



GOVERNO DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributário
2ª Câmara de Julgamento

RESOLUÇÃO Nº 121 /2022

33ª SESSÃO ORDINÁRIA VIRTUAL DE 10 DE JUNHO DE 2021

PROCESSO DE RECURSO Nº: 1/5893/2018

AUTO DE INFRAÇÃO Nº: 1/201813373

RECORRENTE: PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S/A

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

RELATOR : HENRIQUE JOSÉ LEAL JEREISSATI

EMENTA: ICMS. Falta de Recolhimento de ICMS. Substituição Tributária. Levantamento Físico de Estoque. 1. Saída de combustível (óleo diesel) a maior que entrada, sem o devido recolhimento do ICMS ST, verificada em levantamento quantitativo de estoque. 2. Infração aos arts. 73, 74, 431, § 3º, do Decreto nº 24.569/1997. 3. Auto de Infração julgado PROCEDENTE. 4. Independentemente das causas, mesmo que sejam naturais (temperatura de armazenamento), o aumento no estoque, e suas saídas, de combustíveis da empresa ensejam a cobrança do ICMS ST. Recurso Ordinário conhecido e não provido. Penalidade prevista no artigo 123, I, “c” Lei 12.670/96, com alterações da Lei 13.418/2003. 5. Decisão por unanimidade de votos e de acordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, adotado em sessão pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.

Palavra Chave: Falta de Recolhimento de ICMS Substituição Tributária – Entrada. Distribuidora. Levantamento de Estoque. Saída a maior que Entrada. Procedente.

Relatório

A peça inicial imputa à empresa autuada o cometimento de infração à legislação tributária estadual, conforme relato que se transcreve a seguir:

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

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS ST DO PRODUTO ÓLEO DIESEL NO VALOR DE R\$ 1.504.538,24 RELATIVO A DIFERENÇA DE 3.703.023 LITROS. APURADA MEDIANTE O CONFRONTO DAS ENTRADAS E SAÍDAS NO EXERCÍCIO DE 2004.”



GOVERNO DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributário
2ª Câmara de Julgamento

Segundo o relato do auto de infração, o contribuinte deixou de recolher o ICMS ST do produto Óleo Diesel no valor de R\$ 1.504.538,24 relativo a diferença de 3.703.023 litros, apurada mediante confronto das entradas e saídas no exercício de 2014, tendo infringido os artigos 73 e 74 do Decreto 24.569/1997, com penalidade prevista no art. 123, I, "c" da Lei 12.670/96, alterada pela Lei 13.418/03 resultando na cobrança de multa de igual valor.

Nas informações complementares, os auditores afirmam que a falta de recolhimento justifica-se porque a quantidade negociada na saída do combustível (venda) se deu em volume maior que a real quantidade de entradas (compras), entradas estas que tiveram o ICMS ST recolhido quando de sua aquisição pelo fornecedor/Refinaria.

O presente lançamento não teria decorrido por força de reajuste de preço ou diferença de base de cálculo, mas sim em função da diferença de quantidade a maior constatada na operação subsequente de comercialização que foi efetuada pelo contribuinte autuado e que não pode ser antevista ou presumida pela Refinaria, responsável originário pelo recolhimento do ICMS, cabendo ao contribuinte substituído a responsabilidade pelo pagamento do ICMS quando este não houver sido retido, conforme disposto no § 3º do art. 431 do Decreto 24.569/97.

O contribuinte foi intimado no decorrer da ação fiscal para se manifestar sobre a diferença encontrada, tendo permanecido silente mesmo após ter sido alertado em duas ocasiões através de e-mail, após decorrido o prazo da intimação.

Anexo quadro com o totalizador anual de estoque de combustível por produto com a discriminação da metodologia de cálculo aplicada para cobrança do ICMS.

