



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

RESOLUÇÃO Nº 322 /2015

43ª SESSÃO ORDINÁRIA DE 09.03.2015

PROCESSO Nº 1/1583/2013 AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/2013.06299-6

AUTUANTE: KATIA HERLANE N. RAMOS E OUTROS

RECORRENTE: PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S/A

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

RELATOR: CONSELHEIRO FRANCISCO JOSÉ DE OLIVEIRA SILVA

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. Operações com óleo diesel. Amparo legal: Art. 484 e 431, § 3º do Decreto nº 24.569/97. Preliminares de nulidades rejeitadas. Autuação Procedente, nos termos da sanção contida no art. 123, I, “c”, da Lei nº 12.670/96. Recurso ordinário conhecido mas não provido. Confirmada a decisão condenatória proferida em 1ª Instância. Decisão unânime e em conformidade com o Parecer da Consultoria Tributária adotado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado sob o fundamento de que o contribuinte, acima, nominado, deixou de recolher, no exercício de 2008, o ICMS Substituição Tributária, no valor de R\$ 703.826,56, referente ao produto óleo diesel, detectado mediante o Totalizador Anual de Estoque de óleo diesel.

Dispositivos indicados como infringidos: Arts. 73 e 74, ambos do Decreto nº 24.569/97. Penalidade; Art. 123, I, “c” da Lei nº 12.670/96, alterado pela Lei nº 13.418/2003.

Instruem os autos: Informações Complementares (fls. 03 a 06); Mandado de Ação Fiscal nº 2013.03161 (fls. 07); Mandado de Ação Fiscal nº 2012.27011 (fls. 08); Termo de Início de Fiscalização nº 2013.02935 (fls. 09); Termo de Conclusão de Fiscalização nº 2013.09869 (fls. 10).

O lançamento está embasado na documentação apensada às fls. 11 a 49 dos autos.

O contribuinte apresentou impugnação ao lançamento, conforme fls. 60 a 73 dos autos.

O processo foi julgado Procedente em 1ª Instância, conforme decisão de fls. 530 a 536 dos autos.

O contribuinte inconformado com a decisão condenatória prolatada em 1ª Instância, interpôs recurso alegando, basicamente: 1) que o auto de infração é nulo, pois não houve omissão de entradas; 2) que inexistente norma determinando a emissão de nota fiscal complementar no caso de aumento de volume do querosene de aviação existentes nos estoques; 3) que o auto de infração é nulo por cerceamento ao direito de defesa em razão da negativa da conversão do processo em diligência; 4) que a cobrança do incremento volumétrico é descabida por ausência de previsão legal; 5) que a penalidade aplicada tem natureza confiscatória; 6) ao final requer a nulidade ou improcedência da autuação, conforme fls. 540 a 555 dos autos.

A Consultoria Tributária por meio do Parecer nº 674/2014 (fls. 563/567) recomendou a manutenção da decisão singular. A d. PGE adotou referido parecer, conforme fls. 568 dos autos.

É o relatório.

VOTO DO RELATOR

Trata-se de Auto de Infração lavrado sob o fundamento de que o contribuinte, acima, nominado, deixou de recolher, no exercício de 2008, o ICMS Substituição Tributária, no valor de R\$ 703.826,56, referente ao produto óleo diesel, detectado mediante o Totalizador Anual de Estoque de óleo diesel.

O regime de recolhimento por substituição tributária a que está submetido o óleo diesel tem previsão no art. 484 do Decreto nº 24.569/97, *in verbis*:

Das Operações com Combustíveis Derivados ou não de Petróleo Realizadas pela Refinaria ou suas Bases

Art. 484. Fica atribuída a refinaria de petróleo ou suas bases, na qualidade de contribuinte substituto, nas operações interna e interestadual com combustíveis derivados ou não de petróleo destinados a contribuintes sediados neste Estado, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devido nas operações subsequentes.

No caso que se cuida, restou demonstrado por meio do Totalizador Anual de Estoque de Óleo Diesel a omissão de entrada no montante de R\$ 2.815.306,00 e ocasionando a falta de recolhimento do ICMS ST no valor de R\$ 703.826,56

Por certo, que a refinaria ou suas bases deve ter procedido o recolhimento do ICMS ST por ocasião da saída dos produtos para as distribuidoras. No entanto, é imperioso destacar que o referido produto quando submetido temperaturas superiores a 20° C sofre dilatação volumétrica e o conseqüente aumento na quantidade de litros.

