



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
Secretaria da Fazenda

**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO – CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT
2ª CÂMARA DE JULGAMENTO**

RESOLUÇÃO Nº 239 /2017

73ª SESSÃO ORDINÁRIA DE 23/10/2017

PROCESSO Nº 1/171/2016

AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/201518873

RECORRENTE: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

RECORRIDO: SP INDÚSTRIA E DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA

CGF: 06.975.717-8

CONSELHEIRO RELATOR: Victor Hugo Cabral de Moraes Junior

EMENTA: ICMS. Acusação fiscal de falta de recolhimento do ICMS-ST devido pela diferença de 910.216,18 litros de Óleo Diesel comercializados sem a devida comprovação de recolhimento do imposto. Decisão singular pela parcial procedência do auto de infração. Julgamento de 1ª Instância declarado nulo, tendo em vista não apreciar todos os argumentos constantes da impugnação. Decisão por unanimidade de votos e de acordo com a manifestação oral do representante da Procuradoria Geral do Estado. Aplicação do art. 83 c/c § 4º do art. 84, da Lei nº 15.614/2014.

PALAVRAS-CHAVE: Nulidade. Julgamento de 1ª Instância. Ausência de motivação.

RELATÓRIO

Consta do Auto de Infração submetido a exame o seguinte relato:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO, NO TODO OU EM PARTE, INCLUSIVE O DEVIDO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, NA FORMA E NOS PRAZOS REGULAMENTARES. A EMPRESA DEIXOU DE RECOLHER, EM 2012, ICMS ST NO VALOR DE R\$ 332.560,52 DEVIDO PELA DIFERENÇA DE 910.216,18 LITROS DE OLEO DIESEL COMERCIALIZADOS SEM A EFETIVA COMPROVAÇÃO DO RECOLHIMENTO DO IMPOSTO, CONFORME LEVANTAMENTO DE ESTOQUE DETALHADO EM INFORMAÇÃO COMPLEMENTAR ANEXA.

O agente fiscal indicou, como dispositivos infringidos, os arts. 73 e 74, do Decreto nº 24.569/97 e, além disso, aplicou a penalidade inserta no art. 123, I, "c", da Lei nº 12.670/96, alterada pela Lei nº 13.418/03.

Consta ainda anexo ao auto de infração a Informação Complementar de fls. 04/09 em que a fiscal autuante detalha o trabalho realizado na empresa autuada, explicando ainda que



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO – CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT
2ª CÂMARA DE JULGAMENTO

“em decorrência da comercialização da diferença de combustível apontada na auditoria fiscal, a empresa auferiu lucros, tendo em vista que, efetivamente, ocorreram saídas de mercadorias sem o pagamento do ICMS ST, configurando-se, assim, fato gerador, independente da natureza do objeto que lhe deu causa, face ao princípio da objetividade, nos termos do art. 118, do CTN”.

A empresa autuada apresentou Impugnação (fls. 29/56), alegando e requerendo, resumidamente, os seguintes pontos:

1. Que seja declarada a extinção processual da presente peça acusatória, haja vista a flagrante ilegitimidade do sujeito passivo verificada nos autos, nos termos do art. 87, inciso I, “e”, da Lei nº 15.614/2014;
2. Que não há omissão de entrada, pois o que ocorre, em relação à diferença encontrada é decorrência da propriedade físico-química dos combustíveis, que a Portaria nº 26/92 do DNC, ratificada pela Resolução nº 23/04 da ANP admite, quando do levantamento do estoque para fins de controle ambiental (vazamentos), uma margem de erro de 0,6%, justamente por causa da suposta variação de temperatura que poderá dilatar o combustível ou a redução do seu volume pela evaporação ou pela redução de temperatura;
3. Que verificando as informações complementares do Auto de Infração, a autoridade fiscal inclusive admite a existência dessa variação (0,6%), porém não o aplica no levantamento de estoque;
4. Que não existe previsão legal acerca da tributação dos aumentos volumétricos de combustíveis do contribuinte substituído;
5. Que não há possibilidade de tributação do estoque, uma vez que a parte que permaneceu nos estoques não pode ser tributada, pois não ocorreu sua saída, bem como o fato da exigência fiscal ter sido feita sobre a expansão volumétrica de Diesel A, e não sobre o fruto de sua mistura, qual seja Óleo Diesel B (Óleo Diesel A + Biodiesel), que foi o objeto de efetiva saída;
6. Que houve erro no levantamento de estoque realizado pela autoridade fiscal, uma vez que os arquivos magnéticos da empresa demonstram que a quantidade de entradas e saídas são as mesmas, razão pela qual o processo deve ser submetido à análise pericial;
7. Que a penalidade aplicada não condiz com a conduta realizada pela empresa, motivo pelo qual requer o reenquadramento para o parágrafo único do art. 126, da Lei nº 12.670/96, ou, no máximo, o art. 123, I, “d”, do mesmo diploma legal.

