

PROCESSO Nº 1313822019-3

ACÓRDÃO Nº 0017/2021

TRIBUNAL PLENO

Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP.

Recorrida: SETTA COMBUSTÍVEIS S/A.

Repartição Preparadora: UNIDADE DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA SEFAZ - CABEDELO

Autuante: ANTÔNIO CARLOS BORGES LEITÃO

Relatora: CONS^a. SUPLENTE LARISSA MENESES DE ALMEIDA.

FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - DIFERENÇA VOLUMÉTRICA E ACRÉSCIMOS NO VOLUME DE COMBUSTÍVEIS - DECADÊNCIA PARCIAL DOS CRÉDITOS LANÇADOS - DENÚNCIA CONFIGURADA EM PARTE - AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE - MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA - RECURSO DE OFÍCIO DESPROVIDO.

O prazo inicial para contagem da decadência, em se tratando de falta de recolhimento do ICMS Substituição Tributária, em que houve a emissão de notas fiscais e declaração ao Fisco, deve ter, como marco temporal, aquele em que efetivamente ocorreram os fatos geradores, consoante inteligência do Art. 150, §4º, do CTN.

Eventual diferença a maior detectada nos estoques de combustíveis, não tendo esse acréscimo sido tributado quando do recolhimento antecipado pela refinaria de petróleo, sujeita o contribuinte ao recolhimento do imposto devido por substituição tributária, haja vista a ocorrência de fato imponível.

Vistos, relatados e discutidos os autos deste Processo, etc...

A C O R D A M os membros do Tribunal Pleno de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade de acordo com o VOTO pelo recebimento do recurso hierárquico, por regular e, quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento* para manter inalterada a sentença monocrática que julgou PARCIALMENTE PROCEDENTE o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002695/2019-10, lavrado em 27 de agosto de 2019, em desfavor da empresa SETTA COMBUSTÍVEIS S/A., inscrição estadual nº 16.139.538-4, já qualificada nos autos, condenando-a ao pagamento do crédito tributário no valor total de R\$ R\$ 913.985,02 (Novecentos e treze mil, novecentos e oitenta e cinco reais e dois centavos.) composto de R\$ 456.992,51 (Quatrocentos e cinquenta e seis mil, novecentos e noventa e dois reais e cinquenta e um centavos.), de ICMS, e R\$ 456.992,51 (Quatrocentos e cinquenta e seis mil, novecentos e noventa e dois reais e cinquenta e um centavos), de multa por infração com fulcro no que dispõem os arts. 391 e 399, do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, com proposição da penalidade prevista no art. 82, V, “c”, da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo em que mantenho cancelado o montante de R\$ R\$353.720,16 (trezentos e cinquenta e três mil, setecentos e vinte reais e dezesseis centavos), sendo

R\$176.860,08 (cento e setenta e seis mil, oitocentos e sessenta reais e oito centavos) de ICMS e R\$176.860,08 (cento e setenta e seis mil, oitocentos e sessenta reais e oito centavos) de multa por infração, pelos fundamentos anteriormente expostos.

Ressalvo, por oportuno, que a Autuada é detentora de medida liminar, Processo Judicial nº 0011816-45.2013.815.2001, determinando que o fisco se abstenha de exigir o ICMS-ST incidente sobre os GANHOS (matéria objeto do referido auto de infração), no entanto, o Auto de Infração em epígrafe foi lavrado visando constituir o referido crédito tributário, impedindo assim que o mesmo fosse alcançado pela decadência, nos termos do parecer da Coordenadoria de Assessoria Jurídica da Secretaria de Estado da Receita da Paraíba, constante do processo nº 1320022016-3, que opinou pela lavratura de Auto de Infração, com suspensão dos atos executórios, até a decisão definitiva do processo judicial.

Intimações a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar

P.R.I.

Tribunal Pleno do Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 25 de janeiro de 2020.



LARISSA MENESES DE ALMEIDA
Conselheira Relatora Suplente

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros do Tribunal Pleno de Julgamento, RODRIGO DE QUEIROZ NÓBREGA, PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON, SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA, THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA FONSECA, PETRÔNIO RODRIGUES LIMA, LEONARDO DO EGITO PESSOA E MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES.

