



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

ACÓRDÃO Nº: 498/2007
PROCESSO Nº: 2006/6040/502453
RECURSO VOLUNTÁRIO: 6689
RECORRENTE: TEXACO BRASIL S/A PRODUTOS DE PETRÓLEO
RECORRIDA: FAZENDA PUBLICA ESTADUAL
INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº: 29.999.340-0

EMENTA: ICMS. Não recolhimento do diferencial de alíquota pelo substituto tributário. Lançamento procedente.

DECISÃO: Decidiu o Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais por unanimidade, rejeitar a preliminar de decadência no campo 4.1, argüida 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. 2006/002118 e condenar o sujeito passivo ao pagamento dos créditos tributários nos valores de R\$ 1.446,48 (um mil, quatrocentos e quarenta e seis reais e quarenta e oito centavos), R\$ 1.995,28 (um mil, novecentos e noventa e cinco reais e vinte e oito centavos), R\$ 1.546,92 (um mil, quinhentos e quarenta e seis reais e noventa e dois centavos) e R\$ 464,46 (quatrocentos e sessenta e quatro reais e quarenta e seis 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. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros João Gabriel Spicker, Juscelino Carvalho de Brito, Elena Peres Pimentel e Marcelo Azevedo dos Santos. Presidiu a sessão de julgamento do dia 30 de agosto de 2007, o conselheiro Mário Coelho Parente.

CONS. RELATOR: João Gabriel Spicker.

VOTO: A empresa foi autuada em quatro contextos, no campo 4.1 na condição de substituto tributário com previsão legal na cláusula segunda do termo de acordo de regime especial numero 908/1999, deixou de recolher ao erário estadual o valor de R\$ 1.446,48 (Hum mil quatrocentos e quarenta e seis reais e quarenta e oito centavos), referente ao ICMS – ST, nas operações de saídas de mercadorias destinadas a contribuintes estabelecidos no estado do Tocantins relativo ao exercício de 2001, no campo 5.1 na condição de substituto tributário com previsão legal na cláusula segunda do termo de acordo de regime especial numero 908/1999, deixou de recolher ao erário estadual o valor de R\$ 1.995,28 (Hum mil novecentos e noventa e cinco reais e vinte e oito centavos), referente ao ICMS – ST, nas operações de saídas de mercadorias destinadas a contribuintes estabelecidos no estado do Tocantins relativo ao exercício de 2002, no campo 6.1 na condição de substituto



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

tributário com previsão legal na cláusula segunda do termo de acordo de regime especial numero 908/1999, deixou de recolher ao erário estadual o valor de R\$ 1.546,92 (Hum mil quinhentos e quarenta e seis reais e noventa e dois centavos), referente ao ICMS – ST, nas operações de saídas de mercadorias destinadas a contribuintes estabelecidos no estado do Tocantins relativo ao exercício de 2003, no campo 7.1 na condição de substituto tributário com previsão legal na cláusula segunda do termo de acordo de regime especial numero 908/1999, deixou de recolher ao erário estadual o valor de R\$ 464,46 (Quatrocentos e sessenta e quatro reais e quarenta e seis centavos), referente ao ICMS – ST, nas operações de saídas de mercadorias destinadas a contribuintes estabelecidos no estado do Tocantins relativo ao exercício de 2001.

A autuada foi intimada, apresentou impugnação intempestiva.

A julgadora de primeira instância considerou o contribuinte revel e julgou o auto de infração procedente.

O sujeito passivo intimado da sentença de primeira instância apresentou recurso voluntário. Argüiu em preliminar pela decadência citando o art. 156, inciso V do CTN, no que se refere ao campo 4. (fl. 71/72).

