável, vez que sua relação é pessoal e direta com o fato gerador da obrigação pessoal, tendo praticado o fato gerador ao dar saída à mercadoria de seu estabelecimento. Ao desconsiderar a intimação para satisfazer a obrigação, cuja responsabilidade era até então subsidiária, retorna na forma original de sujeito passivo principal.

Destaca-se 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*

## CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

*termos do art. 124, I, do CTN, em face do “interesse comum na situação que constitui o fato gerador da obrigação” tributária”.*

A Câmara Especial também já se posicionou sobre a questão (ainda que a mercadoria em questão fosse álcool hidratado), através do Acórdão 3.102/05/CE e assim concluiu:

“Não há dúvidas que a Recorrente tem relação pessoal e direta com a situação que constitui o fato gerador do imposto, bem como interesse comum, pois as operações cujo imposto deixou de ser recolhido foram por ela praticadas, ainda que com diferimento do imposto (por opção sua). Ao desconsiderar a intimação para satisfazer a obrigação principal decorrente de suas operações, sua responsabilidade retorna na forma original, como sujeito passivo principal, verdadeiro contribuinte do imposto.

Segundo Hugo de Brito Machado (Comentários ao Código Tributário Nacional – Vol. II – Atlas – 2004), o contribuinte pode ser identificado pela simples definição da hipótese de incidência tributária, tal é a sua relação pessoal e direta, com a situação nela descrita.

Dessa forma, não tendo a Autuada atendido à intimação fiscal para efetuar o recolhimento do imposto devido em suas operações, sem qualquer acréscimo ou penalidade, passa a responder, na condição de contribuinte do imposto, pelo crédito tributário lançado no Auto de Infração.”

Portanto, não pode a Coobrigada invocar a seu favor o benefício de ordem, a teor do Parágrafo Único do artigo 124 do CTN.

Também não pode prosperar os argumentos da Coobrigada de que não houve proveito dos benefícios econômico/financeiro advindos da infração cometida, sendo irrelevante a assertiva.

Observa-se, ainda, que o Fisco considerou como base de cálculo o valor total dos produtos constantes das notas fiscais que embasaram o feito, conforme “Anexo IV” às fls. 22 e notas fiscais anexadas aos autos às fls. 45/89.

Legítimas, portanto, as exigências fiscais de ICMS e MR (50%).

Por fim, cumpre informar que as questões levantadas pela Impugnante que versem sobre inconstitucionalidade ou negativa de aplicação de lei, decreto ou ato normativo, deixarão de ser objeto de apreciação, por óbice imposto pelo art. 88, inciso I, da CLTA/MG.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar as prefaciais argüidas. No mérito, por maioria de votos, em julgar procedente o lançamento. Vencido, em parte, o Conselheiro Francisco Maurício Barbosa Simões (Revisor) que o julgava parcialmente procedente para considerar como subsidiária a responsabilidade da Coobrigada. Participaram do julgamento, além da signatária e do retro citado, os Conselheiros Fausto Edimundo

**CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

Fernandes Pereira e Windson Luiz da Silva. Pela Impugnante (Coobrigada) sustentou oralmente o Dr. José Eustáquio Passarini de Resende e pela Fazenda Pública Estadual a Dra. Nilber Andrade.

**Sala das Sessões, 23/02/06.**

**Cláudia Campos Lopes Lara  
Presidente/Relatora**

CC/MIG

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 17.377/06/3<sup>a</sup> Rito: Ordinário  
Impugnações: 40.010115771093 (Aut.), 40.010115772-74 (Coob.)  
Impugnantes: Gpetro Distribuidora de Petróleo Ltda. (Aut.), Santana Agro Industrial Ltda. (Coob.)  
Proc. S. Passivo: André Monteiro Kapritchkoff/Outros (Aut.)/José Eustáquio Passarini de Resende (Coob.)/Outro  
PTA/AI: 01.000149756.86  
CNPJ: 01755775/0001-30 (Aut.)  
Inscr. Estadual: 270.930504.0090 (Coob.)  
Origem: DGP/BH

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.

O diferimento consiste na protelação do lançamento e do pagamento do ICMS incidente em dada operação para etapa(s) posterior(es) do processo de circulação, não excluindo, entretanto, a responsabilidade do alienante/remetente quanto ao pagamento do tributo, na hipótese de o adquirente/destinatário descumprir, total ou parcialmente, a obrigação (art. 11 - RICMS/96).

Tendo verificado que a Autuada não recolhera o ICMS diferido, o Fisco intimou a fornecedora a fazê-lo no prazo de 30 dias, conforme determina o art. 21, § 1º, inciso III, da Lei 6763/75 (ver fl. 11).

O estabelecimento mineiro, porém, não atendeu ao chamamento fiscal.

Foi então lavrado o Auto de Infração, fazendo com que o estabelecimento mineiro, fornecedor da mercadoria, integrasse o pólo passivo da obrigação.

Nada impede que esteja ele arrolada no pólo passivo da obrigação, já que devedor, seja ele solidário, seja subsidiário, é sempre devedor.

Além do mais, o fato de estar no pólo passivo da obrigação tributária permite ao estabelecimento mineiro a opção da defesa na esfera administrativa.

A responsabilidade, na espécie, apenas vai lhe conceder o benefício de ordem. Primeiro deverão ser excutidos os bens da Distribuidora de Combustíveis para, depois, ser chamada a Destilaria, o que só poderá ocorrer em fase judicial. Ainda assim,

## CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

não resta motivo para se excluí-la do pólo passivo obrigacional, desde que respeitado o benefício de ordem.

O fato de não pagar o imposto no trintídio concedido, após intimação, não transmuda, assim parece, a natureza de sua responsabilidade "subsidiária" para "solidária".

Diante disso, julgo parcialmente procedente o lançamento, para considerar ainda, como subsidiária, a responsabilidade da Coobrigada.

**Sala das Sessões, 23/02/06.**

**Francisco Maurício Barbosa Simões**  
**Conselheiro**

CC/MG