SÉRGIO ROBERTO FÉLIX LIMA
Assessor

PROCESSO Nº 1313822019-3

TRIBUNAL PLENO

Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP.

Recorrida: SETTA COMBUSTÍVEIS S/A.

Repartição Preparadora: UNIDADE DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA SEFAZ - CABEDELO

Autuante: ANTÔNIO CARLOS BORGES LEITÃO

Relatora: CONS^a. SUPLENTE LARISSA MENESES DE ALMEIDA.

FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - DIFERENÇA VOLUMÉTRICA E ACRÉSCIMOS NO VOLUME DE COMBUSTÍVEIS - DECADÊNCIA PARCIAL DOS CRÉDITOS LANÇADOS - DENÚNCIA CONFIGURADA EM PARTE - AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE - MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA - RECURSO DE OFÍCIO DESPROVIDO.

O prazo inicial para contagem da decadência, em se tratando de falta de recolhimento do ICMS Substituição Tributária, em que houve a emissão de notas fiscais e declaração ao Fisco, deve ter, como marco temporal, aquele em que efetivamente ocorreram os fatos geradores, consoante inteligência do Art. 150, §4º, do CTN.

Eventual diferença a maior detectada nos estoques de combustíveis, não tendo esse acréscimo sido tributado quando do recolhimento antecipado pela refinaria de petróleo, sujeita o contribuinte ao recolhimento do imposto devido por substituição tributária, haja vista a ocorrência de fato imponível.

RELATÓRIO

A presente demanda teve início por meio do Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002695/2019-10, lavrado em 27 de agosto de 2019, contra a empresa SETTA COMBUSTÍVEIS S/A, no qual consta a seguinte acusação:

0392 - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA >> O contribuinte suprimiu o recolhimento do ICMS – Substituição Tributária.

NOTA EXPLICATIVA: IRREGULARIDADE CONSTATADA PELAS ENTRADAS DE GASOLINA A E ÓLEO DIESEL NOS EXERCÍCIOS DE 2014 E 2015, SEM O RECOLHIMENTO DO ICMS-ST DEVIDO, APURADAS ATRAVÉS DE NOTAS FISCAIS EMITIDAS PELA PRÓPRIA AUTUADA, NO CFOP 1949, CONFORME DEMONSTRATIVO EM ANEXO.

Foram dados como infringidos os arts. 391 e 399, do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, com proposição da penalidade prevista no art. 82, V, “c”, da Lei nº

6.379/96, sendo apurado um crédito tributário de R\$ 1.267.705,18 (Um milhão, duzentos e sessenta e sete mil, setecentos e cinco reais e dezoito centavos) composto de R\$ 633.852,59 (seiscentos e trinta e três mil, oitocentos e cinquenta e dois reais e cinquenta e nove centavos), de ICMS, e R\$ 633.852,59 (seiscentos e trinta e três mil, oitocentos e cinquenta e dois reais e cinquenta e nove centavos), de multa por infração.

Além da peça acusatória, foram incluídas pelo Auditor Fiscal, nos autos, planilhas analíticas, referente à apuração do ICMS – ST das notas fiscais de entrada dos combustíveis, Gasolina “A” e óleo Diesel (fls. 08 e 09).

Depois de regularmente cientificada, pessoalmente, no próprio auto de infração, em 28/08/2019 (fl. 06), a autuada protocolou tempestivamente impugnação ao auto de infração (fls. 41), por meio da qual levantou os seguintes argumentos:

- a) A improcedência do procedimento fiscal em decorrência da ausência de repercussão tributária do ganho operacional/aumento volumétrico em função da variação de temperatura. Ou seja, tal exigência fiscal resulta em uma tributação sem fato gerador que a justifique;*
- b) Revelou também, em relação à imposição tributária de falta de recolhimento do ICMS Substituição Tributária, que a ANP admite um percentual limite de 0,6% (seis centésimos por cento) relativo à variação de temperatura com aumento dos combustíveis, conforme Portaria DNC 26/1992 e Resolução ANP 23/2004;*
- c) O Colendo Tribunal de Justiça da Paraíba - TJPB já se manifestou no sentido de que "A expansão volumétrica de combustíveis líquidos decorrente de aumento de temperatura não configura novo fato gerador alheio à antecipação de recolhimento da refinaria, porquanto não se está diante de uma nova operação tributável, é dizer, de nova entrada ou saída intermediária não considerada para o cálculo do imposto antecipado, mas de variação natural de uma mercadoria volátil por natureza";*
- d) O combustível, porquanto comercializado em volume, está sujeito a variações volumétricas, não só negativas (por conta da alegada evaporação), mas também positivas (como, por dilatação);*
- e) Todo o combustível adquirido teve o ICMS retido por substituição tributária pelas refinarias e/ou centrais petroquímicas de acordo com os volumes constantes nas notas fiscais de compra tendo como parâmetro a temperatura de 20° C;*
- f) Complementa, ao afirmar que após a ocorrência do fato gerador presumido acima citado, não pode o Estado exigir ICMS-ST complementar, visto que esse ganho operacional ocasionado pelo aumento de temperatura não caracteriza um novo fato gerador presumido ocorrido;*
- g) Informou que existe decisão judicial (fls. 95/100), em favor da Impugnante e, em desfavor do Estado da Paraíba, que determina a suspensão da exigibilidade do ICMS complementar sobre a variação volumétrica de combustíveis;*
- h) Argui a decadência do crédito tributário relativo aos períodos anteriores a 28/08/2014 (há mais de cinco anos da ciência do Auto de Lançamento);*
- k) Que caso subsista qualquer cobrança executiva, dela deve ser decotada as multas aplicadas nos percentuais de 100% sobre o valor do débito, pois o*

percentual arbitrado mostra-se desproporcional e com efeitos nitidamente confiscatórios, contrariando a regra do art. 150, inciso IV da Constituição da República;

E, ao final, pugnou em apertada síntese:

- a) Pela produção de prova pericial, nos termos do art. 59 da Lei Estadual nº 10.094/2013;*
- b) Em seguida, pelo cancelamento das exigências contidas no auto de lançamento em tela;*
- c) Alternativamente, caso não seja esse o entendimento, requer a nulidade da multa aplicada ou, ao menos, sua redução a um patamar razoável.*

Lavrado o Termo de conclusão, os autos foram remetidos à Gerência de Julgamentos de Processos Fiscais – GEJUP, e distribuídos para o julgador fiscal, Christian Vilar de Queiroz, que julgou PARCIALMENTE PROCEDENTE o auto de infração em apreço, recorrendo hierarquicamente da decisão, nos termos do art. 80, da Lei nº 10.094/2013, nos termos da ementa abaixo transcrita:

DECADÊNCIA PARCIAL DOS CRÉDITOS FISCAIS. REGRA DO ART. 150, §4º, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. COMBUSTÍVEIS. EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS DE ENTRADAS NO CFOP 1949. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS/ST INCIDENTE SOBRE DIFERENÇA VOLUMÉTRICA E ACRÉSCIMOS NO VOLUME DE COMBUSTÍVEIS. ILÍCITO CONFIGURADO EM PARTE.

- Com relação à decadência aplica-se o art. 150, §4º, do CTN. Cientificação ao sujeito passivo ocorreu após prazo regular de constituição do crédito tributário, restando decaído o crédito tributário relativo aos fatos geradores ocorridos até o mês de julho de 2014.

- A falta de recolhimento do ICMS-ST pelo contribuinte legalmente responsável por tal ato, acarreta, “ipso facto”, o lançamento de ofício do imposto. O reconhecimento da existência de ganhos operacionais, através da emissão de notas fiscais de entradas, justifica a cobrança do imposto, independentemente da origem do estoque.

- Atos executórios suspensos em face de medida liminar concedida nos autos do Mandado de Segurança nº 0011816-45.2013.815.2001.

Cientificada da decisão de primeira instância, através de seu domicílio tributário eletrônico, em 26/12/2019, a empresa não apresentou recurso voluntário.

Remetidos a este Colegiado, os autos foram distribuídos a esta Relatoria para análise e julgamento.

