



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
1ª CÂMARA DE JULGAMENTO**

RESOLUÇÃO Nº 245 /2021

69ª SESSÃO ORDINÁRIA DE 18/10/2021

PROCESSO Nº: 1/1394/2019

AI: 1/201900252-2

RECORRENTE: MINASGAS S/A INDUSTRIA E COMERCIO

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

CONSELHEIRO RELATOR: CARLOS CÉSAR QUADROS PIERRE

EMENTA: ICMS – FALTA DE RECOLHIMENTO - SLE.

1. Acusação de lançamento de falta de recolhimento de ICMS. 2. Artigos infringidos: art. 73 e 74 do Dec. n. 24.569/97, c/c art. 3º da Lei 12.670/96 e art. 1º § 1º do Dec. n. 31.270/13, com penalidade apontada: Art. art. 123 I "c" da lei 12.670/96 alterada pela lei 13.418/03. 3. Julgamento de primeira instância com rejeição das questões preliminares e procedência da ação fiscal. 4. Auto de infração regularmente instruído, com informações claras e escoreita identificação da materialidade da infração. 5. A falta de escrituração das operações descritas no lançamento requer a aplicação da penalidade descrita no artigo 123, I, c, da Lei 12.670/96. 6. Julgamento no sentido de negar provimento ao recurso, mantendo a decisão singular de **PROCEDÊNCIA** da autuação, nos termos do voto do conselheiro relator e de acordo com o parecer da Assessoria Processual Tributária e manifestação oral do representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

PALAVRA-CHAVE: FALTA, RECOLHIMENTO.

RELATÓRIO:

O presente processo trata da acusação de falta de recolhimento do imposto, no todo ou em parte, inclusive o devido por substituição tributária, na forma e nos prazos regulamentares.

Assim descreve o relato da Infração:

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

CONSTATAMOS UMA DIFERENÇA DE 265.656 KG DE GLP/GLGN COMERCIALIZADOS SEM A EFETIVA COMPROVAÇÃO DO RECOLHIMENTO DO ICMS DEVIDO, NO EXERCÍCIO DE 2015 RESULTANDO NA COBRANÇA DE ICMS NO VALOR DE R\$ 149.380,76 E MULTA DE IGUAL VALOR CONFORME DEMONSTRADO NA INFORMAÇÃO COMPLEMENTAR ANEXA."

Artigos infringidos: Art. 73 e 74 do Decreto 24.569/97. Com penalidade apontada: Art. 123, I, C, da Lei 12.670/96, alterado p/ Lei 13.418/03.

A recorrente apresentou Impugnação (Fls. 30/41), alegando em síntese:

- Que a empresa modificou seu sistema para a "SAP" em dezembro de 2015, o qual apresentou uma falha que a impossibilitou momentaneamente o envio de algumas notas fiscais. Após a solução do erro, todas as notas fiscais foram emitidas novamente e, no entanto, foram rejeitadas automaticamente pela SEFAZ/CE, pois estavam fora do prazo regulamentar;
- Que o alegado pode ser comprovado pelo Relatório de Notas Fiscais inutilizadas, demonstrando que o contribuinte autuado agiu de boa-fé, e comprovam que inexistiu saída descoberta de documento fiscal, assim como

nenhum ICMS a pagar;

- Que apenas 40.382 kg de GLP não restaram resguardados pelos ditos documentos fiscais, durante todo o período de 2015;
- Que também é necessário admitir que alguns kgs de GLP em estado gasoso são perdidos durante todo o processo de transferência para botijões pois são comercializados per mês, mais de 130 mil toneladas de gás;
- Que as mercadorias estão sujeitas ao ICMS Substituição Tributária, de modo que não existe mais imposto a recolher na saída realizada pelo autuado;
- Que a multa possui efeito confiscatório;
- Protesta pela produção de todos os tipos de prove, assim coma pela realização de diligencia, se necessário.

