



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

RESOLUÇÃO Nº. 127/2019

49ª SESSÃO ORDINÁRIA DE 19 de julho de 2019 – 13h 30 min

PROCESSO Nº: 1/3900/2016

AUTO DE INFRAÇÃO Nº: 201618651-1

RECORRENTE: ALESAT COMBUSTÍVEIS S A

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

INSCRIÇÃO ESTADUAL: 06 201381-5

CNPJ 23 314 594/0029-01

CONSELHEIRA RELATORA: IVETE MAURÍCIO DE LIMA

EMENTA: FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA devido pela distribuidora, na condição de contribuinte substituído, detectada em levantamento de estoque relativo ao período de janeiro a dezembro de 2012. Decisão de Primeira Instância **PROCEDENTE**. Afastadas as preliminares suscitadas no Recurso Ordinário por unanimidade de votos e no mérito, também por unanimidade de votos, nega provimento ao recurso interposto, para confirmar a decisão **condenatória** exarada em 1ª Instância, nos termos do voto da Conselheira Relatora, de acordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, adotado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

PALAVRAS CHAVE: SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – LEVANTAMENTO DE ESTOQUE - GASOLINA “C”- ENTRADA DE COMBUSTÍVEL SEM RETENÇÃO – ICMS ST - CONTRIBUINTE SUBSTITUÍDO – DISTRIBUIDORA DE COMBUSTÍVEL

RELATÓRIO:

Versa a peça basilar que o sujeito passivo deixou de recolher o ICMS Substituição Tributária devido pela diferença de 658.950 litros de gasolina adquiridos sem a efetiva comprovação do recolhimento do imposto, conforme levantamento de estoque detalhado em Informação Complementar anexa.

Segundo a autoridade fiscal, tal fato infringiu os artigos 73 e 74 do Decreto nº 24.569/97, o que gerou a aplicação da penalidade prevista no art. 123, I, “c”, da Lei nº 12.670/96, alterada pela Lei nº. 13 418/03 e, conseqüentemente, o lançamento de ofício do ICMS no valor de R\$ 613 166,93 (Seiscentos e treze mil, cento e sessenta e seis reais e noventa e três centavos) e **MULTA** equivalente a 1 (uma) vez esse valor

O agente fiscal nas Informações Complementares ao descrever os fatos, esclarece que a empresa autuada pertence ao segmento atacadista, tendo adquirido no exercício fiscalizado, os produtos Álcool Etilico Anidro Combustível – AEAC, denominado Álcool Anidro e Gasolina “A” para serem misturados e darem origem a um novo produto denominado Gasolina “C”.

Sobre a responsabilidade da autuada pelo recolhimento do ICMS, diz que a condição de contribuinte substituído não a exime dessa obrigação, quando a aquisição tiver ocorrido sem a retenção do ICMS, sem o respectivo documento fiscal, ou seja, por qualquer motivo, não ficar comprovado o devido recolhimento, consoante dispõe o artigo 431, § 3º do Decreto nº 24 569/97

Apresenta a legislação aplicável à matéria, descrevendo os dispositivos legais da legislação estadual e nacional, no âmbito do CONFAZ.

Explica a metodologia desenvolvida, que teve como base o cotejo entre os estoques iniciais e finais de 2009 e movimentação de entradas e saídas de combustíveis apresentadas pelo contribuinte, conforme ANEXO I – Relatório Analítico de Movimentação de Entradas ano 2012 – por produto, ANEXO II – Relatório Analítico de Movimentação de Saídas Ano 2012 – por produto e o ANEXO III – Demonstrativo da Produção e Comercialização de Gasolina C, sintetizados no ANEXO V – Quadro Totalizador de Estoque Ano 2012

