



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

RESOLUÇÃO Nº 200 /2010
1ª CÂMARA DE JULGAMENTO
73ª SESSÃO ORDINÁRIA EM: 12/05/2010
PROCESSO Nº 1/313/2006
AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/200521633-5
RECORRENTE: IPIRANGA PRODUTOS DE PETRÓLEO S/A.
RECORRIDA: CÉLULA DE JULGAMENTO DA 1ª INSTÂNCIA
AUTUANTES: Kátia Herlane Nepomuceno Ramos e Rosilene Sousa C. Maciel
MATRÍCULAS: 105.808.1-1 e 105.765-1-2
RELATORA: Conselheira Jannine Gonçalves Feitosa
REVISOR: Conselheiro Abílio Francisco de Lima

EMENTA: ICMS - FALTA DE RECOLHIMENTO-1. A contribuinte deixou de recolher o ICMS Substituição Tributária, decorrente da aquisição de *óleo diesel* adquirido inicialmente para Fortaleza e posteriormente destinado ao interior, no exercício de 2000. Recurso voluntário conhecido e não provido. **2.** Auto de infração julgado **PROCEDENTE**, por unanimidade de votos. Afastada a preliminar de extinção pela decadência suscitada pela recorrente. Confirmada a decisão condenatória exarada no juízo singular, em conformidade com o parecer da *Consultoria Tributária*, adotado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado. **3.** Infringência aos artigos 73, 74 435 e 485, §1º, todos do Decreto 24.569/97. **4.** Penalidade prevista no art. 123, I, alínea "c" da Lei 12.670/96, alterado pela Lei 13.418/03.

RELATÓRIO

A acusação fiscal versa sobre *falta de recolhimento do ICMS substituição tributária*, decorrente da aquisição de *óleo diesel* adquirido inicialmente para Fortaleza e posteriormente destinado ao interior, no exercício de 2000. O ilícito supramencionado teve origem em uma ação fiscal designada pela ordem de serviço nº. 2005.25719, objetivando executar *auditoria fiscal*, relativa ao período de 01/01/00 a 31/12/00, efetivada junto ao contribuinte *Texaco Brasil Ltda.*, inscrita no CNAE como *Comércio atacadista de álcool carburante, biodiesel, gasolina e demais derivados de petróleo, exceto lubrificantes, não*



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

realizado por transportador retalhista (T.R.R.), estabelecido no Bairro Mucuripe, no município de Fortaleza. Auto de infração lavrado em 23/12/05, com fulcro nos artigos 73; 74; 435; 485, § 1º do Decreto 24.569/97.

A ciência do início da ação fiscal foi realizada em 09/11/05 de forma pessoal, consoante comprova a aposição da assinatura do representante da empresa no termo de início de fiscalização às fls. 07, ocasião em que foi intimada a apresentar no prazo de 10 (dez) dias, livros e documentos fiscais/contábeis descritos no termo retro.

O processo foi instruído com o auto de infração nº. 1/200521633-5 às fls. 02/05, ordem de serviço nº. 2005.25719 às fls. 06, termo início de fiscalização nº. 2005.20706 às fls.07, termo de conclusão de fiscalização nº. 2005.23859 às fls. 08, cópias das notas fiscais às fls. 09/39 e cópias das portarias interministeriais nº.s 295/99, 69/00, 212/00 e 417/00 às fls. 59/63. O auto, em epígrafe, relatou *in verbis*:

“FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO, NO TODO OU EM PARTE INCLUSIVE O DEVIDO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTARIA, NA FORMA E NOS PRAZOS REGULAMENTARES. CONSTATAMOS QUE A EMPRESA DEIXOU DE RECOLHER O COMPLEMENTO DO ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTARIA DO OLEO DIESEL ADQUIRIDO INICIALMENTE PARA FORTALEZA E, POSTERIORMENTE, DESTINADO AO INTERIOR, NO EXERCICIO DE 2000 NO VALOR DE R\$ 30.914,27. (sic).

