



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS
1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CRT

RESOLUÇÃO Nº 393 / 2013

SESSÃO 44ª ORDINÁRIA DE: 08/03/2013

PROCESSO Nº 1/4721/2007 AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/2007.09209-4

RECORRENTE: POSTO SABRINA LTDA

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

AUTUANTE: CARLOS FÁBIO DAMASCENO FEITOSA

CONSELHEIRA RELATORA: ANA MÔNICA FILGUEIRAS MENESCAL

CONSELHEIRO DESIGNADO: ALEXANDRE MENDES DE SOUSA

EMENTA: FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS -
SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Contribuinte é acusado pelo Fisco Estadual de deixar de recolher ICMS Substituição tributária nas operações de aquisição Álcool Etilico Hidratado Carburante. Auto de Infração julgado **NULO** em razão da generalidade dos dados contidos no Termo de Intimação, violando dessa forma o princípio da espontaneidade conferida ao contribuinte nas hipóteses de falta de recolhimento do imposto previstas no art.2º, da I.N. nº 33/97. No caso em questão a intimação realizada apenas requereu documentos fiscais, não se reportando a cobrança do ICMS reclamado no A. I.. Decisão por maioria de votos e conforme manifestação oral do representante da douta Procuradoria Geral do Estado e reduzida a termo nos autos. Recurso Voluntário conhecido e provido.

RELATÓRIO

Contribuinte é acusado pelo Fisco Estadual de falta de recolhimento do imposto com seguinte relato:

"Falta de recolhimento do imposto, no todo ou em parte inclusive o devido por substituição tributária, na forma e nos prazos regulamentares. A firma acima adquiriu álcool etílico hidratado carburante sem o recolhimento do ICMS normal e o devido por substituição no valor de R\$ 9.062,50. A presente autuação esta embasada no inciso IV do artigo 21 e parágrafo 3 do artigo 431 do Decreto nº 24.569/97."

O autuante indica como infringidos os artigos 73 e 74 do Decreto Nº 24.569/97 e penalidade aplica a inserta no art. 123, inciso I, alínea "c" da Lei Nº 12.670/96, alterado pela Lei nº 13.418/03.

Foi destacado a titulo de crédito tributário o valor de R\$ 18.125,00 (Dezoito mil cento e vinte e cinco reais), incluindo imposto e multa.

Instruindo o presente processo constam os seguintes documentos:

1. Auto de Infração nº 2007.09209-4 e Informações complementares as fls.02/4;
2. Ordem de Serviço nº 2007.15959, fls.05;
3. Termo de Intimação nº 2007.16726, fls.06;
4. Copias das Notas Fiscais objeto do presente auto de infração, fls.07/10;
5. Consultas sistemas Cadastro e GIM, fls.11/14;
6. Cópia do Aviso de Recebimento - AR do Auto de Infração, fls.16;

Contribuinte apresenta impugnação ao AI arguindo em sua defesa o seguinte, em síntese:

- a) Que, sendo comerciante varejista, compra para seu comercio álcool combustível de empresas distribuidoras, as quais revendem o produto que sai da usina;
- b) Que no ato da compra paga o preço já faturado pela distribuidora cuja nota fiscal vem com carimbo informando o recolhimento do ICMS substituto;
- c) Que se iniciou uma discussão entre a Distribuidora de Combustíveis e o Estado do Ceará sobre a cobrança do ICMS com base na pauta fiscal e no dia 14 de fevereiro de 2006, a distribuidora protocolizou ação de mandado de segurança a qual foi distribuída para 3ª Vara da fazenda Pública do Estado do Ceará, sob nº 2006.0001.7460-2, tomo nº 15.480/06;