Por meio do Despacho de fls. 75/76, a Julgadora de 1ª Instância encaminhou o processo para a Célula de Perícias e Diligências a fim de que sejam atendidos os seguintes quesitos:



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO – CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT
2ª CÂMARA DE JULGAMENTO

1. Refazer o levantamento inicial levando em consideração o percentual de 0,6% previsto no art. 5º da Portaria DNC nº 26/92, tendo em vista os efeitos de acréscimo nos estoques dos referidos produtos;
2. Após aplicada a determinação acima, descrever a nova base de cálculo e os respectivos créditos tributários;
3. Quaisquer outras informações que pertinentes prestem-se ao melhor esclarecimento e elucidação dos fatos.

Em resposta, a CEPED elaborou Laudo Pericial (fls. 77/79) em que atende à determinação da Julgadora monocrática, aplicando o percentual de 0,6% e elaborando um novo Quadro Totalizador de Estoque que demonstra a nova base de cálculo para omissão de entradas do produto “Óleo Diesel A”, no montante de R\$ 148.839,13, ocasionando no ICMS ST a recolher no valor de R\$ 40.186,57 e multa de igual valor.

No julgamento de primeira instância (fls. 85/90), a autoridade julgadora decidiu pela parcial procedência do feito fiscal, por entender, preliminarmente, por afastar a alegação de ilegitimidade do sujeito passivo, tendo em vista que a empresa é domiciliada no Estado do Ceará, exercendo a distribuição de combustíveis, cabendo a mesma a qualidade de contribuinte substituído, conforme prescreve a Lei nº 12.670/96.

Quanto aos demais argumentos, a julgadora acolheu a solicitação de aplicabilidade do percentual de ganho/perda de combustível na margem de 0,6%, acolhendo a conclusão do Laudo Pericial no tocante ao valor do ICMS-ST a recolher de R\$ 40.186,57. No que se refere à penalidade aplicada, tendo em vista constar dos sistemas de dado da Secretaria da Fazenda, entendeu por aplicar ao autuado a penalidade prevista no art. 123, I, “d”, da Lei nº 12.670/96, com multa de 50% do imposto devido.

Considerando a decisão acima transcrita, a Julgadora de 1ª Instância encaminhou o processo para Reexame Necessário com fundamento na Lei nº 15.614/2014.

A Célula de Assessoria Processual Tributária opinou pelo conhecimento do Reexame Necessário, dando-lhe provimento, no sentido de reformar a decisão singular de parcial procedência do auto de infração para procedência, nos termos do Parecer nº 153/2017 (fls.98/104), que possui a seguinte Ementa:

ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS EM SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA DE COMBUSTÍVEIS POR DISTRIBUIDORA. 1. SAÍDA DE COMBUSTÍVEIS A MAIOR QUE ENTRADA VERIFICADA EM LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUE. 2. RESPONSABILIDADE ATRIBUÍDA À DISTRIBUIDORA PELA COMPLEMENTAÇÃO DO IMPOSTO



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
Secretaria da Fazenda

**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO – CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT
2ª CÂMARA DE JULGAMENTO**

