



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
Secretaria da Fazenda
**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS**

RESOLUÇÃO Nº 085 /2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO

1ª SESSÃO ORDINÁRIA EM 27/01/2011

PROCESSO Nº: 1/3793/2007

AUTO DE INFRAÇÃO: 1/200708341

AUTUANTE: KATIA HERLANE NEPONUCENO

MATRICULA Nº: 10580811

RECORRENTE: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

RECORRIDO: M. D. DE ALENCAR MARQUES

RELATOR: JOSÉ SIDNEY VALENTE LIMA

EMENTA: ICMS- SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ÁLCOOL ETÍLICO HIDRATADO CARBURANTE. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO PELO CONTRIBUINTE SUBSTITUTO. A responsabilidade pelo recolhimento do ICMS devido por substituição tributária recai sobre o adquirente das mercadorias quando o contribuinte substituto não faz a retenção e o recolhimento do imposto. Na espécie, a empresa atuada adquiriu álcool etílico hidratado carburante de distribuidor que não promoveu a retenção e o recolhimento do ICMS devido na operação. Infringência ao art. 464 do Dec. nº 24.569/97, combinado com os art. 21, inciso IV e art. 431, § 3º do mesmo diploma regulamentar. Infração sujeita a multa prevista no art. 123, inciso I, alínea "c" da Lei nº 12.670/96. Confirmada, por unanimidade de votos, a decisão parcialmente condenatória de primeira instância e declarada, em ato contínuo, a extinção do processo, nos termos do art. 54, inciso I, alínea "b" da Lei nº 12.732/97, em face do parcelamento do débito com os benefícios do REFIS. Recurso oficial conhecido e desprovido.

RELATÓRIO

Consta do auto de infração em lide que a empresa acima identificada deixou de recolher o ICMS normal e o devido por substituição tributária nas aquisições de álcool

etílico hidratado carburante promovidas no período de abril a setembro de 2006, no valor de R\$ 18.650,00.

A autoridade fiscal deu como infringidos os artigos 21, inciso IV e art. 431, § 3º do Dec. nº 24.569/97, aplicando a penalidade prevista no artigo 123, inciso I, alínea "c" da Lei nº 12.670/96.

Complementando o relato da infração, a agente do fisco acrescenta as seguintes informações:

- I- Que a empresa atuada exerce atividade de revenda varejista de combustíveis automotivos;
- II- Que a atuada adquiriu álcool etílico hidratado carburante da empresa GARRA DISTRIBUIDORA DE COMBUSTÍVEIS LTDA, que não fez a retenção e o recolhimento do ICMS devido por substituição tributária;
- III- Que a SEFAZ, através da Célula de Macrosegmentos, CEMAS, encaminhou o ofício nº 04/2006 ao SINDIPOSTOS, orientando e esclarecendo acerca da responsabilidade tributária dos postos revendedores, quando adquirissem combustíveis sem a retenção do ICMS devido por substituição tributária;
- IV- Que foi realizado juntos os postos de combustíveis ação fiscal com vista a levantar o imposto devido, sendo concedido prazo para o recolhimento espontâneo do ICMS devido;
- V- Que a empresa GARRA DIST. DE COMBUSTÍVEIS LTDA, impetrou mandado de segurança visando sustar a cobrança do ICMS devido por substituição tributária de seus destinatário/clientes, sendo que a medida liminar concedida foi suspensa pelo Tribunal de Justiça do Estado;
- VI- Foi atribuída a atuada a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS substituição tributária nas aquisições cujas notas fiscais não continha o seu destaque;
- VII- Que foi efetuado o levantamento do ICMS normal e substituição tributária que não foi recolhido pelo Distribuidor do combustível, sendo aplicado a alíquota de 25% sobre o valor da operação para o cálculo do ICMS da obrigação direta do fornecedor e 25% sobre a base de cálculo da substituição tributária.