Alega pela deficiência da fundamentação legal do lançamento, argumentando que em todos os dispositivos citados, não há qualquer referência que indique que a recorrente cometeu alguma infração e que todas as normas citadas referem-se à responsabilidade por substituição tributária, de forma genérica, não esclarecendo exatamente em que ponto teria se afastado do cumprimento da legislação tributária, e que tal fato ofende diretamente o art. 142 do CTN, e como não há indicação precisa dos dispositivos legais infringidos o mesmo importa em cerceamento ao direito de defesa, indaga se a função do fisco seria apenas a de suspeitar e fazer lançamentos, cabendo ao contribuinte o oneroso encargo de produzir a prova negativa o que viria a descaracterizar o lançamento. Portanto cabe exclusivamente ao fisco a determinação da matéria tributável, sendo nulo de pleno direito o auto que não traduz esta determinação.

No mérito argüiu que dispõe a Constituição Federal no art. 146, III, “a”, que caberá à lei complementar dispor sobre a base de cálculo dos tributos discriminados constitucionalmente, a exemplo do ICMS e que a Lei Complementar 87/96 tratou de estabelecer as normas gerais aplicáveis ao ICMS, dentre as quais fixou sua base de calculo e estabeleceu quais operações estariam sujeitas ao regime de substituição tributária, neste sentido o art. 9º, reconhece a possibilidade de as operações com



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

combustíveis e lubrificantes e derivados de petróleo sujeitarem-se a substituição tributária, bastando que haja previsão em acordo a ser celebrado entre os estados, no caso o convenio ICMS 3/99.

Em relação à base de cálculo do ICMS a Lei Complementar 87/96 estabelece em seu art. 13, onde se tratou da base de cálculo genérica do ICMS, dispondo que nas operações com lubrificantes e combustíveis seria o valor da operação (Inciso VIII).

Argumenta que a base de cálculo cheia, prevista na cláusula terceira do convenio 3/99 e composta pelo valor da operação adicionado de frete, seguro, tributos e encargos cobrados do destinatário, somente é aplicável para bens não destinados à comercialização ou industrialização se o imposto tiver sido retido anteriormente, o que não ocorre no caso em apreço. Neste aspecto o auto de infração não fez qualquer prova, porque não existe, como seria de rigor, de que o imposto tenha sido retido anteriormente, tal como exigido no parágrafo 1º do convenio 3/99, portanto, inaplicável a regra pretendida pelo autuante e mantida pela decisão ora recorrida e que no presente auto a base de cálculo do ICMS-ST, será conforme a cláusula quarta do referido Convenio, qual seja, o preço de aquisição pelo destinatário, sem inclusão do montante do próprio imposto. Portanto, não resta dúvida que o procedimento adotado pela Recorrente de apurar a base de cálculo do ICMS-ST sem a inclusão do montante do ICMS próprio está perfeitamente de acordo com o disposto na cláusula quarta do convenio ICMS 3/99.

Assim, restando evidenciada a lisura da conduta da Recorrente, e estrito cumprimento das normas legais, requer o julgamento pela improcedência total do lançamento, reformando-se integralmente a decisão prolatada e recorrida.

A Representação Fazendária se manifesta pela manutenção da decisão prolatada em primeira instância e julgar procedente o auto de infração.

Analisando o presente auto de infração, ficou constatado que o contribuinte em epígrafe não recolheu o diferencial de alíquota que é de sua obrigatoriedade, com isso infringindo os artigos 13, inciso II e artigo 44, inciso IX ambos da lei 1287/01, senão vejamos:

Art. 13 – São responsáveis por substituição em relação às operações subseqüentes:

.....



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

II – Os remetentes situados em outras unidades da Federação, em relação aos produtos constantes do Anexo I, inclusive quanto ao diferencial de alíquota.

.....
Art. 44 – São obrigações do contribuinte e do responsável:

.....
IX – Reter e recolher o imposto devido por substituição tributária, quando exigido pela legislação;

.....
Ante ao apresentado, concluo que agiu acertadamente a julgadora de primeira instância ao julgar procedente o auto de infração nº. 2006/002118, isto posto, voto pela manutenção da sentença de primeira instância que condenou o sujeito passivo ao pagamento da exigência tributária que lhe faz a peça básica acrescido das cominações legais.

PLENÁRIO DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS, aos 01 dias do mês de outubro de 2007.

Presidente

Conselheiro Relator

Representação Fazendária