Diz que procedeu a exclusão das notas fiscais com CFOP 1949 e 5949, por considerar pertinente a justificativa apresentada pelo contribuinte, entretanto, no tocante a argumentação da autuada de que a diferença apontada seria motivada pela dilatação (ganho volumétrico) decorrente da variação de temperatura, padece de comprovação técnica. Afirma que mesmo considerando lógicas as explicações acerca da volatilidade, propriedade físico-química dos combustíveis, não exigir comprovação técnica e científica, implica admitir que fossem quais fossem o montante das diferenças constatadas no levantamento fiscal, se a metade, o dobro ou o triplo do volume encontrado, o resultado estaria plenamente justificado, o que ao nosso ver, não é um entendimento razoável

Assevera que, de fato, não se pode comprovar que a diferença apurada decorre meramente da variação de temperatura, pois o fato revelado pode ter outras motivações como. aquisição sem documento fiscal, não escrituração de notas fiscais de entrada, utilização de álcool anidro superior ao determinado pela legislação vigente na produção da gasolina C, degradação de combustíveis comercializados, inconsistência das informações prestadas ao Fisco, como estoques inicial e final, que serviram de base para o levantamento fiscal

Considera descabida excluir o percentual de 6% e admitir que a incidência do ICMS alcance apenas aquele quantitativo que ultrapasse o referido percentual, com base na Portaria DNC nº 26/92, pois a mesma não trata de questões relacionadas a possíveis ganhos volumétricos, além de que, deixar de cobrar o ICMS sobre a diferença encontrada, seria conceder isenção de ICMS sem o devido amparo legal.

Expõe que intimou a empresa para informar sobre o momento em que realiza a apuração do ajuste de inventário do combustível, conforme alega, se emite nota fiscal e recolhe o ICMS correspondente, no entanto, a empresa até a presente data não apresentou quaisquer das informações solicitadas.

Detalha os critérios aplicados para a definição da base de cálculo e cálculo do ICMS ST, observando que a falta de recolhimento apontada não decorre de reajuste de preço ou de base de cálculo

Anexa os documentos que embasaram a autuação às fls. 13/28, dentre os quais se destaca o Quadro Totalizador de Estoque Ano 2012 (fls 25).

Na Primeira Instância, a julgadora declara PROCEDENTE (fls. 106/119) a autuação, refutando todos os argumentos de mérito da impugnante na mesma linha do agente fiscal, deixando de apreciar a alegação de que a multa aplicada tem caráter confiscatório, com base no que determina o parágrafo 2º do art. 48 da Lei nº 15.614/2014 e de acatar o pedido de perícia, por se mostrar os fatos incontroversos, consoante previsto no art. 63, IV, 91 e 97 da Lei nº 15.614/2014.

O sujeito passivo no Recurso Ordinário (fls. 126/184), após sintetizar os fatos e as questões apresentadas na impugnação, questiona a decisão singular com as seguintes irresignações:

- 1 NULIDADE da decisão de 1ª Instância por cerceamento de defesa em decorrência do indeferimento da produção da prova pericial (fls 132/133);
- 2 A origem dos volumes divergentes apurados pela fiscalização decorre da variação volumétrica provocada pela oscilação de temperatura a que se submete os combustíveis, tratada na contabilidade por AJUSTE DE INVENTÁRIO (fls. 133/137);
- 3 Inocorrência do aspecto material do fato gerador do imposto previsto no art. 2º, I, da LC nº 87/96, nos artigos 113, § 1º e 11 do CTN e no art 155, II da Constituição (fls. 137/146),
- 4 Do Fator de Conversão de Volume – FCV, Convênio ICMS nº 61/2015, reconhecimento da inexistência de fato gerador do ICMS pela simples variação de temperatura (fls. 147/148);
- 5 Da definitividade do recolhimento antecipado sob o regime de substituição tributária Impossibilidade da exigência da distribuidora de combustível do ICMS incidente sobre a cadeia de comercialização dos combustíveis derivados de petróleo Responsabilidade tributária para frente a cargo exclusivamente da Refinaria de Petróleo (fls. 148/156);
6. Da inocorrência do aspecto temporal do fato gerador do imposto previsto no art 12, I, da LC nº 87/1996, momento da saída da mercadoria e não sua entrada ou estocagem (fls. 157/160);
- 7 Subsidiariamente, da revisão do valor do imposto (parcial improcedência): da cobrança do imposto apenas sobre o volume que exceder ao estoque final (fls 161/162);
8. Da existência de margem de variação dos combustíveis prevista na Portaria DNC nº 26/92 por todos os fiscos estaduais e seu caráter de

norma complementar nos termos do art. 100 I e 111 do CTN (fls. 162/170);

