



CEARÁ

GOVERNO DO ESTADO

SECRETARIA DA FAZENDA

**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS
1ª CÂMARA DE JULGAMENTO**

RESOLUÇÃO Nº071/2023

SESSÃO: 17ª SESSÃO ORDINÁRIA DE 3 DE ABRIL DE 2023

PROCESSO Nº: 1/285/2015

AUTO DE INFRAÇÃO Nº: 1/201416589-8

RECORRENTE: IPIRANGA PRODUTOS DE PETRÓLEO S/A

CGF: 06.103.598-0

RECURSO ORDINÁRIO

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

CONSELHEIRO RELATOR: MARCUS VINÍCIUS DE VASCONCELOS MAIA

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. Sujeito passivo deixou de recolher o imposto incidente em operações com combustíveis realizadas no exercício de 2010, cujas diferenças foram apuradas por meio de Levantamento Quantitativo de Estoque. Nulidade de inocorrência do fato gerador afastada, por unanimidade, por reportar-se ao mérito propriamente dito. Afastada a aplicação do percentual de 0,6% (seis décimos por cento), previsto na Portaria DNC nº 26/1992 (Departamento Nacional de Combustíveis). Recurso Ordinário conhecido, no sentido de reformar a decisão singular pela PARCIAL PROCEDÊNCIA do lançamento, por maioria de votos, nos termos do laudo pericial. Aplicação da penalidade, nos termos do art. 123, inciso I, alínea "d" da Lei nº 12.670/1996, por maioria de votos, em conformidade com manifestação, em sessão, do representante da Procuradoria Geral do Estado.

Palavras-chave: 1. ICMS. Falta de recolhimento 2. Expansão volumétrica verificada 3. Ocorrência do fato gerador. 4. Parcial Procedência.

RELATÓRIO

A autuação fiscal versa sobre o seguinte teor:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO, NO TODO OU EM PARTE, INCLUSIVE O DEVIDO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, NA FORMA E NOS PRAZOS REGULAMENTARES.

EM LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUE, A EMPRESA OBTEVE GANHO EM LITROS DE ÓLEO DIESEL SEM EFETUAR O RECOLHIMENTO DO ICMS TOTAL DEVIDO POR ESSE GANHO, MOTIVO DO PRESENTE AUTO, VIDE INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES.

Trata-se de Auto de Infração com imposição de imposto no valor de R\$ 842.650,23 e de multa no valor de R\$ 842.650,23. Período da infração: 01/2010. Dispositivos infringidos: arts. 73, 74, 431 § 3º, 484, 828 e 878, do Decreto nº 24.569/97; art. 128, do CTN, Convênio ICMS 110/07, Portaria DNC 26/92; ato COTEPE 01/09; e penalidade nos termos do art. 123, I, “c”, da Lei nº 12.670/96.

Nas informações complementares, a autoridade fiscal expõe que, em cumprimento ao Mandado de Ação Fiscal (MAF) nº 2014.21562, foi realizada auditoria fiscal plena na empresa qualificada, referente ao período de 01/01/2010 a 31/12/2010, havendo observado que:

A condição de contribuinte substituído, atribuída à distribuidora, não a exime da responsabilidade pelo recolhimento do tributo quando esta adquirir os produtos sem a retenção do ICMS, sem o respectivo documento fiscal, ou, se por qualquer motivo, não ficar comprovado o devido recolhimento do ICMS relativo ao combustível comercializado;

A referida autuação deve-se ao fato de ter sido constatado, em levantamento quantitativo de estoque, que a empresa em tela deixou de efetuar o recolhimento do ICMS, relativo ao montante de 2.558.213 litros de Óleo Diesel durante o período de 01/01/2010 a 31/12/2010, nos termos das Informações Complementares em anexo.

Foi realizado o levantamento de estoque de todos os combustíveis adquiridos pela empresa, sendo as entradas extraídas do arquivo DIEF transmitido pelo contribuinte e as saídas extraídas das notas fiscais eletrônicas emitidas pela autuada, juntamente com os inventários inicial e final referentes ao exercício de 2010, selecionando e totalizando todas as operações de entrada e saída de cada produto por Código Fiscal de Operações e Prestações — CFOP.

