



GOVERNO DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS
1ª CÂMARA DE JULGAMENTO

RESOLUÇÃO Nº 248 /2015

5ª SESSÃO ORDINÁRIA DE 15.01.2015

PROCESSO DE RECURSO Nº: 1/2561/2014

AUTO DE INFRAÇÃO: 1/2014.05671-2

AUTUANTE: RONY CÉSAR MEDEIROS E OUTRO

RECORRENTE: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

RECORRIDO: SP INDÚSTRIA E DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA

RELATOR: CONSELHEIRO FRANCISCO JOSÉ DE OLIVEIRA SILVA

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. COMBUSTÍVEIS. NULIDADE DA DECISÃO SINGULAR. RETORNO DOS AUTOS À INSTÂNCIA MONOCRÁTICA, nos termos do Art. 85 da Lei nº 15.614/14, para novo julgamento, tendo em vista que a regra contida no Art. 5º da Portaria DNC 26/92, aplica-se aos Postos Revendedores de combustíveis e não às distribuidoras. Reexame necessário conhecido e provido. Decisão, por voto de desempate da Presidente, e em conformidade com o parecer da Consultoria Tributária, referendado pelo representante da douta PGE.

RELATÓRIO

A peça inicial descreve que o contribuinte, acima nominado, deixou de recolher o ICMS Substituição Tributária devido pelas vendas de combustíveis, no montante de R\$ 2.211.420,69 (dois milhões duzentos e onze mil quatrocentos e vinte reais e sessenta e nove centavos), referente ao período de janeiro a dezembro de 2010, em função da venda em quantidades maiores que as aquisições do período.

Dispositivo infringido: Arts. 73 e 74, ambos do Decreto nº 24.569/97. Penalidade: Art. 123, I, alínea “c” da Lei 12.670/96, alterado pela Lei nº 13.418/2003.

Crédito Tributário: ICMS R\$ 2.211.420,69 (dois milhões duzentos e onze mil quatrocentos e vinte reais e sessenta e nove centavos); MULTA: R\$ R\$ 2.211.420,69 (dois milhões duzentos e onze mil quatrocentos e vinte reais e sessenta e nove centavos)

Instruem os autos: Informações Complementares (fls. 03/12); Mandado de Ação Fiscal nº

2014.00972 (fls. 13), Termo de Início de Fiscalização nº 2014.00711 e anexo (fls. 14/15); Termo de Intimação nº 2014.03538 (17); Termo de Conclusão de Fiscalização nº 2014.15258 (fls. 28).

A infração está embasada na documentação apensa às fls. 19 a 27 dos autos.

O contribuinte, tempestivamente, ingressou com impugnação ao lançamento, conforme fls. 56 a 79, arguindo: a) a ilegitimidade passiva da autuada, tendo em vista que a jurisprudência do STJ, em Recurso Repetitivo é no sentido de não atribuir ao substituído a responsabilidade pelo pagamento do ICMS-ST; b) a improcedência, sob o argumento de que a legislação do Estado do Ceará não prevê os ganhos volumétricos dos combustíveis como hipótese de incidência do ICMS, além do que não existe legislação que institua a incidência do ICMS-ST aos distribuidores de combustíveis sobre aludidos ganhos volumétricos, já que o art. 431, §3º do RICMS não se aplica a caso em tela; c) a realização de perícia para que se apure nova base de cálculo da autuação, efetuando novos levantamentos nas operações realizadas pela empresa no período fiscalizado, levando em consideração a margem de 0,6% (zero virgula seis por cento) para mais ou para menos de variação volumétrica; e, d) o reenquadramento da penalidade para atraso de recolhimento, com sanção capitulada no art. 123, I, d, da Lei nº 12.670/96.

O processo foi declarado NULO em 1ª Instância, sob o fundamento de que a metodologia utilizada pelo agente fiscal é inapropriada, posto que descumpriu o comando inserto na Portaria DNC nº 26/92, que aceita um percentual de perda ou ganho volumétrico de combustível no percentual de 0,6%, conforme decisão de fls. 81 a 85 dos autos.