Em face desse comportamento físico-químico, que resulta no aumento do volume do produto estocado, deveria o contribuinte apurar tal diferença e proceder ao recolhimento desta, na condição de contribuinte substituído, a teor do § 3º do art. 431 do Decreto nº 24.569/97, *in verbis*:

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 subseqüentes, 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.

Dessa forma, tem-se que a distribuidora estava obrigada a recolher o ICMS-ST incidente sobre o excedente resultante do ganho de volume de óleo diesel decorrente da variação volumétrica (produto submetido a temperatura superior a 20º C).

Ressalta-se que o levantamento quantitativo em si não foi alvo de ataque da Recorrente, pois, seus argumentos fundamentam-se na questão das variações de temperaturas que podem acarretar dilatação ou perda de volumes. Sua tese principal é que a diferença constatada pela autuante não decorreu de entradas de mercadorias desacompanhadas de notas fiscais e sim, da dilatação do volume dos produtos que não pode ser considerada como fato gerador do imposto.

A questão posta em debate também já foi enfrentada por outros Fiscos Estaduais, cujo entendimento resultou na cobrança do imposto quando houver ganhos volumétricos em razão da variação da temperatura, conforme Parecer nº 072/09 da Gerência Tributação da Secretaria da Fazenda de Sergipe, assim ementado:

EMENTA: ICMS – COMBUSTÍVEIS - SOBRAS EM VIRTUDE DA VARIAÇÃO DE TEMPERATURA - PAGAMENTO DO IMPOSTO - OBRIGATORIEDADE – PERDAS PELO MESMO MOTIVO (VARIAÇÃO DE TEMPERATURA) – RESTITUIÇÃO DO ICMS PAGO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA-POSSIBILIDADE JURÍDICA - Os distribuidores de combustíveis que obtiverem ganhos volumétricos em razão da variação da temperatura deverão recolher o gravame estadual, a título de Antecipação Tributária com Encerramento da Fase, calculando-a nos moldes aplicados pelo contribuinte substituto (refinarias). Por outro lado, se houver perda volumétrica, eles (os distribuidores) fazem jus à restituição do imposto pago por substituição tributária.

Arremata o citado parecer que *para regularizar os estoques de combustíveis, a consulente deve emitir notas fiscais e este fato enseja o pagamento do imposto. Isto porque a variação volumétrica de combustíveis origina saída de mercadoria, cujo ICMS ainda não foi pago por substituição tributária, em face da operação originária na refinaria levar em conta volume menor, proporcional à temperatura de 20%.*

Com relação ao pedido de nulidade por cerceamento ao direito de defesa motivado pela negativa da conversão do processo em diligência, entendo que não prospera, posto que a autoridade julgadora avaliou que as provas apresentadas no presente levantamento fiscal eram suficientes à formação do seu livre convencimento.

Ademais, entendo que desnecessária a realização de perícia, uma vez que as informações que lastrearam o levantamento específico de mercadorias foram retiradas de todos os documentos e livros fiscais da Recorrente e suficientes para formar o convencimento deste Relator.

Também não prospera a alegação de nulidade decorrente de que houve erro na capitulação legal da infração, posto que a infração descrita na exordial e os esclarecimentos contidos nas Informações Complementares não deixam nenhuma dúvida quanto à infração cometida pelo contribuinte, isto é, falta de recolhimento do imposto.

Quanto à alegação de que a multa tem caráter confiscatório, entendo que se trata, evidentemente, de questões de natureza constitucional e, como tal, impossíveis de exame por esta instância administrativa, mormente que em nosso sistema jurídico o controle de constitucionalidade da lei ou dos atos normativos é da competência exclusiva do Poder Judiciário. É relevante considerar que a penalidade foi aplicada nos estritos termos da Lei estadual nº 12.670/96. E, por sua vez, a atividade que envolve o lançamento tributário é tida como vinculada e obrigatória, razão esta, somada à primeira, porque não pode o agente fiscal deixar de aplicar a referida lei por entender ser a mesma - ou mesmo alguns de seus preceitos - ilegal ou inconstitucional.