- d) Que o objetivo do referido mandado é de obter uma ordem contra a Fazenda Pública Estadual no sentido de que a cobrança antecipada do ICMS não fosse utilizada a base de cálculo prevista no Comunicado nº 12/2005, lavrado pelo Coordenador da Administração Tributária, mas que o próprio valor da operação fosse a base de cálculo da cobrança;
- e) Que a empresa compra álcool combustível da distribuidora a qual recolhe o ICMS, sob pálio do regime de Substituição Tributária;
- f) Que a cobrança da Substituição, conforme proposto no presente auto de infração, além de ferir o próprio parágrafo 3º do art. 431 do RICMS-CE, passa a cobrar em duplicidade o ICMS da operação;
- g) Que o presente AI fere o princípio da Proporcionalidade, na medida que encontra o meio mais grave para cobrar o tributo;
- h) Que a defendente não pode ser co-responsável por dívida inexistente de ICMS, nem muito menos pode ser obrigada a pagar tributo que não existe;
- i) O que impulsionou a SEFAZ-CE a autuar a empresa defendente foi uma motivação política e não jurídica;
- j) Que a Coordenadoria da Administração Tributária, através da Célula de Macrosssegmentos, burlando a decisão da liminar, passou a cobrar a suposta diferença de ICMS das empresas destinatárias do produto;
- k) Que a SEFAZ-CE passou a cobrar recolhimento de ICMS das pessoas que não são contribuintes, nem são obrigadas como substitutos tributárias, uma suposta diferença do imposto apurado através da aplicação do valor contido no Comunicado 12/2005;
- l) Que a empresa Garra Distribuidora de Combustíveis Ltda, impetrou nova ação mandamental, com objetivo de obter a ordem judicial que determine a autoridade Fiscal que se abstenha de cobrar qualquer ICMS das empresas destinatárias dos produtos fornecidos pela distribuidora;
- m) Face as duas liminares expedidas contra si, o Estado do Ceará protocolizou dois pedidos de suspensão da execução de liminar;
- n) Que o tributo concernente ao ICMS que a autuada tem obrigação de recolher, nunca deixou de ser recolhido;
- o) Que o Ato da COTEPE nº 58/2005 serve apenas como diretriz de preço ao consumidor final e não a operação para aquisição realizada pelo distribuidor;
- p) Que é essencial para o deslinde da presente autuação que se apure preventivamente o quanto foi recolhido de ICMS no período envolvido na autuação e para tanto, tornar-se-ia necessário a realização de perícia.

O julgador singular as fls.46/50 emite decisão pela Procedência da acusação fiscal sob entendimento de que os argumentos apresentados pela impugnante não possuem o condão de ilidir o lançamento fiscal.

Quando ao pedido de pericia foi indeferido pelo monocrático por entender que os documentos acostados aos autos pelo fiscal serem suficientes para comprovar o ilícito fiscal, até porque a empresa não juntou aos autos qualquer documento demonstrando a inconsistência do levantamento fiscal.

Insatisfeita com a decisão condenatória proferida em primeira instância, a empresa interpõe recurso voluntario aduzindo o seguinte, em suma:

- a) Preliminarmente requer a nulidade da autuação sob argumento de que não havia início de ação fiscal para efeito de uso da espontaneidade, pois a autuação não foi procedida de Termo de Início de Fiscalização, mas tão somente de uma intimação requerendo a apresentação de documentos fiscais, os quais foram prontamente apresentados;
- b) Da análise da documentação apresentada, caso, verificado alguma irregularidade, o Agente Fiscal deveria intimar novamente o contribuinte para, espontaneamente, recolher o imposto devido sem cobrança de multa, até o momento que, extrapolado o prazo concedido na nova intimação ocorra a lavratura do auto de infração com a cobrança da obrigação que deixou de ser atendida;
- c) Que no caso em tela este segundo termo de intimação não foi emitido, tolhendo da recorrente o direito ao exercício da espontaneidade, sendo lavrado o auto de infração logo detectado a suposta infração;
- d) Cita decisões deste Contencioso, que declaram a nulidade absoluta da ação fiscal, quando constatada o desatendimento ao princípio da espontaneidade;
- e) No mérito, o artigo 464 do Decreto nº 24.569/97, determina que a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto é do distribuidor de combustível, na qualidade de responsável substituto;
- f) Que a autuada não pode ser penalizada por ato que não deu causa, até mesmo porque não sabe se o Fisco está cobrando este mesmo imposto do responsável tributário substituto, configurando desta forma, enriquecimento ilícito;
- g) Alega ainda que, quando o proprietário do posto de combustível adquire o produto, a nota fiscal destaca o