9. Da necessária aplicação da proporção das saídas internas de gasolina em relação ao total de saídas realizadas de gasolina pela corrente no período (fls. 171/173);

10. Afastamento da multa aplicada, por sua desproporcionalidade em relação à gravidade da infração e da necessária adequação objetiva entre causa e efeito, com aplicação da multa prevista no art 123, VIII, "d" da Lei nº 12.670/96 (fls. 173/178);

11. Pede a revisão do levantamento fiscal para retificar os valores levantados conforme tópico III (fls. 181) e, caso entenda necessário, converter o julgamento em diligência para realização de prova pericial, com o objetivo de reconhecer que as diferenças apontadas correspondem aos valores lançados na escrita fiscal como Ajustes de Inventário, originada da variação volumétrica em razão da variação de temperatura;

12. Ilegitimidade passiva da distribuidora para figurar no polo passivo da autuação (fls. 182);

13. Subsidiariamente, a cobrança do ICMS se restrinja ao volume que superar o estoque final dos combustíveis, visto que não se pode presumir que o volume de combustível teria saído integralmente dos tanques da autuada (fls 183);

14. Reconhecer o caráter confiscatório da multa aplicada no percentual de 100%, conforme entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal (fls 184),

A Célula de Assessoria Processual Tributária às fls. 204/212 no Parecer nº 141/2019, adotado pelo representante da Douta Procuradoria do Estado, manifesta-se para manter a PROCEDÊNCIA exarada a Primeira Instância

É o RELATÓRIO

VOTO DA RELATORA:

Trata-se de Recurso Ordinário apresentado pelo sujeito passivo contra decisão de PROCEDÊNCIA proferida em 1ª Instância.

A denúncia fiscal se refere à falta de recolhimento do ICMS Substituição Tributária que incide nas operações com os produtos Álcool Etilico Anidro Combustível – AEAC, denominado Álcool Anidro e Gasolina “A” para serem misturados e darem origem a um novo produto denominado Gasolina “C”.

As razões recursais serão assim pontuadas, para facilitar a compreensão:

CARÁTER CONFISCATÓRIO DA MULTA

Inicialmente se enfrenta a irresignação da Recorrente quanto ao alegado caráter confiscatório da multa. É pacífico nos tribunais administrativos que o julgador não tem competência para deixar de aplicar ato normativo, sob a alegação de ilegalidade e inconstitucionalidade.

Assim, torna-se descabido, por expressa vedação legal, consoante o disposto no art. 48, § 2º da Lei nº 15.614/2014, que este tribunal administrativo venha perquirir acerca do caráter confiscatório da multa aplicada ou determinar a redução do seu percentual

"Art 48 O julgamento de processo administrativo-tributário no CONAT é da competência inicial dos Julgadores Administrativo-Tributários sob a forma monocrática, observado o disposto no art 121 desta Lei, e quando em grau de recurso, dos órgãos do CRT, em deliberação coletiva ()

§ 2º Não se inclui na competência da autoridade julgadora afastar a aplicação de norma sob o fundamento de inconstitucionalidade, ressalvada a hipótese em que tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal – STF, observado

I – em Ação Direta de Inconstitucionalidade ou Declaratória de Constitucionalidade, após a publicação da decisão,

II – em Ação Direta de Inconstitucionalidade, por via incidental, após a publicação da resolução que suspender a execução do ato, pelo Senado Federal,