Às informações complementares, as autuantes elucidaram que após realizar ação fiscal junto à contribuinte, constaram que no exercício de 2000, a empresa deixou de reter e recolher o ICMS – *Substituição Tributária* de sua responsabilidade sobre parte das operações de vendas a varejo de óleo diesel, adquiridos inicialmente para esta capital e, posteriormente para os outros municípios do estado do Ceará. Relataram que foi calculado o ICMS - *Substituição Tributária* devido a cada operação de venda para o interior do Estado, tomando por base o preço final por município destinatário do produto, conforme estabelecido nas Portarias Interministeriais de nº.s 295/99, 212/00 e 417/00. Ressaltaram também que através da fiscalização restou verificado que as notas fiscais de venda do produto para o contribuinte *Regina Alimentos S/A*, localizado no município de Pindoretama foram emitidas com destino para Fortaleza, equivocadamente, conforme cadastro de Contribuinte do ICMS anexo nos autos.



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

O auditor sugeriu como penalidade, a preceituada no art. 123, I, alínea “c”, da Lei 12.670/96, alterado pela Lei 13.418/03, isto é, o pagamento de multa equivalente a uma vez o valor do imposto. Por tais fatos, foi produzida a demonstração que se segue:

Base de Cálculo	R\$ 0,00
Alíquota	0,00%
ICMS (principal)	R\$ 30.914,27
Multa	R\$ 30.914,27
TOTAL	R\$ 61.828,54

A ciência do auto de infração foi dada de forma pessoal em 28/12/05, consoante comprova a aposição da assinatura do representante da empresa no Auto de Infração nº. 1/200521633-5 às fls. 02.

A autuada apresentou impugnação às fls.86/102, instruída com documentos de fls. 103/112, onde requereu em sede de preliminar a nulidade do auto de infração, ante a decadência da autuação, defendendo a tese de que segundo o art. 150, §4º do CTN, no lançamento por homologação o prazo decadencial é de 5 anos a contar da data do fato gerador, caso a lei não fixe prazo tal, sendo este o caso vertente. Dessa forma, transcreveu lições de renomados juristas acerca da matéria, destacando a polêmica a ela inerente. Em relação ao mérito da questão, alegou que não procede a acusação, pois quando as portarias interministeriais se referem à expressão “consumidor”, tratam-se daqueles que adquirem os seus produtos nos postos de serviços. Explicou, porém, que no presente caso os produtos eram adquiridos em postos de revenda. Dessa forma, são eles consumidores finais de grandes quantidades, sendo certo que o preço de venda da autuada para esses consumidores se constituiu de forma diferente e em valores inferior àqueles praticados para os postos de serviço, asseverou a recorrente. Todavia, ao fixar a margem do valor agregado, a presunção do legislador é a de que a cadeia econômica se finalize na venda realizada pelo posto de serviço ao consumidor final, não sendo o caso da autuada, pois esta, muitas vezes, vende o produto diretamente para o consumidor final, geralmente grandes indústrias, transportadoras, não havendo o liame “Posto de serviço/ Consumidor Final” das cadeias presumida pelo Fisco, concluiu a autuada. Por fim, declarou que os lançamentos correspondem às operações internas de vendas a consumidores finais, não lançadas pela sistemática da Substituição Tributária. Em relação à multa, a recorrente alegou a sua inconstitucionalidade por ter um caráter confiscatório na sua aplicação. Por fim, requereu que a preliminar de **NULIDADE** seja acatada e em não sendo acatada, solicitou que seja declarada a **IMPROCEDÊNCIA** da ação fiscal. Solicitou também a realização de uma pericia a fim de provar o alegado.



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

A empresa *Chevron Brasil Ltda.*, atualmente denominada de *Texaco Brasil Ltda.*, veio aos autos em 10/04/07 às fls. 114 requerendo vista dos autos para obtenção de cópias, bem como juntada de substabelecimentos às fls. 115. Em 09/03/09 protocolou novamente pedido de vistas e juntada de substabelecimento.

