



ESTADO DO TOCANTINS
SECRETARIA DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

ACÓRDÃO Nº: 491/2007
PROCESSO Nº: 2006/6040/502517
RECURSO VOLUNTÁRIO: 6684
RECORRENTE: PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S/A
RECORRIDA: FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº: 29.999.745-6

EMENTA: ICMS. Constatada retenção e recolhimento a menor do imposto devido por substituição tributária, nas saídas de lubrificantes destinadas a estabelecimentos no Estado do Tocantins. Lançamento procedente

DECISÃO: Decidiu o Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais por unanimidade, rejeitar as preliminares de imunidade tributária para venda de lubrificantes e decadência para o período de 01/07/2001 a 31/12/2001 relativo o contexto 4.1, argüidas pela Recorrente. No mérito, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento para, confirmando a decisão de primeira instância, julgar procedente o auto de infração nº 2006/002196 e condenar o sujeito passivo ao pagamento do crédito tributário nos valores de R\$ 6.107,92 (seis mil, cento e sete reais e noventa e dois centavos), R\$ 1.932,45 (um mil, novecentos e trinta e dois reais e quarenta e cinco centavos), R\$ 672,92 (seiscentos e setenta e dois reais e noventa e dois centavos) e R\$ 1.808,41 (um mil, oitocentos e oito reais e quarenta e um centavos), referente os contextos 4.1, 5.1, 6.1 e 7.1, respectivamente, mais acréscimos legais. O Sr. Ricardo Shiniti Konya fez sustentação oral pela Fazenda Pública. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Elena Peres Pimentel, Fabíola Marcedo de Brito, João Gabriel Spicker e Rubens Marcelo Sardinha. Presidiu a sessão de julgamento do dia 17 de setembro de 2007, o conselheiro Juscelino Carvalho de Brito.

CONS. RELATORA: Elena Peres Pimentel.

VOTO: A empresa foi autuada no valor total de R\$ 10.521,70 (dez mil quinhentos e vinte e um reais setenta centavos), referente a 04 contextos nos campos 4.1, 5.1, 6.1 e 7.1, relativas aos exercícios de 2001, 2002, 2003 e ao período de 01.07.2005 a 31.07.2005, constatadas através dos levantamentos de substituição tributária.

A Autuada foi intimada, por via postal, apresentou impugnação intempestiva, a qual foi conhecida e negado provimento pela julgadora de primeira instância, que julgou o auto de infração procedente, condenando o sujeito passivo ao pagamento dos créditos tributários no valor de R\$ 6.107,92, no valor de R\$ 1.932,45, no valor de R\$ 672,92 e no valor de R\$ 1.808,41, todos acrescidos das cominações legais.



ESTADO DO TOCANTINS
SECRETARIA DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

Ciente da decisão prolatada em primeira instância, a empresa apresentou recurso voluntário tempestivo, a este conselho, argüiu as preliminares de nulidade do auto, alegando: - imunidade do ICMS, por afronta à previsão constitucional e decadência do crédito tributário, com relação aos fatos geradores ocorridos entre 01.07.2001 a 31.12.2001 por passaram cinco anos do direito de lançar o crédito tributário. No mérito, alega a ilegitimidade da obrigação de retenção do ICMS Substituição Tributária quando destinado a consumidor final, afirmando que inexistente a obrigação de reter o ICMS, pelo fato da operação ser referente à venda a prestadora de serviços de construção civil. A Lei complementar 116/03 e o Decreto-Lei 406/68, trazem dispositivos que confirmam a não ocorrência da hipótese de incidência do ICMS substituição tributária para estes serviços e consequente inexistência de obrigação de retenção, pois, as operações realizadas por elas devem ser tributadas apenas pelo ISSQN, imposto de competência dos municípios. A Lei 1.288/2001- CTE, Art. 3º, IV, a), Art. 20, VIII, a), e Art. 4º, V, estabelecem que incide imposto e ocorre fato gerador do mesmo, no fornecimento de mercadorias com prestação de serviços, não compreendidas na competência dos municípios, bem como, não incide imposto sobre operações relativas a mercadorias que se destinem a ser utilizadas na prestação, pelo próprio autor da saída, de serviço de qualquer natureza definido em Lei complementar como sujeito ao imposto sobre serviço, de competência dos municípios.

A REFAZ manifestou-se pela confirmação da decisão prolatada em primeira instância e pela procedência do auto de infração.

