



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ

Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - C R T
2º CÂMARA DE JULGAMENTO

RESOLUÇÃO Nº: 271/2010

110ª SESSÃO ORDINÁRIA DE 08/07/2010

PROCESSO Nº 1/4348/2004

AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/200413023

RECORRENTE: ESSO BRASILEIRA DE PETRÓLEO LTDA

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

AUTUANTE: KÁTIA HERLANE NEPOMUCENO RAMOS

RELATOR: CONSELHEIRO JOÃO CARLOS MINEIRO MOREIRA

EMENTA: ICMS. - 1. Substituição Tributária (Álcool Etilico Hidratado Carburante). No período fiscalizado não havia hipótese de incidência que gerasse obrigação tributária para a retenção e recolhimento do ICMS-ST. - 2. Recurso voluntário conhecido e provido. Auto de Infração julgado **IMPROCEDENTE**, por unanimidade de votos, nos termos do voto do relator para modificar a decisão proferida em primeira instância, tendo em vista que a Substituição Tributária sobre o Álcool Etilico Hidratado Carburante não era exigida no ano de 1999, somente passou a ser obrigatória a partir da Lei 13.569 de 30 de dezembro de 2004.

PROCESSO Nº 1/4348/2004

AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/200413023

CONSELHEIRO: JOÃO CARLOS MINEIRO MOREIRA



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
Secretaria da Fazenda
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - C R T
2ª CÂMARA DE JULGAMENTO

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Auto de Infração lavrado em decorrência da falta de recolhimento do imposto, no todo ou em parte inclusive o devido por substituição tributária, na forma e nos prazos regulamentares. O contribuinte autuado deixou de recolher parte do ICMS sob o regime de substituição tributária referente as aquisição de Álcool Etilico Hidratado Carburante, referente ao período julho a dezembro de 1999, no valor de R\$ 81.970,54 (oitenta e um mil, novecentos e setenta reais e cinquenta e quatro centavos).

O agente fiscal destacou como dispositivos infringidos os seguintes: arts. 464 e 468, §§ 1º, 2º e 3º do Decreto nº 24.569/97. No que concerne a penalidade imposta aplicou aquela cominada no art. 123, I, 'c', da Lei nº 12.670/96, alterado pela Lei nº 13.418/03.

Nas Outras Informações Complementares ao Auto de Infração, fls 04, o agente fiscal anota alguns esclarecimentos referente aos detalhes da operação fiscal, afirmando que identificou que o recolhimento do ICMS-ST na entrada do produto ao estabelecimento foi efetuado a menor, pelos seguinte motivos: cálculo do valor do ICMS-ST concernente ao AEHC propriamente dito (exclusive frete) para os meses de setembro, novembro e dezembro a menor (conforme planilhas constantes no Anexo I), e; não inclusão na base de cálculo da ST do valor correspondente ao frete contratado na condição FOB (Free On Board) relativos às aquisições se AECH para os meses de julho a dezembro de 1999 (conforme Anexo II).

Constam no processo Ordem de Serviço nº. 2004.20870, Termo de Intimação nº. 2004.16228 emitidos de acordo com determinação da legislação vigente, planilhas, Termo de conclusão nº 2004.24906, Cópia do Livro de Registro de Apuração, Cópia do Livro de Registro de Entradas, Cópia da Notas Fiscais, Cópia de conhecimento de Transporte, Cópia dos DAE's , documento para fiscalização. Documento para apuração da substituição do álcool, quadros demonstrativos da diferença a recolher, apuração de ICMS, consultas dos sistemas da SEFAZ, recibos de documentação, cópia de AR.



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**

Secretaria da Fazenda

**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - C R T
2ª CÂMARA DE JULGAMENTO**

O contribuinte após regularmente notificado, conforme atesta AR's acostados ao processo, apresentou defesa ao lançamento do Auto de infração, fls. 379 a 387, destacando-se os seguintes argumentos:

- Quanto ao erro no cálculo do valor de ICMS ST, propriamente dito, (excluindo frete) reconhece a existência da falha, cujo valor principal é de R\$ 28.848,59 (vinte e oito mil, oitocentos e quarenta e oito reais e cinquenta e nove centavos), que já foi recolhida sem multa em função do aproveitamento da Anistia que trata a Lei 13.537 de 11/11/2004;

- Junta aos autos cópia da Guia de recolhimento realizado e da planilha demonstrando o critério do cálculo para apuração da parcela a pagar.