Este é o relatório.

VOTO

Em exame o recurso *hierárquico*, interposto contra a decisão de primeira instância, que julgou PARCIALMENTE PROCEDENTE o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002695/2019-10, lavrado em 27 de agosto de 2019, em desfavor da empresa SETTA COMBUSTÍVEIS S/A.

No caso vertente, versam os autos sobre a acusação de “falta de recolhimento do ICMS ST”, pela emissão de notas fiscais de entradas, CFOP 1949, referente aos exercícios de 2014 e 2015, contra a empresa em epígrafe, com exigência do crédito tributário acima relatado e cuja acusação se arrima na documentação acostada às folhas fls. 08 e 09 dos autos do processo.

De início, é importante discorrer acerca da verificação dos aspectos de natureza formal do auto infracional. Com efeito, sabe-se que um ato administrativo poderá ser anulado quando ilegal ou ilegítimo. O libelo acusatório trouxe devidamente a indicação da pessoa do infrator, a natureza da infração, não existindo incorreções capazes de provocar a nulidade, por vício formal, na autuação, conforme se aduz dos artigos 15, 16 e 17, abaixo transcritos, da Lei nº 10.094, de 27 de setembro de 2013, DOE de 28/09/13:

Art. 15. As incorreções, omissões ou inexatidões, que não importem nulidade, serão sanadas quando não ocasionarem prejuízo para a defesa do administrado, salvo, se este lhes houver dado causa ou quando influírem na solução do litígio.

Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no “caput”, não será declarada a nulidade do auto de infração sob argumento de que a infração foi descrita de forma genérica ou imprecisa, quando não constar da defesa, pedido neste sentido.

Art. 16. Os lançamentos que contiverem vício de forma devem ser considerados nulos, de ofício, pelos Órgãos Julgadores, observado o disposto no art. 15 desta Lei.

Art. 17. Está incluído na hipótese prevista no art. 16 desta Lei, o Auto de Infração lavrado em desacordo com os requisitos obrigatórios estabelecidos no art. 142 do Código Tributário Nacional, quanto:

I - à identificação do sujeito passivo;

II - à descrição dos fatos;

III - à norma legal infringida;

IV - ao nome, ao cargo, ao número de matrícula e à assinatura do autor do feito;

V - ao local, à data e à hora da lavratura;

VI - à intimação para o sujeito passivo pagar, à vista ou parceladamente, ou impugnar a exigência, no prazo de 30 (trinta) dias, contado a partir da data da ciência do lançamento.

Nesse norte, a natureza da infração está perfeitamente definida e a pessoa do infrator corretamente identificada, de modo que o lançamento de ofício atende aos requisitos da Lei nº 10.094/2013, não ensejando nulidade.

Com efeito, na peça exordial estão contidos todos os elementos necessários para a validade do ato, conforme o disposto pelo artigo 41 do mesmo diploma legal, abaixo delineado. Ademais, verifica-se que a capitulação legal é exata e a descrição dos fatos, explícita, havendo perfeita subsunção do fato à hipótese de incidência legal.

Art. 41. São requisitos do Auto de Infração e da Representação Fiscal:

I - a indicação da repartição preparadora;

II - a hora, a data e o local da lavratura;

III - a qualificação do autuado, o endereço, e dependendo do tributo, o número do registro no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF/MF), sua inscrição no Cadastro de Contribuintes do Estado (CCICMS/PB) e no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica do Ministério da Fazenda (CNPJ/MF);

IV - sendo o caso, a qualificação dos dirigentes ou responsáveis legais pela empresa, quando possível tal identificação;

V - a descrição da infração com o respectivo montante tributável;

VI - a capitulação da infração e a indicação da penalidade aplicável;

VII - o valor do tributo lançado de ofício;

VIII - o valor da penalidade aplicável;

IX - a intimação para o pagamento do tributo e penalidade ou para apresentação da impugnação, se for o caso, indicando o prazo e seu permissivo legal;

X - o esclarecimento de que, havendo expressa renúncia à impugnação, o contribuinte poderá beneficiar-se das reduções legais, nas hipóteses de pagamento, à vista ou parcelado;

XI - a assinatura e qualificação funcional do autor;

XII - a assinatura do autuado ou seu representante, inclusive na modalidade virtual, nos termos previstos na legislação, sendo substituída, no caso de recusa ou outro obstáculo, por declaração das razões pelas quais não foi feita a intimação;

XIII - a assinatura de testemunhas, quando houver.