Em sua impugnação, a defesa requer preliminarmente a nulidade do lançamento tributário face a incongruência entre a real intenção fazendária e a infração apontada, por entender que a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS ST sobre os combustíveis caberia a refinaria na qualidade de contribuinte substituto e não a distribuidora e que todas as suas aquisições ocorreram com o devido recolhimento por parte da refinaria.

Defende que a diferença de estoque encontrada deve-se a influência da variação de temperatura exercida sobre o combustível estocado e que a intenção de tributar a variação volumétrica ocorrida, redundando claramente na insegurança quanto a determinação da infração ou no mínimo no cerceamento do direito de defesa nos termos dos artigos 83 e seguintes da Lei 13.457/2009.

Requer também a nulidade do auto de infração face a inexistência de previsão legal para cobrança de variação volumétrica do combustível.



GOVERNO DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributário
2ª Câmara de Julgamento

No mérito, defende que houve um erro por parte dos fiscais ao efetuar o levantamento de estoque com volumes que se encontram em temperaturas diferentes, misturando quantidades calculadas a temperatura ambiente com quantidades calculadas a temperatura de controle L20.

Afirma que há alguns outros equívocos no levantamento, pontuando-os e apresentando nova planilha com a movimentação dos estoques elaborada com a conversão dos quantitativos a temperatura de controle L20.

Discorre sobre a evolução da legislação que regulamenta o comércio de combustíveis, até a aprovação do Ato COTEPE nº 04, que alterou o Convênio ICMS 110/2007, instituindo a cobrança do Fator de Correção de Volume (FCV) a partir de janeiro de 2016.

Questiona o caráter confiscatório da multa, entendendo que ao fixar a penalidade em 100% do valor do imposto, o Estado promove o confisco velado do patrimônio do contribuinte, colocando em risco o próprio exercício da atividade empresarial, ferindo o princípio da Razoabilidade e Proporcionalidade.

Apresenta questionário a ser respondido pela autoridade Julgadora, que a seu entender são fundamentais para o entendimento do caso. Indaga por que o estoque não foi feito de forma diária, mensal, semestral ou bi-anual? Onde isso está previsto na legislação? O que diz o item 1 das notas explicativas integrantes da portaria número 60 de 29/03/1996 do Ministério da Fazenda? Os volumes dos combustíveis líquidos se alteram em razão do aumento ou da diminuição das temperaturas?

Por fim requer a conversão do julgamento em diligência/perícia contábil, a fim de comprovar a inexistência de passivo tributário no presente caso.

Em primeira instância o processo é julgado procedente, com a seguinte ementa:

“ICMS – Falta de Recolhimento de ICMS Substituição Tributária. Acusação fiscal que versa sobre falta de recolhimento do ICMS Substituição Tributária em decorrência de constatação de saídas em volumes superiores aos de aquisição de óleo diesel. Infringência aos artigos 74 e 431, § 3º do Decreto 24.569/97, com penalidade prevista no artigo 123, inciso I, alínea “c” da Lei 12.670/96, alterado pela Lei 13.418/03. Autuação Procedente. Defesa tempestiva.”



GOVERNO DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributário
2ª Câmara de Julgamento

Intimado da decisão singular, o Contribuinte interpôs o Recurso Ordinário, no qual renova os argumentos da impugnação e requer a anulação do julgamento singular alegando que o mesmo ignorou o pedido de perícia, caracterizando cerceamento do direito de defesa. Por fim, requer a improcedência da autuação.

A Célula de Assessoria Processual Tributária emite o Parecer nº 77/2020, sugerindo o conhecimento do Recurso Ordinário, para negar-lhe provimento e manter a decisão condenatória exarada em 1ª Instância.

É o relatório.

Voto do Relator

Trata-se de Recurso Ordinário interposto pela empresa em epígrafe, em face da decisão singular que concluiu pela procedência da lavratura do auto de infração em análise, sob a acusação de falta de recolhimento do imposto devido, sujeito à Substituição Tributária, no exercício de 2014, em razão da diferença, detectada através de levantamento quantitativo de estoque, de 3.703.023 litros de óleo diesel, comercializados sem a efetiva comprovação do recolhimento do imposto.