ICMS como declarado e retido na operação antecedente feita pelo distribuidor, com vistas ao seu efetivo recolhimento aos cofres do Estado;

- h) Que o ICMS normal pertence exclusivamente à empresa Garra Distribuidora, não sendo viável cobrar do Posto de gasolina. À época dos fatos, a empresa Garra estava ativa, não podendo haver repasse da dívida pelo motivo de hoje a Garra encontrar-se inativa;
- i) Solicita ainda o reenquadramento da penalidade para atraso de recolhimento;
- j) Ao final, requer que sejam considerados os argumentos para declarar o auto de infração NULO, e caso assim não entenda seja reconhecida a improcedência do lançamento.

Constam as fls.76/79 dos autos, Parecer nº 709/2012 da Consultoria Tributária do CONAT, conhecendo do recurso voluntário, negando-lhe provimento no sentido de afastar a nulidade suscitada pela parte e no mérito opinando pela manutenção da decisão de Primeira Instância.

O representante da Procuradoria Geral do Estado emite despacho as fls.80 dos autos adotando o parecer da Consultoria, pelos fundamentos fáticos e legais apresentados.

É o relatório.

VOTO DO RELATOR

O auto de infração em questão acusa a empresa POSTO SABRINA LTDA de falta de recolhimento do ICMS Substituição Tributária em operações de aquisição de Álcool Etílico Hidratado Combustível, referente ao exercício de 2006, precisamente dos meses de março, maio, junho e agosto, no valor de R\$ 9.062, 20 (Nove mil, sessenta e dois reais e vinte centavos), e multa no mesmo valor.

No Recurso Voluntário interposto à empresa preliminarmente requer a nulidade do lançamento sob argumento de inobservância ao princípio da espontaneidade. Que o termo de Intimação emitido não fez menção a cobrança do imposto, mas a apresentação dos livros e documentos fiscais. No mérito alega que o artigo 464 do Decreto nº 24.569/97, determina que a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto é do distribuidor de combustível, na qualidade de responsável substituto.

Pois bem, passemos então a análise dos fatos apresentados pela defesa na peça recursal.

Inicialmente convém observar o que determina o Regulamento do ICMS Estadual sobre a responsabilidade do contribuinte substituído quando o documento fiscal não indicar o valor do ICMS objeto da substituição, ou quando o imposto não houver sido retido, art. 431, § 3º do Decreto nº 24.569/97:

Art. 431. A responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS, na condição de contribuinte substituído, 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.

Compulsando as Notas Fiscais apenas as fls.07/10, podemos constatar que a empresa emitente dos documentos fiscais, no caso a Garra Distribuidora de Combustíveis Ltda, contribuinte responsável pela retenção e recolhimento do imposto, não destacou nas notas fiscais o ICMS-ST devido na operação. Nesta hipótese recai sobre o adquirente, nos termos do art. 431, § 3º, acima citado, a responsabilidade pelo recolhimento do imposto devido na operação.

Portanto, dúvidas não restam que o imposto Substituição Tributária seja devido pelo contribuinte em questão, quando das aquisições e Álcool Etílico Hidratado Carburante junto a empresa Garra Distribuidora de Combustíveis Ltda.

