



GOVERNO DO  
ESTADO DO CEARÁ  
Secretaria da Fazenda  
Contencioso Administrativo Tributário  
Conselho de Recursos Tributários  
2ª Câmara de Julgamento

RESOLUÇÃO Nº 285.../2010

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO

130ª SESSÃO ORDINÁRIA DE: 06.08.2010.

PROCESSO DE RECURSO Nº: 1/4448/2007

AUTO DE INFRAÇÃO: 1/200709584.

RECORRENTE: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA.  
E DX COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS E DERIVADOS LTDA.

RECORRIDO: AMBOS.

RELATOR: MANOEL MARCELO AUGUSTO MARQUES NETO.

**EMENTA: FALTA DE RECOLHIMENTO ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA** – Álcool Etilíco Hidratado Carburante - Responsabilidade do contribuinte substituído. **Auto de Infração Parcial Procedente.** Decisão amparada nos artigos: 73, 74, 431 §3º e 464, c/c artigo 21, inciso IV do Decreto nº 24.569/97. Recurso Oficial e Voluntário conhecido e provido parcialmente. **Preliminares de Nulidades afastadas por maioria de votos.** Reformada a decisão singular com aplicação da Penalidade do artigo 123, inciso I, alínea "d", da Lei 12.670/96, alterado pela Lei nº 13.418/03, em virtude das Notas Fiscais estarem escrituradas no Livro Registro de Entradas, nos termos nos termos do art. 42, § 1º, III, do Decerto nº 25.468/99, caracterizando *atraso de recolhimento*, conforme parecer do representante da douda Procuradoria Geral do Estado modificado em sessão. **Decisão unânime.**

## RELATÓRIO

Consta do *Auto de Infração*, lavrado contra a empresa: **DX COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS E DERIVADOS LTDA:**

*"Falta de recolhimento do imposto no todo ou em parte inclusive o devido por substituição tributária, na forma e nos prazos regulamentares. O contribuinte deixou de recolher o ICMS Normal e o devido por Substituição Tributária nas operações de aquisição de Álcool Etilíco Hidratado Carburante no período de janeiro/2006 a janeiro/2007, conforme demonstrado nas Informações Complementar a este Auto de Infração."*

O autuante indicou como dispositivos legais infringidos os artigos 21, IV, 431, § 3º do Decreto nº 24.569/97, com penalidade prevista no artigo 123, inciso I, letra "c", da Lei nº 12.670/1996, alterado pela Lei nº 13.418/03. Lançou: ICMS no montante de R\$ 34.218,25 e multa no valor de R\$ 34.218,25.

Nas Informações Complementares o agente fiscal ratifica a acusação constante da peça inicial e anexa a seguinte documentação: Informação complementar, ordem de serviço nº 2007.16334, termo de intimação nº 2007.14333, quadro demonstrativo do ICMS a recolher, cópias das notas fiscais constantes na planilha, cópia livro Registro de entradas, ofício nº 04/2006 da Célula de Macro-Segmentos- Setor de Combustível, recibo de entrega dos documentos fiscais.

O agente fiscal esclarece, ainda, que:

1 - A empresa é inscrita no Cadastro com o CNAE de "Comércio Varejista de Combustíveis para Veículos Automotores", certificada e autorizada pela Agência Nacional de petróleo (ANP) a exercer a atividade de revenda varejista de combustíveis automotivos, nos termos da portaria ANP nº 116 de 05/07/200. Adquiriu da empresa GARRA DISTRIBUIDORA LTDA Álcool Etílico Hidratado Combustível, para comercializar no varejo no estado do Ceará durante o período acima. Entretanto, a referida empresa, responsável substituído pelo recolhimento do ICMS não promoveu a retenção do imposto, bem como não recolheu o ICMS devido, transferindo a responsabilidade para seus adquirentes (clientes), nos termos dos artigos 21, IV e 431 § 3º do RICMS.

2 - A Secretaria da Fazenda do Estado do Ceará encaminhou em 21/07/2006 o ofício nº 04/2006 ao SINDIPOSTOS orientando e esclarecendo acerca da responsabilidade tributária dos postos revendedores varejistas quando adquirissem os combustíveis sem a devida retenção e recolhimento do ICMS. Foram, ainda, desenvolvidos procedimentos administrativos junto aos postos revendedores, com o objetivo de efetuar o levantamento do imposto e o recolhimento espontâneo do que fosse devido.