Dessa forma, restou caracterizada a infração descrita na exordial, posto que efetivamente o contribuinte não procedeu ao recolhimento do ICMS-ST sobre o excedente de querosene de aviação. Destaca-se que na presente hipótese, não se pode precisar com exatidão que a diferença entre os quantitativos de entradas e saídas de mercadorias decorre tão somente da variação da temperatura.

Assim sendo, o contribuinte está sujeito à sanção prevista no art. 123, I, C da Lei nº 12.670/96, que cuja multa corresponde a uma vez o valor do imposto devido.

Diante do exposto, VOTO pelo conhecimento do recurso voluntário, negar-lhe provimento, para confirmar a decisão CONDENATÓRIA proferida pela 1ª Instância, nos termos do voto do relator, conforme parecer da Consultoria tributária adotado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

É o voto.

DEMONSTRATIVO

ICMS	R\$ 703.826,56
MULTA.....	R\$ 703.826,56
TOTAL.....	R\$ 1.407.653,12

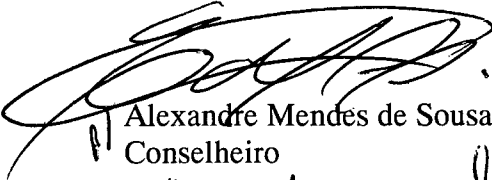
DECISÃO

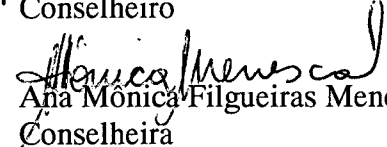
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos em que é recorrente **PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S/A** e recorrido **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA**


A 1ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, após conhecer do recurso interposto, resolve por decisão unânime, preliminarmente, em relação às nulidades arguidas pela recorrente: 1. nulidade por cerceamento do direito de defesa pela não conversão do julgamento em realização de perícia; Preliminar de nulidade afastada, por decisão unânime, com base nos fundamentos contidos no julgamento singular e parecer da Consultoria Tributária; 2. nulidade por erro na capitulação legal da infração. Afastada, por decisão unânime, com base nos fundamentos contidos no julgamento singular e parecer da Consultoria Tributária. No mérito, resolve por decisão unânime, negar provimento ao recurso ordinário interposto, para confirmar a decisão **CONDENATÓRIA** proferida pela 1ª Instância, nos termos do voto do Conselheiro Relator, conforme parecer da Consultoria Tributária, adotado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

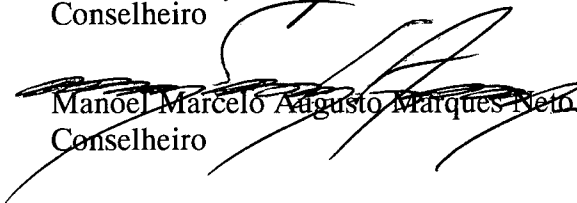
SALA DAS SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 11 de Maio de 2015

Francisca Marta de Sousa
PRESIDENTE

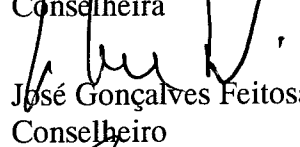

Alexandre Mendes de Sousa
Conselheiro

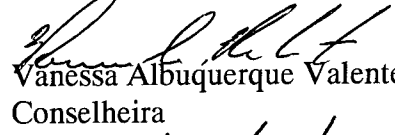

Ana Mônica Filgueiras Menescal
Conselheira

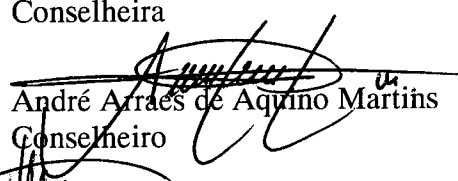

Francisco José de Oliveira Silva
Conselheiro


Manoel Marcelo Augusto Marques Neto
Conselheiro


Sandra Arraes Rocha
Conselheira


José Gonçalves Feitosa
Conselheiro


Vanessa Albuquerque Valente
Conselheira


André Arraes de Aquino Martins
Conselheiro


Mateus Vieira Neto
PROCURADOR DO ESTADO
CIENTE: 12 / 05 / 15