



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

RESOLUÇÃO Nº 035.../2011
2ª CÂMARA DE JULGAMENTO
206ª SESSÃO ORDINÁRIA DE: 03.12.2010.
PROCESSO DE RECURSO Nº 1/3490/2007
AUTO DE INFRAÇÃO: 1/200707537
RECORRENTE: POSTO ESTRUTURANTE e Célula de Julgamento de 1ª Instância
RECORRIDO: AMBOS.
RELATOR: MANOEL MARCELO AUGUSTO MARQUES NETO.

EMENTA: FALTA DE RECOLHIMENTO ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – Álcool Etilíco Hidratado Carburante - Responsabilidade do contribuinte substituído. Decisão amparada nos artigos: 73, 74, 431 §3º, 464, e artigo 21, inciso IV do Decreto nº 24.569/97. Penalidade do artigo 123, inciso I, alínea "d", da Lei 12.670/96, com base no artigo 42 § 1º, III, do Decreto nº 25.468/99. Recurso Voluntário Conhecido e não provido. Afastadas as preliminares de nulidade. Mantida a decisão proferida em 1ª Instância de **PARCIAL PROCEDÊNCIA**, com redução da multa aplicada, nos termos do parecer da douta Procuradoria Geral do Estado, modificado em sessão. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Consta do *Auto de Infração*, lavrado contra a empresa: POSTO ESTRUTURANTE:

“Falta de recolhimento do imposto no todo ou em parte inclusive o devido por substituição tributária, na forma e nos prazos regulamentares. A empresa deixou de recolher o ICMS próprio e de Substituição Tributária, referente as notas fiscais (Relação em Anexo) sobre Álcool Etilíco Hidratado carburante (AEHC) como responsável preconizado no art. 31, inciso IV, parágrafo 3º do art. 431 do Dec. 24.569/97. Maiores detalhes na Inf. Complementar.”

ICMS: R\$ 4.372,75

MULTA: R\$ 4.372,75

O autuante indicou como dispositivos legais infringidos os artigos 73 e 74 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.

Nas Informações Complementares o agente fiscal ratifica a acusação constante da peça inicial e anexa a seguinte documentação: Ordem de serviço, Termo de intimação, Planilha de cálculo do demonstrativo do ICMS a recolher, cópias das notas fiscais, Cadastro do contribuinte, sócios e contador, relação das operações de Entrada.

A autuada apresentou impugnação, onde apresenta os seguintes argumentos:

- Há uma discussão entre a Distribuidora de Combustíveis GARRA e o Estado do Ceará sobre a cobrança do ICMS com base na pauta fiscal. Referida empresa impetrou ação de mandado de segurança, impedindo o Estado do Ceará, cobrar o ICMS Substituição Tributária também de suas destinatárias.
- A Fazenda Pública passou então a cobrar o ICMS dos destinatários das mercadorias. A Distribuidora impetrou novo pedido de liminar solicitando o impedimento da SEFAZ – CE de exigir o ICMS Substituição dos adquirentes da empresa GARRA.
- A pretensão do auto de infração além de ferir o artigo 431 § 3º do RICMS/CE, passa a cobrar em duplicidade o ICMS da operação. E que a base de cálculo do ICMS deve ser o valor da operação e não o valor da pauta, segundo entendimento que prevalece nos julgados dos Tribunais Superiores.
- Requer, ao final, a nulidade do auto de infração e conseqüente arquivamento do Processo Administrativo, face ter sido obtida liminar pleiteada.

Na instância singular, resultou na decisão de **Parcial Procedência** do feito fiscal, em virtude de redução do crédito tributário, por considerar o preço do litro de combustível no dia da emissão do documento fiscal e não o preço médio ponderado.

Inconformada com a decisão singular apresenta recurso voluntário alegando, os mesmos argumentos da impugnação.

Aos 07 (sete) dias do mês de junho de 2010, conforme ata da 86ª Sessão Ordinária, o Sr. Presidente, na forma regimental, sobrestou o julgamento do referido processo, ao levar em consideração, os pedidos de vistas sobre a matéria.

Na 128ª (CENTÉSIMA VIGÉSIMA OITAVA) Sessão Ordinária de 05 de agosto de 2010, a 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários resolve por unanimidade de votos, converter o curso do julgamento em realização de diligência com vistas a verificar se as notas fiscais que alicerçam o auto de infração estão escrituradas no Livro Registro de Entradas.