- Que o valor principal, após efetuado o recolhimento de parte do valor autuado, passa a ser de 53.121,95 (cinquenta e três mil, cento e vinte e um reais e noventa e cinco centavos), mais a multa no mesmo valor.

- Que o art. 464 estabelece o momento em que deva ocorrer a retenção do imposto antecipado, que no caso é quando da aquisição da mercadoria junto à Usina. Assim sendo, não há como se incluir na base de cálculo do ICMS/ST o frete "FOB", pois que o mesmo não é contratado no momento da aquisição do AEHC e, por via de consequência, não há transferência deste encargo pela Usina, situação que só ocorre no frete. "CIF";

- Que a interpretação que a auditora fiscal deu ao art. 468, § 1º do RICMS afronta o art. 8º, incisos I e II da LC nº 87/96;

- A substituição tributária para frente (subsequente) foi deslocada para o momento em que ocorrer a aquisição do AEHC, inovação da legislação local que resultou no erro de interpretação dado pela fiscal;

- Que não existe meio legal para se incluir na determinação da base de cálculo do ICMS o frete "FOB".

- A ilegalidade suscitada possui três razões lógicas; a primeira é o fato dos arts. 464 e 468 do RICMS não preverem a sistemática adotada pela fiscal; a segunda é a violação do art. 8º e incisos da LC nº 87/96, o que fere o princípio constitucional da hierarquia das leis; e a terceira é a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIN – nº 1852, julgada recentemente pelo plenário do STF, que reconheceu ser definitiva a substituição tributária, não comportando complementos por parte do contribuinte nem tampouco restituição por parte do Erário, nos casos em que a margem presumida relativamente ao fato gerador subsequente, tenha sido diferente do preço efetivo da operação;



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
Secretaria da Fazenda
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - C R T
2ª CÂMARA DE JULGAMENTO

- Que no caso do frete "FOB" o valor do frete não pode compor a base de cálculo porque o respectivo custo não foi transferido pela distribuidora ao seu cliente;
- Que a multa de 100% exigida é inconstitucional por ser um verdadeiro confisco.

O julgador singular decidiu pela procedência da acusação fiscal, nos termos do Auto de Infração, considerando que:

- Na verdade, o que o referido dispositivo legal (art. 464) determina é que quando o contribuinte distribuidor adquire álcool hidratado em operações internas e interestaduais ele passa a ser responsável por reter e recolher o imposto devido nas operações subseqüentes;

- O momento da aquisição da mercadoria é o momento em que o adquirente assume a condição de contribuinte substituto para as operações subseqüentes.

- Para compor a base de cálculo do ICMS Substituição Tributária o art. 468, § 1º deixa claro que devem ser considerados os valores correspondentes a frete, além de outros como frete, seguro e outros encargos transferíveis a adquirente.

- O defendente se equivocou na interpretação do art. 8º da Lei Complementar nº 87/96; que determina no inciso II a inclusão de frete na composição da base de cálculo para obtenção do ICMS substituição tributária, ou seja, para obtenção do ICMS das operações subseqüentes;

- Com relação a ADIN, o assunto nela diverge do aqui discutido, pois refere-se a cobrança posterior de diferença entre o ICMS Substituição cobrado a partir da base de cálculo obtida conforme estabelece a norma e valor da mercadoria efetivamente praticados na venda realizada posteriormente pelos contribuintes substituídos;

- A multa está aplicada de acordo com a penalidade imposta pela legislação para a infração praticada

Cientificado do julgamento monocrático o autuado apresentou aos autos Recurso Voluntário contento basicamente os mesmo fundamentos destacados quando da ocasião da interposição da Impugnação, sem adicionar qualquer outro argumento em sua defesa.

A Célula de Consultoria, através do Parecer nº. 252/2009, manifestou-se pelo conhecimento do recurso voluntário, negando-lhe provimento, para que seja confirmado



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
Secretaria da Fazenda
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - C R T
2º CÂMARA DE JULGAMENTO

o julgamento de primeira instância dando procedência à lavratura Auto de Infração pelas razões expostas pela julgadora monocrática, evidenciando que o imposto não foi pago na forma prevista em lei.