Cumpra ainda explicitar que todos os cálculos desenvolvidos para a apuração dos valores devidos encontram-se rigorosamente detalhados e apurados conforme planilhas anexas ao Relatório Fiscal (fls. 08 e 09).

Nesse esteio, observa-se que foram oportunizados à autuada todos os momentos para que se defendesse, reiterando-se a ampla defesa, o contraditório, e o devido processo legal administrativo, alguns dos pilares do ordenamento jurídico processual.

DA DECADÊNCIA

No que tange à análise da decadência, faz *mister* esclarecer que o contribuinte emitiu as notas fiscais de entradas, no CFOP 1949, referente aos ganhos por variação de temperatura, informando-as à Fazenda Estadual da Paraíba, não se demonstrando omissões de sua parte que impedissem ou dificultassem ao Fisco o conhecimento da ocorrência dos fatos geradores.

Ademais disso, em relação à apuração do ICMS-ST, o agente fiscal identificou que os referidos documentos fiscais foram emitidos com o objetivo de ajustar e regularizar os seus estoques, para efeito de fechamento contábil da empresa, relativamente aos produtos Gasolina “A” e Óleo Diesel, sem que houvesse, porém, o recolhimento do imposto devido.

E sobre isso, ressaltou o julgador singular, *in verbis*:

“Em síntese, o sujeito passivo realizou uma declaração prévia ao fisco paraibano que constituiu crédito tributário, incluindo todas as operações objeto da exigência. Ademais, repiso, estas operações foram faturadas, sendo emitidas notas fiscais eletrônicas, modelo 55 emitidas pela própria empresa autuada e destinadas a ela mesma, tendo como natureza da operação “outras entradas não especificadas”, sem destaque de base de cálculo e do ICMS-ST.”

Examinando o caso em questão, a matéria em tela não demanda maiores exegeses, pois, na acusação de falta de recolhimento do ICMS, em que houve a entrega das devidas declarações de informações fiscais perante o Fisco, constando as informações do lançamento das notas fiscais, referentes ao aumento no volume do combustível, aplica-se o art. 150, § 4º, do CTN.

De maneira que a situação se regula pela norma do art. 22, da Lei nº 10.094/2013, *infra*:

Art. 22. Os prazos de decadência e prescrição obedecerão ao disposto na legislação específica de cada tributo, respeitadas as regras do Código Tributário Nacional.

§ 1º. A decadência deve ser declarada de ofício.

§ 2º. *Aplica-se o prazo decadencial previsto no § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional aos casos de lançamento por homologação.*

§ 3º. *Na hipótese de tributo sujeito a lançamento por homologação em que o contribuinte tenha realizado a entrega de declaração de informações econômicas fiscais à Fazenda Estadual, ou tenha realizado recolhimento a menor do que o declarado, o prazo decadencial será de 5 (cinco) anos, contado exatamente da data da ocorrência do fato gerador. (g. n.)*

Pelas razões esposadas, entendo que trilhou bem o julgador monocrático ao inferir que:

“A conclusão é de que a infração descrita nos presentes autos se acomoda com o lançamento por homologação, o que implica na contagem da decadência pela regra do art. 150, §4º, do CTN, conforme o referido entendimento pacificado pelo STJ.

Neste contexto, verifico que a ciência do Auto de Infração em tela ocorreu em 28/08/19 (fl. 06). Assim, considerando, para o caso em questão, o prazo decadencial a partir do fato gerador, verifico que o prazo decadencial se contaria a partir de 29/08/19, devendo ser excluído da autuação os fatos geradores anteriores a esta data.

Portanto, ao averiguar o demonstrativo fiscal, nas fls. 08 e 09, reconheço que deve ser excluído o crédito tributário referente aos fatos geradores ocorridos no período de 01/01/2014 a 31/07/2014.”