A Julgadora Singular decidiu pela PROCEDÊNCIA do lançamento, com a seguinte Ementa:

“EMENTA: FALTA DE RECOLHIMENTO. O agente fiscal, mediante levantamento de estoques, constatou uma omissão de entrada de 265.656 kg de GLP/GLGN sem que fosse comprovado o recolhimento do ICMS Substituição Tributária devido. Exercício de 2015. Auto de Infração julgado PROCEDENTE. Decisão amparada pelos arts 73 e 74 do Decreto nº 24.569/97. Penalidade inserta no art. 123, I, "c", da Lei nº 12.670/96, alterada pela Lei nº 16.258/2017. DEFESA.”

Insatisfeita com a decisão singular, a recorrente apresentou Recurso Ordinário (FIs. 82/87) alegando em síntese:

1- Alega inexistência de entradas ou saídas de GLP desacobertado de documento fiscal:

1.1- Alega a recorrente que agiu de boa-fé, sem qualquer intenção de causar dano ou prejuízo ao Fisco, emitindo todas as notas fiscais. Estas apenas não foram enviadas tempestivamente a Sefaz/Ce por uma mera falha sistêmica, e depois foram rejeitadas pela automatização do sistema do Ente Público, porém, materialmente, servem para comprovar a regularidade das operações, inexistência de saída a descoberto e de qualquer valor de ICMS a pagar;

1.2- Alega que a completamente irrisório o valor da perda em face do total

comercializado, visto que, no presente caso, a diferença apontada correspondente a 3.365 kg de GLP por mês, sendo que a recorrente comercializa cerca de 130 mil toneladas de GLP/mês. Logo, e completamente compreensível que se perca, no processo do acondicionamento/engarrafamento, cerca de 0,0,1% da quantidade total de GLP, ou seja, quantidade ínfima comparada ao montante comercialização;

1.3 - Alega que não podem ser novamente desconsiderados os documentos comprobatórios anexados aos autos, como o Relatório de Notas Fiscais inutilizados, o qual demonstra que a Fiscalização Estadual somente não considerou mais notas fiscais no estoque da recorrente em razão problemas técnicos já relatados, com a migração para o novo sistema de controle de processo.

2- Alega impossibilidade de qualquer exigência de ICMS — imposto, integralmente quitado pelo responsável (substituto) tributário:

2.1- o GLP se encontra sob a égide do regime da substituição tributária, pelo qual e antecipada na origem da cadeia de vendas a apuração e o recolhimento integral do ICMS que seria devido ao final da cadeia de circulação do produto, conforme disposto no art. 6º c/c 9º , §1º, I da Lei Complementar 87/96. Nesse sentido, mesmo que não houvesse erro no demonstrativo apresentado pela Fiscaliza ao Estadual o que se admite somente para fins de argumentação, não há que se falar em crédito tributário mesmo que houvesse a alegada omissão de entrada, pois o ICMS foi pago integralmente ela Petrobras quando deu saída ao GLP;

2.2- e também não ha imposto exigível caso o substituído não tenha emitido nota de entrada na aquisição do GLP, porquanto o que importa é a emissão da nota de saída por parte do substituto, com a comprovação de que o substituto não tenha efetuado o recolhimento nas operações de venda do GLP à recorrente;

3- Alega efeito confiscatório da multa em debate;

Por fim requer a improcedência do auto de infração determinando o arquivamento do processo administrativo instaurado.

A Assessoria Processual Tributária, em seu parecer nº 151/21, pugna pelo conhecimento do recurso ordinário, negando-lhe provimento, para que seja mantida a decisão de procedência proferida na instância de primeiro grau, alegando em síntese:

- Após analisarmos todas as peças que instruem os autos, verificamos que as razões aduzidas pela autuada não tem condão para ilidir o presente feito.

(...)