O representante da Douta Procuradoria Geral do Estado adotou o Parecer da Célula de Consultoria.

Em Sessão Extraordinária, nessa mesma Câmara de Julgamento, realizada em 23 de março de 2010, na qual foi iniciado o relato e os debates referentes ao processo em epígrafe, o Conselheiro Sebastião Almeida Araújo requereu vistas do processo para elaboração de parecer, que foi concedida pelo Presidente.

No supra citado parecer, juntado aos autos, o Nobre Conselheiro considerando que a falta de previsão legal para exigir da autuada recolhimento de ICMS-ST sobre operações de aquisição de Álcool Etílico Hidratado Carburante, já que à época apenas "Álcool Anidro" fazia parte das mercadorias constantes do anexo único da Lei nº 12.670/96, entendeu que a ação fiscal deveria se julgada Parcial procedente, no sentido de exigir apenas o ICMS-ST relativo ao frete.

É o relatório.





**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**

Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT

CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - C R T

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO

VOTO DO RELATOR

Versa a acusação fiscal sobre a falta de recolhimento do imposto, no todo ou em parte inclusive o devido por substituição tributária, na forma e nos prazos regulamentares. O contribuinte autuado deixou de recolher parte do ICMS sob o regime de substituição tributária referente as aquisições de Álcool Etílico Hidratado Carburante, referente ao período julho a dezembro de 1999.

O recurso apresentado pelo contribuinte preenche os requisitos de admissibilidade disposto na legislação do Processo Administrativo Tributário do Estado, portanto perfeitamente cabível o recebimento deste Recuso Voluntário.

O recorrente afirma em suas alegações que o art. 464 do RICMS estabelece o momento em que deva ocorrer a retenção do imposto antecipado, que no caso é quando da aquisição da mercadoria junto à Usina. Assim sendo, não há como se incluir na base de cálculo do ICMS/ST o frete "FOB", pois que o mesmo não é contratado no momento da aquisição do AEHC e, por via de consequência, não há transferência deste encargo pela Usina, situação que só ocorre no frete. "CIF".

Ocorre que, como perfeitamente apontado pelo julgador de primeira instância e expressamente destacado no art. 464 do RICMS, o estabelecimento distribuidor que adquire álcool hidratado em operações internas e interestaduais fica atribuída a responsabilidade por reter e recolher o imposto devido nas operações subseqüentes, na qualidade de contribuinte substituto, isto é, o momento da aquisição da mercadoria é o momento em que o adquirente assume a condição de contribuinte substituto para as operações subseqüentes.

Desse modo, o contribuinte substituto, ao revender o álcool adquirido na operação interestadual, irá repassar para as operações seguintes todas as despesas realizadas na operação anterior, ou seja, gastos com frete FOB, não havendo o que se falar em interpretação errônea pela Nobre Fiscal.

No que se refere à possível ilegalidade da cobrança de ICMS-ST sobre o frete FOB com base na ADIN 1852, julgada pelo STF, é necessário informar que esta não trata do mesmo objeto que está sendo questionado neste processo, pois aquela se refere a

PROCESSO Nº 1/4348/2004

AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/200413023

CONSELHEIRO: JOÃO CARLOS MINEIRO MOREIRA



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
Secretaria da Fazenda
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT
2ª CÂMARA DE JULGAMENTO

cobrança posterior de diferença entre o ICMS Substituição cobrado a partir da base de cálculo obtida conforme estabelece a norma e valor da mercadoria efetivamente praticados na venda realizada posteriormente pelos contribuintes substituídos.

Outro importante aspecto a ser destacado neste julgado refere-se a argumentação da recorrente de que estaria configurada ilegalidade na operação fiscal pois haveria inobservância do que determina o art. 8º e incisos da LC nº 87/96 em relação à Lei do ICMS, ensejando violação ao princípio da hierarquia das Leis. Há de se ressaltar, todavia, que é entendimento consolidado na doutrina pátria e na jurisprudência de nossos Tribunais Superiores que entre Lei Complementar e Lei Ordinária não há hierarquia, mas sim, reserva de competência material.

Diante desses argumentos, o auto de infração parece estar perfeitamente lavrado, todavia, conforme já destacado no relato destes autos, o Conselheiro Sebastião Almeida Araújo, em seu parecer identificou que determinados aspectos quanto ao objeto da autuação não estariam de acordo com a legislação à época do fato gerador.

