



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos tributários - 3ª Câmara de Julgamento

RESOLUÇÃO Nº: 123/2017

31ª SESSÃO ORDINÁRIA DE 26.06.2017

PROCESSO DE RECURSO Nº: 1/3414/2013

AUTO DE INFRAÇÃO: 1/2013.11993

RECORRENTE: FEDERAL DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA

CGF: 06.300193-4

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

CONSELHEIRA RELATORA: SABRINA ANDRADE GUILHON

**EMENTA: ICMS – FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS
SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - OPERAÇÕES
INTERESTADUAIS COM ÓLEO DIESEL - AUTUAÇÃO
PROCEDENTE**

1 - Trata-se de infração devido ao fato do contribuinte deixar de recolher parte do ICMS Substituição Tributária referente ao complemento do imposto quando da venda do Óleo Diesel para empresas no Estado do Ceará.

2 – Infração materializada conforme art. 73, 74, 484, 486 e 488 do Decreto 24.569/97 e cláusula nona, décima e décima quinta, do Convênio número 03/99 e suas alterações, em especial o convênio número 59/02.

3 – Imposta a penalidade preceituada no Art. 123, I, “c” da Lei 12.670/96, alterada pela Lei 13.418/03.

4 - Recurso ordinário conhecido, provimento negado para confirmar a decisão de PROCEDÊNCIA exarada pela primeira instância, nos termos do voto da conselheira relatora, em conformidade com o Parecer da Assessoria Processual Tributária e com a manifestação proferida oralmente em sessão pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.

**PALAVRAS-CHAVE: ICMS - FALTA DE RECOLHIMENTO -
SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - OPERAÇÃO
INTERESTADUAL COM ÓLEO DIESEL - PROCEDENTE**

1 – RELATÓRIO

Versa o presente Auto de Infração sobre falta de recolhimento de ICMS, em 2003, referente ao não recolhimento de parte do ICMS Substituição Tributária referente ao complemento do imposto do óleo Diesel remetido para o Estado do Ceará (nos meses de Janeiro, Abril a Julho e Outubro de 2003) no montante de R\$ 75.196,84. O presente Auto de Infração foi lavrado em 09.08.2013 com o objetivo de recuperação do crédito tributário referente ao exercício de 2003, lançado no Auto de Infração 2008.05164 de 25.04.2008 declarado NULO no Contencioso Administrativo Tributário em 22.08.2011.

As Autoridades Fiscais Autuantes apontam como infringidos os artigos 73, 74, 484, 486 e 488 do Decreto 24.569/97 - Regulamento do ICMS (RICMS). Apontaram a legislação aplicável ao período analisado: a cláusula nona, décima e décima quinta, do Convênio número 03/99 e suas alterações, em especial o convênio número 59/02. A penalidade aplicada foi a prevista no art. 123, I, "c" da Lei 12.670/96, alterada pela Lei 13.418/03: "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".

Segundo consta nas informações complementares, após análise da documentação fiscal do contribuinte, a fiscalização identificou que:

- A empresa atua no segmento de "Comércio atacadista de álcool carburante, gasolina e demais derivados do petróleo" e realiza comumente operações interestaduais de venda de combustíveis para estabelecimentos varejistas sediados no Ceará;
- A empresa **adquiriu os produtos óleo diesel e gasolina automotiva, e os remeteu para revendedores varejistas no estado do Ceará** durante o exercício de 2003;
- Com o objetivo de verificar se o ICMS devido nessas operações havia sido recolhido completamente, no termo de início de fiscalização, foi **solicitado ao contribuinte o relatório das operações de saídas de combustíveis para o Estado do Ceará** na *lay-out* do SINTEGRA (conforme previsto no convênio 57/95);
- A partir do que foi **apresentado pelo contribuinte à fiscalização** (Relatório e Resumo das Operações Interestaduais Realizadas com Combustível Derivado de Petróleo - anexos II e III respectivamente), foi feita uma análise de compatibilidade de dados entre esses dois documentos emitidos pela distribuidora (contribuinte substituído) e **o arquivo eletrônico sobre essas operações enviado pelo contribuinte**, assim como a verificação da recepção dos dados de responsabilidade da refinaria ou base. Esta análise foi baseada no que dispõe a legislação estadual, que determina que o estabelecimento produtor reveste-se da condição de sujeito passivo por substituição tributária, responsável substituto pela retenção e recolhimento do ICMS devido nas operações subsequentes, quando da remessa de óleo diesel e gasolina nas operações interestaduais. A legislação aplicável à época determinava que **o contribuinte substituído que promovesse operações interestaduais com combustíveis cujo ICMS tivesse sido retido anteriormente, deveria elaborar relatório mensal**, remetendo-o à refinaria de petróleo ou suas bases, até o dia 5 (cinco) de cada mês, para que esta efetuasse o repasse dos valores informados pela distribuidora até o limite da

