



**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO-CONAT  
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS-CRT  
4ª CÂMARA DE JULGAMENTO**

**RESOLUÇÃO Nº.: 073 /2018**

**11ª SESSÃO ORDINÁRIA DE 20.03.2018 – 13h 30min**

**PROCESSO Nº: 1/524/2014 AUTO DE INFRAÇÃO Nº: 1/2013.18293-0**

**RECORRENTE: ALVO DISTRIBUIDORA DE COMBUSTÍVEIS LTDA.**

**CGF Nº.: 06.103.637-4**

**RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA.**

**CONSELHEIRO RELATOR: JOSÉ WILAME FALCÃO DE SOUZA**

**EMENTA: ICMS – FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DEVIDO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – OPERAÇÕES COM COMBUSTÍVEIS – PERÍCIA REQUERIDA NÃO APRECIADA .** Pedido de perícia formulado na impugnação não foi alvo de apreço no julgamento singular. A perícia requerida, seja deferida ou indeferida, deve ser fundamentada, conforme disposto nos artigos 95 e 97 da Lei nº 15.614/2014. No caso concreto, não houve manifestação sobre o pedido de perícia da autuada, fato que caracteriza cerceamento do direito de defesa e a consequente nulidade da decisão, por força de previsão contida no art. 53, § 3º, do Decreto nº 25.468/1999. Em referência a alegação de nulidade em razão de omissão no julgamento singular no tocante à legislação regulatória aplicável ao setor de combustíveis foi rejeitada, posto que está evidente na decisão singular que essa matéria mereceu o devido apreço. Recurso Ordinário conhecido e provido para declarar a **NULIDADE** do julgamento singular, determinando o retorno do processo à 1ª Instância para novo julgamento, de acordo com o parecer da Assessoria Processual-Tributária, referendado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.

**PALAVRAS-CHAVE: ICMS – FALTA DE RECOLHIMENTO – OPERAÇÕES COM COMBUSTÍVEL - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - PEDIDO DE PERÍCIA NÃO APRECIADO – NULIDADE DA DECISÃO SINGULAR**

**RELATÓRIO:**

O auto de infração em lide, peça inicial do processo ora em análise, apresenta a seguinte situação como infração a legislação do ICMS:

"FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO, NO TODO OU EM PARTE, INCLUSIVE O DEVIDO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, NA FORMA E NOS PRAZOS REGULAMENTARES.

O CONTRIBUINTE DEIXOU DE RECOLHER ICMS ST DEVIDO PELO GANHO DE COMBUSTÍVEL ORIGINADO DA VARIAÇÃO DE TEMPERATURA, ENCONTRADO EM LEVANTAMENTO DE ESTOQUE, CONFORME DETALHADO EM INFORMAÇÃO COMPLEMENTAR ANEXA.

Consta da peça vestibular que foram infringidos os artigos 73 e 74 do Decreto nº 24.569/97; a sugestão da penalidade aplicável, no caso, a prevista no art. 123, I, "c", da Lei 12.670/96, alterado pela Lei nº 13.418/03; os valores do ICMS e da multa, respectivamente, em igual quantia de R\$382.566,96 (trezentos e oitenta e dois mil, quinhentos e sessenta e seis reais e noventa e seis centavos).

Nas Informações Complementares, fls.03 a 08, as autoridades fiscais listaram os dispositivos legais que justificam o lançamento e apresentam os fatos que deram subsídio ao auto de infração, dentre os quais merecem destaques os seguintes:

"A referida autuação deve-se ao fato de ter sido constatado em levantamento quantitativo de estoque que a empresa em tela obteve um ganho de 177.053 litros de gasolina "A" e 637.173 litros de óleo diesel, durante o exercício de 2008, sem recolher o ICMS devido por este ganho" (fl.04).

(...)

A empresa justificou o ocorrido informando que tais diferenças de volume ocorreram em virtude da dilatação do produto, e que esse aumento foi calculado dentro dos 0,6% estabelecido na portaria da Agência Nacional de Petróleo, o que não foi acatado pela fiscalização (fl.07).

(...)

Ora, se ao vender o óleo diesel e gasolina "A" circulou mais quantidade do que foi adquirida, essa quantidade não foi tributada, sendo devido o lançamento do imposto. Assim, procedemos ao lançamento do crédito tributário com base no artigo 484 do decreto 24.569/97 (fl.08).

Às fls. 37 a 54, a empresa Petrobras Distribuidora S.A, na qualidade de sucessora da empresa atuada (Alvo Distribuidora de Combustíveis Ltda.), ingressa com impugnação ao auto de infração, onde apresenta os seguintes argumentos:

- Decadência do crédito tributário reclamado no auto de infração (fl.42);
- Que houve o correto recolhimento de todo o ICMS ST devido no período (fl.45);
- Da aplicação de multa em caráter confiscatório (fl.49).

