



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - Câmara Superior

RESOLUÇÃO Nº: 046 /2017
24ª SESSÃO ORDINÁRIA DA CÂMARA SUPERIOR EM: 16.11.2017
PROCESSO DE RECURSO Nº 1/3859/2013
AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/201315245-4
RECORRENTE: ALESAT COMBUSTÍVEIS S A
CGF 06.201.381-5
RECORRIDO: ESTADO DO CEARÁ (3ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CRT)
RELATOR: CONS. LÚCIO FLÁVIO ALVES

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. ÁLCOOL HIDRATADO CARBURANTE. DISTRIBUIDORA DE COMBUSTÍVEIS. Contribuinte deixou de recolher ICMS substituição tributária, no exercício de 2009, alusivo as operações com álcool hidratado carburante relativo a ganho de combustível originado da variação de temperatura, verificado pelo Levantamento Quantitativo de Estoque de Mercadorias. Recurso extraordinário conhecido e improvido para confirmar, por unanimidade de votos, a decisão recorrida n. 072/2017 proferida na 3ª Câmara de Julgamento, ratificando a **procedência** da acusação fiscal, com base no artigo 5º da Portaria DNC n. 5, c/c art. 3º, I; art. 431, § 3º, art. 464 todos do Dec. 24.569/97 com penalidade no art. 123, I, "c" da Lei nº. 12.670/96, e em conformidade com a manifestação do representante da Procuradoria Geral do Estado.

Palavras chave: ICMS. Falta de recolhimento. Substituição tributária. SLE. Álcool hidratado carburante. Expansão volumétrica. Procedente.

01 - RELATÓRIO

A peça inicial imputa à empresa em epígrafe o cometimento de infração à legislação tributária estadual, conforme relato que se transcreve a seguir:



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - Câmara Superior

"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 combustíveis originado da variação de temperatura, encontrada em levantamento de estoque, conforme detalhado em informação complementar anexa. "

Apontada infringência aos artigos 73 e 74 do Decreto nº 24.569/97. Aplicada a penalidade preceituada no art. 123, I, "c", da Lei n. 12.670/96, alterado pela Lei nº 13.418/03.

Nas informações complementares o agente aduz que:

" 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 73.318 litros de álcool hidratado, durante o período fiscalizado, sem recolher o ICMS devido por esse ganho.

(...)

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, conforme exposto no capítulo 2 deste auto de infração."

DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO(R\$)

Base de Cálculo	131.972,40
ICMS	32.993,10 (25%)
Multa	32.993,10
TOTAL	65.986,20

Ao caderno processual constam: O Mandado de Ação Fiscal n. 2013.15557, Termo Início de Fiscalização 2013.15832, Termo de Intimação 2013.21161, Termo de Conclusão de Fiscalização n. 2013.33768, Demonstrativo de apuração do estoque do exercício de 2009.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - Câmara Superior

O contribuinte foi intimado do lançamento e apresentou impugnação de acordo com documento encartado às fls. 31/63 dos autos.

Na Instância primeira o auto de infração foi julgado **PROCEDENTE**, com aplicação da penalidade inserta no art. 123, I, "c" da Lei nº. 12.670/96, com alteração da Lei nº. 13.418/03.

Inconformada com a decisão singular, a empresa interpôs recurso ordinário ao Conselho de Recursos Tributários, no qual requer basicamente:

1. *Da nulidade do julgamento, cerceamento de defesa frente ao indeferimento do pedido de prova pericial pela então impugnante;*
2. *Da origem das divergências: variação volumétrica em virtude de oscilação de temperatura registrada como "ajustes de inventário";*
3. *Do fundamento principal: ausência de configuração do aspecto material do fato gerador do ICMS;*
4. *Existência de norma da ANP aceita por todos os Fiscos de presunção de margem de variação de volumes dos combustíveis(0,6%);*
5. *Da inaplicabilidade da multa prevista no art. 123, I, "c" da Lei 12.670/96;*
6. *Que seja aplicada a penalidade incerta no art. 123, VIII, "d" da Lei 12.670/96.*

O Parecer da Assessoria Processual Tributária, referendado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado, opina pelo conhecimento do recurso ordinário, negar-lhe provimento para ratificar o julgamento singular de **procedência**.