Consta às folhas 73 a 82 dos autos, Laudo Pericial informando que as Notas Fiscais nºs. 615 e 778, que embasaram a autuação, estão devidamente escrituradas no Livro Registro de Entradas.

O Parecer do representante da Procuradoria Geral do Estado, modificado oralmente em sessão, sugere: Conhecer do Recurso Voluntário, para aplicar a penalidade decorrente de “atraso de recolhimento”, isto porque o Fisco tinha pleno conhecimento do ICMS devido.

É o relatório.

VOTO DO RELATOR

PRELIMINARES DE NULIDADE

Por ocasião das discussões do presente processo, o Conselheiro Sebastião Almeida Araújo, suscitou a nulidade processual, por cerceamento ao direito à espontaneidade, alegando 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, obrigatoriamente, lavrar um segundo Termo, notificando o contribuinte para sanar as irregularidades espontaneamente, no prazo devido.

A preliminar de nulidade acima suscitada deve ser afastada, pelas razões expostas a seguir:

1 - Ao analisarmos a Instrução Normativa nº 7/2005 em seu artigo 2º, § 3º, verificaremos que iniciada a ação fiscal, suspende, após a sua ciência, o direito à espontaneidade e à consulta na forma da legislação específica.

O artigo 1º em seu §3º define ação fiscal. *In Verbis:*

Art. 1º Serão gerenciados pelo Sistema de Controle de Ação Fiscal - CAF o planejamento, a homologação, a distribuição, a execução e a avaliação de resultados de ações do Fisco, com a finalidade de apurar e lançar o crédito tributário.

(...)

§ 3º Entende-se por ação do fisco, para fins da presente instrução normativa, o conjunto de procedimentos de natureza fiscal, contábil e financeira que tem por finalidade o lançamento do crédito tributário decorrente do não cumprimento de obrigação tributária, e serão efetivadas sob as seguintes modalidades:

II - diligência fiscal específica



2 - 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. Considerando, ainda, que não há previsão legal para emissão de um segundo Termo de Intimação. Assim, não existe erro no procedimento adotado pelo autuante, e que não havendo ato ilegal, não há que se falar em nulidade.

No tocante á preliminar de nulidade suscitada pela parte, por impedimento do agente autuante para efetuar o lançamento, em razão da decisão judicial obtida pelo contribuinte, também deve ser afastada, uma vez que referida liminar está suspensa.

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 fevereiro a maio de 2006, junto à empresa: GARRA DISTRIBUIDORA LTDA.

Entendo que restou configurado o ilícito denunciado, confirmando que houve o descumprimento do disposto no artigo 464 do RICMS, quando se constata 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.

Para uma melhor análise da questão, necessário observar o que dispõe o artigo 464 do Decreto nº 24.569/97. *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.

Constata-se que 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 substituído 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 substituído, 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;

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 vê 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.

O julgador singular em sua decisão reduz o a base de cálculo do crédito tributário, em virtude da aplicação do artigo 431, § 3º do Decreto nº 24.569/97, e penalidade do artigo 123, I, "c" da Lei 12.670/96. Cabe, no entanto ressaltar que após pericia realizada nos livros de documentos fiscais da autuada, onde as notas fiscais objeto da autuação estão escrituradas no Livro Registro de Entradas de Mercadorias, deve ser apreciado o que estabelece o artigo 42 § 1º, III, do Decreto nº 25.468/99, que considera "atraso de recolhimento", *In verbis*:

Art. 42. Aos processos administrativo-tributários decorrentes de atraso de recolhimento de tributos estaduais, retenção de mercadorias encontradas em situação fiscal irregular, descumprimento de obrigações acessórias e ao procedimento especial de restituição, aplicar-se-á o procedimento sumário.

§ 1º Para fins do disposto neste Decreto e no inciso II do Art. 825 do Decreto nº 24.569/97, considera-se atraso de recolhimento de tributos:

(...)



III – nos casos de cobrança do ICMS, por antecipação ou nas entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, o não-recolhimento do imposto no prazo regulamentar, quando as notas fiscais estiverem escrituradas no Livro Registro de Entradas de Mercadorias;

Diante dos fatos apresentados, estou convencido que a empresa deixou de recolher o ICMS referente à Substituição Tributária por ocasião da aquisição de álcool etílico hidratado carburante, descumprindo dessa forma a legislação Estadual em seus artigos: 73, 74, 431 §3º, 464, e artigo 21, inciso IV do Decreto nº 24.569/97.