Em análise aos CFOPs utilizados pelo contribuinte para cada grupo de operações, constatou-se que os de entrada (CFOP 1664 - “Retorno de combustível ou lubrificante remetido para armazenagem”; e 1949 - “Outra entrada de mercadoria ou prestação de serviço não especificada”), bem como os de saída (CFOP 5663 - “Remessa para armazenagem de combustível ou lubrificante”) não correspondem a um efetivo movimento tributário e, por esse motivo, essas operações foram excluídas do levantamento quantitativo de estoque.

Foram elaborados os seguintes relatórios: Anexo I-A — RELATÓRIO ANALÍTICO DE MOVIMENTAÇÃO DE ENTRADAS ANO 2010 - Óleo Diesel Puro; Anexo I-B — RELATÓRIO ANALÍTICO DE MOVIMENTAÇÃO DE ENTRADAS ANO 2010 - Óleo Diesel Misturado; Anexo II-A RELATÓRIO ANALÍTICO DE MOVIMENTAÇÃO DE SAÍDAS ANO 2010 - Óleo Diesel Puro ; Anexo II-B RELATÓRIO ANALÍTICO DE MOVIMENTAÇÃO DE SAÍDAS ANO 2010 - Óleo Diesel Misturado; Anexo III - Quadro Resumo dos Quantitativos de Óleo Diesel Puro e Misturado - Total de Entradas e Saídas; e TODOS sintetizados no Anexo IV — QUADRO TOTALIZADOR DE ESTOQUE ANO 2010.

Conforme demonstrado no Anexo IV, foi apurada uma diferença de 2.558.213 litros de Óleo Diesel ganhos pela autuada no exercício de 2010.

Antes da apuração do estoque dos produtos comercializados fez-se necessário alguns ajustes no inventário, uma vez que foram identificadas inconsistências. O problema encontrado estava evidenciado no estoque final apresentado pelo contribuinte, pois no mesmo constava a informação de "Estoque de Terceiros em Posse do Informante".

Foi emitido ao contribuinte o Termo de Intimação nº 2014.27028, solicitando a confirmação de valores do Inventário Inicial e Final. Em resposta, o contribuinte informou que no estoque final apesar dos valores estarem corretos, a propriedade estava errada, sendo necessário alterar para "Estoque Próprio em Posse de Terceiros".

Foi emitido o Termo de Intimação nº 2014.28795, cientificando o contribuinte do levantamento de estoque efetuado, visando dirimir dúvidas e abrir espaço para argumentações pertinentes, antes da lavratura do auto de infração.

A empresa encaminhou uma planilha contendo a apuração realizada, inserindo colunas de ajustes e variação de temperatura. O índice de variação de temperatura calculado pela fiscalização, conforme dados demonstrados na planilha enviada pelo contribuinte, são todos superiores a 1% do valor das entradas. Não foram considerados esses valores para ajustes sobre as compras e transferências recebidas, como justificativa legal para realização de ajuste de estoque em distribuidoras de combustíveis, pois o percentual de 0,6%, instituído pela ANP, por meio da Portaria DNC nº 26, de 13/11/1992, é para ser aplicado pelos postos revendedores de combustíveis com o intuito de regular a perda do volume físico de combustível por meio de vazamento, evitando, causar danos ao meio ambiente. Ressalte-se, ainda, que não há dispositivo legal que autorize o agente do fisco, em seu levantamento de estoque, a deduzir qualquer percentual da apuração de diferença de estoques encontrada em distribuidoras e refinarias de combustíveis.

Esclarece que quando o contribuinte adquiriu combustível, foi realizada, por parte do substituto tributário, a devida retenção do ICMS ST sobre o volume adquirido. Ocorre que, a quantidade negociada na saída (venda) do combustível se deu em volume maior que a real quantidade de entrada no estoque (compra), segundo dados apresentados pelo contribuinte, em virtude do ganho volumétrico relacionado à variação de temperatura. Dessa forma, observa-se claramente que não houve incidência do ICMS ST sobre o volume acrescido ao estoque do contribuinte, nos termos do art. 2º do Decreto nº 24.569/97.

Para a definição da base de cálculo sobre a qual incide o imposto e a multa devidos, calculou-se o preço médio unitário de aquisições de Óleo Diesel A do exercício de 2010 no valor de R\$ 1,6273, que é igual ao valor total das operações de aquisições em 2010, dividido pelo total de litros adquiridos em 2010 (R\$ 179.016.697 / 110.093.660 litros), extraído das notas fiscais de

entrada. Em seguida agregamos a MVA interna de 19,16%, estabelecida no Ato COTEPE 01/09, totalizando R\$ 1,9376.