Intimado da decisão singular, o Contribuinte interpôs o Recurso Ordinário, destacando os seguintes pontos:

Arguiu a nulidade do auto de infração em virtude da incongruência entre a real intenção fazendária e a infração imputada; nulidade por inexistência de previsão legal para a cobrança de variação volumétrica do combustível; alega a existência de inconsistências de apenas 0,0078%, bastante inferior ao resultado apontado pelo Fisco; aplicação de multa confiscatória.

A Recorrente arguiu a nulidade da decisão singular, alegando que as perguntas de fls. 100/101 não foram respondidas e o pedido de realização de perícia foi ignorado. Por fim, pede a improcedência do auto de infração.

Inicialmente, com relação a preliminar de nulidade do julgamento singular, verificamos que a julgadora singular apreciou os argumentos da impugnação que são imprescindíveis para o deslinde da questão objeto do presente auto de infração, emitindo juízo de valor e motivando o seu convencimento ao abrigo das normas legais vigentes, tendo sido observado o devido processo legal, sem violação da garantia de ampla defesa e contraditório.



GOVERNO DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributário
2ª Câmara de Julgamento

Quanto a preliminar de nulidade suscitada sob a alegação de incongruência entre a real intenção fazendária em tributar a variação volumétrica ocorrida no estoque e a infração imputada à empresa, também há de ser afastada. O lançamento foi efetuado com base nas informações prestadas pela própria empresa através de sua Escrituração Fiscal Digital. Os dispositivos legais apontados como infringidos fazem nexos com a penalidade proposta e com o próprio lançamento do crédito tributário. O auto de infração, bem como as Informações Complementares, apresenta relato claro e preciso, não deixando nenhuma dúvida quanto à infração denunciada.

Em relação ao argumento de falta de previsão legal para cobrança de variação volumétrica do combustível, ressaltamos que os dispositivos legais citados como infringidos fazem nexos com a penalidade proposta e com o lançamento efetuado. A ação fiscal detectou diferença entre os quantitativos de entradas e saídas do produto e não se pode precisar se esta diferença decorre tão somente de variação volumétrica.

Com relação ao pedido de perícia, há de ser indeferido por ser desnecessário, considerando os elementos de prova que constam dos autos. E a alegação de multa confiscatória, deve ser afastada, nos termos do art. 48 da Lei nº 15.615/2014.

Quanto ao mérito, constatou-se que a recorrente deixou de recolher o ICMS Substituição Tributária referente às quantidades de saídas em volume superior ao das quantidades adquiridas.

Vejam os arts. 18, § 3º, da Lei nº 12.670/96 e o art. 431, § 3º do Decreto nº 24.569/97, in verbis:

Lei nº 12.670/96

Art. 18. (...)

§ 3º A substituição tributária não exclui a responsabilidade de o 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.

Decreto nº 24.569/97

Art. 431. A responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS, na condição de contribuinte substituído, poderá ser atribuída, em relação ao imposto incidente sobre uma ou mais operações ou prestações sejam antecedente, concomitantes ou subsequentes, inclusive ao valor decorrente da diferença entre as alíquotas interna



GOVERNO DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributário
2ª Câmara de Julgamento

e interestadual, nas operações e prestações interestaduais que destinem bens e serviços a consumidor final localizado neste Estado, que sejam contribuintes 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.

Observamos que os artigos supracitados atribuem responsabilidade ao contribuinte substituído quando o imposto não for recolhido pelo contribuinte substituto, ficando responsável pelo recolhimento do ICMS Substituição Tributária.