Dito isso, a ação fiscal foi lavrada, conforme relato, pela falta de recolhimento do ICMS-ST referente as aquisições de Álcool Etílico Hidratado Carburante no período de janeiro a dezembro de 1999.

Ocorre que o Anexo único da Lei 12.670/96 em sua redação, que vigia à época do fato gerador da obrigação tributária referente ao período fiscalizado na autuação, não trazia referencia ao Álcool Etílico Hidratado Carburante como sujeito ao ICMS-ST, mas somente ao Álcool Anidro.

Desse modo, percebe-se claramente a violação ao princípio da legalidade por parte do auto de infração, pois no ano de 1999 não havia hipótese de incidência que gerasse a obrigação tributária do recolhimento do ICMS-ST em relação ao Álcool Etílico Hidratado Carburante, restando configurada a improcedência da autuação fiscal.

Importa informar que o Álcool Etílico Hidratado Carburante, passou a integrar ao sobredito anexo em 2004 através do art. 5º da Lei 13.569/04, ou seja, somente a partir do ano de 2005 é que pode haver o fato gerador do ICMS-ST sobre o referido Álcool.



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - C R T
2º CÂMARA DE JULGAMENTO

LEI Nº 13.569, DE 30 DE DEZEMBRO DE 2004

“Art. 5º. O anexo único da Lei nº12.670, de 30 de dezembro de 1996, passa a vigorar com a inclusão das seguintes mercadorias: álcool para qualquer fim, ração para animais, produtos hortifrutícolas: maracujá, pêssego, ameixa, morango, kiwi, caqui, leite longa vida, bebida láctea, café torrado e moído, queijo, soro e vacina, picolé, mistura de farinha de trigo a outros produtos, combustíveis derivados ou não de petróleo, produtos destinados a estabelecimentos panificadores, gado e produtos dele derivados; navalha, aparelho e lâmina de barbear e isqueiro de bolso a gás, não recarregável; produtos farmacêuticos; pilhas e baterias elétricas; peças, componentes e acessórios, para autpropulsados e outros fins.”

Considerando os fatos expostos acima, voto pelo conhecimento do recurso voluntário, concedendo-lhe provimento, para modificar a decisão condenatória proferida em 1ª Instância e julgar improcedente a acusação fiscal, tendo em vista que no ano de 1999 não havia hipótese de incidência que gerasse a obrigação tributária à retenção e recolhimento do ICMS-ST sobre o Álcool Etílico Hidratado Carburante.

É o voto.



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
Secretaria da Fazenda
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - C R T
2ª CÂMARA DE JULGAMENTO

DECISÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que é recorrente **ESSO BRASILEIRA DE PETRÓLEO LTDA** e recorrida **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA**. A 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários resolve, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Voluntário, dar-lhe provimento, para modificar a decisão condenatória proferida em 1ª Instância e julgar improcedente a acusação fiscal, tendo em vista que o auto de infração reclama o ICMS Substituição Tributária do álcool etílico hidratado, porém este produto passou a constar do anexo único da Lei nº 12.670/96 somente em 30 de dezembro de 2004, por força do art. 5º da Lei nº 13.569, nos termos do voto do Conselheiro Relator e em desacordo com o Parecer da Consultoria Tributária, referendado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado. O Conselheiro Sebastião Almeida Araújo solicitou que constasse em Ata equívoco cometido em seu Despacho de vistas, constante do processo, pois lá consta manifestação pela parcial procedência, no entanto, seu entendimento, em face da fundamentação elaborada, é pela improcedência da acusação.

SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 20 de setembro de 2010.


José Wilame Falcão de Souza
PRESIDENTE


Alexandre Mendes de Sousa
CONSELHEIRO


Francisco José de Oliveira Silva
CONSELHEIRO


Silyana Carvalho Lima Petelinkar
CONSELHEIRA


Manoel Marcelo Augusto Marques Neto
CONSELHEIRO


Ubiratan Ferreira de Andrade
PROCURADOR DO ESTADO


João Carlos Mineiro Moreira
CONSELHEIRO RELATOR


Samuel Aragão Silva
CONSELHEIRO


Marcos Antonio Brasil
CONSELHEIRO


Sebastião Almeida Araújo
CONSELHEIRO