A base de cálculo sobre a qual incide o imposto devido e a multa é igual à quantidade de litros de Óleo Diesel ganhos em 2010, multiplicados pelo preço médio unitário das entradas em 2010 (2.558.213 X R\$ 1,9376), e em seguida reduzida em 32% conforme determina o Decreto nº 27.486/04, totalizando o valor de R\$ 3.370.600,95 (três milhões, trezentos e setenta mil, seiscentos reais e noventa e cinco centavos).

Para o cálculo do imposto devido, aplicou-se a alíquota de 25% sobre a base de cálculo reduzida, que corresponde à falta de recolhimento no valor de R\$ 842.650,24 (oitocentos e quarenta e dois mil, seiscentos e cinquenta reais e vinte e quatro centavos).

A empresa interpõe impugnação, havendo destacado os seguintes aspectos:

I) nulidade do lançamento, em virtude da inoccorrência do fato gerador da obrigação tributária, pois a dilatação volumétrica do combustível, oriunda de variação de temperatura, não constitui hipótese de incidência do ICMS, dada a inexistência de circulação de mercadorias;

II) no mérito, sustenta que a dilatação de combustível não equivale a novo produto, inexistindo previsão legal para a sua cobrança;

III) impossibilidade de o Estado exigir complementação sobre a variação de volume de mercadorias que foram integralmente tributadas na primeira etapa por toda a cadeia;

IV) caráter confiscatório da multa fixada;

V) conversão do julgamento em diligência para reapuração da base de cálculo do imposto.

O julgamento singular decidiu pela procedência da autuação fiscal, considerando a falta de recolhimento do imposto devido por substituição tributária no montante de R\$ 842.650,23, decorrente de diferença de mercadoria (óleo diesel) constatada pelo levantamento quantitativo de estoque, no exercício de 2010, sendo aplicada a penalidade prevista no artigo 123, I, "c", da Lei nº 12.670/96.

Em sede de recurso ordinário, a autuada argui, preliminarmente, a nulidade da decisão recorrida em face de erro no levantamento quantitativo referente ao valor das saídas de óleo diesel no período autuado, sendo necessária a retificação do lançamento por meio de diligência fiscal. Aponta dois erros cometidos pela fiscalização: nos 1.442.000 litros de Diesel S 50 BIOD CBL e nos 442.000 litros de Diesel S 50 BIOD CBL PREMIUM, sendo necessária diligência para apuração da correta base de cálculo e correção do lançamento. No mérito,



CEARÁ

GOVERNO DO ESTADO

reitera a tese pela qual a dilatação térmica dos combustíveis, por ser um processo físico, não é fato gerador do ICMS, pugnando, ao fim, pela improcedência da autuação fiscal.

Considerando os termos do recurso ordinário, a CEAPRO, por meio de despacho, determinou o encaminhamento do feito à CEPED, para fins de realização de trabalho pericial, objetivando esclarecimento sobre os seguintes aspectos:

- I) equívoco no volume apurado de óleo diesel pelo agente fiscal nas operações de saída;
 - II) erro na apuração do produto autuado, ao considerar-se que o óleo diesel comercializado pela Distribuidora, deve ser misturado ao biodiesel, numa proporção de 95% de diesel e 5% de biodiesel. O Agente do Fisco autuou somente o produto óleo diesel;
- A planilha - RELATÓRIO ANALÍTICO DE MOVIMENTAÇÃO DE SAÍDAS, anexo IIB, constata-se erros de cálculo, na soma dos valores encontrados.

Em resposta, a CEPED concluiu que:

“Analisando o levantamento fiscal, verificamos que havia um equívoco na quantidade total do produto Biodiesel, pois as quantidades totais dos produtos DIESEL INTE BIOD CBL PREMIUM, DIESEL S50 BIOD CBL e DIESEL SSO BIOD CBL PREMIUM haviam sido somadas incorretamente. As referidas quantidades foram corrigidas por esta Perícia.

A fiscal autuante não autuou o produto Óleo Diesel B5 (que contém 95% de Óleo Diesel A e 5% de Biodiesel), autuou apenas o produto Óleo Diesel (Óleo Diesel A). Para tanto, efetuou a apuração do total do produto Óleo Diesel B5 e calculou a porcentagem de óleo Diesel A contida no OD B5, ou seja, 95%. De posse das quantidades de OD A extraídas do OD B5, a fiscal somou também as quantidades de Óleo Diesel A que não haviam sido misturadas ao produto Biodiesel - os totais dos produtos DIESEL MARÍTIMO e OD A S- 1800; apurando, assim, o total do produto Óleo Diesel (OD A).