Portanto, corroboro com o entendimento exarado na instância prima, considerando ter ocorrido a decadência em relação à acusação imposta na inicial para as notas fiscais emitidas pela recorrente, no período de 1/2014 a 07/2014, porquanto a ciência dos autos se deu apenas em 28/08/2019, fl. 06, quando o direito do Fisco de proceder ao lançamento é de 5 (cinco) anos, contados exatamente da data da ocorrência do fato gerador, nos termos do art. 150, §4º, do CTN.

Reconheço, por esses fundamentos, a decadência do crédito tributário referente aos fatos geradores ocorridos de janeiro a julho de 2014, no total de R\$353.720,16 (trezentos e cinquenta e três mil, setecentos e vinte reais e dezesseis centavos), sendo R\$176.860,08 (cento e setenta e seis mil, oitocentos e sessenta reais e oito centavos) de ICMS e R\$176.860,08 (cento e setenta e seis mil, oitocentos e sessenta reais e oito centavos) de multa.

DO PEDIDO DE DILIGÊNCIA/PROVA PERICIAL

No que diz respeito ao enfrentamento do pedido de realização de diligência/perícia feito pela autuada importa suscitar que, da análise dos autos infere-se que este contencioso administrativo não carece de falta de provas. E mais, através da observação de todos os elementos constantes do processo é possível que se extraia dele todas as informações necessárias para assegurar à autuada o exercício de seu direito constitucional ao contraditório e ampla defesa.

Ademais, é o julgador que, diante das questões de fato e de direito, postas no processo, vai decidir, com base nas circunstâncias de oportunidade e conveniência, se requer

ou não a diligência, em conformidade com o que prescrevem os artigos 60 e 61 da Lei n.º 10.094/13:

Art. 60. As diligências ordenadas pela autoridade julgadora serão realizadas pelo autuante e na ausência ou impossibilidade deste, por auditor fiscal designado.

Art. 61. Para os efeitos desta Lei, entende-se por diligência a realização de ato por ordem da autoridade competente para que se cumpra uma exigência processual ou qualquer outra providência que vise à elucidação da matéria suscitada.

E quanto ao referido pleito, cumpre trasladar excerto da decisão exarada na instância prima, no qual concluiu, acertadamente, pelo indeferimento da realização de prova pericial, nos seguintes termos:

“De início, indefiro o pedido de perícia nos livros e documentos fiscais do autuado, pois os elementos constantes nos autos são suficientes para a formação de juízo de valor. Ademais, perícia não se presta a trazer provas ao processo ou para suprir a prova mal formulada, incumbência que compete ao agente fiscal ou ao autuado.

A perícia se presta a esclarecer ou evidenciar fatos presentes no processo. O referido instrumento tem por finalidade desvendar questões que levam em si maior complexidade e exigem conhecimento especializado que desborda da atividade fiscal em si. Definitivamente, não é esse o caso dos autos, na medida em que as questões podem muito bem ser enfrentadas e solucionadas no curso do contencioso fiscal. Ademais, esse instituto não está previsto no ordenamento tributário paraibano.

Seguindo o raciocínio, no tocante à pretensão da autuada em converter o julgamento em diligência, rejeito a presente demanda, por estarem ausentes às condições necessárias, de acordo com o § 2º do art. 59 da Lei nº 10.094/2013, que ensejam a sua realização.

Além disso, o pedido de diligência feito pela Impugnante não é necessário para o deslinde da questão.

No caso vertente, concluímos pela desnecessidade de se recorrer a este procedimento para elucidação do caso. Os elementos carreados aos autos são suficientes para formar o convencimento do julgador fiscal, tornando inócua a realização de diligência fiscal para o deslinde da lide.”

Logo, interpretou corretamente o julgador singular, diante de matéria em que não repousa qualquer controvérsia, já que reiteradamente tratada nas cortes de julgamento, quando decidiu por indeferi-la, já que inútil para o deslinde das questões postas neste processo.