O procedimento fiscal é instruído como os seguintes documentos: Ordem de serviço 2007.16305, termo de intimação nº 2007.14365, quadro demonstrativo do ICMS a recolher, cópias das notas fiscais emitidas pela GARRA em favor da atuada, cópia do livro de Movimentação de Combustíveis, cópia do ofício nº 4/2006 expedido pela CEMAS, cópia da decisão que suspendeu a medida liminar concedida a empresa

GARRA Dist. De Comb. Ltda', cópia do protocolo de devolução de documentos fiscais e cópia do AR referente a intimação da lavratura do auto de infração.

Tempestivamente a empresa autuada apresentou impugnação ao feito fiscal, alegando em sua defesa os seguintes argumentos:

1. Que os documentos fiscais que acobertaram a compra de álcool hidratado continham informações que por si só a dispensariam de assumir qualquer responsabilidade pelo pagamento do imposto exigido no presente auto de infração. Trata-se dos carimbos apostos nas notas fiscais que ora acusam a ocorrência da retenção do ICMS devido por substituição tributária ora indicam que o próprio fisco estadual entendeu pela inexigibilidade do referido imposto.
2. Que se o recolhimento de alguma importância for de sua responsabilidade, este valor teria que corresponder apenas e tão somente o ICMS devido por substituição tributária que, segundo informação do agente fiscal, não foi retido e informado pelo fornecedor no valor de R\$ 1.150,00.

Na instância de primeiro grau a julgadora decidiu pela parcial procedência da autuação, por ter constatado que nas notas fiscais nºs 723 e 842 o preço médio ponderado ao consumidor final foi inferior ao destacado nos citados documentos fiscais, gerando uma base de cálculo do ICMS substituição tributária menor que a base de cálculo do ICMS próprio. A seu ver, o agente do fisco não deveria ter considerado o valor do ICMS próprio, mas o ICMS substituição tributária com carga cheia que, neste caso, apresentou valor inferior.

Consta às fls. 60, cópia do relatório "Controle da Ação Fiscal", no qual se vê a informação de que o referido auto de infração foi parcelado.

A Consultoria Tributária emite parecer em que opina pela confirmação da decisão condenatória de primeira instância, sugerindo, em ato contínuo, pela extinção do processo, tendo em vista o pagamento do auto de infração com os benefícios do REFIS.

É o relatório.

VOTO DO RELATOR

Discute-se no presente processo a falta de recolhimento do ICMS devido por substituição tributária sobre as aquisições de álcool etílico hidratado carburante, promovidas pela autuada no período de abril a setembro de 2006, no valor de R\$ 18.650,00.

A questão debatida no presente processo é recorrente nesta Câmara de Julgamento, que vem se manifestando pelo acatamento do feito fiscal com amparo no art. 431, § 3º do RICMS.

Considerando que o voto da Conselheira Eliane Resplande Figueiredo de Sá no julgamento do processo de nº 1/4002/2007 traduz muito bem a posição adotada por mim e pelos membros desta colenda corte acerca da matéria versada neste processo, peço vênia a ilustre Conselheira para reproduzir parte de seu voto, adotando-o como fundamento desta decisão:

“A questão é: a empresa autuada, ora recorrente, adquiriu da empresa GARRA DISTRIBUIDORA DE COMBUSTÍVEL LTDA o combustível álcool etílico hidratado carburante (AEHC) para a comercialização a varejo no Estado do Ceará durante o exercício de 2007. Acontece que, aludida distribuidora não promoveu a retenção do imposto bem como não o recolheu, transferindo a responsabilidade para seus adquirentes, conforme previsto nos artigos 21, inciso IV e §3º do art.431 do RICMS.

Fora realizado todo um levantamento de notas fiscais de aquisição de álcool etílico hidratado combustível (AEHC) nas quais não constava o destaque do ICMS próprio (de obrigação direta) ou a indicação no seu corpo de que o ICMS próprio e o ST foram retidos, portanto passíveis de cobrança no destinatário (recorrente).