Após as correções efetuadas, apuramos um total de saídas de 120.631.007 litros do produto Óleo Diesel B5, sendo a quantidade total das saídas de Óleo Diesel A (produto objeto do presente Auto de Infração) 114.604.807 litros. De posse da quantidade corrigida das saídas, encontramos uma nova Base de Cálculo no valor de R\$ 1.458.037,88 (Um milhão, quatrocentos e cinquenta e oito mil, trinta e sete reais e oitenta e oito centavos).”

Por meio do Parecer nº 2022/381, a CEAPRO se manifestou pela parcial procedência da autuação fiscal, nos termos do laudo pericial.

Em apertada síntese, é o que se relata.

VOTO DO RELATOR

Trata-se o presente processo administrativo de autuação fiscal decorrente de falta de recolhimento de ICMS, detectada mediante levantamento quantitativo de estoque, havendo sido constatado, relativamente ao exercício de 2010, ser devido o imposto decorrente de

saída em que se verificou acréscimo volumétrico de combustível. Sustenta a recorrente, em síntese, inexistir fundamento jurídico para a cobrança do imposto, dado que a expansão volumétrica de combustível, por ser um fenômeno físico, não constitui fato gerador do ICMS.

Em análise ao regime tributário a que se submetem os combustíveis, de acordo com o art. 484 do Decreto nº 24.569/97, fica atribuída à refinaria de petróleo ou suas bases a responsabilidade de reter e recolher o ICMS devido nas operações subsequentes, por força da sistemática de substituição tributária "para a frente", devendo esses estabelecimentos substitutos tributários recolher, quando da entrada em seus estoques, todo o tributo devido no resto da cadeia.

A ação fiscal constatou o não recolhimento do ICMS referente a esse volume decorrente de expansão volumétrica, pois o ICMS de toda a cadeia é devido no momento da aquisição interna ou interestadual das mercadorias pelo estabelecimento distribuidor.

Deste modo, a responsabilidade perpassa ao contribuinte substituto, nos casos em que forem detectadas falhas na cadeia de recolhimento do ICMS-ST, nos termos, respectivamente, do § 3º do art. 18 da Lei nº 12.670/96 e do § 3º do art. 431, do Decreto nº 24.569/97:

Art. 18 - A responsabilidade pelo pagamento do ICMS na condição de substituto tributário poderá ser atribuída em relação ao ICMS incidente sobre uma ou mais operações ou prestações, sejam antecedentes, concomitantes ou subsequentes, 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 - A substituição tributária não exclui a responsabilidade do contribuinte substituído, além de outras hipóteses previstas na legislação, quando o documento fiscal próprio não indicar o valor do ICMS objeto da substituição exigido pela legislação tributária.

[...]

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 subsequentes, 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.

Quanto à nulidade da decisão recorrida, objetivando a determinação de diligência para a reapuração do crédito em cobrança, considero que tal matéria não é hipótese de nulidade, reportando-se ao critério quantitativo da regra-matriz de incidência tributária, ou seja, a aferição da base de cálculo do imposto. Deste modo, não se verificam as hipóteses em que são cabíveis a arguição de nulidades, não sendo configurado, portanto, qualquer prejuízo à atuada, a teor dos arts. 90 e 91, § 8º, da Lei 18.185/2022:

Art. 90. São absolutamente nulos os atos praticados por autoridade incompetente ou impedida, ou com preterição de quaisquer das garantias processuais constitucionais, devendo a nulidade ser declarada de ofício pela autoridade julgadora.

(...)

Art. 91. As irregularidades ou omissões passíveis de correção não serão declaradas nulas.

(...)

§ 8º Nenhum ato será declarado nulo se da nulidade não resultar prejuízo para as partes.

