



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

RESOLUÇÃO Nº 217 /2015
2ª CÂMARA DE JULGAMENTO
161ª SESSÃO EXTRAORDINÁRIA EM: 10/12/2014
PROCESSO Nº 1/1904/2010
AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/201006067-4
RECORRENTE: ALESAT COMBUSTÍVEIS S/A
RECORRIDA: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA
AUTUANTE: Dinorah Fonseca do Amarante
MATRÍCULA: 0069031-1-2
RELATOR: Conselheiro Cícero Roger Macedo Gonçalves

EMENTA: ICMS – 1. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL – OMISSÃO DE ENTRADAS – 2. A increpação fiscal versa sobre a omissão de entradas no exercício de 2007 **3.** Recurso Voluntário conhecido e não provido. **4.** Auto de infração julgado **PROCEDENTE**, nos termos do voto do Conselheiro Relator em consonância aos fundamentos constantes no Parecer da Consultoria Tributária, referendado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado **5.** Infringência aos artigos 139 do Decreto 24.569/97. **6.** Penalidade inserta no art. 123, III, "a" parágrafo único, da Lei 12.670/96, alterado pela Lei 13.418/03.

RELATÓRIO

A peça exordial refere-se ao **aquisição de mercadorias sem documento fiscal – omissão de entradas**. A empresa autuada adquiriu 96.106 litros de gasolina sem nota fiscal de entradas, no exercício de 2007. O ilícito fiscal supramencionado originou-se de uma **auditoria fiscal** junto à Alesat Combustíveis S.A.. Foi apontado como infringido o art. 139 do Dec. 24.569/97.

O processo, originalmente, foi instruído com o auto de infração nº. 1/201006067-4, Ordem de Serviço nº 201008074 fl. 12, informações complementares às fls. 04/10, Termo de Início de Fiscalização nº 2009.20388 fl. 13, termo de início de fiscalização nº 2010.06103, Termo de Conclusão de Fiscalização nº 2010.11160, AR referente ao Auto de Infração às fls. 15, levantamento de estoque entrada às fls. 17 a 20, levantamento de estoque saída às fls. 21/23, termo de disponibilidade da documentação fiscal à fl. 51, termo de revelia e despacho à fl. 52, termo de juntada concernente à defesa às fls. 53. A peça inaugural descreveu o ilícito fiscal, **ad litteram**:

1/7



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

“AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL – OMISSÃO DE ENTRADAS. O CONTRIBUINTE ADQUIRIU 96.106 LITROS DE GASOLINA ‘A’ SEM NOTA FISCAL, CONSTATADO ATRAVES DE LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES, DURANTE O EXERCÍCIO DE 2007, CONFORME DEMONSTRADO EM INFORMAÇÃO COMPLEMENTAR ANEXA, DEIXANDO DE RECOLHER O ICMS ST NO VALOR TOTAL DE R\$106.854,48”

O agente fiscal sugeriu como penalidade, a preceituada no art. 123, III, alínea “a”, da Lei 12.670/96, alterado pela Lei 13.418/03, ou seja, o pagamento de multa equivalente a 30% do valor da operação ou da prestação. Por tais fatos, foi produzida a demonstração que se segue:

DEMONSTRATIVO

Base de Cálculo	R\$ 395.757,33
Alíquota	27,00%
ICMS (principal)	R\$106.854,48
Multa (30%)	R\$ 68.209,47
TOTAL	R\$ 175.063,95

A ciência do auto de infração foi realizada em 29/10/09, por via postal, consoante se depreende da cópia do termo de juntada de AR de fl. 15 a teor do art. §3º do art. 34 do Decreto 25.468/99, oportunidade em que foi intimada a apresentar no prazo de 10 (dez) dias defesa contra suas infrações identificadas.

A defesa da ora impugnante fora apresentada tempestivamente às fls. 54/63, instruída de documentos de fls. 64/104. Nas razões defensórias, após breve relato dos fatos, a empresa alegou que não houve o fato ensejador da infração, pois por se tratar de mercadoria de natureza volúvel a mesma através de algumas condições naturais tem o seu volume alterado e por conta disso se deu a diferença entre os valores, que já é aceitável pela fiscalização da Agencia Nacional de Petróleo a perdas ou sobras de 2,4%, mas a autoridade fiscal teria considerado apenas 0,6%, acresceu que não houve o foto gerador e, portanto não deve se falar em infração, afirmou que a multa nesse contexto teria caráter confiscatório. Por fim, obsecrou pela **IMPROCEDÊNCIA** do, dado que se não houve a pratica do fato tipificado na norma não há o que se falar em infração, devendo o auto ser extinto.