A julgadora singular, após breve relato dos fatos, discorreu sobre os argumentos da defesa, afastando a tese de decadência argüida pela recorrente, tendo em vista que o prazo decadencial ainda estava em curso quando da lavratura do auto de infração. Fundamentou seu entendimento por entender que a contagem do referido prazo só se iniciou quando transcorridos 5 anos da ocorrência do fato gerador, isto é, em 01/01/05, interpretando conjuntamente o art. 150, §4º e o art. 173, I do CTN. Em relação ao mérito, afirmou que de acordo com a legislação aplicada à época, a distribuidora era responsável pela retenção e recolhimento da diferença existente sobre a base de cálculo do ICMS para fins de Substituição Tributária. Explicou a julgadora que, como a substituição foi feita na origem e naquela ocasião não era conhecido, ainda, o destino do produto, o imposto foi calculado tendo como referência a localidade do adquirente distribuidor, razão pela qual o distribuidor deveria fazer a retenção e o recolhimento da diferença, conforme determinação expressa no art. 485 e §1º do Decreto 24.569/97. Ponderou também que no presente caso o valor do ICMS varia de acordo com a localidade de destino do óleo diesel, pois o tabelamento do Ministério da Fazenda fixa o preço do produto para cada município. Dessa forma, concluiu que era perfeitamente possível a retenção e recolhimento do ICMS por parte do distribuidor, quando o distribuidor adquiria o “óleo diesel” para venda posterior em município cujo preço médio máximo tabelado era maior. Com relação ao caráter confiscatório da multa, refutou tal argumento, entendendo como correta a penalidade aplicada, sendo esta de caráter punitivo e com o objetivo de coibir a prática de infrações. Em sendo assim, concluiu que a contribuinte contrariou a legislação vigente e julgou **PROCEDENTE** a presente ação fiscal, intimando a autuada a recolher, no prazo de 20 (*vinte*) dias, a importância determinada na inicial, com os devidos acréscimos legais, podendo em igual período interpor recurso junto ao egrégio *Conselho de Recursos Tributários*.

A empresa irrisignada com a decisão da instância singular apresentou recurso voluntário tempestivo às fls. 822/829, onde, ratificou os motivos expostos na impugnação, rechaçou os argumentos do julgador singular.

A *Consultoria Tributária* apresentou o Parecer 106/10, onde vislumbrou que os argumentos recursais não têm substrato fático nem jurídico para ilidir a acusação fiscal. No que se refere à decadência alegada, afastou-a, sob o fundamento de que o



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

prazo decadencial se iniciou em 01/01/01 e findou em 01/01/06, conforme a tese de que o início da contagem do prazo de 5 anos se dá a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Sobre a alegativa de falta e previsão legal alegada pela empresa, entendeu que as fls. 40 a 63 dos autos demonstram que as operações com óleo diesel na época da autuação possuíam preços máximos de venda tabelados pelo Ministério da Fazenda em cujas portarias constam diferentes valores de acordo com o município de destino. Por fim, em relação ao caráter confiscatório da multa, explicou que a penalidade encontra amparo na Lei 12.670/96, logo, trata-se de uma imposição legal devendo ser aplicada a todos os contribuintes no caso da prática de infração, razão pela qual não possui caráter confiscatório, mais sim inibidor e punitivo, inferiu a consultora.

Os autos foram encaminhados para apreciação da douta Procuradoria Geral do Estado, que se manifestou pelo acatamento do referido parecer, que repousa às fls. 193/197.

É o relatório.

VOTO DA RELATORA

Trata-se de recurso voluntário interposto por **IPIRANGA PRODUTOS DE PETRÓLEO S/A.** em face da **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA** objetivando, em síntese, a revisão da decisão exarada na instância originária inerente ao auto de infração sob o nº. **1/2005.21633-5**, na dicção da legislação processual vigente. O presente recurso preenche as condições de admissibilidade, razão pela qual dele conheço.

