



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS 4ª. CAMARA

RESOLUÇÃO Nº 31/2019

16ª. SESSÃO ORDINÁRIA DE: 15 de ABRIL de 2019

PROCESSO DE RECURSO Nº: 1/4961/2017 AI.: 1/201714132

RECORRENTE: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª. INSTÂNCIA

RECORRIDO: **PETROBRAS DISTRIBUIDORA S/A - CGF: 06. 804830-0**

AUTUANTE: KATIA HERLANE NEPOMUCENO E OUTRO

CONSELHEIRO RELATOR: JOSÉ AUGUSTO TEIXEIRA

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA DE COMBUSTÍVEIS POR DISTRIBUIDORA. NULIDADE DA DECISÃO SINGULAR. RETORNO DOS AUTOS A INSTÂNCIA SINGULAR.

PALAVRAS-CHAVE: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO - ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA- NULIDADE DA DECISÃO SINGULAR - RETORNO DOS AUTOS A INSTÂNCIA SINGULAR

RELATÓRIO:

A peça inaugural do processo estampa como acusação: " FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO, NO TODO OU EM PARTE, INCLUSIVE O DEVIDO POR SUBSTITUICAO TRIBUTARIA, NA FORMA E NOS PRAZOS REGULAMENTARES.

O CONTRIBUINTE DEIXOU DE RECOLHER O VALOR DE RS 41.691 RELATIVO AO ICMS SUBSTITUICAO TRIBUTARIA DO PRODUTO ALCOOL ETILICO HIDRATADO COMBUSTIVEL, EXERCICIO DE 2012, CONFORME INFORMACAO COMPLEMENTAR ANEXA. "

O agente fiscal lança o ICMS no valor de R\$41.691,03 e multa do mesmo valor (R\$41.691,03), em seguida aponta como dispositivos infringidos: Art. 73 e 74 do Decreto nº 24.569/97 e sugere como Penalidade: Art. 123, I, "c" da Lei nº 12.670/96 alterado pela Lei nº 13.418/03.

Dentre outras informações contidas na informação complementar, reproduziremos abaixo a observação, contida as fls. 04 e 05, vejamos:

“Realizamos o levantamento quantitativo de estoque do produto Álcool Etílico Hidratado Combustível - AEHC, com base na Escrituração Fiscal Digital (EFD) informada, mensalmente, pelo contribuinte a esta Secretaria.

Inicialmente, selecionamos todas as operações de entrada e saída dos produtos Álcool Etílico Hidratado Combustível e Alcool Etílico Hidratado Protocolo e elaboramos planilhas de entradas e de saídas identificadas, por CFOP, onde constam os dados relativos às notas fiscais, tais como: código do produto, descrição do produto, quantidade, unidade de medida, CFOP, número da nota fiscal e data da emissão. Em seguida, totalizamos a quantidade do produto relacionado nas citadas planilhas por Códigos Fiscais de Operações e Prestações — CFOP, e elaboramos o anexo I - DEMONSTRATIVO DAS ENTRADAS DE ALCOOL ETILICO HIDRATADO COMBUSTÍVEL - AEHC, e o anexo II - DEMONSTRATIVO DAS SAÍDAS DE ALCOOL ETILICO HIDRATADO COMBUSTÍVEL - AEHC, em apenso.

Analisamos a classificação fiscal utilizada pelo contribuinte para cada grupo de operação e constatamos que as operações de entradas classificadas com os CFOP's 2922, 2923, 1663 e 1664, bem como as operações de saídas classificadas com o CFOP 5664 não correspondem a um efetivo movimento tributário por se tratar de operações de simples faturamento e armazenagem, devendo, portanto, serem excluídas do levantamento quantitativo de estoque.

Posteriormente, elaboramos o anexo - TOTALIZADOR ANUAL DE ESTOQUE DE ÁLCOOL ETÍLICO HIDRATADO COMBUSTÍVEL, onde, mediante o confronto entre o total das entradas e das saídas, bem como considerando as quantidades de estoque inicial e final, apuramos uma quantidade de 81.107 litros de saídas superiores às entradas do produto.