O julgador singular asseverou que o contribuinte em sua defesa afirmou que era aceitável pela Agencia Nacional de Petróleo (ANP) até 2,4% de quebra, porém não trouxe nada que pudesse comprovar tal argumentação, que a quebra de evaporação de 5% previsto no Decreto – Lei nº 56/66 para o álcool não pode ser aplicado por analogia para a



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

gasolina, tendo em vista que se tratam de produtos diferentes que não possuem o mesmo índice de evaporação, conclui afirmando que considerou o método de levantamento quantitativo de estoques adequado para aferição da infração e entendeu que a natureza confiscatória da multa, conforme o questionado pelo infrator, não deve ser questionado, visto que não é competência desse juízo discutir a sua natureza, pois é sabido que a multa é definida pelo legislador. Decidiu por fim pela **PROCEDÊNCIA** do auto de infração gerando o seguinte demonstrativo:

DEMONSTRATIVO

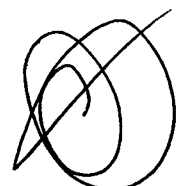
Base de Cálculo	R\$ 395.757,33
Alíquota	27,00%
ICMS (principal)	106.854,47
Multa (30%)	R\$ 68.209,47
TOTAL	R\$ 175.063,95

A prolação de sentença pelo órgão julgador singular fora comunicada à defendente por via postal em 06/08/2012, consoante AR e termo de juntada acostados aos autos às fls. 124/125, nos termos do § 3º do art. 34 do Decreto 25.468/99.

O contribuinte através do recurso voluntário aduziu que não houve a violação atribuída pelo agente do tesouro estadual, estando completamente regulares as entradas e saídas de mercadorias, que as alterações são volumétricas e não de omissão de entrada, que o percentual de 0,6% admitido é menor que o previsto na legislação para gasolina que seria de 2,4% a 5% e que o percentual indica que dentro dessa margem não precisa comprovar a origem da diferença e por fim que ainda que fosse identificada a efetiva omissão por parte do recorrente, além do fato gerador do ICMS somente se configurar como saída da mercadoria do estabelecimento, alegou que não se pode presumir in casu visto que o volume do estoque final é quase igual ao volume supostamente omitido e que não se poderia exigir nesse caso, sendo o mesmo distribuidor de combustíveis, o ICMS incidente sobre a gasolina, dado que este imposto é recolhido antecipadamente e em relação a toda cadeia de comercialização pela refinarias do petróleo, entendendo que deve ser acatada a **IMPROCEDÊNCIA**.

Analisando todas as ocasiões processuais através do parecer nº 78/2014, a *Consultoria Tributária* opinou pelo conhecimento do recurso voluntário, negando-lhes provimento para que seja confirmada a decisão singular da **PROCEDÊNCIA** do auto infracional.

Os autos foram encaminhados, para apreciação do representante da d. Procuradoria Geral do Estado, que se manifestou pelo acatamento do referido parecer, que dormita à fl. 170/173.



3/7



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

É o relatório.

VOTO DO RELATOR

Trata-se de recurso oficial interposto por **ALESAT COMBUSTÍVEIS S/A** em face de **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA**, concernente ao auto de infração sob o nº 1/201006067, através do qual, a recorrente se insurgiu contra a Decisão proferida pela julgadora singular. O presente recurso preenche as condições de admissibilidade, razão pela qual dele conheço.

No processo *sub examine*, a requerente fora autuada por **aquisição de mercadorias sem documentação fiscal – omissão de entradas**. A empresa autuada omitiu entrada de mercadorias no montante de R\$106.854,47, no exercício de 2007.

1. DO MÉRITO

A matéria aqui discutida diz respeito à quebra técnica que se observa nos combustíveis líquidos oriundo da evaporação nas distribuidoras de combustíveis acarretando assim uma perda real do produto.

Desta forma a gasolina “c”, produto comercializado pelas distribuidoras de combustíveis, é aquela constituída pela gasolina tipo “a” produzida no país, inclusive ou mesmo a importada, isenta de componentes oxigenados que é adicionada álcool etílico anidro combustível nas proporções e especificações definidas pela legislação. Sendo vedada ao distribuidor vender gasolina que não seja do tipo “c” nos termos da portaria ANP nº 309 de 2001. Ou seja, a Distribuidora é quem realiza a operação de misturar a gasolina tipo “a” com o álcool anidro originando a gasolina tipo “c”.

Observa-se nos autos que a fiscalização ao deparar com a quantidade de 36.808,816 litros da gasolina tipo “c”, e sedo prerrogativa exclusiva do distribuidor de combustíveis líquidos derivados do petróleo as adições de produtos à gasolina, restou verificado uma montante de 96.106 litros de diferença e gasolina tipo “a”, na qual deveriam ter sido sujeita a retenção do ICMS.

