



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

RESOLUÇÃO Nº ~~703~~ 2005

2ª CÂMARA

SESSÃO DE: 26 / 08 / 2005

PROCESSO DE RECURSO Nº 1/336/04

AUTO DE INFRAÇÃO: 1/200316035

RECORRENTES: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA E TEXACO
BRASIL LTDA

RECORRIDOS: AMBOS

RELATORA CONS.: DULCIMEIRE PEREIRA GOMES

EMENTA: OPERAÇÕES COM ÁLCOOL ETÍLICO HIDRATADO CARBURANTE. ICMS SUJEITO AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, CUJA RETENÇÃO, DEIXOU DE SER REALIZADA NA ENTRADA DO PRODUTO NESTE ESTADO – Inobservância ao disposto nos arts. 435, 437, 470 e 471 do RICMS. A alteração do art. 123, da Lei 12.670/96, pela Lei 13.418/03 impõe o novo enquadramento da penalidade proposta no Auto de Infração para a prevista no mesmo artigo, entretanto, na nova redação do inciso I, alínea "c", da Lei 12.670/96. Confirma-se, por maioria de votos, a decisão **PARCIALMENTE CONDENATÓRIA** proferida pela instância singular.

RELATÓRIO

Consoante relato inicial, a empresa autuada, durante o exercício de 1998, deixou de realizar a retenção do ICMS devido por substituição tributária relativamente às operações de entradas de álcool etílico hidratado carburante. Foi informada a base de cálculo de R\$ 4.747.710,06 (quatro milhões, setecentos e quarenta e sete mil, setecentos e dez reais e seis centavos).

Como dispositivos infringidos foram citados os arts. 470 e 471 do Dec. 24.569/97, arts. 18 e 30 da Lei 12.670/96, sendo sugerida a penalidade do art. 123, I, "f", da citada lei.

Complementando a vestibular, o Auditor Fiscal ratifica o teor da inicial e esclarece que a autuada adquiriu, ao longo do exercício de 1998, álcool etílico hidratado carburante, realizando a retenção e o recolhimento do ICMS substituição tributária por ocasião da saída do produto de seu estabelecimento, com aplicação da margem de valor agregado (MVA) de 33,28% (trinta e três inteiros e vinte e oito centésimo por cento)- substituição tributária para frente.

Acrescenta que a responsabilidade pela retenção e pelo recolhimento do imposto estabelecido no art. 470 do RICMS é do estabelecimento remetente e como não foi efetuado, passou a responsabilidade para o contribuinte substituído - § 3º do art. 431 e § 1º do art. 437 do RICMS – Nessa circunstância, o ICMS deveria ter sido recolhido pela empresa autuada, na forma estabelecida no art. 471 do RICMS, ou seja, acrescido do percentual de 56,04% (cinquenta e seis inteiros e quatro centésimo por cento), na operação interestadual, sujeita à alíquota de 12% (doze por cento). Portanto, ao realizar a retenção do ICMS substituição tributária por ocasião das saídas, e recolher o ICMS em valor inferior aquele efetivamente devido, a autuada descumpriu os ditames legais. Como agravante, cita ainda o Auditor Fiscal, que a autuada promoveu saídas do produto em questão por valores inferiores ao de aquisição, caracterizando subfaturamento.

A inicial está instruída com cópias dos seguintes documentos: portaria designante da ação fiscal; termos de início e de conclusão de fiscalização; consultas ao sistema de cadastro de contribuintes da Sefaz; planilha das entradas internas e interestaduais; planilha das operações de vendas; planilha dos valores médios unitários mensais e demonstrativo da apuração da diferença à recolher do ICMS substituição tributária, além de todas as notas fiscais envolvidas nas operações questionadas.

Foi apresentada impugnação ao feito, na qual foram produzidas as seguintes alegações:

- decadência da ação fiscal por ter expirado o prazo de 5 (cinco) anos, nos termos do art. 150 § 4º do CTN;
- que procedeu em acordo com o art. 464 do RICMS, ressaltando que o art. 470 citado pelo autuante refere-se a álcool etílico anidro combustível adicionado à gasolina, de forma que recolheu integralmente o tributo;



- no tocante a acusação de subfaturamento, a redução da base de cálculo decorreu do subsídio instituído pelo Governo Federal para os produtores de álcool denominado de Fator de Unificação do Preço do Alcool – FUPA, que era pago pelas distribuidoras via preço, sendo a diferença entre os valores de compra e os de venda posteriormente ressarcida pelo Departamento Nacional de Combustíveis, exceto o ICMS;
- efeito confiscatório da multa, viola o princípio do não-confisco insculpido no art. 150, IV combinado com o art. 5º da C.F.