3 - A empresa GARRA DISTRIBUIDORA LTDA impetrou Mandado de Segurança visando sustar a cobrança do ICMS de seus clientes (destinatário das mercadorias), tendo sido concedida liminar no Processo nº 2006.00235816-6, e que foi suspensa em 27/04/2007 pelo TJ-Ce. Ficando, assim, atribuída a autuada a responsabilidade de recolher o ICMS de obrigação direta e ICMS ST, na qualidade de responsável tributário, pelas aquisições de álcool etílico hidratado carburante da empresa acima fornecedora.

4 - Que referida liminar foi suspensa em 27/04/2007, conforme decisão do TJE nº 2007.0008.0375-6/0, anexo às folhas 22 e 23; atribuindo a autuada a responsabilidade de recolher o ICMS da obrigação direta e ICMS - ST, na qualidade de responsável tributário, com esteio no artigo 21, IV e 341 do RICMS.



A autuada apresentou impugnação, onde apresenta os seguintes argumentos:

- A empresa Garra Distribuidora de Combustíveis Ltda. impetrou ação mandamental para que o Estado do Ceará fosse proibido de cobrar ICMS Substituição tributária com base em pauta fiscal como também das suas destinatárias;
- Com a suspensão da liminar a ora requerente sofreu fiscalização da SEFAZ cobrando-lhe o ICMS o que é absolutamente indevido.
- Que os impostos já foram recolhidos pela Garra Distribuidora de Combustíveis Ltda., com base no artigo 435 do Decreto nº 24.569/97.
- Que a requerente não recolheu os impostos por razão de não estar obrigada, de acordo com a lei e que continua em discussão em juízo a legalidade da pauta fiscal defendida pela empresa Garra.
- Pede a nulidade do auto de infração e perícia para a juntada de novos documentos.

Na instância singular, resultou na decisão de **Parcial Procedência** do feito fiscal, em virtude da redução da base de cálculo do ICMS. Artigos infringidos: 21, IV, 73, 74, 431 § 3º e 464 do Decreto nº 24.569/97, com penalidade prevista no artigo 123, I, "c" da Lei nº 12.670/96, alterado pela Lei nº 13.418/03.

Inconformada com a decisão singular apresenta recurso voluntário alegando, em síntese: Que possui decisão judicial liminar oriunda da 3ª Vara da Fazenda Pública, em que determina a SEFAZ que se abstenha de cobrar deste contribuinte o ICMS substituição tributária do álcool etílico hidratado carburante adquirido junto a Garra Distribuidora de Combustíveis Ltda., no período de vigência da liminar proferida nos autos do processo nº 2006.0023.5816-6.

O Parecer nº 02/2010, sugere: Conhecer do Recurso oficial e voluntário, negar-lhes provimento para que seja confirmada a parcial procedência do lançamento. O representante da Procuradoria Geral do Estado modifica em sessão seu entendimento exarado no parecer supra e sugere: A Parcial procedência do feito fiscal, nos seguintes termos: ***"Haja vista que as notas fiscais foram escrituradas no Livro Registro de Entradas, há que se aplicar a penalidade decorrente de "atraso de recolhimento" nos termos do art. 42, § 1º, inciso III, do Decreto nº 25.468/99.***

É o relatório.



## VOTO DO RELATOR

### PRIMINARES NULIDADE:

1 - Durante as discussões do referido processo, o Conselheiro Sebastião Almeida Araújo, suscitou preliminar de **nulidade** por cerceamento do direito à espontaneidade, sob o fundamento que o Termo de Intimação expedido não caracterizou início da ação fiscal, mas apenas requisitou documentos, que depois de auditados e verificadas eventuais irregularidades o agente fiscal deveria ter lavrado um segundo Termo concedendo ao Contribuinte oportunidade para sanar as irregularidades espontaneamente.

Referida nulidade deve ser afastada, tendo em vista que não há previsão legal para emissão de um segundo Termo de Intimação, portanto não existe erro no procedimento adotado pelo agente fiscal. Não havendo ato ilegal não há que se falar em nulidade.

A Instrução Normativa nº 7/2005 em seu artigo 2º, § 3º, estabelece que iniciada a ação fiscal, suspende, após a sua ciência, o direito à espontaneidade e à consulta na forma da legislação específica. Portanto, verificada infração à legislação tributária o agente do Fisco efetivará a lavratura do Auto de Infração, com respaldo no artigo 6º da referida Instrução Normativa.

2 - O conselheiro Samuel Aragão, suscitou a preliminar de **nulidade** pela ausência do envio do ofício Sefaz/CE nº 04/2006 ao contribuinte, em obediência ao princípio da isonomia. A nulidade suscitada, também deve ser afastada em virtude de ter sido enviado ao SINDIPOSTOS, entidade que representa os postos revendedores varejistas de combustíveis, orientação e esclarecimentos a acerca da responsabilidade tributária quando da aquisição de combustíveis sem a devida retenção e recolhimento do ICMS.