importância a ser repassada conforme dispõe o Art.488 do Decreto 24.569/97. No Art.486 do Decreto 24.569.97 (mais especificamente no inciso IV, parágrafo primeiro), fica determinado como deve ser o cálculo e o recolhimento do ICMS (caso haja complemento a ser recolhido) pelo **contribuinte substituído** em operações com combustíveis derivados de petróleo, cujo imposto já tenha sido anteriormente retido;

- A partir do que foi declarado pela empresa, foi constatado então que, para o produto "óleo diesel", nos meses de janeiro, abril, maio, junho, julho e outubro de 2003, a empresa fiscalizada informou (nos documentos apresentados - anexos II e III) **valores a serem complementados via GNRE (ICMS ST complemento) superiores aos efetivamente recolhidos**, extraídos dos sistemas da SEFAZ/CE (em anexo) e confirmados nas GNREs relativas que foram apresentadas pela empresa. Ficou constatada, através dessa análise, **a diferença entre o valor informado pelo contribuinte (do que deveria ter sido recolhido) e o efetivamente recolhido, no montante de R\$ 75.196,85 demonstrado na coluna DIFERENÇA COMPL-ARREC do Anexo Único elaborado pela fiscalização.**

Instrui o presente processo, dentre outros, com o Demonstrativo "Confrontação dos valores de Complemento Informados no Anexo III com o Sistema Receita" (fls.13), anexos III e II (fls.14 a 92), Telas do sistema "controle da Receita Estadual" (fls 97a 99).

<i>Demonstrativo do Crédito Tributário</i>	
Base de cálculo	
ICMS	R\$ 75.196,84
Multa	R\$ 75.196,84
Total	R\$ 150.393,70

Tempestivamente a **Autuada apresentou impugnação**, a qual repousa às fls. 106 a 112 dos autos, onde alega, em síntese:

- **Decadência** dos períodos cujos fatores geradores ocorreram antes de 31.03.2003, por ter sido o auto de infração lavrado no mês de Abril de 2008;
- **Nulidade do Auto de Infração por deficiência na descrição**, por não oferecer oportunidade plena para o exercício do contraditório;
- **Equívocos cometidos pelos autuantes**), por não terem respeitado a verdade material quando não verificaram se as operações descritas no anexo III do período fiscalizado que apontam a existência de pagamentos de valores relativos a operações com Gasolina "A" que geravam créditos para a empresa;

No Julgamento Singular, o **Julgador de 1ª Instância**, assevera que não deve prosperar o alegado pela impugnante e **julga o Auto de Infração Procedente** de acordo com o Art. 173, inciso I do CTN, com as cláusulas primeira, terceira, quinta, sexta, sétima, nona e décima do Convênio ICMS 03/1999 e suas alterações, bem como nos arts. 73/74,484, 486 e 488 e 874 do Decreto 24.569/97 com nova redação dada pela Lei 13.418/03.

Inconformada com a Decisão Singular, a **Autuada interpõe Recurso Ordinário**, onde alega novamente:

- **Decadência** dos períodos cujos fatores geradores ocorreram antes de 31.03.2003, por ter sido o auto de infração lavrado no mês de Abril de 2008, em razão da aplicação do art. 173, I do Código Tributário Nacional e nos Art. 63, inciso I, alínea "c" do Decreto Estadual num. 25.468/99;
- **Nulidade do Auto de Infração por deficiência na descrição**, por não oferecer oportunidade plena para o exercício do contraditório ao tempo em que não explicita a base fática que levou à fiscalização concluir pela falta de recolhimento parcial que ensejou a autuação;
- **Improcedência da autuação** devido a **equivocos cometidos pelos autuantes**, por não terem respeitado a verdade material quando não verificaram se as operações descritas no anexo III do período fiscalizado que apontam a existência de pagamentos de valores relativos a operações com Gasolina "A" que geravam créditos para a empresa,
- necessidade de **realização de diligência fiscal** para comprovar a existência das operações descritas no anexo III;

A **Assessoria Processual Tributária**, por sua vez, manifestou-se pela **PROCEDÊNCIA** da acusação fiscal, **emitiu o Parecer** de nº 60/2017, referendado pelo douto representante da PGE.