III – em Súmula Vinculante aprovada pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do art 103-A da Constituição Federal "

NULIDADE DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

Quanto ao pedido de nulidade do julgamento singular por cerceamento de defesa por rejeição da necessária realização da perícia técnica, ante a característica físico-química peculiar dos combustíveis, os quais variam em volume em função da oscilação de temperatura, entendo que deva ser rejeitado tendo em vista o julgador singular haver indeferido o pedido de perícia e motivado, conforme se comprova com destaque para parte do trecho da decisão:

"Por fim, decide-se pelo indeferimento do pedido de perícia solicitada pelo contribuinte, visto que o levantamento fiscal não deixa dúvidas quanto ao ilícito tributário cometido, não devendo ser aceitos os argumentos apresentados pela impugnante A não autorização para realização de perícia ampara-se no que dispõem os artigos 63, inciso IV, 91 e 97 da Lei nº 15 614/2014, a seguir reproduzidos

"Art 63 A impugnação deverá conter

IV - a documentação probante de suas alegações,

"Art 91 A autoridade julgadora apreciará livremente as provas, devendo indicar expressamente os motivos de seu convencimento "

"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, 111 - os fatos forem incontroversos e os elementos contidos nos autos forem suficientes à formação de seu convencimento,

IV - tratar-se de fatos notórios, verosímeis 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** " (grifei e negritei)

DA ILEGITIMIDADE PASSIVA

A Recorrente na sua argumentação, defende que é definitivo o recolhimento antecipado sob o regime de substituição tributária, cuja responsabilidade tributária para frente fica a cargo exclusivamente da Refinaria de Petróleo.

Seguindo esse raciocínio entende que na condição de distribuidora de combustível não pode figurar no polo passivo da autuação, visto que o único responsável/substituto tributário pelo ICMS incidente sobre o óleo diesel é a refinaria de petróleo.

É bem verdade que a Legislação Tributária atribui a Refinaria de petróleo a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS Substituição Tributária, na condição de substituto tributário, entretanto, uma vez comprovado que não houve o efetivo recolhimento, o distribuidor de combustível responde subsidiariamente, ou seja, não exclui a responsabilidade do substituído pelo pagamento do imposto, logo é legítimo figurar no polo passivo da autuação.

Com efeito, mostra-se claro que a exigência antecipada do ICMS Substituição Tributária por ocasião das saídas da Refinaria relativamente às saídas subsequentes da Distribuidora não é empecilho à constituição de créditos tributários contra a Distribuidora relativamente às saídas que não foram incluídas naquela cobrança antecipada.

DA REVISÃO DO LANÇAMENTO FISCAL – PEDIDO DE PERÍCIA

Pede a Recorrente que seja revisto lançamento fiscal e caso necessário, seja convertido o julgamento em diligência para realização de prova pericial, com o objetivo de reconhecer que as diferenças de volume consideradas pela fiscalização correspondem aos valores registrados em sua escrita como "Ajustes de Inventário", que representam nada mais do que as variações volumétricas causadas pela oscilação de temperatura.

Observa-se que o pedido de Recorrente não se embasa em falhas pontuais no levantamento fiscal, mas tão somente em pretensa validação de um procedimento adotado pela empresa, que não encontra amparo na legislação tributária.

Outrossim, mostra-se frágil esse argumento por não ter respaldo em parecer técnico ou norma tributária, restando tão somente ratificar os sólidos fundamentos expostos pelo agente fiscal nas Informações Complementares, quanto às justificativas apresentadas pelo sujeito passivo no tocante às diferenças constatadas.

Feita essas considerações, afasta-se o pedido da Recorrente em razão da realização de perícia ser desnecessária para o julgamento do caso concreto, nos termos do art, 97, III, da Lei 15614/14, porquanto a variação volumétrica do combustível estar devidamente demonstrada nos autos

QUESTÕES DE MÉRITO

A metodologia aplicada pelo agente fiscal encontra consonância na legislação estadual, mostrando-se fácil a compreensão de que o agente fiscal utilizou a conhecida técnica que consiste em confrontar no exercício fiscalizado, as mercadorias disponíveis para vendas (EI + C) com a soma das saídas mais o estoque final (S + EF), devendo ser satisfeita a equação $EI + C = S + EF$.