Não obstante às constatações, a recorrente afirmou que é prática comum da fiscalização da ANP considerar uma porcentagem de 2,4 como perda ou sobra. Argumento esse que não merece prosperar tendo em vista que a legislação da Agencia Nacional do Petróleo ANP informa um percentual aceitável de 0,6 %, e que valores acima deste



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

percentual deve ser motivo de verificação técnica das eventuais causas, tendo em vista que além de uma mistura fora da especificação técnica, pode estarmos diante de um crime ambiental decorrente de vazamentos ao meio ambiente.

No caso do Álcool que tem uma previsão de evaporação de 5% nos termos do Decreto – Lei nº 56/66 não tem condão técnico de ser aplicado analogamente à gasolina por ter propriedades físico químicas distintas, não podendo, em benefício do contribuinte, ser aplicado ao caso.

Curiosamente, neste mesmo sentido, observa-se quebra técnica quando tratamos das *commodities*. Como exemplo, os grãos, qualquer que seja sua natureza, oriundos de países com alto nível de umidade do ar, no momento do seu embarque tem uma pesagem maior quando chegam no país de destino. Estes por muitas vezes com condições climáticas bastantes diferentes de sua origem, acarretando na carga uma perda de umidade, conseqüentemente da massa do grão.

No que diz respeito à inconstitucionalidade suscitada pela recorrente, não podemos admitir a tese de que a administração pública possa julgar constitucionalidade das normas quando em confronto com a Constituição. A constitucionalidade ou não de normas não é ato proveniente do Poder Executivo e sim prerrogativa do Poder judiciário. O lançamento é instrumento de formalização do crédito tributário mediante atividade plenamente vinculada da autoridade fiscal, não pode ela se olvidar à sua aplicação. Desta feita, nos casos de arguição de matéria constitucional, cabe ao impetrante ingressar na jurisdição própria pertinente ao caso.

Note-se, é mister enfatizar que o afirmado pela defesa não há como ser acatado diante de que a perdas e sobras aceitável é de 0,6% sendo os valores trazido pela ora impugnante relevantemente superior a isso, que a quebra de evaporação de 5% previsível no Decreto-Lei nº 56/66 se refere ao álcool, não podendo assim ser utilizado a analogia como forma de interpretação tendo em vista que apesar de combustível, serem completamente diferente a índice de evaporação.

Quanto a natureza confiscatória da multa, podemos acrescentar que não cabe esse órgão julgador inquiri-la e sim apenas aplicá-la quando previsto e adequado, nesse azo, o contribuinte cometeu ato regularmente tipificado na legislação, não cabendo questionar o caráter da Lei que define como infração tal ato, já que o objetivo precípua desta câmara é a busca da Verdade Material, com o desiderato maior de alcançar a justiça fiscal, somente resta inferir que a denúncia posta no auto de infração deve prosperar.



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

**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT**

Diante das constatações feitas pelas perícias, a decisão mais consentânea com a justiça fiscal é a **PROCEDÊNCIA** da ação fiscal, já que estamos diante de uma cristalina infração tributária, aplicando a penalidade prevista no art. 123, III, "a" da Lei nº. 12.670/96, alterado pela Lei nº. 13.418/03, *ad litteram*:

DEMONSTRATIVO

Base de Cálculo	R\$ 395.757,33
Alíquota	27,00%
ICMS (principal)	106.854,47
Multa (30%)	R\$ 68.209,47
TOTAL	R\$ 175.063,95



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

DECISÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos em que é recorrente **ALESAT COMBUSTÍVEIS S/A** e recorrido **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA**. A 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários resolve, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Ordinário, afastar a preliminar de nulidade nele suscitada e, no mérito, negar-lhe provimento, para confirmar a decisão exarada em 1ª Instância, de **PROCEDÊNCIA** do feito fiscal, nos termos do voto do Conselheiro Relator e adotando os fundamentos constantes no Parecer da Consultoria Tributária, referendado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado. Quanto a alegação de caráter confiscatório da multa aplicada, o exame deste pleito foi rejeitado por unanimidade de votos, por entenderem, os Senhores Conselheiros, tratar-se de matéria afeita ao Poder Judiciário, não sendo competência desta Câmara de Julgamento afastar a aplicação de norma sob o fundamento de inconstitucionalidade, nos termos do art. 48 da Lei nº 15.614/2014, ressalvadas as hipóteses previstas na referida norma.

SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 11 de 03 de 2015.

Alfredo Rogério Gomes de Brito
Presidente

Abílio Francisco de Lima
Conselheiro

Cícero Roger Macedo Gonçalves
Conselheiro Relator

Lúcia de Fátima Galou de Araújo
Conselheira

Filipe Pinho da Costa Leitão
Conselheiro

Maria Lucrécia Serpa Gomes
Conselheiro

Agatha Louise Borges Macedo
Conselheira

Rafael Gonçalves Zidan
Conselheiro

Samuel Aragão Silva
Conselheiro

Ubiratan Ferreira de Andrade
Procurador do Estado