DO MANDADO DE SEGURANÇA

O Mandado de Segurança foi impetrado por Garra Distribuidora de Combustíveis Ltda para o fim de impedir que seus clientes sofressem cobrança de tributo, o que foi acatado pelo Juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública.

Em seu pedido, contido na inicial do mandado de segurança, a empresa postulante daquela ação mandamental pede expressamente a determinação no sentido de que “a autoridade coatora se abstenha de cobrar qualquer ICMS das destinatárias de produtos da impetrante, sob o argumento de que a impetrante não recolhera o imposto devido, devendo tornar sem efeito todo e qualquer Termo de Intimação entregue aos clientes/destinatários da impetrante”.

Ocorre que, a liminar anteriormente concedida no Processo de Nº 2006.0023.5816-6 fora suspensa em 27/04/2007.

“Por todos esses motivos, defiro o pedido de suspensão dos efeitos da decisão liminar concedida pelo Juízo da 3ª

Vara da Fazenda Pública nos autos do Processo nº 2006.0023.5816-6, em face dos novos argumentos trazidos neste pedido renovatório”.

DA FUNDAMENTAÇÃO LEGAL

“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.”

§1º ...

§2º ...

§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”. (GN)

O Convênio ICMS nº 100 de 20 de agosto que estabeleceu a forma de cálculo da margem de valor agregado nas operações co AEHC a seguir:

Cláusula primeira. Em substituição aos percentuais previstos no Anexo I a que se refere o inciso I do §1º da cláusula terceira do Convênio ICMS 03/99, de 16 de abril de 1999, bem como o disposto no Convênio ICMS 70/97, de 25 de julho de 1997, ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a adotar nas operações promovidas por distribuidora de combustíveis, a margem de valor agregado obtida na forma deste convênio, relativamente as saídas subseqüentes com álcool etílico hidratado combustível”.

Ressalte-se que, na cadeia comercial de combustível líquido não derivado de Petróleo (Álcool hidratado) têm-se as seguintes etapas: Usina ou destilaria - distribuidor - Posto revendedor - consumidor final.

DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA

Destacaremos, algumas considerações a respeito da Substituição Tributária.

REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA: Consiste em técnica de tributação em que se desloca a responsabilidade pelo pagamento do imposto devido por um contribuinte para uma terceira pessoa em relação a um determinado fato gerador, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo a este, responsabilidade supletiva pelo cumprimento da obrigação tributária. Esta sistemática facilita bastante a arrecadação, tendo em vista que nessa técnica o legislador determina que se antecipe uma incidência considerando ocorrido o que deveria ocorrer. O ICMS é cobrado, portanto, antes da ocorrência do fato gerador.

A substituição tributária concernente ao ICMS e de conformidade com a situação jurídica por ela disciplinada pode ser:

' **Regressiva:** diz-se daquela situação jurídica em que a lei atribui ao destinatário de uma determinada mercadoria a responsabilidade pelo recolhimento do imposto devido na operação anterior. Os motivos que levam o legislador a assim proceder, via de regra, são a maior confiabilidade que desfruta uma determinada categoria de contribuintes, a falta de organização administrativa do contribuinte de fato, a comodidade do fisco arrecadar os impostos devidos, e outros motivos de acordo com a natureza das operações realizadas.

- **Progressiva:** ocorre quando o diploma legal atribui a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto devido em operações subseqüentes a uma terceira pessoa, definindo, por antecipação, o valor a ser retido e recolhido, apesar de se referir a um fato futuro e incerto, o sujeito passivo de uma obrigação ainda não acontecida assim como a base de cálculo, que também é presumida, em razão de referir-se a uma operação que a situação de fato indica que irá acontecer. O fato gerador, supõe-se, ocorrerá em etapa futura e será praticado por outros contribuintes do ICMS'.