De forma que, as eventuais diferenças denotam irregularidade, sujeitando o contribuinte ao pagamento do imposto, no caso, por substituição tributária, na forma da legislação tributária.]

Assim, o agente fiscal partiu da premissa de que, se houve entrada de combustíveis para comercialização sem o devido recolhimento do imposto, ou seja, encontrada uma diferença entre o que foi submetido à retenção e o que foi efetivamente comercializado, é devida a cobrança pela complementação do ICMS ST.

Com efeito, torna-se infrutífero saber a origem da diferença dos volumes divergentes apurados pela fiscalização, pois o cerne da questão gira em torno da incidência do ICMS sobre essas diferenças a maior na quantidade de combustíveis comercializados pela distribuidora nas suas operações de vendas, sem a retenção devida da ST sobre tal diferença

Por tais razões, não se coaduna com o argumento da Recorrente de que deva ser reconhecido a inexistência do aspecto material do fato gerador do ICMS e ainda que não ocorre o aspecto temporal do fato gerador do imposto previsto no art 12, I, da LC nº 87/1996, momento da saída da mercadoria e não sua entrada ou estocagem.

Cabe salientar que a instituição do Fator de Correção de Volume – FCV e sua inclusão na fórmula do cálculo da substituição tributária, consoante previsão no Ato Cotepe/ICMS CONFAZ nº 04/2015, com efeitos a partir de 1º de janeiro de 2016, demonstra uma uniformização na cobrança, exatamente em função de comprovados ganhos volumétricos em regiões com altas temperaturas.

Alega a Recorrente que o ICMS somente deveria incidir sobre o volume que superar o estoque final dos combustíveis, pois não se pode presumir que aquele combustível "novo" (ganho de temperatura) teria saído integralmente dos tanques da autuada, requerendo a parcial procedência.

Nesse ponto, cabe esclarecer que a autuação se baseia na presunção de que efetivamente as saídas de combustíveis foram superiores às entradas, portanto, o ICMS ST que deveria ter sido pago na entrada, independe da origem dessa diferença, deve ser cobrado sobre a quantidade de combustível que não houve efetivamente o recolhimento.

Também requer a parcial procedência para cobrança do ICMS sobre a proporção de saídas internas em relação ao total de saídas. Não há como ser aplicada ao caso, a regra citada pela Recorrente, em razão de que a proporcionalidade sugerida se refere as saídas de mercadorias, contudo, a autuação em tela decorre de falta de recolhimento oriundo de entradas omitidas

Outro ponto trazido no Recurso Ordinário diz respeito a margem de variação dos combustíveis prevista na Portaria DNC nº 26/92 por todos os fiscos estaduais e seu caráter de norma complementar nos termos do art 100 I e 111 do CTN.

Insta salientar que legislação apontada pela Recorrente não trata de matéria tributária e nem poderia ser, uma vez que a competência do CNP – Conselho Nacional de Petróleo é de baixar normas de procedimentos relacionados ao abastecimento nacional de petróleo, inclusive quanto à fiscalização de todos os envolvidos com essa atividade.

A portaria indicada pela Recorrente se restringe às situações específicas de “perda” ou “armazenagem” de combustíveis, sem nenhuma relação com o motivo da autuação, que trata especificamente de “aumento” ou “ganho” no volume de combustível, visto que o volume de saídas é superior ao de entradas

Por fim, conclui-se que a autuação está lastreada em levantamento quantitativo dos produtos citados, que se baseia nos documentos de entradas e saídas do estabelecimento fiscalizado, culminando a questão em mero acerto matemático, não se tratando de arbitramento ou mera estimativa, mas sim da elaboração de cálculos conforme esclarecido nas planilhas que embasam o levantamento fiscal.

