



**ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS**

RESOLUÇÃO Nº 07/ 2005
2ª CÂMARA
SESSÃO DE : 16/ 12 / 2004
PROCESSO DE RECURSO Nº 1/326/04
AUTO DE INFRAÇÃO: 1/200315917
RECORRENTE: COMPANHIA BRASILEIRA DE PETRÓLEO IPIRANGA
RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA
RELATORA ORIGINÁRIA: CONS. VANESSA ALBUQUERQUE VALENTE
RELATORA DESIGNADA: CONS. DULCIMEIRE PEREIRA GOMES

EMENTA: ICMS – Crédito indevido. Lançamento indevido de crédito tributário decorrente do ressarcimento do ICMS substituição tributária sobre vendas no Estado a consumidor final. Na venda de combustível pela distribuidora diretamente a consumidor final ocorre apenas supressão de uma etapa na circulação da mercadoria, diferente de fato gerador presumido não realizado, o qual, uma vez verificado, asseguraria direito a ressarcimento. Infração ao art. 65 inciso VI do Dec. 24.569/97. Por voto de desempate da presidência foi afastada a preliminar de extinção do processo pela decadência e por maioria de votos decidiu-se pela PROCEDÊNCIA da ação fiscal. Recurso voluntário não provido.

RELATÓRIO

Acusa a inicial que a empresa atuada, no período de julho a dezembro de 1998, lançou indevidamente, na conta gráfica, crédito tributário decorrente do ressarcimento do ICMS substituição tributária sobre vendas no estado a consumidores finais, no valor de R\$ 131.915,16 (cento e trinta e um mil, novecentos e quinze reais e dezesseis centavos).

espino V.

Foram considerados infringidos os arts. 22 e 51 da Lei 12.670/96, arts. 438 e 450 do Dec. 24.569/97 e Cláusula II do Convênio ICMS 13/97. Como penalidade foi sugerida a do art. 123 inc. II "a", da Lei 12.670/96.

Complementando a inicial, a Auditora Fiscal ratifica seu teor, acrescentando que ocorrera o fato gerador presumido (saída subsequente do produto), não cabendo ao autuado qualquer tipo de restituição ou ressarcimento, conforme nesse sentido já se manifestou o Supremo Tribunal Federal na ação direta de inconstitucionalidade (ADI – 1851-4 AL), cuja cópia da decisão faz anexar aos autos. Acrescenta ainda que, considerando o Parecer 385/98, que autoriza o lançamento do crédito em referência, e o art. 100 do C.T.N., foi exigido o recolhimento apenas do principal, sem imposição dos acréscimos moratórios. Anexa, também, a ordem de serviço, os termos de início e de conclusão de fiscalização, demonstrativo dos créditos que foram indevidamente lançados, e cópias de fls. do livro Registro de Apuração do ICMS.

Na defesa apresentada, a autuada, preliminarmente argüi a decadência do lançamento, já que entre a data da operação realizada até a notificação fiscal transcorreram mais de 05 (cinco) anos, e no mérito, requer a improcedência do feito, sob a alegativa da não ocorrência do fato gerador presumido do ICMS, qual seja, a operação realizada pelo posto revendedor, já que efetua venda direta para grandes consumidores, suprimindo a etapa da venda para o posto revendedor, e ainda, que sua conduta estava reforçada pelo Parecer da Satri nº 385/1998, cujo Ato Declaratório de nº 01/2000 que lhe declara a nulidade não contém qualquer previsão de retroatividade.

A julgadora de primeira Instância decidiu pela procedência da autuação, afastando a preliminar de decadência, tendo em vista que a notificação à autuada ocorreu em data de 30 de dezembro de 2003 e por entender que a autuada agiu em desacordo com o § 1º do art. 438 do RICMS.

Foi interposto recurso voluntário, no qual os argumentos impugnatórios foram reiterados.

A Procuradoria Geral do Estado manifestou-se pela confirmação da decisão monocrática.



VOTO DA RELATORA DESIGNADA

O crédito indevido reclamado na inicial foi decorrente do ressarcimento do ICMS substituição tributária sobre as vendas no Estado, a consumidores finais.

No recurso voluntário impetrado, tal qual na impugnação, a recorrente, preliminarmente argüi a decadência do lançamento, já que entre a data da operação realizada até a notificação fiscal transcorreram mais de 05 (cinco) anos, e no mérito requer a improcedência do feito, sob a alegativa da não ocorrência do fato gerador presumido do ICMS, qual seja, a operação realizada pelo posto revendedor para o consumidor final, já que efetua venda direta para grandes consumidores, suprimindo a etapa da venda citada anteriormente, e ainda, que sua conduta estava reforçada pelo Parecer da Satri nº 385/1998, cujo Ato Declaratório de nº 01/2000 que lhe declara a nulidade não contém qualquer previsão de retroatividade.

Com relação a preliminar de extinção do processo pela decadência, é cediço que após o quinquênio ocorre a decadência do direito de crédito da Fazenda Pública, extinguindo-se a obrigação. Entretanto, no caso concreto, mesmo que não se adotasse a tese defendida no parecer da consultoria tributária, que foi adotado pela Procuradoria Geral do Estado, segundo a qual "a perda do direito de ação que o Estado tem contra o contribuinte é de 5 anos, para executá-lo, e que este tempo só começa a ser contado a partir do crédito tributário definitivamente constituído, quando não mais puder ser modificado na esfera administrativa. O que não se aplica ao caso em razão de se encontrar ainda em discussão.", ainda assim o lançamento não estaria alcançado pelo prazo decadencial, considerando que os trabalhos de fiscalização foram concluídos em 30 de dezembro de 2003, data da postagem no correio, da respectiva notificação, conforme dispõe o § 4º do art. 821 do RICMS. Portanto, não ficou constatada a extinção do processo pela decadência, conforme pretendido pela recorrente.