RETIDO NA REFINARIA, NOS TERMOS DA CLÁUSULA 29ª DO CONVÊNIO ICMS 110/2007 C/C ART. 431, § 3º, DO RICMS. 3. POSSIBILIDADE JURÍDICA DE COMPLEMENTAÇÃO DO IMPOSTO DEVIDO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA CONFORME LEGISLAÇÃO. 4. DISPOSITIVOS INFRINGIDOS: CLÁUSULAS 15ª, 16ª E 29ª DO CONV. 110/07; ART. 73 E ART. 431, § 3º, AMBOS DO RICMS E PENALIDADE FIXADA NOS TERMOS DO ART. 123, I, “C” DA LEI 12.670/96. PARECER PELA PROCEDÊNCIA DA AUTUAÇÃO.

Os autos foram encaminhados para apreciação da douta Procuradoria Geral do Estado, que se manifestou pelo acatamento do referido parecer (fls. 105).

Ressalte-se que, por ocasião da sessão de julgamento ocorrida, o representante da Procuradoria Geral do Estado se manifestou oralmente no sentido de dar provimento ao reexame necessário para anular a decisão singular por ausência de motivação, conforme preliminar suscitada pelo representante legal da empresa autuada.

É o relatório.



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO – CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT
2ª CÂMARA DE JULGAMENTO

VOTO DO RELATOR

Trata-se de Reexame Necessário por meio do qual a Julgadora de 1ª Instância submeteu ao Conselho de Recursos Tributários as razões fáticas e jurídicas de sua decisão contrária à Fazenda Estadual, de acordo com o art. 104, da Lei nº 15.614/2014.

A recorrente, em sua peça impugnatória, contesta diversos aspectos da autuação, dentre esses que não haveria possibilidade de tributação do estoque, uma vez que a parte que permaneceu nos estoques não pode ser tributada, pois não ocorreu sua saída, bem como o fato da exigência fiscal ter sido feita sobre a expansão volumétrica de Diesel A, e não sobre o fruto de sua mistura, qual seja Óleo Diesel B (Óleo Diesel A + Biodiesel), que foi o objeto de efetiva saída da autuada.

Em primeira instância, a autoridade julgadora decidiu pela parcial procedência do feito fiscal, por entender pela aplicabilidade do percentual de ganho/perda de combustível na margem de 0,6%, acolhendo a conclusão do Laudo Pericial no tocante ao valor do ICMS-ST a recolher de R\$ 40.186,57 (quarenta mil cento e oitenta e seis reais e cinquenta e sete centavos). No que se refere à penalidade aplicada, tendo em vista constar dos sistemas de dado da Secretaria da Fazenda, entendeu por aplicar ao autuado a penalidade prevista no art. 123, I, “d”, da Lei nº 12.670/96, com multa de 50% do imposto devido.

Todavia, em sede de sustentação oral, protesta a empresa autuada acerca de alguns pontos que não teriam sido apreciados pela julgadora monocrática e que ensejariam a nulidade da decisão de 1ª Instância, especificamente o argumento relativo à impossibilidade de tributação do estoque e o fato da exigência fiscal ter sido feito sobre a expansão volumétrica de Diesel A e não sobre o fruto da sua mistura, que foi o objeto de efetiva saída.

Com efeito, analisando o teor da decisão guerreada, percebe-se que, apesar de bem fundamentada, a julgadora não analisa, especificadamente, as questões trazidas pela empresa autuada. De fato, na decisão monocrática existem manifestações acerca da preliminar arguida, sobre a aplicação do percentual de 0,6% e sobre o reenquadramento da penalidade. Ao final, faz menção de que o auto de infração não padece de qualquer vício que possa invalidá-lo, no entanto não se manifesta de forma específica sobre as questões suscitadas pela parte.

Ou seja, nem todos os argumentos deduzidos pela defesa e que seriam capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pela julgadora foram enfrentados na decisão. Não se vislumbra menção expressa acerca dos quesitos trazidos na impugnação e que foram elencados pela parte como não apreciados.