Dito isso, conclui-se que o lançamento possui todos os elementos indispensáveis para determinar com segurança a infração denunciada e identificar corretamente o infrator, razão pela qual me manifesto pela sua rejeição.

Assim, o agente fiscal partiu da premissa de que, se houve ganho volumétrico comprovado na efetiva entrada de combustíveis para estocagem e comercialização sem o devido recolhimento do imposto, ou seja, encontrada uma diferença entre o que foi submetido à retenção e o que foi efetivamente comercializado, é devida a cobrança pela complementação do ICMS ST

Por oportuno ressaltar que, o resultado do levantamento fiscal foi submetido à análise do contribuinte, que foi intimado para informar sobre o momento em que realiza a apuração do ajuste de inventário do combustível, conforme alega, se emite nota fiscal de entrada e recolhe o ICMS correspondente, no entanto, a empresa não apresentou nenhuma comprovação

Ademais, o entendimento divergente da matéria por outros tribunais administrativos não tem o condão de descaracterizar a denúncia fiscal retratada nos autos, que se respalda em levantamento analítico de estoque, comprovando a existência de volume de combustível não submetido à antecipação do ICMS-ST.

Por outro lado, cabe a Recorrente, de forma específica, indicar eventuais diferenças e/ou erros no levantamento, para que se promova as devidas correções, ou comprovar que procedeu o recolhimento do ICMS na condição de sujeito passivo e de distribuidor dos produtos, entretanto, assim não procedeu

Diante uma autuação bem embasada, de uma peça de julgamento bem fundamentada que foi ratificado no Parecer da Assessoria Processual Tributária, com fundamentos sólidos e consistentes, dos quais se coaduna literalmente, mostra-se desnecessária se prolongar nessa discussão

Resta pois, validar o resultado apontado pelos agentes fiscais, que não deixa dúvidas de que as vendas declaradas pela empresa, somadas ao estoque final registrado dos produtos indicados, são superiores às compras somadas ao estoque inicial no exercício fiscalizado, conseqüentemente, o ICMS ST deixou de ser recolhido na entrada.

Em razão disso, lucros foram auferidos, visto que efetivamente vendas foram realizadas, tendo efetivamente ocorrido circulação de mercadorias, configurando-se fato gerador do ICMS, independente da natureza do objeto que lhe deu causa, face ao princípio da objetividade, consoante art. 118 do CTN:

“Art. 118. A definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se

l - da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos; (g.n)”.

Assim sendo, o que se tem de concreto é que a diferença de estoque encontrada pela auditoria fiscal foi identificada com base nos documentos e arquivos fornecidos pela autuada e que independentemente da causa, recai sobre a autuada a responsabilidade pelo pagamento do ICMS Substituição Tributária, na condição de distribuidor dos produtos mencionados, observando as regras específicas para este regime de tributação.

Por fim, conclui-se que houve infração aos artigos 73 e 74 do Decreto nº 24.569/97, mostrando-se pertinente a aplicação da penalidade prevista no art. 123, I, “c”, da Lei nº. 12.670/96, alterada pela Lei nº. 13.418/03 e, consequentemente.

Por todo o exposto, voto pelo conhecimento em parte do Recurso Ordinário, deixando de conhecer no tocante ao alegado caráter confiscatório da multa, negando-lhe provimento à parte reconhecida, para confirmar a decisão condenatória exarada em Primeira Instância

DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

ICMS: R\$ 613 166,93
MULTA: R\$ 613 166,93
TOTAL: R\$ 1 226.333,86

Eis o VOTO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que é Recorrente ALESAT Combustíveis S.A e Recorrido. CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA.

