



**SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT
3ª CÂMARA DE JULGAMENTO**

RESOLUÇÃO Nº: 126 /2020.
5ª SESSÃO ORDINÁRIA DE 31/01/2020.
PROCESSO DE RECURSO Nº: 1/1063/2013
AUTO DE INFRAÇÃO: 1/201305182
RECORRENTE: ALESAT COMBUSTÍVEIS S/A
RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1º INSTANCIA
RELATOR: JOSÉ DIEGO MARTINS OLIVEIRA E SILVA

EMENTA: Falta de recolhimento de ICMS. Substituição tributária. Operação com combustíveis estando este em expansão volumétrica, auferindo ganho declarando obrigação a menor por tal fato. ICMS devido, PROCEDÊNCIA da decisão. Dispositivos infringidos art. 431, §3º do Dec. nº 24.569/97 e tomando por base também Portaria DNC nº 26/1992 e penalidade disposta no art. 123, I, "c", da lei nº 12.670/96.

PALAVRAS CHAVE: ICMS ST. Combustíveis. Expansão volumétrica. Portaria DNC nº 26/1992. PARCIAL PROCEDENTE.

I - RELATÓRIO

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

“Falta de recolhimento de ICMS vez que o relatório de levantamento de estoque

apresenta diferença que foi apontada pela autoridade fiscal como ganho de combustível decorrente da variação de temperatura. O contribuinte não recolheu o imposto devido sobre esse ganho de combustível”.

Ante o exposto, reproduz-se informações pertinentes ao feito que serão necessárias para o desdobramento do julgamento meritório, como se segue:

- O auto de infração constata falta de recolhimento do ICMS, substituição tributária, a acusação se dá sob o pálio de que houve ganho de combustível decorrente da variação de temperatura, conforme comprovado em levantamento de estoque;
- O período da infração ocorreu entre janeiro a dezembro de 2008, nas informações complementares do instrumento de autuação, (fls. 3 a 8) fora apontado que a empresa teve um ganho de 25.427 litros de combustível (álcool etílico anidro combustível - AEAC), sem ter efetuado o recolhimento do ICMS, haja vista que a operação decorria de substituição tributária;
- Por auferir tal ganho, constatado em levantamento de estoque quantitativo, o mesmo fora autuado;
- O contribuinte ingressou com impugnação (fls. 25 a 68) alegando que o respectivo auto de infração deveria ser declarado nulo, por violar direito de defesa. Apontando ainda que este instrumento não merecia perdurar, sendo improcedente pois a autoridade não havia atribuído infração;
- O contribuinte requereu ainda que a multa aplica fosse desconsiderada, vez que esta era desproporcional, pugnando ainda a substituição desta pela inserta no art. 123, VIII, “c”, da lei 12.670/96;
- No julgamento de primeira instância, o julgador *a quo* formulou pedido de perícia, nos termos do despacho de (fls.193/195);
- O laudo pericial (fls.199) ratifica o que fora sinalizado nos trabalhos de auditoria, conforme o seu relatório;

- Ao retornar para instância inicial, fora proferida decisão de procedência da autuação nos termos do auto de infração em lide;
- Irresignado com a decisão proferida em primeira instância, o autuado se vale de um Recurso Ordinário (fls. 270/311), sustentando tese de que a autuação fiscal é improcedente, requerendo subsidiariamente a sua parcial procedência;
- Por fim, o mesmo deseja que o feito retorne para perícia para que seja recalculado a base de cálculo tributável, considerando a margem de presunção de 0,6%, prevista na Portaria nº 26/1992 da ANP;
- Ante o exposto, a Cédula de Assessoria Tributária, passa a conhecer do Recurso Ordinário, nega-lhe o provimento, confirmando decisão de PARCIAL PROCEDÊNCIA, proferida na instância singular, a partir do resultado do laudo pericial apresentado. (fls.332)

Eis o breve relato.

II – VOTO

O processo ora em análise traz para discussão a infração denunciada no auto de infração, de nº,1/2014.05671-2, trata da falta de recolhimento de tributo, ICMS, em substituição tributária, haja vista ganho auferido, quando constatado no levantamento de estoque quantitativo, vez que apresenta diferença apontada pela autoridade fiscal como ganho de combustível decorrente da variação de temperatura. O contribuinte não recolheu o imposto devido sobre esse ganho de combustível.

Colidindo com os seguintes dispositivos, art. 431, §3º do Dec. nº 24.569/97 e tomando por base também Portaria DNC nº 26/1992 e penalidade disposta no art. 123, I, “c”, da lei nº 12.670/96.



Com base no relatório de levantamento de estoque, constatou-se omissão de entrada de álcool etílico anidro carburante – AEAC, na quantidade de 25.427 litros, salienta-se que esta omissão de entrada é decorrente do ganho de quantidade do produto, vez que com o aumento de temperatura este produto ganha em volume e este ganho deve ser presumido, haja vista que é da natureza da atividade, sendo uma *expertise* de quem faz o manejo do respectivo produto e sua armazenagem.