O representante da recorrente, apesar de ter sido intimado e ter recebido a convocação, não compareceu a sessão para sustentação oral.

É o relatório.

02 - VOTO DA RELATORA

De acordo com o relato acima, em relação à **decadência**, por tratar-se de acusação de falta de recolhimento de ICMS, há que se aplicar a regra contida no Art.173, I do CTN, que prevê o direito de o Fisco constituir o crédito tributário no prazo de 5 (cinco) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. O lançamento do crédito tributário de 2003 de que trata o processo 1/2949/2008 (Auto de Infração 2008.05164-5), poderia ter ocorrido até 31/12/2008 (efetuando a contagem do prazo de 5 (cinco) anos a partir do primeiro dia de 2004 de acordo com a regra prevista no Art. 173, I, do CTN). Considerando que o Auto de Infração 2008.05164 foi lavrado em 25.04.2008, ainda não havia decaído o direito de o fisco estadual efetuar o lançamento de crédito tributário.

Ocorreu que como o lançamento do crédito tributário no Auto de Infração 2008.05164 apresentou vício formal motivando sua nulidade no âmbito deste órgão administrativo em 22.08.2011, houve a necessidade de se refazer o lançamento, o que ocorreu por meio da nova ação fiscal, sob o amparo do Art.173, II do CTN, que determina o prazo de 5 (cinco) anos para se proceder a um novo lançamento a partir da data que anulou por vício formal, o lançamento do crédito tributário. Dessa forma, como o Auto de Infração sob apreço lavrado em 09.08.2013, com o objetivo de recuperar o crédito tributário, ocorreu dentro do prazo legal, ou seja, ainda não havia ocorrido a decadência.



Em relação à **nulidade** do auto de infração alegada pela impugnante **por ser a** autuação deficiente pelo fato de não oferecer oportunidade plena para o exercício do contraditório por não explicitar as bases fáticas para a conclusão da falta de recolhimento parcial, não pode ser aceito pois o relato do auto de infração é claro e preciso na acusação formalizada contra a empresa, tendo sido a infração descrita de forma detalhada nas informações complementares, com a apresentação dos fatos, da legislação tributária e da análise efetuada, além disso a impugnante demonstra plena compreensão da acusação.

Em relação ao **mérito**, as regras em relação às operações com combustíveis e lubrificantes derivados ou não do petróleo e outros produtos, estão definidas no Convênio ICMS 03/99 que estabelece a forma como as distribuidoras devem calcular, informar e, caso ultrapasse o valor recolhido pelo substituto tributário (refinaria), pagar o ICMS complementar. O Art. 486 do Decreto 25.569/97 estabelece as atribuições da distribuidora, especificando os relatórios que devem ser emitidos com as informações relativas a essas operações, para as refinarias efetuarem o repasse às unidades de destino do ICMS retido.

Se foi com base nas informações prestadas pelo próprio contribuinte autuado que os agentes do fisco cearense detectaram que a empresa em 2003 deixou de recolher parte do ICMS Substituição Tributária complementar devido ao Estado do Ceará, não há como levar em consideração alegação da empresa de que o fisco não verificou se as operações de fato ocorreram visto que foi a própria empresa que informou sobre a ocorrência dessas operações nos relatórios que demonstram essa diferença a recolher entregues à fiscalização; essa diferença a recolher apontada pela própria empresa em seus relatórios, é de responsabilidade da distribuidora, conforme cláusula nona, parágrafo único, Inc.I do Convênio 03/99.

Os autuantes elaboraram a planilha "Confrontação dos Valores de Complemento informados no Anexo III com o sistema Receita" e anexaram aos autos a documentação que subsidiou o trabalho de fiscalização, tais como os anexos II e III e as telas do Sistema "Controle da Receita Estadual" (fls.14/99). Enfim, constam nos autos elementos concretos, materiais, da acusação formalizada contra a empresa.