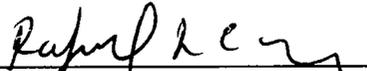
DECISÃO:

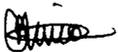
Resolvem os membros da 4ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Ordinário e deliberar nos seguintes termos **1. Quanto à nulidade apontada pela parte** - afastada por unanimidade de votos, em razão de inexistir cerceamento ao direito de defesa, **2.1. quanto ao pedido de revisão do levantamento fiscal** – afastado por unanimidade de votos, em razão da realização de perícia ser desnecessária para o julgamento do caso concreto, nos termos do art, 97, III, da Lei 15614/14, porquanto a variação volumétrica do combustível estar devidamente demonstrada nos autos; **2.2. quanto ao pretense reconhecimento de inexis-**

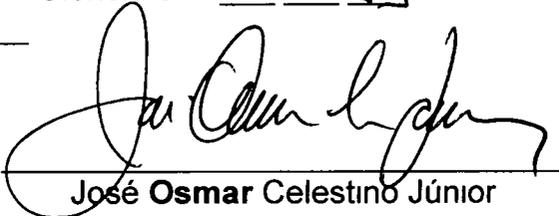
tência do aspecto material do fato gerador do ICMS – afastado por unanimidade de votos, porquanto efetivamente comprovada a circulação da mercadoria excedente; **2.3. quanto à alegada ilegitimidade da distribuidora recorrente para figurar no pólo passivo da autuação** – afastada, por unanimidade de votos, porquanto o distribuidor é substituído tributário e responde subsidiariamente pelo pagamento do imposto; **2.4. quanto à pretensa inexistência do aspecto temporal do fato gerador do ICMS** - afastada por unanimidade de votos, em reconhecimento à circulação da mercadoria, **3.1. quanto ao pedido de procedência parcial do auto para cobrança do ICMS sobre o volume que superar o estoque final dos combustíveis** - afastada por unanimidade de votos, por reconhecer que o excedente total do combustível está comprovado e enseja a cobrança do tributo sobre todo o e excedente não recolhido, **3.2. quanto ao pedido de procedência parcial do auto para cobrança do ICMS sobre o volume que superar a margem de variação volumétrica do combustível** - afastada por unanimidade de votos, por reconhecer que o excedente total do combustível está comprovado e enseja a cobrança do tributo sobre todo o e excedente não recolhido; **3.3. quanto ao pedido de procedência parcial do auto para cobrança do ICMS sobre a proporção de saídas internas em relação ao total de saídas** – afastada por unanimidade de votos, em razão de que a proporcionalidade sugerida se refere as saídas de mercadorias; contudo o presente Auto de Infração é decorrente de falta de recolhimento oriundo de omissão de entradas; **4. quanto à alegação do caráter confiscatório da multa** – afastada por unanimidade de votos, em razão de que este órgão de julgamento não pode se manifestar a respeito da presente matéria, não cabendo a este Conselho analisar tal questão, uma vez que o controle de constitucionalidade de Lei é de exclusiva competência do Poder Judiciário **5. No mérito**, também por unanimidade de votos, a 4ª Câmara nega provimento ao recurso interposto, para confirmar a decisão **condenatória** exarada em 1ª Instância, nos termos do voto da Conselheira Relatora, de acordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, adotado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

Sala das Sessões da 4ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, em 28 de AGOSTO de 2019.


 Lúcia de Fátima Calou de Araujo
 Presidente da 4ª Câmara


 Rafael Lessa Costa Barboza
 Procurador do Estado
 Ciência em 28/8/19


 Ivete Maurício de Lima
 Conselheira RELATORA


 José Osmar Celestino Júnior



José Augusto Teixeira
Conselheiro

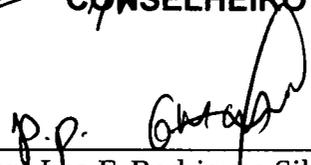


Michel André Bezerra Lima Gradvohl
Conselheiro

CONSELHEIRO



Fredy José Gomes de Albuquerque
CONSELHEIRO

P.P. 

Sâmara Lea F. Rodrigues Silva Aguiar
CONSELHEIRA