Em análise aos autos, verifica-se que a presente demanda refere-se a mercadorias sujeitas ao regime especial de substituição tributária, cuja carga tributária não fora recolhida no exato valor devido, havendo diferença de ICMS a recolher.

Das Preliminares:

- imunidade tributária para a venda de lubrificantes - em relação ao alegado, não assiste razão à Impugnante, uma vez que o ICMS só é imune quando a operação for própria da empresa, neste caso a Distribuidora será responsável pelo recolhimento do ICMS/ST, que deverá ocorrer por ocasião da saída da mercadoria com destino a outra unidade da federação.

- decadência - inicialmente, não assiste razão ao Contribuinte em relação à argüição de decadência. Segundo o disposto no artigo 173, inciso I, do CTN, "o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 05 (cinco) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado". No período de 01.07.2001 a 31.12.2001, a contagem de prazo para a Fazenda Pública proceder à constituição do crédito tributário iniciou-se em 01.01.02, findando-se em 31.12.06. O Contribuinte foi intimado do Auto de Infração



ESTADO DO TOCANTINS
SECRETARIA DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

em 29.11.06 (data da ciência do Auto de Infração). Inaplicável o disposto no artigo 150, § 4º, do CTN, vez que não se trata de homologação tácita.

Mérito:

Não procede a alegação do contribuinte quanto a ilegitimidade da obrigação de retenção do ICMS/ST quando destinado a consumidor final, pois foi imputada a retenção e/ou recolhimento a menor do ICMS devido por substituição tributária ao Estado do Tocantins, nas saídas de lubrificantes para as empresas estabelecidas neste Estado, portanto não observou a norma estabelecida da base de cálculo do tributo, sendo a refinaria o sujeito passivo, devido a sua posição de substituto tributário nas operações objeto da substituição tributária, conforme Cláusula primeira e Cláusula quarta do Convênio ICMS - 03/99, senão vejamos.

.....

Cláusula primeira. Ficam os **Estados e o Distrito Federal**, quando destinatários, autorizados a atribuir aos remetentes de combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo, situados em outras unidades da Federação, a condição de contribuintes ou de sujeitos passivos por substituição, relativamente ao ICMS incidente sobre as operações com esses produtos, a partir da operação que os remetentes estiverem realizando, até a última, assegurado o seu recolhimento à unidade federada onde estiver localizado o destinatário

Cláusula quarta. Nas operações interestaduais realizadas com mercadorias não destinadas à industrialização ou à comercialização, que não tenham sido submetidas à substituição tributária nas operações anteriores, a base de cálculo é o valor da operação, como tal entendido o preço de aquisição pelo destinatário.

De acordo com o que dispõe o Art. 57, inciso XIX e Art. 59, ambos da Lei 888/96, com redação dada pela Lei 1.121/00, vigente a época da ocorrência do fato gerador, o contribuinte tem o dever de cumprir as obrigações estabelecidas na legislação tributária, o valor recolhido na origem foi realizado em montante inferior àquele que deveria ter sido pago, daí a exigência tributária em questão, vejamos:

Art. 57. São obrigações do contribuinte e do responsável:

.....
XIX - reter o imposto devido por substituição tributária, quando exigido na legislação;



ESTADO DO TOCANTINS
SECRETARIA DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

Art. 59. Constitui infração toda ação ou omissão do contribuinte, responsável ou intermediário de negócios que importe inobservância de normas tributárias, especialmente das contidas nos arts. 57 e 58.

§ 1º Quem, de qualquer modo, concorre para a infração por ela se responsabiliza, na medida da sua participação.

§ 2º A responsabilidade por infração a norma do ICMS independe da intenção do contribuinte, responsável ou intermediário de negócios, e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos da ação ou omissão.

Diante do exposto, voto pela confirmação da decisão prolatada em primeira instância, considerando o auto de infração nº 2006/002196 procedente, condenando o sujeito passivo da obrigação tributária a recolher campo 4.11 o valor de R\$ 6.107,92 (Seis mil cento e sete reais e noventa e dois centavos), campo 5.11 R\$ 1.932,45, (Um mil novecentos e trinta e dois reais e quarenta e cinco centavos), 6.11 R\$ 672,92 (Seiscentos e setenta e dois reais e noventa e dois centavos) e 7.11 R\$ 1.808,41 (Um mil oitocentos e oito reais e quarenta e um centavos), todos acrescidos das cominações legais.

PLENÁRIO DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS, aos 27 dias do mês de setembro de 2007.

Presidente

Cons. Relatora

Representação Fazendária