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO – CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT
2ª CÂMARA DE JULGAMENTO

Vale ressaltar que, apesar da existência de farta jurisprudência acerca da não obrigatoriedade do juiz monocrático responder a todas as questões a ele submetidas, desde que os fundamentos sejam suficientes para justificar a decisão, o processo administrativo deve atender ao devido processo legal, daí a necessidade da observância das regras processuais imprescindíveis à validação e eficácia dos atos nele praticados, notadamente porque transcende aos contornos das normais estaduais, visto que, subsidiariamente, a ele se aplicam também as regras do Código de Processo Civil (NCPC), especialmente nesse caso, a regra do art. 489, § 1º, IV, que determina que não se considera fundamentada a decisão que não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador.

Diante dessa constatação, verifica-se que houve preterição do direito de defesa pela ausência de motivação da decisão singular, uma vez que deixou de analisar os argumentos constantes da impugnação, o que torna o ato nulo nos termos do art. 83 da Lei nº 15.614/2014, que dispõe:

Art. 83. 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.

Em face do exposto, comprovada a ocorrência dos eventos supramencionados, não se vislumbra factível meros reparos, mas uma análise completa de modo que contemple todas as teses suscitadas pela parte, motivo por que voto pelo conhecimento do Reexame Necessário, dando-lhe provimento, para acatar a preliminar de mérito arguida, declarar a nulidade da decisão recorrida, conforme § 4º do art. 84, da Lei nº 15.614/2014, com o consequente retorno dos autos à 1ª Instância para novo julgamento, de acordo com a manifestação do representante da Procuradoria Geral do Estado proferido oralmente em sessão.

É o voto.



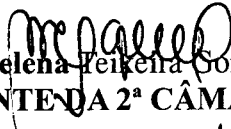
**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
Secretaria da Fazenda

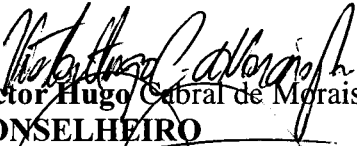
**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO – CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT
2ª CÂMARA DE JULGAMENTO**

DECISÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que é recorrente a **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA** e recorrido **SP INDÚSTRIA E DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA**, resolvem os membros da 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, conhecer do Reexame Necessário, dar-lhe provimento para anular a decisão singular por ausência de motivação, uma vez que deixou de analisar todos os argumentos constantes da impugnação, especificamente o argumento relativo à impossibilidade de tributação do estoque e o fato da exigência fiscal ter sido feito sobre a expansão volumétrica de Diesel A e não sobre o fruto da sua mistura, que foi o objeto de efetiva saída. Ato contínuo, a 2ª Câmara de Julgamento, por unanimidade e votos, resolve determinar o retorno do processo à 1ª Instância para a realização de novo julgamento. Tudo nos termos do voto do Conselheiro Relator e de acordo com a manifestação oral, em sessão, do representante da Procuradoria Geral do Estado. Esteve presente para sustentação oral, o representante legal da recorrente, Dr. Weber Busgaib Gonçalves.

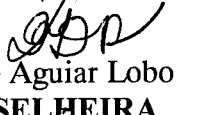
SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 23 de 11 de 2017.


Antônia Helena Feijó Gomes
PRESIDENTE DA 2ª CÂMARA


Victor Hugo Cabral de Moraes Junior
CONSELHEIRO

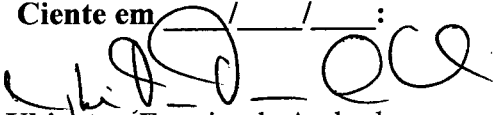

Agatha Louise Borges Macedo
CONSELHEIRA


Francisco Wellington Avila Pereira
CONSELHEIRO


Deyse Aguiar Lobo
CONSELHEIRA


Mônica Maria Castelo
CONSELHEIRA


Pedro Jorge Medeiros
CONSELHEIRO

Ciente em :
Ubiratan Ferreira de Andrade
PROCURADOR DO ESTADO