A Consultoria Tributária, por meio do Parecer nº 634/2014, recomendou o não acatamento da nulidade e respectivo retorno dos autos à Instância Singular para novo julgamento, conforme fls. 91 a 94 dos autos. A doutra PGE adotou referido parecer, conforme fls. 99 dos autos.

É o relatório.

VOTO DO RELATOR

A peça inicial descreve que o contribuinte, acima nominado, deixou de recolher o ICMS Substituição Tributária devido pelas vendas de combustíveis, no montante de R\$ 2.211.420,69 (dois milhões duzentos e onze mil quatrocentos e vinte reais e sessenta e nove centavos), referente ao período de janeiro a dezembro de 2010, em função da venda em quantidades maiores que as aquisições do período.

Compulsando-se os autos do processo, especialmente a impugnação apresentada pela parte, verifica-se que o contribuinte pugnou, em sede de preliminar, pela extinção do lançamento, sob o seguinte argumento: a) a ilegitimidade passiva da autuada, tendo em vista que a jurisprudência do STJ, em Recurso Repetitivo é no sentido de não atribuir ao substituído a responsabilidade pelo pagamento do ICMS-ST; No mérito, b) a improcedência, sob o argumento de que a legislação do Estado do Ceará não prevê os ganhos volumétricos dos combustíveis como hipótese de incidência do ICMS, além do que não existe legislação que institua a incidência do ICMS-ST aos distribuidores de combustíveis sobre aludidos ganhos volumétricos, já que o art. 431, §3º do RICMS não se aplica a caso em tela; c) a realização de perícia para que se apure nova base de

cálculo da autuação, efetuando novos levantamentos nas operações realizadas pela empresa no período fiscalizado, levando em consideração a margem de 0,6% (zero vírgula seis por cento) para mais ou para menos de variação volumétrica; e, d) o reenquadramento da penalidade para atraso de recolhimento, com sanção capitulada no art. 123, I, d, da Lei nº 12.670/96.

Contudo, a nobre julgadora monocrática declarou a nulidade da autuação sob o argumento de que a metodologia aplicada pelo agente fiscal não levou em consideração o teor da Portaria DNC nº 26/92, restando prejudicado o levantamento realizado, uma vez que deveria ser incrementado o percentual de 0,6% nas efetivas entradas do levantamento realizado. Justificou, ainda, a impossibilidade de ser realizada uma perícia, pois isto resultaria a realização de um novo levantamento, portanto, inovação do feito fiscal.

Quanto à nulidade declarada pela julgadora singular, *data venia*, entendo que não merece guarida por este Colegiado, tendo em vista que os fiscais autuantes entenderam que a Portaria DNC nº 26/92, não se aplicava ao caso concreto, posto que esta se destinava aos Postos Revendedores, a saber:

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, providenciar o reparo do(s) equipamento(s) correspondente(s).

Ora, o contribuinte autuado era uma distribuidora de combustíveis, cadastrada sob o CNAE nº 46.81.80-1 - COMERCIO ATACADISTA DE ALCOOL CARBURANTE, BIODIESEL, GASOLINA E DEMAIS DERIVADOS DE PETROLEO, EXCETO LUBRIFICANTES, NAO REALIZADO POR TRANSPORTADOR RETALHISTA (TRR), portanto, diverso do Posto Revendedor, cujo CNAE é 47.31.80-0.

Sobre o tema deve-se destacar excerto do Parecer da Consultoria Tributária, a saber:

Da leitura do art. 5º da Portaria DNC nº 26 de 31/12/1992, concorda-se com o entendimento dos autuantes, os quais preventivamente alertaram para o fato de que referido dispositivo legal deve ser observado pelos Postos Revendedores –PR, consoante claramente expresso na sua redação.

Oportuno salientar que mencionada Portaria foi editada pelo Departamento Nacional de Combustível com o objetivo principal de instituir o Livro de Movimentação de Combustíveis - LMC, na qual dentre outras providências, está a de estabelecer medidas de controles mais eficazes em relação aos vazamentos de combustíveis dos equipamentos dos PR.