MÉRITO

DA FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA

Analisando-se a denúncia posta, observa-se que foram constatadas aquisições de combustíveis (Gasolina A e Óleo Diesel), nos exercícios de 2014 e 2015, sem o

recolhimento do ICMS-ST, demonstrativos acostados às fls. 08 e 09, infringindo aos artigos 391 e 399, do RICMS/PB, in verbis:

Art. 391. Fica atribuída a responsabilidade pelo recolhimento do imposto e respectivos acréscimos legais, na qualidade de sujeito passivo por substituição, ao:

I – industrial, comerciante, produtor, extrator, gerador, inclusive de energia elétrica ou outra categoria de contribuinte, em relação às mercadorias ou bens constantes do Anexo 05 (Lei nº 7.334/03);

II - contratante de serviço ou terceiro, nas prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação de que participem (Lei nº 7.334/03);

§ 1º A responsabilidade será atribuída em relação ao imposto incidente sobre uma ou mais operações ou prestações, sejam antecedentes, concomitantes ou subsequentes, inclusive ao valor decorrente da diferença entre alíquotas interna e interestadual nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, que seja contribuinte do imposto.

§ 2º A responsabilidade será também atribuída:

I - ao contribuinte que realizar operação interestadual com petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, em relação às operações subsequentes;

II - às empresas geradoras de energia elétrica, nas operações internas e interestaduais, na condição de contribuinte ou de sujeito passivo por substituição pelo pagamento do imposto, desde a produção ou importação até a última operação, sendo seu cálculo efetuado sobre o preço praticado na operação final, assegurado seu recolhimento ao Estado onde deva ocorrer essa operação.

§ 3º Nas operações interestaduais com as mercadorias de que tratam os incisos I e II do parágrafo anterior, que tenham como destinatário consumidor final, o imposto incidente a operação será devido ao Estado onde estiver localizado o adquirente e será pago pelo remetente.

§ 4º O sujeito passivo por substituição sub-roga--se em todas as obrigações do contribuinte substituído, relativamente às operações internas.

§ 5º A substituição tributária não exclui a responsabilidade do contribuinte substituído, na hipótese de o documento fiscal próprio não indicar o valor do imposto, objeto da substituição tributária.

§ 6º O recolhimento do imposto pelo regime de substituição tributária encerrará a fase de tributação e não dará ensejo a utilização de crédito fiscal pelo adquirente, ressalvado o disposto no art. 72, incisos II, V, VI e VII.

§ 7º Equiparam-se às categorias mencionadas no “caput”:

I - o contribuinte de outra unidade da Federação que realizar, inclusive por meio de veículos, operações com produtos sujeitos à retenção antecipada do imposto, sem destinatário certo neste Estado;

II - qualquer possuidor, inclusive o comerciante varejista, que adquirir os produtos constantes no Anexo 05, sem retenção e pagamento do imposto.

Art. 399. O recolhimento do imposto nas operações com produtos submetidos ao regime de substituição tributária será efetuado:

I - no momento da entrada do produto no território deste Estado, nos casos de operações efetuadas sem a retenção antecipada;

II - até o dia 15 (quinze) do mês subsequente ao da ocorrência do fato gerador:

a) nas operações procedentes de outra unidade da Federação, sem retenção antecipada, destinadas a contribuintes que possuam Regime Especial concedido pelo Secretário de Estado da Receita;

b) nas operações internas com retenção, promovidas por estabelecimento industrial, comércio atacadista, distribuidor e/ou depósito;

c) nas prestações de serviços de transporte com retenção, realizadas por contribuintes inscritos no CCICMS;

IV - nas operações com cimento será observado o seguinte:

a) se internas, até o 5º (quinto) dia útil após a quinzena em que houver ocorrido a retenção;

b) se interestaduais:

1. entre o Estado da Paraíba e os Estados das regiões Norte Nordeste, até o 5º (quinto) dia após a quinzena em que houver ocorrido a retenção;

2. entre o Estado da Paraíba e os Estados das regiões Sul, Sudeste e Centro-Oeste, até o dia 15 (quinze) do

mês subsequente ao da respectiva saída;

V - relativamente a fato gerador ocorrido antes da entrada da mercadoria ou do serviço prestado ao sujeito passivo por substituição até o 5º (quinto) dia útil do mês subsequente àquele em que ocorrer a respectiva entrada;

VI - até o dia 10 (dez) do mês subsequente ao da ocorrência do fato gerador, nos demais casos não previstos neste artigo.