No processo *sub examine*, versa sobre *falta de recolhimento do ICMS substituição tributária*, decorrente da aquisição de *óleo diesel* adquirido inicialmente para Fortaleza e posteriormente destinado ao interior, no exercício de 2000.

1. Das Preliminares

No recurso voluntário interposto pela empresa autuada, são utilizados vários argumentos, dentre os quais se insere, em sede de preliminar, a extinção do auto de infração, ante a decadência da autuação, preconiza a recorrente que o artigo 150, § 4º do CTN,



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

referindo ao lançamento por homologação, que é a hipótese versada nos autos preceitua que se a lei não fixar prazo á homologação, será ele de 5 anos, a contar da ocorrência do fato gerador, desta forma o ICMS é um tributo que incide nas saídas de mercadorias, sendo instantâneo o fato gerador. Para corroborar com seu entendimento transcreve renomados juristas acerca do prazo decadencial.

1.1 Da Decadência

No que se refere à decadência alegada no recurso, é importante destacar que a mesma não se confunde com a prescrição. A decadência é a extinção do direito pela falta de exercício dentro do prazo prefixado, atingido indiretamente a ação, enquanto a prescrição extingue a própria ação, fazendo desaparecer, o direito por ela tutelado que não tinha tempo fixado para ser exercido.

A decadência tem sua origem do Direito Privado, previsto nos artigos 207 a 211 do Código Civil de 2002. Em direito tributário, a decadência está plasmada no artigo 173 do CTN, *in verbis*:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

Como visto o prazo para a Fazenda Publica constituir o crédito tributário decai em cinco anos, contado este prazo do primeiro dia do exercício seguinte em que o lançamento poderia ter sido efetuado ou da data em que tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

É vital destacar que curiosamente o STJ, passou a entender viável a cumulação dos prazos, os dos artigos 150, §4º e 173, I ambos o CTN, como normas cumulativas ou concorrentes, isto é, não reciprocamente excludentes, assim, o prazo decadencial passou a encontrar lastro na intitulada tese dos cinco mais cinco (5 + 5), por meio da qual o *dies a quo* do prazo do artigo 173 é o primeiro dia do exercício seguinte ao do *dies ad quem* do prazo do artigo 150,§4º. CTN, como normas cumulativas ou concorrentes, isto é, não reciprocamente excludentes, assim, o prazo decadencial passou a encontrar lastro na intitulada tese dos cinco mais cinco (5 + 5), por meio da qual o *dies a quo* do prazo do artigo 173 é o primeiro dia do exercício seguinte ao do *dies ad quem* do prazo do artigo 150,§4º.

Para o STJ, desse modo, no lançamento por homologação, utiliza-se o artigo 150,§4º, CTN, cujo prazo é o de 5 anos , a contar do fato gerador, cumulando-o , posteriormente, com o quinquênio a contar do primeiro dia do exercício seguinte aquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Entretanto, a Lei Complementar nº. 118/05 promoveu o sepultamento da tese em epigrafe, após, sua entrada em vigor em 09/06/05, os pedidos de restituição passaram a obedecer a um singelo e exclusivo prazo de cinco anos, contados do dia do pagamento indevido, e não mais de sua homologação tácita para os tributos com lançamento por homologação tácita para os tributos com lançamentos por homologação.

Questionamentos judiciais surgiram em relação á constitucionalidade desta aplicação pretérita, tendo em vista o direito adquirido em fase dos inúmeros entendimentos jurisprudenciais advindos em nossa ordem jurídica, garantindo a tese do "cinco mais cinco".

Entendemos que esta interpretação deve ter eficácia apenas para o futuro, ou seja, da vigência desta lei complementar em diante, prevalecendo a segurança jurídica. O STJ, em pouco tempo, chancelou esse modo de ver:



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. FATO GERADOR. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO. MATÉRIA DECIDIDA PELA 1ª SEÇÃO, NO RESP 1002932/SP, JULGADO EM 25/11/2009 SOB O REGIME DO ART. 543-C DO CPC.