A decisão da 1ª Instância de Julgamento foi pela parcial procedência da ação fiscal em razão da substituição da alínea "f", pela alínea "c", do art. 123 da Lei 12.670/96, tendo em vista a revogação da primeira, pela Lei 13.418/03.

Com razões idênticas à impugnação, foi apresentado recurso voluntário.

Opina a Procuradoria Geral do Estado pela confirmação da decisão monocrática.



VOTO DA RELATORA

Tratam os autos de acusação de falta de retenção do ICMS devido por substituição tributária nas operações de entradas com álcool etílico hidratado carburante.

Além do recurso oficial interposto em virtude da decisão parcialmente condenatória proferida pela julgadora monocrática em face do novo enquadramento da penalidade, analisa-se também o recurso voluntário apresentado pela empresa autuada, que consiste nos seguintes argumentos:

1. decadência da ação fiscal por ter expirado o prazo de 5 (cinco) anos, nos termos do art. 150 § 4º do CTN;
2. que procedeu em acordo com o art. 464 do RICMS, ressaltando que o art. 470 citado pelo autuante refere-se a álcool etílico anidro combustível adicionado à gasolina, de forma que recolheu integralmente o tributo;
3. no tocante a acusação de subfaturamento, a redução da base de cálculo decorreu do subsídio instituído pelo Governo Federal para os produtores de álcool denominado de Fator de Unificação do Preço do Alcool – FUPA, que era pago pelas distribuidoras via preço, sendo a diferença entre os valores de compra e os de venda posteriormente ressarcida pelo Departamento Nacional de Combustíveis, exceto o ICMS;
4. efeito confiscatório da multa, viola o princípio do não-confisco insculpido no art. 150, IV combinado com o art. 5º da C.F.

Analisando-se primeiramente a preliminar de extinção do processo pela decadência, deve-se considerar que a perda do direito de ação que o Estado tem contra o contribuinte é de 5 (cinco) anos a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, conforme capitulado no art. 173, I, do CTN. Levando-se em conta que o período da infração refere-se ao exercício de 1998, esse prazo se esgotaria em 31 de dezembro de 2003, como o crédito tributário foi constituído em 30.12.2003 e postado no correio em 31.12.2003, (data de conclusão do trabalho, conforme § 4º do art. 821 do RICMS), não está alcançado pela decadência, logo, não se deve acatar tal reivindicação.

Quanto ao mérito, a legislação é clara quando dispõe que na saída de álcool combustível destinado ao contribuinte sediado neste Estado, a responsabilidade pela retenção e recolhimento é atribuída ao remetente na qualidade de contribuinte substituto do ICMS, a teor do que estabelece o art. 470 do RICMS, *verbis*:



“Art. 470- Fica atribuída ao remetente na qualidade de contribuinte substituto, na saída de álcool e óleo combustíveis, aditivos e lubrificantes, destinada a contribuinte sediado neste Estado, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devido nas operações subseqüentes.”

Então, naquela ocasião, em que a empresa autuada adquiriu o produto questionado, a responsabilidade pela retenção e recolhimento seria do emitente, que deveria fazê-lo, como se tratava de operação interestadual, acrescido do percentual de 56,04% (cinquenta e seis inteiros e quatro centésimos por cento), em conformidade com o § 1º do art. 471 do RICMS transcrito a seguir:

“Art. 471- A base de cálculo do ICMS a ser retido pelo contribuinte substituto será o preço máximo ou único de venda pelo contribuinte substituído, fixado pelo fabricante ou pela autoridade competente.

§ 1º - Na falta do preço a que se refere o caput, a base de cálculo será o valor da operação praticado pelo contribuinte substituto, incluídos os valores correspondentes a frete, carreto, seguro, parcela correspondente ao valor do subsídio concedido pelo Governo Federal e outros encargos transferíveis ao adquirente, acrescidos dos seguintes percentuais:

...
II – álcool hidratado:

a)

.....
c) 56,04% (cinquenta e seis inteiros e quatro centésimos por cento), na operação interestadual, sujeita à alíquota de 12% (doze por cento);”

Entretanto a empresa autuada efetuou as aquisições em discussão sem a retenção e recolhimento devido, nessa condição, atraiu para si, a referida responsabilidade, nos termos do § 3º do art. 431 também do RICMS, *verbis*:

“Art. 431 ...

...
§ 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.”



Segundo a justificativa apresentada pela recorrente no item 2 supra, o procedimento por ela adotado foi compatível com o disposto no art. 464 do RICMS vigente à época, que atribuía ao estabelecimento distribuidor de combustíveis domiciliado neste Estado, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto devido nas operações subsequentes, na qualidade de contribuinte substituto, quando da aquisição de álcool hidratado nas operações internas e interestaduais.