Considerando, ainda, que o Fisco tinha pleno conhecimento do ICMS devido, modifico em parte, a decisão condenatória proferida em 1ª Instância e julgo **parcialmente procedente** a acusação fiscal, aplicando a penalidade do art. 123, I, “d” da Lei nº 12.670/96.

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;

DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

ICMS	R\$	4.325,00
MULTA	R\$	<u>2.162,50</u>
TOTAL	R\$	6.487,50

VOTO

Conheço do Recurso Voluntário, **afasto as preliminares de nulidade** suscitadas, no mérito, dou parcial provimento ao recurso interposto, para modificar em parte, a decisão condenatória proferida em 1ª Instância e julgar **parcialmente procedente** a acusação fiscal, aplicando a penalidade do art. 123, I, “d” da Lei nº 12.670/96, com base no art. 42, § 1º, inciso III, do Decreto nº 25.468/99, nos termos do Parecer do representante da Procuradoria Geral do Estado, modificado oralmente em sessão, para se aplicar a penalidade decorrente de “atraso de recolhimento”, isto porque o Fisco tinha pleno conhecimento do ICMS devido.



DECISÃO:

Vistos, discutidos e examinados os presentes autos, em que é recorrente: **POSTO ESTRUTURANTE LTDA e Célula de Julgamento de 1ª Instância**, recorrido: **AMBOS**.

A 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários resolve, por unanimidade de votos, conhecer dos Recursos Oficial e Voluntário. **Com relação à preliminar de nulidade** suscitada pelo Conselheiro Sebastião Almeida Araújo, por cerceamento ao direito à espontaneidade, alegando 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 lavrar um segundo Termo, notificando o contribuinte para sanar as irregularidades espontaneamente, no prazo devido – 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 que não havendo ato ilegal não há que se falar em nulidade. Foram votos vencidos os dos Conselheiros Sebastião Almeida Araújo e João Carlos Mineiro Moreira. **No tocante à preliminar de nulidade suscitada pela parte**, por impedimento do agente autuante para efetuar o lançamento, em razão da decisão judicial obtida pelo contribuinte – Afastada, por unanimidade de votos, uma vez que referida liminar está suspensa. **No mérito**, por unanimidade de votos, a 2ª Câmara resolve dar parcial provimento aos recursos interpostos, *para modificar em parte, a decisão singular e julgar parcialmente procedente* a acusação fiscal, aplicando a penalidade do art. 123, I, “d” da Lei nº 12.670/96, com base no art. 42, § 1º, inciso III, do Decreto nº 25.468/99, uma vez que, conforme Laudo Pericial, as notas fiscais objeto da autuação estavam regularmente escrituradas no Livro Registro de Entradas, nos termos do voto do Conselheiro Relator e de acordo com o Parecer do representante da Procuradoria Geral do Estado, modificado oralmente em sessão. Ausente, justificadamente, o Conselheiro Pedro Eleutério de Albuquerque.

SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 20 de janeiro de 2011.


José Wilane Falcão de Souza
PRESIDENTE


Ubiratan Ferreira de Andrade
PROCURADOR DO ESTADO


Francisco José de Oliveira Silva
CONSELHEIRO


João Carlos Mineiro Moreira
CONSELHEIRO

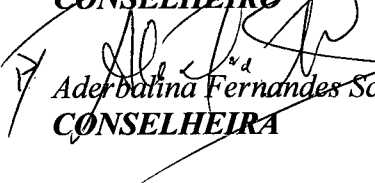

Silyana Carvalho Lima Petelinkar
CONSELHEIRA


Samuel Aragão Silva
CONSELHEIRO



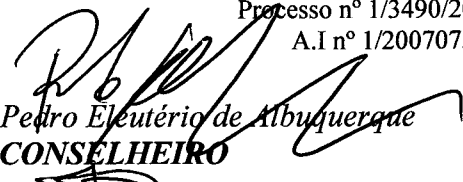
Manoel Marcelo Augusto Marques Neto

CONSELHEIRO




Adefalina Fernandes Scipião

CONSELHEIRA



Pedro Eleutério de Albuquerque

CONSELHEIRO



Sebastião Almeida Araújo

CONSELHEIRO