- Diga-se que existe prova demonstrando a infração cometida, uma vez que a acusação foi decorrente do levantamento de estoque do produto GLP realizada na empresa autuada, referente ao exercício de 2015. Meio de prova que permite a comprovação da omissão de entrada, já que foram consideradas as entradas e saídas de mercadorias, o estoque inicial e final, informados pela empresa autuada, elementos que subsidiaram a formação do quadro de apuração do estoque, logo, inexistindo presunção no caso.

- Cumpre informar que, o levantamento unitário com a identificação da mercadoria, e o meio no qual possível identificar as mercadorias de forma individualizada, vendida ou comprada sem as notas fiscais correspondentes.

(...)

- Em outras palavras, a entrada de mercadoria sem nota fiscal se configura quando a quantidade que efetivamente saiu do estabelecimento, representada pelo somatório das saídas com o estoque final diminuído do estoque inicial, é superior as quantidades registradas através das notas fiscais de entrada.

- No presente caso foi exatamente esta situação que ficou caracterizada nos autos. O levantamento quantitativo de estoque elaborado pela fiscalização demonstra uma diferença quantitativa em relação ao produto comercializado pela impugnante, o que significa dizer que parte da mercadoria comercializada entrou sem a cobertura da documentação fiscal pertinente.

(...)

- Houve a possibilidade do contribuinte se manifestar antes da autuação, concedendo desta forma uma oportunidade de defesa ao contribuinte. Isso significa que em nenhum momento deixou-se de conceder a autuada a possibilidade de participar da fiscalização ou realizar correções no levantamento

ou trazer aos autos prova que viessem se contrapor a acusação contida no auto de infração.

- Por essa razão, rejeita-se a argumento da atuada de que: "não podem ser novamente desconsiderados os documentos comprobatórios anexados aos autos, como o Relatório de Notas Fiscais Inutilizadas".

- Cumpre informar que, não há como acatar qualquer modificação a ser realizada no levantamento sem a correspondente comprovação através de documento fiscal.

- Analisando a informação do sistema de Cadastro de Contribuintes do ICMS, a atuada tem como CNAE principal o código 4682600 — Comercio atacadista de gás liquefeito de petróleo (GLP). Sendo a atividade da atuada sujeito a substituição tributária.

- De acordo com base a Convenio 110/07 - Dispõe sobre o regime de substituição tributária nas operações com combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo e com outros produtos -

as unidades federadas atribuíram a refinaria de petróleo a condição de responsável pela retenção e recolhimento do imposto devido pelo regime de substituição tributária nas operações com combustíveis derivados do petróleo.

(..)

- No caso em tela o critério preponderante utilizado é a entrada do GLP desacobertado de documento fiscal uma vez que a diferença apontada no levantamento indica operação de entrada omitida pela atuada que por faro do art. 431, parágrafo 3º do Dec. n. 24.569/97, fica responsável pelo recolhimento do imposto.

- Por essa razão, fica atribuída a empresa atuada na qualidade de contribuinte substituído, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devido nas operações per ocasião da entrada da GLP no estabelecimento, quando não foram submetidas ao regime de substituição tributaria na origem.

- Em relação a: "Abusividade, desproporcionalidade e caráter confiscatório da multa exigida, suscitada pela atuada. Entendemos que para a correta aplicação de uma norma sancionadora consiste em colocar o dispositivo legal instituidor da

obrigação tributaria, isto é, o art. 139 do Dec.

n. 24.569/97 de natureza principal que deve ser cumprida pelo contribuinte.

- De forma que a aplicação da sanção tributaria fica caracterizada a partir do momento em que o sujeito passivo deixa de cumprir suas obrigações fiscais, independentemente do tempo de atraso e da intenção do contribuinte em incorrer no delito fiscal. Cria-se, após, o direito do sujeito ativo de imputar as penalidades descritas em lei, de modo a garantir a execução da norma fiscal e a consecução da obrigação tributária. Neste sentido, parafraseando o incomparável Miguel Reale, a atribuição de sanções nada mais é do que um "processo de garantia daquilo que se determina em uma regra"

- Sendo assim, não existe discricionariedade em aplicar ou não a penalidade uma vez que a inobservância da regra tem por característica ser um evento danoso ao fisco e a quem não cumpre o preceito legal e comporta duplo efeito: um intimidativo (psicológico) que visa evitar a violação do direito e outro repressivo, que se verifica após o desrespeito a norma fiscal.