Quanto as Notas fiscais, nelas não há nenhuma indicação de que o imposto já tenha sido recolhido. É fato notório que o ICMS substituição indicado nas Notas Fiscais não foi recolhido. A responsabilidade atribuída ao posto, portanto, é válida.

Não resta dúvida de quem comprou beneficiou-se pelo preço diferenciado. Tinha o conhecimento do valor. O SINDISPOSTO estava cômico do que estava ocorrendo.

O ofício emitido pela Célula de Macro-Segmentos - Setor de Combustíveis é bastante peremptório ao recomendar ao Presidente do Sindipostos/Ce o teor do ofício junto aos postos revendedores varejistas de combustíveis para que os mesmos cumprissem as determinações da SEFAZ e da ANP com vistas a evitar a aplicação de penalidades aos mesmos, ou seja, os postos de combustíveis seriam responsáveis pelo ICMS-ST na qualidade de contribuintes substituídos, vez 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, como já se destacou na fundamentação legal retro mencionada.

DA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA

Quanto aos argumentos da recorrente de que não pode ser co-responsável por dívida inexistente de ICMS, nem muito menos pode ser obrigado a pagar tributo e que não existe co-responsabilidade da empresa atuada como foi afirmado; e que o posto defendente não pode ser co-responsável por dívida inexistente de ICMS, nem muito menos pode ser obrigado a pagar tributo; e que não existe co-responsabilidade da empresa atuada não podem prosperar.

Denomina-se responsável o sujeito passivo da obrigação tributária que, sem revestir a condição de contribuinte, isto é, sem ter relação pessoal e direta com o fato gerador respectivo, seu vínculo com a obrigação decorre de dispositivo expresso em lei.

Consoante ensinamento do insigne Hugo de Brito Machado a responsabilidade tributária está sempre ligada ao descumprimento do dever, isto é, à não prestação. É a sujeição de alguém à sanção. Tal sujeição geralmente é de quem tem o dever jurídico, mas também pode ser atribuída a quem não o tem.

O sentido da responsabilidade aqui tratada diz respeito ao sentido estrito, isto é, é a submissão de determinada pessoa, em virtude de disposição legal expressa, que não é contribuinte, mas está vinculada ao fato gerador da obrigação tributária, ao direito do fisco de exigir a prestação respectiva.

Melhor consolidando, ressaltamos o Art.136 do CTN onde se evidencia que nas infrações tributárias a **responsabilidade é objetiva**, ou seja, independe da culpa ou da intenção do agente ou do responsável, salvo disposição em lei em contrário. Independe, também, da existência de prejuízo.

Ainda, concernente a responsabilidade destaque-se que também respondem pela infração, conjunta ou isoladamente, todos os que, de qualquer forma, concorrem para a sua prática ou dela se beneficiem. (Parágrafo único do Art.877- RICMS).

Configura-se, assim, "infração toda ação ou omissão, voluntária ou não, praticada por qualquer pessoa que resulte em inobservância de norma estabelecida pela legislação pertinente ao ICMS." (Art.874 Dec.24.569/97).

O ilícito tributário é decorrente da violação das normas jurídico-tributárias. O Estado objetivando disciplinar sua tributação, fiscalização e arrecadação preconiza tais normas.

O direito impositor de tributos não deixa de ser um ramo jurídico por excelência sancionatório.

A exação tributária não deixa de ser uma penalidade. Afirma o eminente Ives Granda da Silva em sua obra - Da Sanção Tributária: "espontaneamente, muitos poucos dariam sua contribuição ao Estado. A norma, que o exige, é sempre examinada com resistência, ao contrário da maior parte das normas sociais, cujo cumprimento faz-se naturalmente, sendo o castigo exceção colocada à margem para os casos excepcionais de desrespeito".

Devemos tomar ciência de que a sanção visa a preservação da ordem, a tranqüilidade da sociedade, a reparação do dano e, em especial no que tange ao Direito Tributário, compelir o contribuinte a trazer sua participação para que as necessidades públicas sejam satisfeitas.