No julgamento na 3ª Câmara de Julgamento o processo foi julgado pela **procedência** segundo Resolução n. 072/2017.

A empresa inconformada com a decisão proferida ingressa com recurso extraordinário, trazendo como paradigma a Resolução n. 442/2011 e 31/2017.

Pelo Despacho da Presidência do CONAT n. 204/2017 foi admitido o recurso extraordinário em relação a Resolução n. 442/2011. ☞

É o sucinto relatório.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - Câmara Superior

02 – VOTO DO RELATOR

Trata-se de recurso extraordinário em face da decisão proferida pela 3ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributário - CRT constante da **Resolução n. 72/2017**, que julgou procedente a falta de recolhimento do ICMS, pois a empresa deixou de recolher o ICMS Substituição Tributária -ST no valor de R\$ 32.993,10 referente ao produto álcool etílico hidratado combustível –AEHC, constatado em levantamento Quantitativo de Estoque de Mercadorias e multa de igual valor.

Diga que na resolução recorrida foi informado que o percentual de 0,6% a título de ganho volumétrico é descabida, porquanto o percentual de que cuida à Portaria do DNC nº 26/92, aplica-se aos Postos Revendedores –PR e visa identificar possíveis vazamentos de combustíveis para o meio de ambiente, conforme se depreende do considerando e artigo 5º da Portaria DNC 26/92.

A Resolução anexa como **paradigma n. 422/2012** da 2ª Câmara de Julgamento do CRT, refere-se a omissão de entradas de gasolina aditivada, no período abril/2006 a julho/2006, detectada pelo Sistema de Levantamento de Estoque –SLE , em que foi deduzida das perdas e ganhos toleráveis (0,6%).

Insta esclarecer que pelo **Despacho 240/2017** da Presidência do CONAT foi admitido o recurso extraordinário, conforme o disposto no art. 106 da Lei nº 15.614/2014, em que o ponto discordante reside quanto a necessidade ou não de considerar a possível variação volumétrica na metodologia de fiscalização.

No caso dos autos o agente fiscal quando da verificação de que a empresa autuada adquiriu combustíveis sem a devida documentação fiscal, intimou a empresa para que apresentasse justificativa para as omissões encontradas, porém, a empresa aduziu que os valores apontados pela SEFAZ/CE como diferenças quantitativas de estoque correspondem aos litros do combustível adquiridos através do processo físico da dilatação do produto, decorrente da variação de temperatura.

Insta destacar que a empresa autuada tem 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 4681802.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - Câmara Superior

Noticie que no caso específico do Álcool Etílico Hidratado Carburante –AEHC, cuja cadeia de comercialização não inclui a participação da refinaria, a apuração e recolhimento do ICMS, em regime de substituição tributária por entrada, é de responsabilidade da Distribuidora, devendo o imposto ser mensalmente recolhido, conforme o talhado no art. 464 do Dec. 24.569/97-RICMS.

Portanto, ficou comprovado nos autos da resolução recorrida o recolhimento do ICMS em regime de substituição tributária, quando da entrada do produto AEHC na empresa autuada foi em quantidade menor do que aquela que efetivamente foi negociada na saída, uma vez que o produto é adquirido à temperatura de 20° C e a temperatura ambiente do Ceará e sempre superior, assim, o lançamento decorre da quantidade de SEHC que foi acrescida, tendo em vista o fenômeno natural (expansão volumétrica), com esteio no previsto no art. 431, § 3º do RICMS.

No caso em tela, refere-se a 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 incerto no art. 118 do CTN, a natureza do objeto que lhe deu causa. Assim, oportuno trazer o catalogado no art. 3º, I do Dec. 24.569/97- RICMS.

Correto o procedimento fiscal, uma vez que proceder de outra maneira seria ratificar uma forma de enriquecimento sem causa.