Assim, como ficou caracterizado o não recolhimento do ICMS em sua totalidade, considerando o volume comercializado no exercício, aferido com base nos documentos fiscais constantes na escrituração fiscal digital da autuada, é devida a cobrança do ICMS-ST independentemente do motivo da saída de combustível, sem comprovação do pagamento do imposto. Ficando assim, atribuída a Recorrente, na qualidade de contribuinte substituído, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devido, quando estas operações não forem submetidas ao regime de substituição tributária na origem.

Assim caracterizada a infração imputada na autuação, fica a recorrente sujeita a penalidade prevista no art. 123, I, "c" Lei 12.670/96, com alterações da Lei 13.418/2003.

Diante do exposto, voto pelo conhecimento do Recurso Ordinário, negar-lhe provimento, para afastar as questões suscitadas e, no mérito, julgar procedente a presente acusação fiscal, nos termos deste voto, e do Parecer da Assessoria Processual Tributária, referendado, em sessão, pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.

É o voto.

DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

ICMS – R\$ 1.504.538,24

MULTA - R\$ 1.504.538,24

TOTAL - R\$ 3.009.076,48



GOVERNO DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributário
2ª Câmara de Julgamento

Decisão

Vistos, relatados e discutidos os autos onde é recorrente **PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S/A** e recorrido Célula de Julgamento de 1ª Instância,

Resolvem os membros da 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Ordinário, para deliberar nos seguintes termos: **1. Quanto a preliminar de nulidade do julgamento singular, sob a alegação de que não foram respondidas as perguntas formuladas na impugnação – Foi afastada, por unanimidade de votos**, considerando que a julgadora singular apreciou os argumentos da impugnação que são imprescindíveis para o deslinde da questão objeto do presente auto de infração, emitindo juízo de valor e motivando o seu convencimento ao abrigo das normas legais vigentes, tendo sido observado o devido processo legal, sem violação da garantia de ampla defesa e contraditório. **2. Quanto a preliminar de nulidade suscitada sob a alegação de incongruência entre a real intenção fazendária em tributar a variação volumétrica ocorrida no estoque e a infração imputada à empresa – Foi afastada por unanimidade de votos**, tendo em vista que o auto de infração apresenta relato claro e preciso, assim como as Informações Complementares não deixam dúvidas quanto à infração denunciada. **3. Quanto a preliminar de nulidade suscitada sob a alegação de falta de previsão legal para cobrança de variação volumétrica de combustíveis – Foi afastada por unanimidade de votos**, considerando que os dispositivos legais citados como infringidos fazem nexos com a penalidade proposta e com o lançamento efetuado. **4. Com relação ao pedido de perícia – indeferido por unanimidade de votos, por considerá-la desnecessária, diante dos elementos de prova já constantes dos autos.** **5. Quanto a alegação de caráter confiscatório da multa aplicada – Foi rejeitado por unanimidade de votos**, considerando tratar-se de matéria constitucional, sendo o presente órgão incompetente, para sua análise, nos termos do art. 48 da Lei nº 15.614/2014, ressalvadas as hipóteses ali previstas. **6. No mérito, por unanimidade de votos, a 2ª Câmara de Julgamento resolve negar provimento ao recurso interposto, para confirmar a decisão condenatória exarada em 1ª Instância**, nos termos do voto do Conselheiro Relator e de acordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, adotado em sessão, pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.

SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, 11 de 04 de 2022

HENRIQUE JOSE LEAL Assinado de forma digital por HENRIQUE JOSE LEAL JEREISSATI
JEREISSATI:36233307368 Assinado de forma digital por HENRIQUE JOSE LEAL JEREISSATI

Henrique José Leal Jereissati
Conselheiro Relator

MARIA ELINEIDE SILVA Assinado de forma digital por MARIA ELINEIDE SILVA E SOUZA
E SOUZA:25954237387 Assinado de forma digital por MARIA ELINEIDE SILVA E SOUZA
Dados: 2022.03.31 16:49:58 -03'00'

Francisco José de Oliveira Silva
PRESIDENTE

Ubiratan Ferreira de Andrade
Procurador do Estado