

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS
CÂMARA SUPERIOR

RESOLUÇÃO Nº 010/2022

39ª SESSÃO ORDINÁRIA DA CÂMARA SUPERIOR DO CRT EM 27/12/2021

RECORRENTE: SP INDÚSTRIA E DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA

RECORRIDO: ESTADO DO CEARÁ (1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CRT)

PROCESSO Nº: 1/1125/2018 AUTO DE INFRAÇÃO Nº: 1/201801326

RELATOR: CONSELHEIRO HENRIQUE JOSÉ LEAL JEREISSATI

EMENTA: ICMS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMISSIBILIDADE. FALTA DE RECOLHIMENTO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA DE COMBUSTÍVEIS POR DISTRIBUIDORA. 1. Falta de Recolhimento do ICMS ST relativo a Óleo Diesel, no exercício de 2013. **2.** Infração detectada a partir do levantamento de estoque. **3.** Não acatado o argumento da recorrente de variação de combustíveis em 0,6% a título de ganho volumétrico, previsto na Portaria do DNC nº 26/1992 (Departamento Nacional de Combustíveis). **4.** Recurso Extraordinário conhecido e improvido para confirmar, por voto de desempate da Presidente, a decisão recorrida (Res. nº 081/2021) proferida pela 1ª Câmara de Julgamento do CRT, ratificando a procedência da acusação fiscal, com Penalidade prevista no art. 123, inciso I, alínea “c” da Lei nº 12.670/96, alterada pela Lei nº 13.418/03. **5.** Decisão nos termos do voto do Conselheiro Relator e de acordo com a manifestação oral do representante da Procuradoria-Geral do Estado.

Palavra-chave: ICMS – Falta de Recolhimento – Substituição Tributária – Óleo Diesel – Levantamento de Estoque – Expansão Volumétrica – Procedente.

RELATO

Consta do relato do Auto de Infração:

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

DEVIDO A DIFERENÇA DE 205.324 LITROS DE ÓLEO DIESEL COMERCIALIZADOS SEM A EFETIVA COMPROVAÇÃO DO RECOLHIMENTO DO IMPOSTO, CONFORME LEVANTAMENTO DE ESTOQUE DETALHADO EM INFORMAÇÃO COMPLEMENTAR.”

Foram apontados como dispositivos legais infringidos os artigos 73 e 74 do Decreto nº 24.569/97.

Como penalidade, foi sugerida a estabelecida no art. 123, I, “c”, da Lei nº 12.670/96, alterado pela Lei nº 13.418/2003.

Nas Informações Complementares (fls. 03 a 10) o agente fiscal informa:

“1.1. A empresa é domiciliada neste Estado e cadastrada de acordo com a Classificação Nacional de Atividade Econômica – CNAE como ‘Comércio atacadista de álcool carburante, biodiesel, gasolina e demais derivados de petróleo, exceto lubrificantes, não realizado por transportador retalhista (TRR) – CNAE 468.1801.

(...)

1.3. A distribuidora de combustíveis ao adquirir regularmente de produtor nacional os produtos acima indicados, o faz com o ICMS total retido, ou seja, ICMS Normal mais ICMS Substituição Tributária ICMS-ST, sendo atribuída a ela a qualidade de contribuinte substituído.

1.4. A condição de contribuinte substituído, atribuída a distribuidora, não a exime da responsabilidade pelo recolhimento do tributo, quando essa adquirir os produtos sem a retenção do ICMS, sem o respectivo documento fiscal, ou se, por qualquer motivo, não ficar comprovado o devido recolhimento do ICMS relativo ao combustível comercializado.”

O Processo foi encaminhado para o julgamento de 1ª Instância, que após analisar a impugnação apresentada pelo contribuinte – fls. 24 a 54 dos autos, proferiu decisão pela procedência da autuação, conforme Ementa abaixo transcrita:

“EMENTA: ICMS E MULTA – AUTO DE INFRAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA NA FORMA E NOS PRAZOS REGULAMENTARES. ÓLEO DIESEL. LEVANTAMENTO DE ESTOQUE. Infração: art. 73 e 74 Decreto nº 24.569/97. Penalidade prevista art. 123, I, “c” da Lei nº 12.670/96, alterado pela Lei nº 13.418/03. DEFESA TEMPESTIVA. Autuação: PROCEDENTE.”

Inconformado com o julgamento singular, o contribuinte interpõe Recurso Ordinário – fls. 122 a 156 dos autos, arguindo as seguintes questões:

1. Da ilegitimidade passiva da atuada para se responsabilizar pelo recolhimento do ICMS-ST relativo às operações com óleo diesel A (fl.126);
2. Decadência parcial do crédito tributário, na forma do art.150, § 4º do CTN (fl.129);
3. Da expansão volumétrica dos combustíveis. A divergência do estoque constatado no levantamento fiscal é oriunda não da omissão de entrada, mas sim da expansão volumétrica do combustível (fl.132);
4. Da ausência de previsão legal acerca da tributação dos aumentos volumétricos de combustíveis alusivos a fatos geradores anteriores a 2016 (fl.137);
5. Da impossibilidade de tributação do estoque e da inexistência de saída de ÓLEO DIESEL A do estabelecimento atacadista (fl.144);
6. Da aplicabilidade do percentual de ganho/perda de combustíveis na margem de 0,6% (fl.147);
7. Do erro no levantamento do estoque. Requer uma perícia para que se constate a verdade material (fl.150);
8. Do erro da penalidade aplicada e da necessidade de seu reenquadramento. Requer a aplicação do artigo 126, parágrafo único da Lei nº 12.670/96, ou a inserida no art. 123, I, “d” da mesma lei (fl.151);
9. Do pedido: requer a ilegitimidade passiva da empresa atuada, a improcedência do auto de infração, produção de prova pericial e o reenquadramento da penalidade (fl.155).