- No que diz respeito a ofensa aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade em relação a multa deve-se ressaltar que não é da competência do Poder Executivo apreciar eventual ilegalidade ou inconstitucionalidade de leis, tarefa está reservada apenas ao Poder Judiciário, por isso se a contribuinte não concorda com tal cobrança deve recorrer a este poder para sua contestação. Nesse sentido é o art. 26-A do Decreto n° 70.235/72, nele inserido pela MP n° 449/08.

O Parecer da Assessoria Tributária foi acolhido pela douta Procuradoria Geral do Estado — PGE.

É o Relatório.

Voto do Relator:

Conheço do recurso, posto que tempestivo, e com condições de admissibilidade.

Alega a recorrente, em sede preliminar, a nulidade da autuação, o cerceamento

do direito de defesa, ante a suposta ausência de provas para o embasamento do auto, bem como a decadência parcial do lançamento.

Quando a nulidade do lançamento, entendo que todo o procedimento fiscalizatório foi descrito nos autos, com a apresentação de documentos comprobatórios anexados, permitindo-se ao contribuinte o conhecimento dos fatos e o exercício de defesa. Tanto que o mesmo apresenta documentos, e argumentos, suficientes para afastar parte do lançamento.

A análise do processo nos mostra que a acusação fiscal foi formulada de forma clara e precisa, foi concedido ao contribuinte a oportunidade de defender-se da acusação, portanto.

Razão pela qual rejeito o pedido de nulidade do lançamento.

Quanto ao mérito, alega a recorrente a inexistência de saídas sem documentos fiscais, o fato de que o ICMS destas operações já foram pagos por substituição tributária, e o caráter confiscatório da multa aplicada.

No mérito, percebe-se que a autuação se dá em virtude de falta de recolhimento do ICMS nas entradas de mercadorias sem os documentos fiscais.

Como bem esclarecido pelo julgador de primeiro grau:

“Como muito bem esclareceu o autuante nas Informações Complementares, foi realizado levantamento quantitativo de estoque do exercício fiscalizado, através do qual o fiscal constatou que o autuado promoveu saída de GLP em quantidades superiores as suas entradas, existindo uma diferença correspondente a **entrada de 265.656 kg de GLP sem os documentos fiscais devidos.**”

Apesar do esclarecimento do julgamento monocrático, a recorrente insiste em alegar que não há “omissão de saídas”, posto que a mesma emitiu várias Notas Fiscais de saídas que não foram computadas, e que o ICMS foi pago através de substituição tributária.

Ocorre que, como se trata de falta de recolhimento do ICMS devido nas entradas, apurado através de Levantamento de Estoques, se for acrescentado ao levantamento mais Notas Fiscais de saídas a situação do contribuinte apenas será agrava; posto que aumentará a diferença entre as saídas e o estoque da empresa.

Se a alegação a contribuinte, que a mesma emitiu várias Notas Fiscais de saídas que não foram computadas, for acatada, haverá um substancial aumento na base de cálculo do lançamento.

Assim, por se tratar de falta e recolhimento do ICMS nas entradas, afasto o argumento da existência de Notas Fiscais de saídas que não constavam no sistema da recorrente.

Também não há como acatar o argumento de que os produtos, gás GLP/GLPN, são sujeitos a substituição tributária, e por isso não poderia ser cobrado na autuação.

Ora, é verdade que o gás GLP/GLPN está sujeito à substituição tributária, e é justamente porque não se comprovou que as entradas, omissas, se deram com a substituição, que se está exigindo o ICMS do substituto.