1. O princípio da irretroatividade impõe a aplicação da LC 118, de 9 de fevereiro de 2005, aos pagamentos indevidos realizados após a sua vigência e não às ações propostas posteriormente ao referido diploma legal, posto norma referente à extinção da obrigação e não ao aspecto processual da ação correspondente.

2. A Primeira Seção, quando do julgamento do Resp 1002932/SP, sujeito ao regime dos "recursos repetitivos", reafirmou o entendimento de que:

"(...) em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da LC 118/05 (09.06.2005), o prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual:

"Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.").

Desta sorte, ocorrido o pagamento antecipado do tributo após a vigência da aludida norma jurídica, o dies a quo do prazo prescricional para a repetição/compensação é a data do recolhimento indevido." (RESP 1002932/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 25/11/2009)



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

3. *Isto porque a Corte Especial declarou a inconstitucionalidade da expressão "observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional", constante do artigo 4º, segunda parte, da Lei Complementar 118/2005 (AI nos ERESP 644736/PE, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 06.06.2007).*

4. *In casu, a parcela foi recolhida antes do advento da lei - a partir de 1992 e a ação ajuizada em 12.09.2007-, por isso que a tese é a consagração dos 5 anos de decadência da homologação acrescido dos 5 anos de prescrição, a contar da data da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária.*

5. *À luz da novel metodologia legal, publicado o acórdão do julgamento do recurso especial, submetido ao regime previsto no artigo 543-C, do CPC, os demais recursos já distribuídos, fundados em idêntica controvérsia, deverão ser julgados pelo relator, nos termos do artigo 557, do CPC (artigo 5º, I, da Res. STJ 8/2008).*

6. *Agravo regimental desprovido.*

Desta forma, assim como a repetição de tributo, essa Câmara tem o entendimento de que, em relação à decadência, deve-se observar a eficácia da lei complementar no tempo, ou seja, da mesma forma que a restituição do imposto requerido antes da vigência da lei que acaba com a tese do "cinco mais cinco" a decadência do crédito tributário também deve seguir esse entendimento, pois, como já argumentado acima, respeita o princípio da segurança jurídica.

2. Do Mérito

Vencida, pois, a preliminar levantada, tem-se como presentes os pressupostos para a apreciação e o desate do mérito da *quaestio juris*.

2.1 Da Substituição Tributária

É vital destacar que o instituto da *Substituição Tributária* restringe a uma pequena quantidade de contribuintes, a arrecadação do imposto, centralizando sua cobrança no responsável tributário, intitulado "*substituto*". Este, terá a seu cargo, não só o recolhimento do



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

ICMS relativo a operação por ele realizada *ICMS - Próprio*, como também será responsável pela retenção e pagamento do imposto relativo às operações sejam elas anteriores, concomitantes ou subseqüentes, que seria de responsabilidade de terceiros, intitulados “*substituídos*”, em função da lei assim determinar. Desta forma, desonera um grande número de contribuintes da burocracia referente a arrecadação tributária, pelo simples fato de que determinadas obrigações acessórias são suportadas por aqueles que detém maior controle administrativo. No caso vertente, a substituição em pauta é aquela na qual o contribuinte deve recolher o ICMS incidente nas operações antecedentes.

No caso em tela, mister salientar que a *Substituição Tributária* não exclui a responsabilidade do contribuinte substituído, quando o documento fiscal próprio não indicar o valor do ICMS objeto da substituição ou quando o imposto não houver sido retido, conforme dispõe o art. 431 §3º do RICMS, *in verbis*:

Art. 431. A responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS, na condição de contribuinte substituto, poderá ser atribuída, em relação ao imposto incidente sobre uma ou mais operações ou prestações sejam antecedentes, concomitantes ou subseqüentes, inclusive ao valor decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestadual, nas operações e prestações interestaduais que destinem bens e serviços a consumidor final localizado neste Estado, que seja contribuinte do ICMS.

(...)

