

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

RESOLUÇÃO Nº 82 / 2006

2ª CÂMARA

SESSÃO DE: 16 / 01 / 2006

PROCESSO DE RECURSO Nº 1/332/04

AUTO DE INFRAÇÃO: 1/200315975

RECORRENTE: CIA BRASILEIRA DE PETRÓLEO IPIRANGA

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

RELATOR ORIGINÁRIO: CONS. MARCELO REIS DE ANDRADE SANTOS FILHO

RELATORA DESIGNADA: 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 – Tendo sido o imposto em questão retido e recolhido na saída desse produto, ocasionou falta de recolhimento de parte do imposto, vez que foi aplicado percentual de margem de valor agregado (MVA), inferior ao efetivamente devido. Inobservância ao disposto nos arts. 435, 437, 470 e 471 do RICMS. Penalidade inserta no art. 123, inciso I, alínea "c", da Lei 12.670/96. Confirmada, por maioria de votos, a decisão **CONDENATÓRIA** proferida pela instância singular.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração acusa a autuada de, durante o exercício de 1998, haver deixado de recolher o ICMS substituição tributária referente as operações com álcool hidratado no valor de R\$ 242.112,85 (duzentos e quarenta e dois mil, cento e doze reais e oitenta e cinco centavos)

Foram considerados infringidos o art. 658 da Lei 12.760/96 e arts. 431, 435, 436, 437, 464, 470 e 471 do Dec. 24.569/97 e sugerida a penalidade do artigo 123, I, "c", da Lei em referência.

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.

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 operações de vendas; demonstrativo da apuração do ICMS substituição tributária à recolher e demonstrativo da apuração da diferença à recolher do ICMS substituição tributária, além de cópias dos livros Registro de Entradas, Registro de Saídas de Mercadorias, DAE's pagos e 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 pela autuante refere-se a álcool etílico anidro combustível adicionado à gasolina, de forma que recolheu integralmente o tributo;



Antes de prolatada a decisão singular, foi realizada perícia, na qual ficou esclarecido que a exigência em apreço refere-se apenas a diferença de ICMS que deixou de ser recolhido.

A decisão da 1ª Instância de Julgamento foi pela procedência da ação fiscal considerando que a infração restou caracterizada.

Como razões do recurso voluntário, além de alegada extinção do feito pela decadência, no mérito, argumenta a recorrente que procedeu em acordo com o art. 464 do RICMS, de forma que recolheu integralmente o tributo, ressaltando que independentemente da natureza das operações anteriores (aquisições internas ou interestaduais de álcool), o que determinava o percentual de agregação a ser aplicado pela recorrente ao efetuar a substituição tributária para frente, era a natureza das operações subseqüentes.

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



VOTO DA RELATORA DESIGNADA

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

A empresa autuada interpôs o recurso voluntário sob análise o qual foi defendido oralmente pelo seu representante legal, consistente 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, de forma que recolheu integralmente o tributo, ressaltando que independentemente da natureza das operações anteriores (aquisições internas ou interestaduais de álcool), o que determinava o percentual de agregação a ser aplicado pela recorrente ao efetuar a substituição tributária para frente, era a natureza das operações subseqüentes.

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 29.12.2003 e postado no correio em 30.12.2003, (data de conclusão do trabalho, conforme § 4º do art. 821 do RICMS), conclui-se que o trabalho fiscal 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 a 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, *in 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.”



Naquela ocasião, em que a empresa autuada adquiriu o produto questionado, a responsabilidade pela retenção e recolhimento seria do emitente, que deveria fazê-la, como se tratava de operação interestadual, acrescida 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 o recolhimento devido, nessas circunstâncias, 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, o procedimento por ela adotado foi compatível com o disposto no art. 464 do RICMS vigente à época, o qual atribuía 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.



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, repita-se, que vigia à época da infração, apresentava-se inservível para amparar o procedimento adotado pela 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 autuada 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). Em que pese ser correto o entendimento manifestado pela recorrente de que ao efetuar a substituição tributária para frente o que determinava o percentual de agregação a ser aplicado era a natureza das operações subseqüentes, não se deve olvidar que o que se está exigindo no presente trabalho fiscal é o que deixou de ser recolhido por ocasião da entrada do produto. Dessa maneira, dúvidas não restam que efetivamente foi recolhido imposto em valor inferior ao devido.

Por estas razões, não se vê 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, sujeitando a infratora à penalidade inserta no art. 123 inciso I “c”, da Lei 12.670/96.

Isto posto,

VOTO pelo conhecimento e não provimento do recurso voluntário, para que se afaste a preliminar de extinção pela decadência e seja confirmado o julgamento da instância monocrática, que decidiu pela 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\$ 242.112,85
MULTA R\$ 242.112,85
TOTAL R\$ 484.225,70

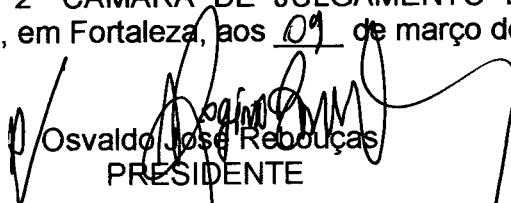


DECISÃO:

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

Resolvem os membros da 2ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários, por maioria de votos, afastar a arguição de extinção do processo formulada pela parte, em razão da decadência. No mérito, também 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 douda Procuradoria Geral do Estado. Em ambas as votações foram votos vencidos os conselheiros Marcelo Reis de Andrade Santos Filho (relator originário), Vanessa Albuquerque Valente e Ildebrando Holanda Júnior, que se pronunciaram favoráveis à extinção, e no mérito, votaram pela improcedência da autuação. Ausente o conselheiro Rodolfo Licurgo Tertulino de Oliveira. Esteve presente e fez a sustentação oral do recurso o representante legal da recorrente, Dr. Gabriel Demétrio.

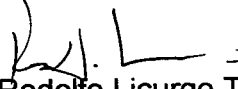
SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 09 de março de 2.006.

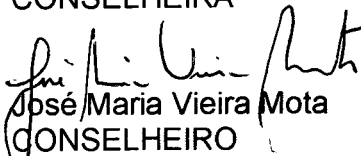

Osvaldo José Rebouças
PRESIDENTE



Dulcimeire Pereira Gomes
CONSELHEIRA RELATORA


Vanessa Albuquerque Valente
CONSELHEIRA

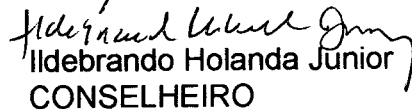

Regineusa de Aguiar Miranda
CONSELHEIRA


Rodolfo Licurgo Tertulino de Oliveira
CONSELHEIRO


José Maria Vieira Mota
CONSELHEIRO


Marcelo Reis de Andrade Santos Filho
CONSELHEIRO


Eliane Resplande Figueiredo de Sá
CONSELHEIRA


Ildebrando Holanda Junior
CONSELHEIRO

Ubiratan Ferreira de Andrade
PROCURADOR DO ESTADO