Na parte conclusiva da impugnação, a empresa formula os seguintes pedidos (fls. 53/54):

- a) Seja conhecida a presente Impugnação para julgar improcedente o Auto de Infração em análise, tendo em vista (i) a ocorrência de decadência do suposto crédito tributário pelo decurso do prazo de 05 anos entre a data

do fato gerador e a intimação da Companhia acerca da lavratura do Auto de Infração e (ii) o correto recolhimento de toda a carga tributária do ICMS Substituição Tributária devido nas operações realizadas, sendo certo que o Fisco autuou erroneamente a ora requerente utilizando uma metodologia incorreta no levantamento de estoque realizado (misturou quantidades de combustíveis calculados a temperatura ambiente com quantidades calculadas a temperatura de controle – 20º C em sua apuração).

- b) Caso não seja acolhida a pretensão constante do item “a” acima, sejam os valores da penalidade aplicada reduzidos a patamar condizente com a suposta infração cometida, de forma a não caracterizar confisco veda-do dos bens da Impugnante, respeitando o artigo 150, inciso IV da Cons-tituição Federal – princípio da vedação ao confisco.

E para finalizar a impugnação requer a conversão do julgamento em dili-gência/perícia contábil a fim de comprovar a inexistência de passivo tribu-tário no caso em apreço.

O processo foi remetido para julgamento em Primeira Instância. A julgadora monocrática, por sua vez, decidiu pela PROCEDÊNCIA do feito fiscal, confor-me emoldurado na ementa a seguir transcrita (fl.86):

“ICMS – FALTA DE RECOLHIMENTO - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. O contribuinte fiscalizado deixou de recolher o ICMS - Substituição Tributária decorrente do ganho de combustível, álcool hidratado, óleo diesel e gaso-lina “A”, originado da variação de temperatura encontrado em seus esto-ques. Infringência aos Arts. 73 e 74 do Decreto nº 24.569/1997, e penali-dade prevista no Art. 123, inciso I, alínea “c” da Lei nº 12.670/1996.  
AÇÃO FISCAL PROCEDENTE.  
DEFESA TEMPESTIVA”.

Inconformada com a decisão condenatória proferida em 1ª Instância, a empre-sa ingressa com recurso ordinário (fls. 97 a 124) onde volta a requerer a deca-dência parcial do crédito constituído (fl.100). No azo, foi alegada a nulidade da decisão de 1ª Instância por ausência de apreciação da legislação do CNP e da ANP (fl.103), por ausência de apreciação do pedido de diligência fiscal contábil (fl.105) e por inexistência de previsão legal para cobrança de variação volu-métrica do combustível (fl.106). E, por último, a recorrente alega que a multa reclamada tem efeito de confisco (fl. 119).

No final do recurso ordinário, requer a recorrente (fls. 123 verso e 124):

- a) Seja conhecido e provido o presente Recurso para anular a decisão de 1ª Instância;  
b) Caso não seja anulada a decisão de 1ª Instância, que seja conhecido e provido o recurso para reformar a decisão de 1ª Instância, julgando im-procedente o Auto de Infração em análise; e  
c) Caso não seja reformada a decisão nos moldes do requerido no pará-grafo anterior, seja dado provimento ao recurso para anular o processo em análise, tendo em vista (i) o cerceamento do direito de defesa da Recorrente, tendo em vista a ausência de perícia contábil requerida.

Por meio do Parecer nº 20/2018 (fls.140 a 145), a Assessoria Processual Tributária se manifesta em concordância com a recorrente, no sentido de que houve irregularidade no julgamento singular posto não se posicionar acerca do pedido de perícia formulado na impugnação e, por isso, sugere que se anule o julgamento singular, devolvendo o processo à 1ª Instância para novo julgamento, no que teve o aval do representante da Procuradoria Geral do Estado, conforme despacho de fls. 146.

Eis, em síntese, o relatório.

### VOTO DO RELATOR

Trata o auto de infração em lide sobre falta de recolhimento do ICMS devido por substituição tributária em operações com combustíveis, no valor de R\$382.566,96 (trezentos e oitenta e dois mil, quinhentos e sessenta e seis reais e noventa e seis centavos), durante o exercício 2008.

Preliminarmente, é preciso admitir que está evidente nos autos, conforme alerta a recorrente, que no julgamento singular não houve manifestação da nobre julgadora acerca do pedido de perícia da impugnante. Em que pese constar do julgamento ("relatório") que a impugnante pede a "...realização de perícia fiscal para confirmar a inexistência de passivo tributário" (fl.88), na parte relativa à "fundamentação" não se tratou sobre o pedido de perícia.