§ 3º Além de outras hipóteses previstas na legislação, a substituição tributária não exclui a responsabilidade do contribuinte substituído, quando o documento fiscal próprio não indicar o valor do ICMS objeto da substituição, ou quando o imposto não houver sido retido. (Grifos acrescidos).

Cumprе mencionar doutrina acerca do instituto da *Substituição Tributária*. Dissertando a respeito, *Walter Piva V Rodrigues*, com precisão observa:

“Assim, podemos concluir que a substituição tributária possui função de arrecadar o tributo por conta do Estado, não considerando o substituto como verdadeiro devedor do tributo”.



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

2.2 Da operação em tela

Acerca da operação em tela, o fundamento trazido brilhantemente no julgamento de 1ª instância merece ser colacionado na presente decisão:

“O evento aqui apresentado refere-se à operações com *óleo diesel*, que no período da infração possuía custo máximos de venda tabelados pelo Ministério da Fazenda, em cujas portarias inclui-se diferentes valores de acordo com o município de destino. Conforme a legislação tributária aplicável á época do fato gerador, a empresa era responsável pela retenção e recolhimento das diferenças existentes sobre a base de calculo do ICMS para fins de substituição tributaria medido nas vendas a varejo de *óleo diesel*, adquiridos de início para o município de Fortaleza e logo depois destinado a outra municipalidade do Estado do Ceará, segundo valores fixados por meio das Portarias Interministeriais.

Pelo motivo da edição da tabela pelo Ministro da Fazenda, cujos preços máximos de óleo diesel variam de acordo com a localidade, é que o ICMS também poderia variar de acordo com o destino do produto.

No caso em epígrafe, como a substituição foi perpetrada na origem e naquele momento não era público, ainda, o destino real dos produtos, o imposto foi medido tendo como referencia o lugar do adquirente distribuidor, neste caso o município de Fortaleza, razão pela qual, por exigência da legislação, o distribuidor teria que fazer a retenção e o recolhimento da diferença, no caso em que o produto fosse destinado para localidades fora da região metropolitana de Fortaleza.

Essa determinação esta expressamente fixada no art. 485, §1º do Decreto 24.569/97, *in verbis*:

Art. 485. A base de cálculo do ICMS para fins de substituição tributária será o menor preço máximo ou único de venda a consumidor, fixado pela autoridade competente para o Estado do Ceará.

§ 1º Caso haja diferença entre o valor previsto no caput e o que for fixado para a venda a varejo no município de destino da mercadoria, caberá ao estabelecimento distribuidor de combustível



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

ou ao TRR, a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS correspondente àquela diferença.

O fato de existir preço Máximo tabelado faz toda a diferença na aplicação do instituto da substituição. Nas operações com mercadorias com preços inteiramente livres não há o que se falar em complementação, até porque isso inviabilizaria o alcance dos objetivos que são almejados com a substituição tributária, sendo um deles a praticidade. Mas naquela oportunidade o produto "óleo diesel" era tabelado com valores diferentes para as diversas localidades.

Em razão dessa tabela editada pelo Ministério da Fazenda, cujos preços máximos de óleo diesel variam de acordo com a localidade é que o valor do ICMS também poderia variar de acordo com o destino do óleo.

Portanto, ao adquirir o óleo diesel, o contribuinte distribuidor já tinha ciência de que se a venda posterior fosse destinada a município cujo preço médio Máximo tabelado fosse maior, teria que fazer a retenção e o recolhimento do ICMS devido."

3. Da Multa Confiscatória

Ademais, integra também os argumentos de defesa da autuada a insurgência contra o percentual de multa e juros aplicados pelo autuante, vez que revelaram caráter confiscatório, provocando enriquecimento ilícito do Estado em desrespeito à Constituição Federal.

Cabe esclarecer, no entanto, que segundo mandamento constitucional, a vedação quanta à prática do confisco só se restringe ao tributo, é o que se extrai do art. 150, IV, CF/88, abaixo transcrito, não se estendendo à multa.