Sobre o mérito da questão, é legítimo ao contribuinte substituído o direito de ressarcimento do valor do ICMS pago em razão da substituição tributária, cujo fato gerador presumido não se realizar, conforme estipulado no art. 438 do RICMS. Para arrematar, o § 1º deste artigo dispõe que entende-se por fato gerador que não se realizar a inoocorrência, por qualquer motivo, de operação subsequente à entrada da mercadoria, cujo imposto tenha sido retido por substituição tributária.

Pelo que se tem, a recorrente, na tentativa de justificar a improcedência do feito, quer inserir como fato gerador que não se realizou, suas vendas para grandes consumidores finais, como empresas comerciais, industriais e transportadores. Esta posição vai de encontro às normas de regência, conforme dispositivos já comentados acima, por conseqüência não devendo ser acatada. Não há como equiparar as vendas



à pessoa jurídica – consumidor final ao fato gerador presumido não realizado. Na verdade houve apenas a supressão de uma das etapas de circulação da mercadoria que normalmente é composta pelo seguinte ciclo: **refinaria » distribuidora » revenda » consumidor final**, passando para um ciclo mais condensado: **refinaria » distribuidora » grande consumidor final**. Portanto, o fato de recorrente não efetuar vendas diretamente ao posto revendedor não lhe dá direito ao ressarcimento e nem comporta entendimento de que o fato gerador presumido não ocorreu. Vê-se que houve a saída da mercadoria da distribuidora para o consumidor final, situação bastante para caracterizar a ocorrência do fato gerador da operação subsequente a entrada da mercadoria e conseqüentemente legitimar a ação fiscal reconhecendo-se a prática da infração ao art. 65 inc. VI do Dec. 24.569/97.

Porém, é notório que o procedimento adotado pela autuada, na época, foi com esteio no Parecer nº 385/1998, o qual foi revogado somente em 29 de março de 2000 pelo Ato Declaratório nº 01/2000, razão pela qual, no caso, será exigido somente o imposto, a seguir demonstrado, a salvo de penalidades, conforme procedeu a autuante, com amparo no art. 100 do CTN.

ICMSR\$ 131.915,16

Isto posto,

VOTO pelo conhecimento e não provimento do recurso voluntário, para afastar a preliminar de extinção do processo pela decadência e confirmar a decisão da instância singular de PROCEDÊNCIA da ação fiscal.

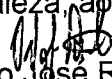



DECISÃO:

Vistos, Relatados e Discutidos os presentes autos, em que é recorrente COMPANHIA BRASILEIRA DE PETRÓLEO IPIRANGA e recorrido CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA,

Resolvem os membros da 2ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários, por voto de desempate do presidente, afastar a preliminar de extinção por decadência, argüida pela recorrente, sendo votos vencidos os conselheiros Vanessa Albuquerque Valente, Ildebrando Holanda Júnior, Adriano Jorge Pequeno Vasconcelos e Rodolfo Licurgo Tertulino de Oliveira. No mérito, por maioria de votos, resolvem conhecer do recurso voluntário, negar-lhe provimento, para confirmar a decisão **CONDENATÓRIA** proferida pela 1ª Instância, nos termos do primeiro voto discordante proferido pela conselheira Dulcimeire Pereira Gomes, que ficou designada para lavrar a resolução, e de acordo com o parecer da douta Procuradoria Geral do Estado. Foram votos vencidos os conselheiros Vanessa Albuquerque Valente, (relatora originária), Ildebrando Holanda Júnior e Rodolfo Licurgo Tertulino de Oliveira, que se pronunciaram pela improcedência da autuação.


SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 14 de fevereiro de 2.005.

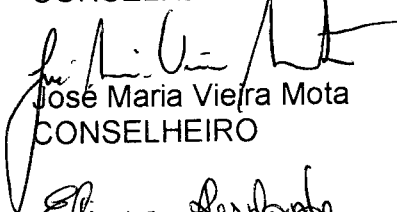

Osvaldo José Rebouças
PRESIDENTE

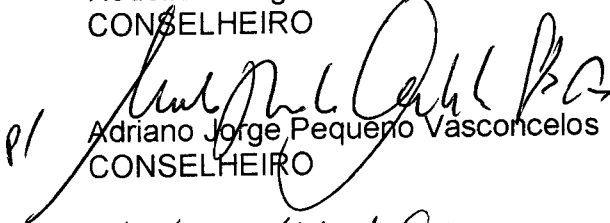

Dulcimeire Pereira Gomes
CONSELHEIRA RELATORA



Vanessa Albuquerque Valente
CONSELHEIRA



Regineusa de Aguiar Miranda
CONSELHEIRA


Rodolfo Licurgo Tertulino de Oliveira
CONSELHEIRO


José Maria Vieira Mota
CONSELHEIRO


Adriano Jorge Pequeno Vasconcelos
CONSELHEIRO


Eliane Resplante Figueiredo Sá
CONSELHEIRA


Ildebrando Holanda Junior
CONSELHEIRO

Ubiratan Ferreira de Andrade
PROCURADOR DO ESTADO