Como se sabe, no processo administrativo tributário o contribuinte poderá requerer a realização de perícia/diligência, que será deferida ou indeferida pelo julgador. Em ambos os casos a decisão terá que ser fundamentada, consoante previsto nos artigos 95 e 97, da Lei nº 15.614/2014. Vejamos:

**Art. 95.** A autoridade julgadora determinará a realização de diligência ou de perícia, quando necessária à solução do litígio, em despacho que conterá os motivos que as justifique e, em caso de perícia, os quesitos que lhe são pertinentes.

**Art. 97.** O julgador indeferirá, de forma fundamentada, o pedido de realização de perícia, quando:

I – formulado de modo genérico;

II – não observada a pertinência dos quesitos formulados aos fatos imputados na autuação;

III – os fatos forem incontroversos e os elementos contidos nos autos forem suficientes à formação de seu convencimento;

IV – tratar-se de fatos notórios, verossímeis e compatíveis com a realidade e as provas constantes dos autos;

V – a verificação for prescindível ou relacionada com documentos cuja juntada ou modo de realização seja impraticável;

VI – a prova do fato não dependa de conhecimento técnico especializado.

No caso concreto, a julgadora proferiu a decisão de mérito da acusação fiscal sem, contudo, manifestar-se acerca da perícia solicitada, ou seja, não houve o indeferimento formal do pedido do contribuinte, conforme estampado no art. 97, da Lei nº 15.614/2014.

Também está previsto na legislação processual vigente que “A autoridade julgadora apreciará livremente as provas, devendo indicar expressamente os motivos de seu convencimento (art. 91, da Lei nº 15.614/2014).

Com efeito, os dispositivos legais citados acima demonstram que, no caso concreto, houve uma falha formal no julgamento singular, pois a nobre julgadora, em que pese ter o livre convencimento sobre a matéria a ser julgada, não poderia ter deixado de se manifestar sobre a perícia solicitada, acolhendo ou não o pedido da autuada. A inobservância dessa obrigação se caracteriza como cerceamento do direito de defesa, o que acarreta a nulidade da decisão por força do disposto no art, 53, § 3º, do Decreto nº 25.468/99.

No tocante a alegada nulidade da decisão de 1ª Instância por ausência de apreciação da legislação do CNP e da ANP (fl.103), entendemos que não poderá ser acolhida, porquanto a simples leitura do julgamento singular nos mostra que houve a apreciação da questão suscita em sede de impugnação. E em sendo assim, não vislumbramos o vício na decisão que imponha a declaração de nulidade da decisão singular.

Por todo o exposto, voto pelo conhecimento do Recurso Ordinário, dar-lhe provimento, para declarar a **NULIDADE** da decisão proferida pela nobre julgadora singular, em face da ausência de apreciação do pedido de perícia, determinado o retorno dos autos à 1ª Instância para novo julgamento.

Eis o voto.

#### **DECISÃO:**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que é **RECORRENTE** Alvo Distribuidora de Combustíveis Ltda. e **RECORRIDO** a Célula de Julgamento de 1ª Instância

Resolvem os membros da 4ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Ordinário, dar-lhe provimento, para declarar **NULA A DECISÃO DE 1ª INSTÂNCIA**, ante a constatação de que a respeitável julgadora singular não se manifestou sobre o pedido de perícia formulado pelo contribuinte em sua peça impugnatória. Em ato contínuo se determina o **RETORNO DO PROCESSO** à instância de origem para que se proceda à novo julgamento. Em referência a alegação recursal de nulidade da decisão singular, em razão desta ter supostamente se omitido no tocante à legislação regulatória aplicável ao setor de combustíveis, resolvem afastá-la por unanimidade de votos, por não vislumbrarem tal vício na decisão recorrida. Decisão, nos termos do voto do Conselheiro Relator e de acordo com


o Parecer da Assessoria Processual Tributária, adotado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.

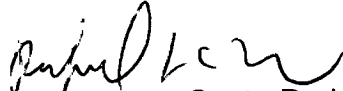
**SALA DAS SESSÕES DA 4ª. CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTARIOS, em Fortaleza, aos 16 de abril de 2018.**

  
Abílio Francisco de Lima  
**PRESIDENTE**

  
José Wilane Falcão de Souza  
**CONSELHEIRO RELATOR**

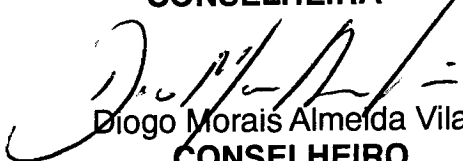
  
Lúcio Flavio Alves  
**CONSELHEIRO**

  
José Augusto Teixeira  
**CONSELHEIRO**

  
Rafael Lessa Costa Barboza  
**PROCURADOR DO ESTADO**  
Ciência em \_\_\_\_\_

  
Rodrigo Portela Oliveira  
**CONSELHEIRO**

p/   
Camilla Borges Duarte  
**CONSELHEIRA**

  
Diogo Morais Almeida Vilar  
**CONSELHEIRO**