Mais uma vez o contribuinte não percebeu que se está tratando de falta de recolhimento nas entradas, e não nas saídas.

Assim, inobstante suas alegações, em nenhum momento o contribuinte consegue apresentar provas que afastem o lançamento.

Quanto ao argumento de caráter confiscatório da multa aplicada, não há como acatá-lo, conforme § 2º do art. 48 da Lei 15.614/2014, que nos impede de afastar a aplicação de Lei em razão de inconstitucionalidade ou ilegalidade:

Art. 48. O julgamento de processo administrativo-tributário no CONAT é da competência inicial dos Julgadores Administrativo-Tributários sob a forma monocrática, observado o disposto no art.121 desta Lei, e quando em grau de recurso, dos órgãos do

CRT, em deliberação coletiva.

(—)

§ 2º 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, observado:

I — em Ação Direta de Inconstitucionalidade ou Declaratória de Constitucionalidade, após a publicação da decisão;

II — em Ação Direta de Inconstitucionalidade, por via incidental, após a publicação da resolução que suspender a execução do ato, pelo Senado Federal;

III — em Súmula Vinculante aprovada pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do art.103-A da Constituição Federal.

Por fim, entendo que não há a necessidade de realização de perícia; tendo em vista que as alegações do contribuinte não se adequam para sustentar uma falta de recolhimento nas entradas.

Uma eventual perícia para verificação das notas fiscais de saídas apenas agravaria a situação da recorrente.

Ademais, não foram apresentados outros elementos que conduzam ao entendimento da necessidade de realização de perícia.

Ante tudo acima exposto, e o que mais constam nos autos, voto para afastar as nulidades alegadas, negar o pedido de realização de perícia, e, no mérito, por dar negar provimento ao Recurso.

Este é o voto.

DEMONSTRATIVO

ICMS: R\$ 149.380,76

MULTA: R\$ 149.38,76

TOTAL: R\$ 298.761,52

DECISÃO:

A 1ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, após conhecer do recurso ordinário interposto resolve, preliminarmente afastar, por unanimidade de votos, a nulidade do auto de infração por fragilidade na acusação e equívocos cometidos no levantamento fiscal, com os fundamentos contidos no julgamento e parecer. Resolve, ainda, afastar por decisão unânime a conversão do processo em realização de perícia, nos termos do art.97, III da Lei nº 15.614/2014. Quanto ao argumento do caráter confiscatório da multa, este Contencioso não tem competência de apreciar referida matéria, nos termos do Art. 48, §2º da Lei nº 15.614/2014. No mérito, resolve por unanimidade de votos, negar provimento para confirmar a decisão monocrática, para julgar **PROCEDENTE** o auto de infração nos termos do voto do conselheiro relator, em conformidade com os termos do parecer da Célula de Assessoria Processual Tributária, referendando em manifestação oral pelo douto representante da procuradoria Geral do Estado. Presente a sessão para sustentação oral, os representantes legais de parte, os advogados Dr. Caio de Almeida Manhães e Dr. Leonardo Cavalcante de Sá Gusmão.

SALA DAS SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos _____ de _____ de 2021.

Assinado de forma digital por MANOEL MARCELO AUGUSTO MARQUES NETO:22171703334
MARQUES NETO:22171703334
Dados: 2022.01.27 09:25:29 -03'00'

Manoel Marcelo Augusto Marques Neto

PRESIDENTE

Assinado de forma digital por CARLOS CESAR QUADROS PIERRE
CARLOS CESAR QUADROS PIERRE
Dados: 2021.12.07 14:32:24 -03'00'

Cor:selheiro – Relator

Assinado de forma digital por MATTEUS VIANA NETO:15409643372
MATTEUS VIANA NETO:15409643372
Dados: 2022.02.02 20:45:20 -03'00'

Matteus Viana Neto
Procurador do Estado