Assim os trabalhos fiscais foram norteados pelo que o contribuinte apresentou ao fiscal no ato de fiscalização, logo, não há que se falar em descuido ou nulidade na persecução fática que confere azo a autuação do contribuinte. Uma vez que este deu causa a condição de autuação, por estar em posse de quantidade maior de combustível do que tinha adquirido em nota fiscal

Desta forma, por força da Portaria DNC nº 26/1992, constata-se que a autuada NÃO É posto revendedor, mas sim, comércio atacadista de álcool carburante, biodiesel, gasolina e demais derivados de petróleo, logo, não merece prosperar o argumento de que não teria responsabilidade tributária pelo ocorrido, uma vez que é ônus da sua própria atividade, vez que quando auferir vantagem maior do que a que deu causa, constata-se omissão de entrada, vez que permanece diferença no numerário de saída, como foi o caso. Assim, constata-se o que trata a respectiva Portaria:

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 a apuração das causas e, se detectado vazamento para o meio ambiente, providenciar reparo do(s) equipamento(s) correspondente(s)

Por conseguinte, a autuada alega não ser contribuinte desta operação, vez que por realizar substituição tributária, a retenção do imposto devido se dá pela refinaria de petróleo, contudo, não é o que sinaliza o artigo 431, §3º, do Dec. lei nº 24.569/97, veja-se:

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 **anteriores, concomitantes ou subsequentes**, 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.**

Pelo imposto não pago, perdura a respectiva obrigação tributária, pois, é relativo ao ganho de quantidade em decorrência da variação de temperatura e não sobre o combustível adquirido efetivamente da refinaria. Assim, nos autos de (fls.196/198), constata-se o laudo pericial, este que retrata a expansão volumétrica das mercadorias mês a mês, pela apuração das informações concedidas quando da análise do levantamento de estoque, havendo diferença de álcool etílico anidro combustível, fato que corrobora com a autuação do contribuinte, conforme o texto legal supracitado, não perdura a tese de nulidade da autuação, sendo esta factível e condizente com os fatos narrados no curso da fiscalização.

Em detrimento do alegado pelo sujeito passivo, consoante dicção do artigo 123, I, "c", da lei nº 12.670/96, aplica-se esta penalidade por justamente o contribuinte se furtar do dever legal de quitar com as suas obrigações conforme os ditames legais, vez que a falta do recolhimento do tributo no todo ou em parte decorreu do aproveitamento do manejo do produto base da sua atividade, combustível e derivados do petróleo, sendo ônus da atividade o adequado provisionamento deste produto, de modo que, aufere vantagem maior do que a que deu causa, constata-se omissão de entrada, vez que permanece a diferença no numerário de saída.

Pelo levantamento de estoque identificar quantidade de combustível de posse da distribuidora maior do que quantidade adquirida com nota fiscal, é correta a cobrança da importância fruto do não pagamento do tributo, dando azo a penalidade nos seguintes termos:

Art. 123. As infrações à legislação do ICMS sujeitam o infrator às seguintes penalidades, sem prejuízo do pagamento do imposto, quando for o caso:

I - com relação ao recolhimento do ICMS:

c) falta de recolhimento do imposto, no todo ou em parte, inclusive o devido por substituição tributária, na forma e nos prazos regulamentares, em todos os casos não



compreendidos nas alíneas "d" e "e" deste inciso: multa equivalente a uma vez o valor do imposto;

Portanto, o trabalho fiscal constante do processo em análise está fundamentado no relatório do sistema de levantamento de estoque - SLE, corroborando a autuação do contribuinte, de modo que ficou evidente a diferença de entrada e saída de mercadoria, gerando gravame à legislação tributária.

Ante o exposto, voto pelo conhecimento do Recurso Ordinário, para negar-lhe provimento, bem como, afastar as nulidades por falta de clareza. Confirmando para tanto, decisão CONDENATÓRIA, divergindo do entendimento exarado pela Célula de Assessoria Tributária, julgando o feito fiscal como inteiramente PROCEDENTE.

DEMONSTRATIVO

BASE DE CÁLCULO	0,00
ALÍQUOTA	0, 00
MULTA	(RS) 5.911,78
PRINCIPAL	(RS) 5.911,78

III – DECISÃO

Processo de Recurso nº1/2561/2014. Auto de Infração nº1/2014.05671-2. RECORRENTE: CEJUL. RECORRIDO: ALESAT COMBUSTÍVEI S/A. Resolvem os membros da 3ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Ordinário, negar-lhe provimento, e tomar as seguintes deliberações: 1– Quanto à alegação de ilegitimidade passiva dos representantes legais da empresa, afastar por unanimidade de votos, considerando o previsto no art. 431 § 3º do RICMS; 2– Em relação a variação volumétrica de 0,6% prevista no artigo 5º, da Portaria nº 26/1992 da Agência Nacional de Petróleo – ANP, afastar por unanimidade de votos, considerando que a referida Portaria trata de mecanismo de proteção ambiental e o respectivo percentual indica perdas de volume, afastando-se, conseqüentemente, o pedido de diligência; 3– No mérito, resolvem, por unanimidade de votos confirmar a decisão **CONDENATÓRIA** exarada em 1ª Instância. Decisão nos termos do voto do Conselheiro Relator, em desacordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária adotado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.

Salas das Sessões Ordinárias da 3ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, na data de 13 **de** Novembro **de 2020.**



Conselheiro

FRANCISCO WELLINGTON
AVILA PEREIRA

Assinado de forma digital por
FRANCISCO WELLINGTON AVILA PEREIRA
Dados: 2020.11.09 11:41:22 -03'00'

Presidente

Procurador do Estado

Em: ___/___/___