Ressaltamos que para efeito do levantamento físico do estoque do produto Álcool Etílico Hidratado Combustível — AEHC, consideramos todas as perdas contabilizadas pela empresa, uma vez que na elaboração do anexo II (DEMONSTRATIVO DAS SAÍDAS DE ALCOOL ETILICO HIDRATADO COMBUSTÍVEL - AEHC) foi considerado o CFOP 5927 - lançamento efetuado a título de baixa de estoque decorrente de perda, roubo ou deterioração.

(...)”

A empresa apresenta defesa tempestiva anexada às fls. 54 a 97, com os argumentos e solicitações:

- ✓ Que é nulo o auto de infração em razão da Imprecisão dos valores exigidos, pois os autuantes se limitaram a apontar uma quantidade global das mercadorias, sem

- efetivamente indicar, dentro de cada período mensal de apuração, em que momento essas saídas ocorreram;
- ✓ Outra nulidade arguida é da incongruência entre a real intenção fazendária e a infração imputada à impugnante.
 - ✓ Que o imposto foi recolhido pela usina de álcool e que, portanto, nada justifica atribuir ao estabelecimento à condição de responsável tributário.
 - ✓ Que a diferença se deve à variação da temperatura entre a entrada e a saída do produto.
 - ✓ Que inexistente previsão legal para cobrança de variação volumétrica do combustível, portanto nulo a autuação;
 - ✓ Que o levantamento fiscal é errado, pois não levou em consideração o volume do produto à temperatura padrão de 20º graus Celsius, adotada pela empresa para o controle dos estoques do produto; além de que não foram levadas em consideração as sobras e perdas.
 - ✓ Alega, de outra sorte, não haver legislação específica para tributação de variações volumétricas provocadas pela temperatura.
 - ✓ Por fim, sustenta que a multa teve caráter confiscatório; outrossim, a necessidade de procedimento pericial.

O julgador monocrático julga pela improcedência da autuação, conforme ementa contida às fls.119:

“EMENTA: FALTA DO RECOLHIMENTO DO SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA INCIDENTE SOBRE OPERAÇÕES COM ÁLCOOL ETÍLICO HIDRATADO CARBURANTE AUMENTO VOLUMÉTRICO. MUDANÇA DE TEMPERATURA. A adoção do exercício de 2012 como período de apuração e lançamento do imposto no auto de infração encerra flagrante violação ao modelo legal previsto na legislação do ICMS. No caso concreto não havia circunstâncias de fato para a adoção do período diferente do mês-base lançamento diz respeito à errônea aplicação de critérios da legislação do imposto por parte do contribuinte a operações exata e completamente declaradas mensalmente; ou seja, não tem relação com omissões ou inexatidões em matéria de fato. Auto de Infração IMPROCEDENTE. Defesa tempestiva. Reexame necessário.”

Por ser decisão contrária ao fisco do Estado do Ceará o Julgador Singular interpõe o Reexame Necessário em conformidade com o art. 104, §1º. da Lei nº 15.614/2014.

A Célula de Assessoria Processual Tributária em seu Parecer 45/2019, acostado as fls. 130 a 132, adotado pelo representante da Douta Procuradoria do Estado se manifesta pelo retorno dos autos à instância singular.

E, opina pelo conhecimento do Reexame Necessário, dando-lhe provimento a fim de que o processo retorne a instância singular para novo julgamento.

Eis, o relatório.

VOTO:

Versa a presente acusação fiscal sobre a falta de recolhimento do ICMS devido na comercialização de Álcool Etílico Hidratado apurado por meio do Sistema Quantitativo de Estoque de Mercadorias de contribuinte cadastrado no CNAE 4681801 – comércio atacadista de álcool carburante, biodiesel, gasolina e demais derivados de petróleo.

Não concordamos com a improcedência do julgamento singular, portanto passaremos a analisar o reexame necessário.

NULIDADE DA DECISÃO SINGULAR

O julgador singular ao apreciar a autuação afirma que a metodologia utilizada pelo agente do fisco não poderia utilizar o período da infração como anual, mas sim no mês da ocorrência do fato gerador, vejamos parte da decisão singular:

“Vê-se que a adoção do exercício de 2012 como período de apuração e lançamento do imposto no auto de infração encerra flagrante violação ao modelo legal previsto na legislação do ICMS. Explico.

Seguindo o que dispõe o CTN, o ato de exigência tributária, notadamente o que indicar a falta de recolhimento do tributo, deve identificar a data da ocorrência do fato gerador da obrigação. Em síntese, o diploma nacional vincula o exercício do lançamento à data da ocorrência do fato gerador (art. 144, primeira parte).”