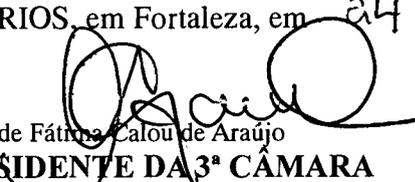
Em relação ao que arguiu a impugnante que os autuantes se omitiram de verificar a existência de valores relativos a operações com Gasolina "A" que, à época, ao contrário do óleo diesel, geravam crédito e não complemento, em outras palavras, a defendente estaria sendo cobrada pelos complementos, mas não estaria sendo compensada pelas retenções a maior, após análise da documentação que integra o processo, esse argumento não é aceito visto que a planilha "Confrontação dos Valores de Complemento Informados no Anexo III com o Sistema Receita", elaborada pelos autuantes, representa o resultado do trabalho de análise desenvolvido a partir dos valores informados pelo próprio contribuinte, nela podendo ser averiguado, mês a mês, os valores relativos aos repasses, aos complementos, bem como as diferenças detectadas (que, por sua vez, tiveram como referência os valores arrecadados junto aos cofres públicos). Na referida planilha, os autuantes destacaram que consideraram como valores efetivamente recolhidos os indicados pelo contribuinte como complemento da Gasolina, e que, como houve complemento de Gasolina em fevereiro/2003, o recolhimento total via GNRE, de R\$ 40.343,54, foi deduzido em R\$ 6.270,93 (pois diz respeito à Gasolina).

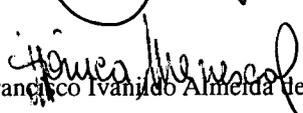
Diante do exposto, VOTO para que se conheça do Recurso Ordinário, negando-lhe provimento, para confirmar a decisão CONDENATÓRIA exarada em 1ª Instância, em conformidade com o parecer da Assessoria Processual Tributária e com a manifestação proferida oralmente em sessão pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.

Visto e Discutido o presente auto, em que é Recorrente FEDERAL DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA e recorrido a CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA.

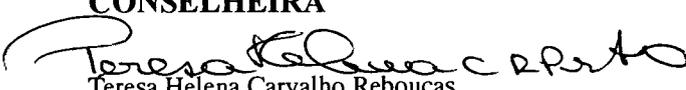
Decisão: “A 3ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários resolve, por unanimidade de votos conhecer do Recurso Ordinário, decidindo, em relação aos pedidos nele elencados, na forma exposta a seguir: **1) Com relação a preliminares de nulidade arguida pela parte, quanto ao argumento de decadência** - foi afastada, com base no que dispõe o art. 173, II do CTN, a autuação sob análise, lavrada em 09/08/2013 está dentro do prazo de 05 anos contados da data da decisão que anulou (22/08/2011), por vício formal, o lançamento do crédito tributário. **2) Quanto ao argumento de cerceamento de direito de defesa, pois não oferece oportunidade plena para o exercício do contraditório** – Afastada, uma vez que, nas Informações Complementares aos autos, há detalhamento dos fatos ocorridos de forma clara, da legislação aplicada ao caso. **3) Quanto a alegação da existência de operações, descritas e detalhadas no Anexo III do período fiscalizado, que apontam a existência de pagamentos de valores relativos a operações com Gasolina “A”, que à época, ao contrário das operações com óleo diesel, geravam “crédito intra-anexo” ao invés de complemento** – Não podemos acatar tal colocação, uma vez que na planilha “Confronto dos Valores de Complemento Informados no Anexo III com o Sistema Receita”, foi averiguado, mês a mês, os valores relativos aos repasses, aos complementos, bem como as diferenças detectadas, que tiveram como referência os valores arrecadados junto aos cofres públicos. **4) Quanto a solicitação de perícia** – a perícia é utilizada quando há dúvida ou controvérsias a respeito da documentação fiscal. No caso em apreço, porém, não há dúvida acerca da conduta ilícita praticada pelo autuado. **No mérito**, a 3ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, resolve negar provimento ao recurso interposto, para, confirmar a decisão **condenatória**, com aplicação da penalidade prevista no art. 123, I, “c”, da Lei nº 12.670/96. Nos termos do voto da Conselheira Relatora e de acordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, adotado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado. Registre-se, a ausência do representante legal da recorrente, para proceder sustentação oral das razões do recurso, apesar de formalmente comunicado.”

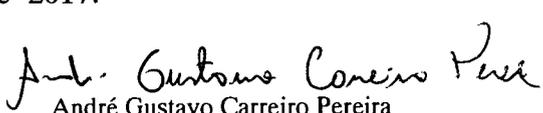
SALA DAS SESSÕES DA 3ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, em 24 de 07 de 2017.


Lúcia de Fátima Calou de Araújo
PRESIDENTE DA 3ª CÂMARA


Francisco Ivanildo Almeida de França
CONSELHEIRO


Sabrina Andrade Guilhon
CONSELHEIRA


Teresa Helena Carvalho Rebouças
CONSELHEIRA


André Gustavo Carreiro Pereira
PROCURADOR DO ESTADO


Renan Cavalcante Araújo
CONSELHEIRO


Ricardo Ferreira Valente Filho
CONSELHEIRO


Osvaldo Alves Dantas
CONSELHEIRO