Ademais, objetivando a busca da verdade material, o feito foi encaminhado à perícia, objetivando a retificação de equívocos existentes na composição da base de cálculo objeto da autuação fiscal, tendo a CEPED concluído o trabalho pericial nos seguintes termos:

“Analisando o levantamento fiscal, verificamos que havia um equívoco na quantidade total do produto Biodiesel, pois as quantidades totais dos produtos DIESEL INTE BIOD CBL PREMIUM, DIESEL S50 BIOD CBL e DIESEL S50 BIOD CBL PREMIUM haviam sido somadas incorretamente. As referidas quantidades foram corrigidas por esta Perícia. A fiscal atuante não autuou o produto óleo Diesel B5 (que contém 95% de Óleo Diesel A e 5% de Biodiesel),

autuou apenas o produto óleo Diesel (óleo Diesel A). Para tanto, efetuou a apuração do total do produto óleo Diesel B5 e calculou a porcentagem de óleo Diesel A contida no OD B5, ou seja, 95%. De posse das quantidades de OD A extraídas do OD B5, a fiscal somou também as quantidades de Óleo Diesel A que não haviam sido misturadas ao produto Biosiesel — os totais dos produtos DIESEL MARI TIMO e OD A S1800; apurando, assim, o total do produto Óleo Diesel (OD A). Após as correções efetuadas, apuramos um total de saídas de 120.631.007 litros do produto Óleo Diesel B5, sendo a quantidade total das saídas de óleo Diesel A (produto objeto do presente Auto de Infração) 114.604.807 litros. De posse da quantidade corrigida das saídas, encontramos uma nova Base de Cálculo no valor de R\$ 1.458.037,88 (Um milhão, quatrocentos e cinquenta e oito mil, trinta e sete reais e oitenta e oito centavos)”.

Assim, inobstante se considere que esse acréscimo volumétrico decorra de um fenômeno físico (variação de temperatura), esses 114.604.807 litros a mais possuem valor econômico e, ao entrarem no estoque da empresa, com posterior saída, deveriam ter sido declarados e ter o imposto recolhido, nos estritos termos da legislação estadual. Esse procedimento, entretanto, não foi cumprido pela empresa autuada, que teve um acréscimo do produto em seu estoque sem reter quaisquer tributos. Esses litros excedentes integram o estoque de combustíveis da empresa, estando, portanto, sujeitos ao ICMS, não merecendo provimento os argumentos da defendente quanto a esse aspecto.

Considero que a finalidade ambiental da Portaria da DNC nº 26/1992 está expressa em seus “considerandos”, especialmente aquele que indica a necessidade de controles mais eficazes para detectar vazamentos de produtos derivados de petróleo, abaixo transcrito:

CONSIDERANDO a necessidade de controles mais eficazes para detectar vazamentos de produtos derivados de petróleo e de álcool etílico carburante comercializados pelos postos revendedores, que possam ocasionar dano ao meio ambiente e/ou à integridade física ou patrimonial da população;

Neste sentido, a Portaria nº 26/1992 do DNC estabeleceu em seus dispositivos obrigações e deveres aos Postos Revendedores-PR: dentre os quais: registrar diariamente estoques e movimentações de compra e venda de combustíveis no LIVRO DE MOVIMENTAÇÃO DE COMBUSTÍVEIS (LMC), apurar as causas e providenciar o reparo do(s) equipamento(s), quando detectar perda de estoque físico de combustível superior a 0,6% (seis décimos por cento) e constatar vazamento para o meio ambiente, restando clara a natureza de proteção ambiental da referida norma:

Art. 5º. Independentemente de notificação do DNC, quando for constatada perda do estoque físico de combustível superior a 0,6% (seis décimos por cento) caberá ao PR proceder à apuração das causas e, se detectado vazamento para o meio ambiente,



CEARÁ

GOVERNO DO ESTADO
SECRETARIA DA FAZENDA

providenciar o reparo do(s) equipamento(s) correspondente(s). (grifo nosso)

Parágrafo único - Quando os referidos equipamentos forem de propriedade de terceiros, caberá a esses responsabilidade do reparo.

Assim, resta claro que a Portaria nº 26/92 do DNC não estabeleceu limite de variação volumétrica de combustível gerado por mudança de temperatura, pois, sequer menciona tais termos, tão pouco estabeleceu limites de deduções de estoques, apenas qualificou os Postos Revendedores-PR como responsáveis pela apuração e reparo de equipamento, em caso de "perda" de estoque físico de combustível em quantidade superior ao percentual de 0,6% (seis décimos por cento) que caracterize vazamento para o meio ambiente, conforme teor do art. 5º da Portaria nº 26/92 do DNC.