3 - Com relação à preliminar de **nulidade** suscitada pelo Conselheiro Samuel Aragão, sobre a ausência do visto do Supervisor no Auto de Infração - também, deve ser afastada, com fundamento no art. 31 a 33, do Decreto 25.469/99, que trata dos requisitos necessários do auto de infração, não sendo o visto do supervisor requisito essencial para nulidade do auto.

### MÉRITO

No que se refere à imputação dirigida ao autuado, vê-se que a mesma guarda conformidade com a legislação, uma vez que o autuado, na condição de responsável, não recolheu o ICMS Substituição Tributária e o ICMS normal, este último devido por obrigação direta do remetente, quando da aquisição de álcool etílico hidratado carburante, nas operações realizadas no período de janeiro/2006 a janeiro/2007 junto à empresa: GARRA DISTRIBUIDORA LTDA.

O julgador singular entendeu configurado o ilícito denunciado no auto de infração e decidiu pela **Parcial Procedência** do feito fiscal, em virtude da redução da base de cálculo do ICMS quando constatou que a empresa Garra Distribuidora de Combustível Ltda. emitiu notas fiscais referentes à venda de combustível e, na condição de contribuinte substituto,



deixou de reter e recolher o ICMS devido nas operações subseqüentes. Artigos infringidos: 21, IV, 73, 74, 431 § 3º e 464 do Decreto nº 24.569/97, com penalidade prevista no artigo 123, I, "c" da Lei nº 12.670/96, alterado pela Lei nº 13.418/03.

Para uma melhor análise da questão, necessário observar o que dispõe o artigo 464 do RICMS-CE. *In verbis*:

*Art.464. Fica atribuída ao estabelecimento distribuidor de combustíveis domiciliado neste Estado, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto devido nas operações subseqüentes, na qualidade de contribuinte substituto, quando da aquisição de álcool hidratado nas operações internas e interestaduais.*

O contribuinte autuado adquiriu álcool etílico hidratado carburante, de um distribuidor que não reteve nem recolheu o ICMS devido. Nos documentos acostados ao auto de infração verifica-se que o emitente das notas fiscais, não indicou nenhum valor de ICMS objeto da substituição tributária. A situação descrita enquadra-se exatamente no disposto do artigo 431, §3º do Decreto nº 24.569/97. *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*

A legislação tributária pode atribuir a um determinado contribuinte a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devido por outros contribuintes em operações anteriores ou subseqüentes. Entretanto, a responsabilidade dada ao contribuinte substituto não exclui a responsabilidade do contribuinte substituído, quando aquele não indica o valor do ICMS no documento fiscal ou não faz a retenção.

Ocorrendo a omissão do contribuinte substituto, a legislação permite, então, que o Fisco exija do contribuinte substituído o cumprimento da obrigação principal, ou seja, o recolhimento do ICMS substituição devido, conforme inteligência do artigo 21, IV do Decreto nº 24.569/97.

*Art.21. São responsáveis pelo pagamento do ICMS:*

(...)

*IV - o contribuinte ou destinatário, no recebimento de mercadorias ou bens e na prestação de serviços cujo ICMS não tenha sido pago, no todo ou em parte;*

  5

Com relação ao argumento da recorrente de que estava amparado por decisão judicial não podendo o Fisco promover a presente autuação, entendo que a concessão de medida liminar em mandado de segurança não tem o poder de impedir a constituição do crédito tributário sob pena de ver decair o direito ao lançamento do crédito tributário. Nem tão pouco, suspender o andamento do processo administrativo, conforme prevê o artigo 151, IV do CTN.

Pelo exposto, estou convencido que a empresa deixou de recolher o ICMS referente à Substituição Tributária por ocasião da aquisição de álcool descumprindo dessa forma a legislação Estadual em seus Artigos. 464 e 431, ficando sujeita a penalidade inserta no art. 123, I, "c" da Lei nº 12.670/96. **In verbis:**

*Art. 123. As infrações à legislação do ICMS sujeitam o infrator às seguintes penalidades, sem prejuízo do pagamento do imposto, quando for o caso:*

*I - com relação ao recolhimento do ICMS:*

*(...)*

*d) falta de recolhimento, no todo ou em parte, na forma e nos prazos regulamentares, quando as operações, as prestações e o imposto a recolher estiverem regularmente escriturados: multa equivalente a 50% (cinquenta por cento) do imposto devido;*