No entanto, no presente caso o processo deve ser considerado nulo ante a falta de observância do agente atuante aos aspectos legais do lançamento fiscal. Por se tratar de infração relativa a falta de recolhimento do ICMS-ST, deveria o agente fiscal antes de proceder o lançamento do tributo ter intimado o contribuinte a apresentar os DAE'S de recolhimento das operações descritas nas notas fiscais objeto da presente autuação, dando prazo de 10 (dez) dias para que o mesmo comprovasse o recolhimento ou efetuasse de forma espontânea o recolhimento do imposto. Superado o prazo dos 10 dias sem que o contribuinte comprovasse o recolhimento do imposto, o auto de infração poderia ser lavrado.

O Termo de Intimação emitido pelo agente atuante, fls.06 dos autos, intima o contribuinte a apresentar o livro de

registro de entradas, notas fiscais de entradas, DAES de recolhimento e livro de RUDFTO referente ao período, sem especificar a falta de recolhimento do ICMS-ST objeto da autuação.

Dessa forma e considerando que agente do Fisco procedeu em desacordo com o art. 2º, da I.N. nº 33/97, o auto de infração em apreço deve ser considerado nulo, nos termos do art.53, § 2º, II, do Decreto nº 25.468/99

Art. 53. São absolutamente nulos os atos praticados por autoridade incompetente ou impedida, ou com preterição de quaisquer das garantias processuais constitucionais, devendo a nulidade ser declarada de ofício pela autoridade julgadora.

§ 2º É considerada autoridade impedida aquela que:

III - pratique ato extemporâneo ou com vedação legal.

Ante ao exposto, VOTO pelo conhecimento do recurso voluntário, dando-lhe provimento, declarando a nulidade do lançamento fiscal, em razão da generalidade dos dados contidos no Termo de Intimação, contrariamente ao que determina o art. 2º, da I.N. nº 33/97, violando o princípio da espontaneidade e de acordo com a manifestação oral do representante da douta Procuradoria Geral do Estado e reduzida a termo nos autos.

É como voto.

DECISÃO

Vistos, discutidos e examinados os presentes autos, em que é recorrente POSTO SABRINA LTDA e recorrido CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1º INSTÂNCIA, resolvem:

A 1ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, resolve conhecer do recurso Voluntário, e por maioria de votos, dar-lhe provimento, para em grau de preliminar declarar a nulidade processual, tendo com fulcro "a não concessão de um novo termo de intimação no presente caso, para uso da espontaneidade do contribuinte", "ex vi" art. 2º, I.N. nº 33/97. No caso em questão a intimação realizada apenas requereu documentos fiscais, não se reportando a cobrança do ICM reclamado no A. I., nos termos do primeiro voto discordante e vencedor, proferido pelo Conselheiro Alexandre Mendes de Sousa, que ficou designado para lavrar a resolução, e de acordo com o Parecer do representante da Procuradoria Geral do Estado modificado em sessão e reduzido a termo nos autos. Vencidos os votos dos Conselheiros Ana Mônica Filgueiras Menescal, Relatora originária, Francisco José de Oliveira

Silva e Manoel Marcelo Augusto Marques Neto, que se manifestaram contrários à nulidade então argüida pela recorrente, com fundamento no art. 825 do RICMS, argumentando que o Agente Fiscal obedeceu todos os procedimentos atinentes a fiscalização, entendendo não haver nenhuma mácula no Termo de Intimação. Não existe previsão legal para emissão de um novo Termo de intimação na diligência fiscal restrita como a constante nos autos. Presente, para apresentação de defesa oral, o representante legal da autuada, Dr. Fernando Augusto de Melo Falcão.

SALA DAS SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 10 de 07 de 2013.

Francisca ~~Marta~~ de Sousa
Presidenta

Alexandra Mendes de Sousa
Conselheiro Designado

Manoel Marcelo Augusto M. Neto
Conselheiro

Cláudia Mônica Filgueiras Menescal
Conselheira Relatora

Francisco José de O. Silva
Conselheiro

Matheus Fiana Neto
Procurador do Estado

Sandra Arraes Rocha
Conselheira

José Gonçalves Feitosa
Conselheiro

Vanessa Albuquerque Valente
Conselheira

André Arraes de A. Martins
Conselheiro