Observa-se entretanto, que esse procedimento passou a vigorar somente a partir de 1º de janeiro de 1999, portanto, não era o recomendado para a época da infração noticiada, cujo período de referência é o exercício de 1998. A redação do artigo em questão que vigia à época, possuía a seguinte disposição:

“Art. 464- Fica atribuída a responsabilidade, na qualidade de contribuinte substituto, pela retenção e recolhimento do ICMS, ao distribuidor de combustível que adquirir álcool combustível, anidro ou hidratado, de estabelecimento produtor localizado neste Estado”.

Como se vê, o dispositivo acima citado era inservível para amparar o procedimento da recorrente, porquanto não fazia referência às operações interestaduais, como é o caso sob análise.

Nesse contexto, a metodologia adotada pela recorrente não guardou consonância com a legislação pertinente, a qual enquanto determinava que a retenção e o recolhimento do imposto em referência fosse efetivado na entrada do produto, e com o percentual de agregação de 56,04% (cinquenta e seis inteiros e quatro centésimos por cento), a recorrente só o fez na saída desses produtos, e ainda, com o percentual de agregação na ordem de 33,28% (trinta e três inteiros e vinte e oito centésimos por cento), de maneira que efetivamente foi recolhido imposto em valor inferior ao devido.

Com relação à penalidade, considerando que a alínea “f” do art. 123 da Lei 12.670/06, sugerida pelo Auditor Fiscal foi revogada, acertadamente agiu a julgadora singular ao substituí-la pela alínea “c”, desse mesmo diploma legal, com a alteração que lhe foi dada pela Lei 13.418/03, que veio a penalizar inclusive as hipóteses de falta de recolhimento no todo ou em parte, do imposto devido por substituição tributária.

Em que pese à queixa da recorrente de taxar a multa como confiscatória, ressalte-se que questões de natureza constitucional fogem a competência deste órgão de julgamento, cujas decisões são de ordem administrativas.



Em vista disso, não vejo como modificar a decisão da instância de primeiro grau, uma vez que caracterizada ficou a inobservância aos arts. 435, 437, 470 e 471 do Decreto 24.569/97.

Isto posto,

VOTO pelo conhecimento e não provimento dos recursos oficial e voluntário, para que se afaste a preliminar de extinção pela decadência e confirmado o julgamento da instância monocrática, que decidiu pela PARCIAL PROCEDÊNCIA da autuação, obrigando-se a ora recorrente a recolher o imposto com a respectiva multa pela infração praticada, de acordo com os valores abaixo indicados, os quais estão sujeitos aos acréscimos moratórios:

ICMS	R\$ 1.186.927,50
MULTA	R\$ 1.186.927,50
TOTAL	R\$ 2.373.855,00



DECISÃO:


Vistos, Relatados e Discutidos os presentes autos, em que são recorrentes e recorridos CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA e TEXACO BRASIL LTDA,

Resolvem os membros da 2ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários, por maioria de votos, afastar a preliminar de extinção argüida pela recorrente em razão da decadência do crédito tributário. Foram votos vencidos os conselheiros Marcelo Reis de Andrade Santos Filho, Regina Helena Tahim Souza de Holanda e Vanessa Albuquerque Valente. No mérito, também por maioria de votos, resolvem conhecer do recurso voluntário, negar-lhe provimento, para confirmar a decisão **PARCIALMENTE CONDENATÓRIA** proferida pela 1ª Instância, nos termos do voto da conselheira relatora e de acordo com o parecer da douta Procuradoria Geral do Estado. Foram votos vencidos os conselheiros Marcelo Reis de Andrade Santos Filho, Regina Helena Tahim Souza de Holanda e Vanessa Albuquerque Valente, que se pronunciaram pela improcedência da autuação.


SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 27 de outubro de 2.005.


José Maria Vieira Mota
PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

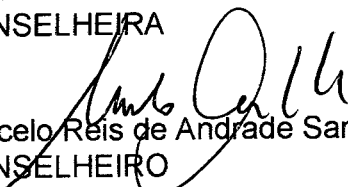

Dulcimeire Pereira Gomes
CONSELHEIRA RELATORA


Vanessa Albuquerque Valente
CONSELHEIRA


Regineusa de Aguiar Miranda
CONSELHEIRA


Regina Helena Tahim Souza de Holanda
CONSELHEIRA


Eridan Régis de Freitas
CONSELHEIRA


Marcelo Reis de Andrade Santos Filho
CONSELHEIRO


Eliane Resplande Figueiredo de Sá
CONSELHEIRA


Ildebrando Holanda Junior
CONSELHEIRO

Ubiratan Ferreira de Andrade
PROCURADOR DO ESTADO