Dessa forma, conclui-se que além da inaplicabilidade do dispositivo legal antes transcrito em relação às distribuidoras de combustíveis ou refinaria, diante de sua objetividade e clareza, não teria o Departamento Nacional de Combustíveis - DNC competência para legislar sobre critérios ou procedimentos de fiscalização na área tributária

Também relevante o voto de desempate proferido pela Presidente da 1ª Câmara de Julgamento, Dra. Francisca Marta de Sousa, que abaixo transcrevo:

Aliado ao que entendeu a ilustre Assessora Tributária complemento este humilde voto ressaltando apenas que, mesmo que o levantamento em questão sofra alguma carência no tocante a aplicabilidade de percentual de perda, mesmo assim, a meu entender pessoal, nesta singular situação não seria o caso de nulidade do processo administrativo tributário, vez que este poderia ter sido convertido em realização de perícia com o fim de retificar/complementar o levantamento realizado. Por último solidifico ainda mais meu entendimento pelo retorno dos autos a instância singular pelo fato de averiguar que a peça impugnatória trazia em seu bojo argumentos outros, inclusive preliminar meritória - Extinção por ilegitimidade passiva da atuada, as quais, diante da decisão proferida não foram logicamente apreciadas.

Dessa forma, por comungar com a manifestação da Consultoria Tributária, entendo que a desconsideração dos percentuais de variação volumétrica dos combustíveis comercializados pela atuada diz respeito à análise de mérito do lançamento, podendo ser considerado caso a autoridade julgadora, quer de 1ª ou 2ª Instância entendam que aplicável às distribuidoras de combustíveis, devendo, nesse caso, ser elaborado novo totalizador de estoque, a partir do já existente às fls. 24 dos autos.

Assim, por considerar que a defesa apresentada pelo contribuinte não foi devidamente apreciada, haja que trouxe em seu bojo questões prejudiciais que antecedem à nulidade e ao mérito do lançamento, qual seja a extinção do lançamento decorrente da ilegitimidade do sujeito passivo.

Dessa forma, visando assegurar à parte o devido processo legal com todos os recursos a ele inerente, entendo que os autos do processo devem retornar à Instância Singular, tendo em vista não prospera a nulidade declarada em sede monocrática.

Dessa forma, por entender que a nulidade contida na decisão que repousa às fls. 81 a 85, devem os presentes autos retornarem à Instância *a quo* para novo julgamento, a teor do art. 85 da Lei nº 15.614/14, *in verbis*:

Art. 85. Quando a CJ não acolher a decisão de primeira instância que declarar a nulidade ou extinção, determinará o retorno do processo à instância singular para a realização de novo julgamento.

Isto posto, após conhecer do recurso interposto, VOTO para dar provimento ao recurso, no sentido de reformar a decisão declaratória de nulidade proferida pela 1ª Instância, decidindo pelo RETORNO DOS AUTOS À INSTÂNCIA MONOCRÁTICA, para novo julgamento, nos termos do voto do Conselheiro Relator, e em conformidade com o parecer da Consultoria Tributária, adotado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

É o voto.

DECISÃO

Vistos, discutidos e examinados os presentes autos, em que é recorrente **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA** e recorrido **SP INDÚSTRIA E DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA**