Em conclusão: a legislação tributária não considera o percentual de 0,6% no acréscimo volumétrico dos combustíveis, conforme alegado pela Autuada. O art. 5º da Portaria DNC nº 26/1992, abordado por diversas vezes como fundamento da defesa da recorrente, apenas trata da perda de combustíveis e em um contexto completamente diferente, qual seja, a proteção de danos ambientais. Referida norma teve como objetivo a necessidade de controle eficaz no vazamento de produtos derivados de petróleo e de álcool etílico carburante comercializados pelos Postos Revendedores que possam ocasionar dano em meio ambiente e /ou a integridade física ou patrimonial da população.

Considerando que o objeto de autuação é o imposto devido sobre o “aumento” de estoque físico, apurado pela análise de quantitativos registrados em livros e documentos fiscais, conclui-se que não é possível fazer a subsunção dos fatos que ensejaram a autuação à norma contida na Portaria nº 26/1992, principalmente, porque o percentual de 0,6% (seis décimos por cento) está associado ao vazamento de combustível provocado por equipamento físico e, não a fenômeno da natureza.

Logo, houve sim fato gerador do ICMS e, conseqüentemente, sua falta de recolhimento, pelo que se faz cabível a autuação.

No tocante à inconstitucionalidade da multa com efeito confiscatório, depreende-se que a alegação de inconstitucionalidade da penalidade não pode ser apreciada por este órgão. Deste modo, cabe ressaltar que não compete ao CONAT afastar a aplicação de penalidade, sob o fundamento de inconstitucionalidade, restando plenamente arguíveis e válidos seus preceitos. Assim, nos termos do art. 62 da Lei nº 18.185/22, não se inclui na competência da autoridade julgadora afastar a aplicação de norma sob o fundamento de inconstitucionalidade, ressalvada a hipótese em que tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal – STF, em ADI, ADC ou Súmula vinculante. No mesmo sentido, colaciona-se a Súmula nº 11 do CONAT: “é vedado aos órgãos de julgamento



CEARÁ

GOVERNO DO ESTADO

do Contencioso Administrativo Tributário – CONAT – afastar ou reduzir multa sugerida em auto de infração sob o fundamento de apresentar natureza confiscatória por implicar indevido controle de constitucionalidade da lei nº 12.670/96”. Portanto, a inconstitucionalidade suscitada não pode ser apreciada no âmbito deste órgão julgador.

Do exposto, conheço do recurso ordinário interposto, para lhe dar parcial provimento, afastando, de plano, a questão suscitada em sede preliminar, de nulidade, por inexistência de hipótese de incidência do ICMS, por reportar-se referida matéria ao mérito propriamente dito; e quanto ao mérito, reformando-se a decisão proferida em primeira instância, no sentido da **PARCIAL PROCEDÊNCIA** do auto de infração, nos termos do laudo pericial, em conformidade com a manifestação, em sessão, do representante da Douta Procuradoria Geral do Estado, pela aplicação da penalidade do art. 123, I, “d”, da Lei 12.670/96.

É como voto.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO	
ICMS	R\$ 364.509,47
MULTA	R\$ 182.254,74
TOTAL	R\$ 546.764,21

DECISÃO

A 1ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, após conhecer do recurso ordinário interposto, resolve, preliminarmente e de forma unânime, afastar o pedido de nulidade do auto de infração, em razão de a matéria reportar-se ao mérito propriamente dito, por considerar que se verifica a ocorrência do fato gerador do ICMS a partir da efetiva saída de mercadorias. Em relação ao mérito, resolve, por maioria de votos, dar parcial provimento, para reformar a decisão de procedência proferida na instância monocrática, para julgar **PARCIAL PROCEDENTE** a acusação fiscal, nos termos do voto do conselheiro relator, com base no laudo pericial, aplicando a penalidade prevista no artigo 123, inciso I, alínea “d” da Lei Nº. 12.670/96, em conformidade com a manifestação oral, em sessão, do representante da Procuradoria Geral do Estado. O conselheiro Francisco Albanir Silveira Ramos acompanhou a decisão majoritária pela parcial procedência, porém, com a aplicação da penalidade inserta no art. 123, inciso I, alínea “c” da lei No 12.670/96. O Conselheiro Felipe Silveira Gurgel do Amaral, defendeu a improcedência do feito fiscal, por entender que a variação volumétrica de combustíveis não implica em novo fato gerador de ICMS, cuja operação já é tributada por substituição tributária na origem, na linha do que também vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça, dentre outros, no RESP No 1884431 - PB.

SALA DA SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 05 de abril de 2023.

Raimundo Frutuoso de Oliveira Junior Presidente	Marcus Vinícius de Vasconcelos Maia Conselheiro Relator
---	---