Art. 150 - Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

IV - utilizar tributo com efeito de confisco;



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

A sanção pecuniária visa primordialmente punir a empresa pelo ilícito cometido, inibindo a reiteração da conduta infracional praticada. Outrossim, não está incluída na alçada da competência deste órgão administrativo, como bem destacou a Consultora Tributária Aderbalina Fernandes Scipião, a declaração da inconstitucionalidade de leis ou atos normativos.

No que tange o caráter confiscatório da multa, não compete a este órgão julgador deliberar a respeito do assunto, visto que essa sanção pecuniária está prevista na Lei 12.670/96, não sendo de sua alçada a análise de sua natureza e constitucionalidade, pois, em razão do princípio da legalidade, o qual norteia o exercício da atividade administrativa, o administrador está vinculado estritamente ao que preceitua a lei. Dessa premissa, se pode concluir que em sendo constatada a ocorrência de uma infração o Fisco deve aplicar a respectiva multa cominada, desprovido de qualquer juízo de oportunidade e conveniência.

4. Do Voto

Ex positis, voto pelo conhecimento do recurso voluntário, negar-lhes provimento, para, após afastar a preliminar de extinção pela decadência argüida pela defesa, julgar **PROCEDENTE** a ação fiscal, confirmando a decisão condenatória proferida pelo juízo singular, em conformidade com o parecer da *Consultoria Tributária*, adotado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

DEMONSTRATIVO

Base de Cálculo	R\$ 0,00
Alíquota	0,00%
ICMS (principal)	R\$ 30.914,27
Multa	R\$ 30.914,27
TOTAL	R\$ 61.828,54

É o VOTO.



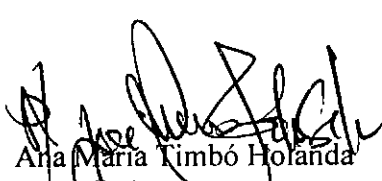
GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

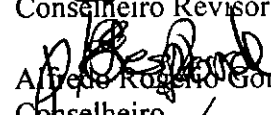
DECISÃO

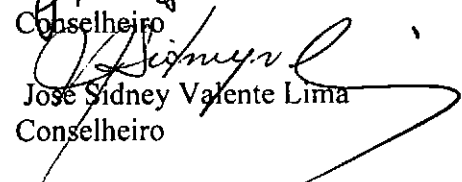
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos em que é recorrente **IPIRANGA PRODUTOS DE PETRÓLEO S/A** e recorrida **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA**. A 1ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, resolve conhecer do recurso voluntário, para após afastar a preliminar de extinção pela decadência suscitada pela recorrente, negar provimento ao recurso, confirmando a decisão **CONDENATÓRIA** proferida pela 1ª instância, nos termos do voto da relatora, conforme parecer da Consultoria Tributária, adotado pelo representante da douda Procuradoria Geral do Estado. Absteve-se de votar, por questão de foro íntimo, o Conselheiro Cid Marconi Gurgel de Souza.

SALA DAS SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 19 de 12 de 2010.

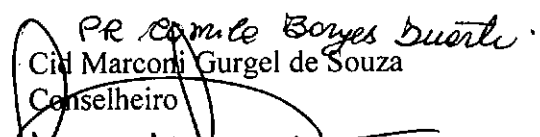

Ana Maria Timbó Holanda
Conselheira


Abílio Francisco de Lima
Conselheiro Revisor

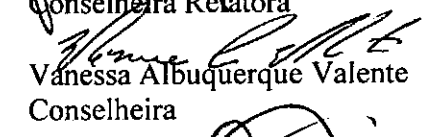

Alfredo Rogério Gomes de Brito
Conselheiro


José Sidney Valente Lima
Conselheiro


Dulcineide Pereira Gomes
PRESIDENTA


PR. Cid Marconi Gurgel de Souza
Conselheiro


Jannine Gonçalves Feitosa
Conselheira Relatora


Vanessa Albuquerque Valente
Conselheira


Cícero Roger Macedo Gonçalves
Conselheiro

Matteus Viana Neto
PROCURADOR DO ESTADO