O processo é encaminhado a Célula de Assessoria Processual Tributária que emite o parecer nº 184/2020 sugerindo a procedência, confirmando o julgamento singular.

O processo foi então encaminhado para a 1ª Câmara de Julgamento, onde foi proferida decisão pela procedência, segundo Resolução nº 81/2021, que traz a seguinte Ementa:

“EMENTA: ICMS - FALTA DE RECOLHIMENTO – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. – Falta de recolhimento do ICMS ST relativo a Óleo Diesel, relativo ao exercício 2013, detectada a partir do levantamento de estoque. Afastados os pedidos de extinção por ilegitimidade do sujeito passivo, com base no § 3º do art. 431, do Decreto nº 24.569/97, de decadência parcial do feito fiscal, com base no art.173, I, CTN e perícia com fundamento no art.97, III da Lei nº 15.614/2014. Infração aos artigos 73 e 74 do Decreto nº 24.569/97. Penalidade prevista no art.123, inciso I, alínea “c” da Lei nº 12.670/96, alterada pela Lei nº 13.418/03. Recurso Ordinário conhecido, mas não provido. Confirmada a decisão de PROCEDÊNCIA da acusação fiscal, nos termos do julgamento singular, parecer da Assessoria Processual Tributária e manifestação oral do representante da douta Procuradoria-Geral do Estado.”

A empresa inconformada com a decisão exarada pela 1ª Câmara de Julgamento ingressa com Recurso Extraordinário, trazendo como paradigmas as Resoluções 733/2015, 088/2017 e 431//2012, da 1ª Câmara de Julgamento e a Resolução 286/2012, da 2ª Câmara de Julgamento.

Em Despacho de nº 179/2021, emitido pela Presidência do CONAT, foi admitido o Recurso Extraordinário em relação às Resoluções de números 733/2015 e 088/2017, da 1ª Câmara de Julgamento e 286/2012, da 2ª Câmara de Julgamento, relativamente ao argumento da recorrente de variação de combustíveis em 0,6% a título de ganho volumétrico, previsto na Portaria do DNC n. 26/1992 (Departamento Nacional de Combustíveis).

Este é o relato.

erro no levantamento fiscal elaborado pela auditoria para análise da necessidade de realização de perícia.

Ressalte-se que o trabalho desenvolvido pela fiscalização por meio do levantamento de estoque mostra que a diferença encontrada relativamente ao combustível Óleo Diesel foi detectada a partir da equação ESTOQUE FINAL + SAÍDA superior ao somatório ESTOQUE INICIAL + ENTRADAS. Ora, o ICMS ST é devido pela entrada, que não fora registrada, então a responsabilidade pelo pagamento é da empresa autuada, por força do previsto no § 3º do art. 431, do Decreto nº 24.569/97, acima já mencionado.”

O caso em tela, refere-se à cobrança de ICMS em face de quantidade verdadeira e real do combustível efetivamente vendido pela empresa, configurando incidência do ICMS na tradição desse volume comercializado a maior e ter, a distribuidora, auferido lucros nessas operações.

Desta feita, irrelevante, dentro do princípio da objetividade do fato gerador, conforme comando inserto no art. 118 do CTN, a natureza do objeto que lhe deu causa. Assim, oportuno trazer o catalogado no art. 3º, inciso I, do Decreto nº 24.569/97- RICMS.

“ Art. 3º Ocorre o fato gerador do ICMS no momento:

I – da saída, a qualquer título, de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro do mesmo titular;”

Convém, ainda, trazer o disciplinado na Portaria DNC n. 26 de 13.11.1992, no art. 52, assim editado:

"Art. 52. Independentemente de notificação do DNC, quando for constatada perda do estoque físico de combustíveis superior 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) equipamentos (s) correspondente(s)."

Assim, o previsto no artigo citado não se aplica ao caso, pois a empresa autuada é cadastrada na atividade econômica como Comércio Atacadista de Combustíveis.

Desta maneira, adotamos os fundamentos da decisão recorrida (Res. 081/2021) de que o contribuinte deixou de recolher o ICMS decorrente de óleo diesel, no exercício de 2013, constatado em levantamento quantitativo de estoque de mercadoria, portanto, sujeitando a autuada a penalidade do art. 123, I, "c" da Lei n. 12.670/96.

Pelo exposto, voto no sentido de conhecer do Recurso interposto, negar-lhe provimento para confirmar a decisão condenatória exarada na 1ª Câmara de Julgamento.

Este é o voto.

DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

BASE DE CÁLCULO : R\$ 87.262,11

ICMS : R\$ 14.834,55

MULTA: R\$ 14.834,55

TOTAL : R\$ 29.669,91