Convém, trazer o disciplinado na Portaria DNC n 5 de 21.2.1996, no art. 5º, assim editado:

“Art. 5º. Independentemente de notificação do DNC, quando for constatada perda do estoque físico de combustíveis superior a seis décimos por cento, caberá ao TRR ou TRRNI proceder a apuração das causas e, se detectado vazamento para o meio ambiente, providenciar os necessários reparos.”

Assim, o previsto no artigo acima 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. 72/2017) de que o contribuinte deixou de recolher o ICMS decorrente de álcool etílico hidratado, no



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - Câmara Superior

exercício de 2009, constatado em levantamento quantitativo de estoque de mercadoria, portanto, sujeitando a autuada a penalidade catalogada no art. 123, I, "c" da Lei n. 12.670/96.

Ex positis, VOTO no sentido de conhecer do Recurso interposto, negar-lhe provimento para confirmar a decisão condenatória exarada na 3ª Câmara de Julgamento.

DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

ICMS	R\$ 32.993,10
Multa	R\$ 32.993,10
TOTAL	R\$ 65.986,20

03 – DECISÃO

Vistos, relatados e discutidos o Processo de Recurso Extraordinário nº 1/3859/2013 – Auto de Infração: 1/201315245. Recorrente: Alesat Combustíveis S A Recorrido: Estado do Ceará (3º Câmara de Julgamento do CRT).

Decisão: “ A Câmara Superior do Conselho de Recursos Tributários, deliberando sobre o Recurso Extraordinária admitido pela Presidência com base no que dispõe os Artigos 5º , inciso II e 107 da Lei nº 15.614/14, **Resolve**, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso interposto, para decidir pela manutenção da decisão **CONDENATÓRIA** proferida pela Câmara recorrida, nos termos do voto do Conselheiro Relator, conforme manifestação oral do representante da douta Procuradoria Geral do Estado, em sessão. Ausente, por motivo justificado, o Conselheiro José Gonçalves Feitosa”.

SALA DAS SESSÕES DA CÂMARA SUPERIOR DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, 19 de ~~DEZEMBRO~~ de 2017.

Francisca Marta de Sousa
PRESIDENTE DA CÂMARA SUPERIOR

Manoel Marcelo Augusto Marques Neto
Conselheiro- Presidente


Antônia Helena Teixeira Gomes
Conselheira - Presidente

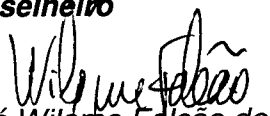


SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - Câmara Superior

Lúcia de Fátima Calou de Araújo
Conselheira-presidente


Leilson Oliveira Cunha
Conselheiro


Francisco Wellington Ávila Pereira
Conselheiro



José Wilame Falcão de Souza
Conselheiro



Valler Barbalho Lima
Conselheiro

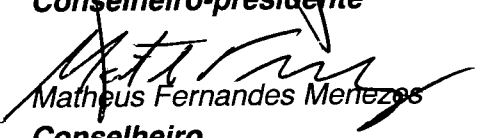

Lúcio Flávio Alves
Conselheiro Relator


José Augusto Teixeira
Conselheiro


Matteus Viana Neto
Procurador do Estado

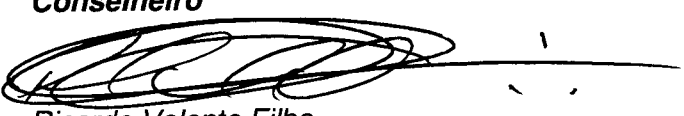

Ubiratan Ferreira de Andrade
Procurador do Estado


Abílio Francisco de Lima
Conselheiro-presidente



Matheus Fernandes Menezes
Conselheiro


José Gonçalves Feitosa
Conselheiro


P/12 Osvaldo Alves Dantas
Conselheiro


Ricardo Valente Filho
Conselheiro


Pedro Jorge Medeiros
Conselheiro


Filipe Pinho da Costa Leitão
Conselheiro

André Gustavo Carreiro Pereira
Procurador do Estado

Rafael Lessa Costa Barboza
Procurador do Estado