Por conta desta possível “improcedência” que em nosso ver se trata de nulidade, o julgador singular deixa de analisar as nulidades, no entanto de acordo com o Art. 84, § 9º. do Decreto nº 15.614/2014, **o juízo não está obrigado a pronunciar, mas está obrigado a analisar**, pois caso não se concorde com a possível improcedência haveria supressão de instância, in verbis:

“Art. 84. As irregularidades ou omissões passíveis de correção não serão declaradas nulas.

(...)

§ 9º Quando puder decidir no mérito a favor da parte a quem aproveite, a autoridade julgadora **não pronunciará a nulidade.**”

Entendo que há incongruência entre a decisão e os fatos narrados na autuação, pois a ação é uma falta de recolhimento encontrada através de levantamento de estoque, no qual é necessário o inventário final para que seja feito o levantamento, e neste caso, não há como afirmar a data correta da entrada da mercadoria sem documento fiscal, e para este caso a própria legislação do Estado do Ceará vem definir a partir de que momento a taxa de juros será cobrada, vejamos o artigo 79, incisos I e II do Decreto nº 24.569/97:

Art. 79. Quando o auto de infração indicar falta de recolhimento do imposto nos casos em que não se torne possível identificar, no período fiscalizado, a data da ocorrência, a taxa de juros será a correspondente a do:

I - mês médio, quando o período for ímpar;

II - primeiro mês da segunda metade, quando o período for par.

Portanto entendo ser nula a decisão do julgador singular, por utilizar argumentos de nulidade (metodologia) para julgar improcedente, pois a decisão não tem harmonia ou correspondência com a autuação, não se pode justificar uma improcedência de um processo de falta de recolhimento encontrado através de um levantamento de estoque como uma falta de recolhimento por não lançar uma nota fiscal de saída é totalmente desconexo com o auto de infração,

Por fim entendo também que o julgador singular deixou de analisar pedidos de nulidade solicitados pela defesa, havendo neste caso supressão de instância.

Isto posto, VOTO no sentido de:

Que se conheça do Reexame Necessário, e dar-lhe provimento, e votar da seguinte forma:

1) Incongruência entre a fundamentação do julgamento singular e a sua conclusão, por ter tratado decisão relativa à nulidade usando a metodologia como se mérito fosse; 2) Supressão de Instância em razão do julgador de 1ª Instância não ter analisado as nulidades apontadas na impugnação antes de apreciar o mérito, portanto reformando a decisão singular de improcedente para NULIDADE da DECISÃO SINGULAR de acordo com as razões apresentadas por este relator.

É o voto.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que é RECORRENTE: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª. INSTÂNCIA e RECORRIDO: **PETROBRAS DISTRIBUIDORA S/A - CGF: 06. 804830-0**

DECISÃO: Resolvem os membros da 4ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, conhecer do Reexame Necessário, dar-lhe provimento, para declarar de ofício a nulidade da decisão de 1ª Instância pelas seguintes razões: 1) Incongruência entre a fundamentação do julgamento singular e a sua conclusão, por ter tratado decisão relativa à nulidade usando a metodologia como se mérito fosse; 2) Supressão de Instância em razão do julgador de 1ª Instância não ter analisado as nulidades apontadas na impugnação antes de apreciar o mérito. Em ato contínuo, resolve determinar o retorno do processo à 1ª Instância, para realização de novo julgamento. Nos termos do voto do Conselheiro Relator e de acordo com a manifestação oral em Sessão do representante da Procuradoria Geral do Estado.

Sala das Sessões da 4ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, em
20 de maio de 2019.


Lúcia de Fátima Calou de Araújo

PRESIDENTE DA 4ª CÂMARA


José Augusto Teixeira

CONSELHEIRO


Ivete Maurício de Lima


CONSELHEIRA


Michel André Bezerra Lima Gradvohl

CONSELHEIRO


Rafael Lessa Costa Barboza


PROCURADOR DO ESTADO


Francileite Cavalcante F. Rerúgio

CONSELHEIRA


Fredy José Gomes de Albuquerque

CONSELHEIRO


Sâmara Lea Fernandes R. Silva

CONSELHEIRA