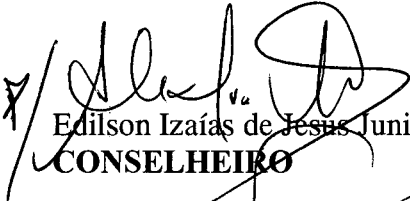
A 1ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, após conhecer do recurso interposto Resolve : Com relação a decisão proferida pela julgadora singular que declarou a nulidade processual entendendo que a metodologia utilizada pelo agente fiscal é desapropriada para o caso, posto o descumprimento da Portaria DNC nº 26/92. Submetida à deliberação pelos Conselheiros verificou-se empate de votos, razão pela qual com base no que dispõe o Decreto nº 25.711/99 (Regimento Interno do *Conselho de Recursos Tributários*) *deverá ser proferido Voto de Desempate pela Presidência desta Colegiada Câmara, a qual passa a expender o Desempate, em síntese com os seguintes fundamentos: No caso de que se trata registro de logo que comungo inteiramente com os fundamentos exarados no Parecer da nobre Assessora Tributária, Dra. “Ivete Maurício de Lima”, especialmente quando assim nos diz: “ Da leitura do art. 5º da Portaria DNC nº 26 de 31/12/1992, concorda-se com o entendimento dos autuantes, os quais preventivamente alertaram para o fato de que referido dispositivo legal deve ser observado pelos Postos Revendedores –PR, consoante claramente exposto na sua redação. Oportuno salientar que mencionada Portaria foi editada pelo Departamento Nacional de Combustíveis com o objetivo principal de instituir o Livro de Movimentação de Combustíveis - LMC, na qual dentre outras providências, está a de estabelecer medidas de controles mais eficazes em relação aos vazamentos de combustíveis dos equipamentos dos PR. Dessa forma, conclui-se que além da inaplicabilidade do dispositivo legal antes transcrito em relação às distribuidoras de combustíveis ou refinaria, diante de sua objetividade e clareza, não teria o Departamento Nacional de Combustíveis -DNC competência para legislar sobre critérios ou procedimentos de fiscalização na área tributária”. Aliado ao que entendeu a ilustre Assessora Tributária complemento este humilde voto ressaltando apenas que, mesmo que o levantamento em questão sofra alguma carência no tocante a aplicabilidade de percentual de perda, mesmo assim, a meu entender pessoal, nesta singular situação não seria o caso de nulidade do processo administrativo tributário, vez que este poderia ter sido convertido em realização de perícia com o fim de retificar/complementar o levantamento realizado. Por último solidifico ainda mais meu entendimento pelo retorno dos autos a instância singular pelo fato de averiguar que a peça impugnatória trazia em seu bojo argumentos outros, inclusive preliminar meritória - Extinção por ilegitimidade passiva da autuada, as quais, diante da decisão proferida não foram logicamente apreciadas.*

Ex Positis, a meu sentir, não deve ser acatada a decisão “a quo”, devendo o processo **RETORNAR A INSTÂNCIA SINGULAR** para novo julgamento. Diante do Voto da Presidente acima anunciado em Sessão, resolve esta Egrégia Câmara Conhecer do reexame necessário interposto, dar-lhe provimento para reformar a decisão declaratória de Nulidade proferida em 1ª Instância, determinando o retorno do processo à 1a. Instância, para que se proferia novo julgamento, em acorde ao *Parecer*, da Célula de Assessoria Processual –Tributaria- CEAPRO do Contencioso Administrativo Tributário, adotado pelo representante da Douta *Procuradoria Geral do Estado*. Vencidos os votos dos Conselheiros Vanessa Albuquerque Valente, José Gonçalves Feitosa, Anneline Magalhães Torres e Pedro Eleutério de Albuquerque que se manifestaram pelo


acatamento da nulidade proferida pela 1ª Instância. Presente, para apresentação de contrarrazões ao reexame necessário, o representante legal da autuada, Dr. Weber Busgaib Gonçalves.

SALA DAS SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 03 de março de 2015.

Francisca Marta de Sousa
PRESIDENTE

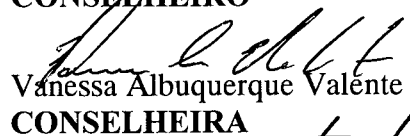

Edilson Izaías de Jesus Junior
CONSELHEIRO


Anelise Magalhães Torres
CONSELHEIRA


Manoel Marcelo Augusto Marques Neto
CONSELHEIRO

José Gonçalves Feitosa
CONSELHEIRO


Ana Mônica Filgueiras Menescal
CONSELHEIRA


Vanessa Albuquerque Valente
CONSELHEIRA


Francisco José de Oliveira Silva
CONSELHEIRO RELATOR


Pedro Eleutério de Albuquerque
CONSELHEIRO

Matteus Viana Neto
PROCURADOR DO ESTADO