## VOTO

Pelas razões expostas e considerando que as provas apresentadas no presente Auto de Infração são suficientes para a materialização da infração apontada na inicial pela autoridade competente, conhecer do Recurso Oficial e Voluntário. Com relação às preliminares de **nulidade**, devem ser afastadas. No mérito, resolvo dar parcial provimento aos recursos interpostos, para julgar **parcialmente procedente** a acusação fiscal, com o reenquadramento da penalidade nos termos do art. 123, I, "d" c/c o art. 42, III do Decreto 25.469/99, utilizando-se como referência a base de cálculo do autuante de acordo com a manifestação do representante da Procuradoria Geral do Estado, modificado oralmente em sessão nos seguintes termos: "**Haja vista que as notas fiscais foram escrituradas no Livro Registro de Entradas, há que se aplicar a penalidade decorrente de "atraso de recolhimento" nos termos do art. 42, § 1º, inciso III, do Decreto nº 25.468/99.**"

## DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

ICMS	R\$	34.218,25
MULTA	R\$	<u>17.109,12</u>
<b>TOTAL</b>	<b>R\$</b>	<b>51.327,37</b>

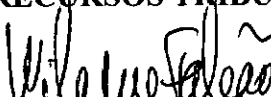



**DECISÃO:**

Vistos, discutidos e examinados os presentes autos, em que é recorrente: **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA E DX COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS E DERIVADOS LTDA** e recorrido: **AMBOS**.

Resolvem os membros da 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Oficial e Voluntário. Com relação à preliminar de **nulidade**, suscitada pelo Conselheiro Sebastião Almeida Araújo, por cerceamento do direito à espontaneidade, sob o fundamento que o Termo de Intimação expedido não caracterizou início da ação fiscal, mas apenas requisitou documentos, que após auditados e verificadas eventuais irregularidades o agente fiscal deveria ter lavrado um segundo Termo concedendo ao Contribuinte oportunidade para sanar as irregularidades espontaneamente – **afastada, por maioria de votos**, tendo em vista que não há previsão legal para emissão de um segundo Termo de Intimação, portanto não existe erro no procedimento adotado pelo autuante, e em não havendo ato ilegal não há que se falar em nulidade. Foram votos vencidos os Conselheiros Sebastião Almeida Araújo e João Carlos Mineiro Moreira. Com relação à preliminar de **nulidade**, suscitada pelo Conselheiro Samuel Aragão, ausência do envio do ofício encaminhado ao SINDPOSTO - O contribuinte deveria ter recebido o mesmo ofício em obediência ao princípio da isonomia – **afastada, por maioria de votos**. Com relação à preliminar de **nulidade**, suscitada pelo Conselheiro Samuel Aragão, Ausência do Visto do Supervisor no Auto de Infração – **afastada pelo Conselheiro Relator com fundamento no art. 31 a 33, do Decreto 25.469/99**, que trata dos requisitos necessários do auto de infração, não sendo visto do supervisor requisito essencial para nulidade do auto. **Afastada por maioria. No mérito**, por unanimidade de votos, a 2ª Câmara resolve dar parcial provimento aos recursos interpostos, para julgar **parcialmente procedente** a acusação fiscal, com o reenquadramento da penalidade nos termos do art. 123, I, “d” c/c o art. 42, III do Decreto 25.469/99, utilizando-se como referência a base de cálculo do autuante, tudo nos termos do voto do Conselheiro Relator e de acordo com a manifestação do representante da Procuradoria Geral do Estado, modificado oralmente em sessão nos seguintes termos: **“Haja vista que as notas fiscais foram escrituradas no Livro Registro de Entradas, há que se aplicar a penalidade decorrente de “atraso de recolhimento” nos termos do art. 42, § 1º, inciso III, do Decreto nº 25.468/99**. Ausente, justificadamente, o Conselheiro Marcos Antonio Brasil.

**SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS**, em Fortaleza, aos 04 de outubro de 2010.


  
Alexandre Mendes de Sousa  
**PRESIDENTE**  
  
Adérbalina Fernandes Scipião  
**CONSELHEIRA**

Ubiratan Ferreira de Andrade  
**PROCURADOR DO ESTADO**

  
João Carlos Mineiro Moreira  
**CONSELHEIRO**

  
Francisco Wellington Avila Pereira  
**CONSELHEIRO**

  
Silyana Carvalho Lima Petelinkar  
**CONSELHEIRA**

  
Manoel Marcelo Augusto Marques Neto  
**CONSELHEIRO**

  
Samuel Aragão Silva  
**CONSELHEIRO**

  
Marcos Antonio Brasil  
**CONSELHEIRO**

  
Sebastião Almeida Araújo  
**CONSELHEIRO**