No Direito Tributário o caráter social das sanções ganha uma qualidade peculiar, visto que o ato ilícito que deu origem à imposição da penalidade propaga seus efeitos de modo difuso, ou seja, tem relevância para a toda a coletividade, visto que, o átimo do lançamento de um tributo constitui não só a geratriz da obrigação tributária, mas também a transfiguração de seu objeto; se antes ele constituía parte de patrimônio privado, agora ele ingressou (potencialmente) no erário - é crédito público. O interesse público deve, portanto, prevalecer sobre o privado".

No caso em tela, a parcial procedência da autuação se deu em razão do preço estabelecido em pauta fiscal ter sido menor que o destacado nas notas fiscais nº 723 e 842. Como o cálculo da ICMS-ST é feito com base nos preços fixado em ato normativo, houve uma pequena redução no crédito tributário inicialmente lançando.

Ressalte-se, por fim, que o crédito tributário exigido no auto de infração foi parcelado com base na decisão de primeira instância, utilizando a autuada os benefícios do REFIS.

Como se sabe, o parcelamento de débito importa confissão de dívida, de modo que a não pagamento das parcelas na data do vencimento tem como consequencia a inscrição imediata do débito na Dívida Ativa do Estado.

A este respeito, oportuna a transcrição da manifestação escrita feita pelo douto representante da PGE em sessão, nos seguintes termos:

"A adesão ao REFIS produz três consequencia jurídicas:

1. A formação de um novo título de crédito tributário objeto do pedido, revestido de liquidez, certeza e exigibilidade;
2. Confissão irretratável do contribuinte que produz efeitos de liquidez, certeza e exigibilidade do crédito tributário;
3. Extinção do processo administrativo originário do lançamento de ofício realizado pelo Agente Fiscal, por falta de interesse processual".

Ante ao exposto, **VOTO** pelo conhecimento do Recurso Oficial, negando-lhe provimento para confirmar a decisão **PARCIALMENTE CONDENATÓRIA** proferida pela 1ª Instância e, ato contínuo, declarar a **EXTINÇÃO** do processo, com arrimo no art. 54, inciso II, alínea "b" da Lei nº 12.732/97, tendo em vista o parcelamento do crédito tributário com os benefícios do REFIS, consoante manifestação do representante da douta Procuradoria Geral do Estado sem sessão.

É o voto.

DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

ICMS:.....R\$ 18.625,00
Multa:.....R\$ 18.625,00
TOTAL:.....R\$ 37.250,00

DECISÃO:

Vistos, Relatados e Discutidos os presentes autos, em que é recorrente CÉLULA DE JULGAMENTO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA e recorrido M. D. DE ALENCAR MARQUES

Resolvem os membros da 1ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, conhecer do recurso oficial, negar-lhe provimento, para confirmar a decisão PARCIALMENTE CONDENATÓRIA proferida em 1ª instância e, ato contínuo, declarar a extinção processual com base no art. 54, I, "b" da Lei nº 12.732/97, nos termos do voto do relator, conforme manifestação do representante da douta Procuradoria Geral do Estado, alterado em sessão e reduzido a termo nos autos. Presente, para apresentação de sustentação oral o representante legal da autuada.

SALA DAS SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 16 de 02 de 2.011


Dulcimeire Pereira Gomes
PRESIDENTE


José Sidney Valente Lima
CONSELHEIRO RELATOR

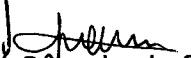

Cícero Roger Macedo Gonçalves
CONSELHEIRO


Eliane Resplande Figueiredo de Sá
CONSELHEIRA


Vanessa Albuquerque Valente
CONSELHEIRA


Abílio Francisco de Lima
CONSELHEIRO


Jussara Dias Soares
CONSELHEIRA


José Rômulo da Silva
CONSELHEIRO


Cid Marconi Gurgel de Souza
CONSELHEIRO

Matteus Viana Neto
PROCURADOR DO ESTADO