In casu, o exame de auditoria detectou que havia na empresa estoques de mercadorias (óleo diesel e gasolina “A”), cujos produtos, no dizer da autuada, são originados de um aumento de temperatura, chamados ganhos operacionais.

Ao se contrapor à acusação, a defesa, por meio de sua peça reclamatória, alega que “o ganho operacional/aumento volumétrico em função da variação de temperatura não gera crédito tributário para o Estado, pelo que não há que se falar em ausência de recolhimento de ICMS/ST.”.

Necessário se faz destacarmos que todos os pontos combatidos pela defesa foram devidamente enfrentados pelo julgador fiscal, com os quais concordamos integralmente, ratificando os termos da sentença proferida pela instância prima.

Pois bem, quanto ao fator da medição, com efeito, os combustíveis saem da refinaria a uma temperatura convertida para o padrão de 20°C, conforme estabelecido na Portaria MTIC nº 27, de 19/2/1959, podendo ocorrer variação no seu volume em razão de fatores como evaporação, manuseio na sua comercialização, ou mudança de temperatura no local em que é estocado ou comercializado, principalmente em nossa região onde a temperatura se situa geralmente em patamares bem superiores aos 20° C.

No entanto, apesar da legislação reguladora do setor de distribuição de combustíveis determinar que as refinarias realizem suas vendas de combustíveis utilizando como unidade o volume a 20 °C, esse mesmo procedimento não é exigido, quando as distribuidoras realizam vendas para seus clientes.

Mister se faz esclarecermos ainda, que quaisquer alterações nas quantidades de mercadorias, independentemente do fato que lhe deu causa (variações de temperatura, questões relacionadas ao descarrego de combustíveis, etc.), não eximem o contribuinte de emitir documentos fiscais para regularização dos seus estoques, além de recolher o imposto devido, conforme determina o artigo 172, VI, do RICMS/PB:

Art. 172. O contribuinte emitirá nota fiscal sempre que em seu estabelecimento entrarem bens ou mercadorias, real ou simbolicamente (Ajuste SINIEF 09/97):

(...)

VI - em outras hipóteses previstas na legislação.

Logo, o fato de tais mercadorias serem fruto de um fenômeno atmosférico não é assertiva capaz de afastar a acusação que pesa contra a autuada, notadamente porque nestes casos, em que houver estoque de mercadorias, independentemente de sua origem, a legislação que preside a questão manda que seja emitida a nota fiscal de entrada. É o que se vê do art. 160, V e VII do RICMS/PB, transcrito mais adiante, que prevê a regularização do estoque do

contribuinte em razão de diferença de quantidade, procedimento este devidamente observado pela Autuada.

Art. 160. A nota fiscal será emitida:

(...)

V – na regularização em virtude de diferença de preço, de peso ou de quantidade das mercadorias, quando efetuada no período de apuração do imposto em que tenha sido emitida a nota fiscal originária;

(...)

VII – relativamente à entrada de bens e mercadorias, nos momentos definidos neste artigo.

Destaque-se que, o entendimento ora exposto, já se encontra consolidado pelo Conselho de Recursos Fiscais - CRF, conforme ilação relativa às ementas dos acórdãos abaixo transcritos:

ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOR. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. MARGEM DE VALOR AGREGADO IRREGULAR. CONFIRMAÇÃO. PENALIDADE. AJUSTES. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. ALTERADA QUANTO AOS VALORES A DECISÃO MONOCRÁTICA. DESPROVIMENTO DO RECURSO HIERÁRQUICO. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO VOLUNTÁRIO.

Constatada a diferença a maior na quantidade de combustíveis comercializados, impõe-se a cobrança do ICMS ST, por saídas sem o imposto retido, não podendo tal diferença ser justificada pela variação de temperatura por ganho volumétrico dos combustíveis.

Exclusão de diferença não denunciada na peça exordial, apurada através do Termo Complementar de Infração.

Reduzida à multa aplicada em decorrência de lei nova mais benéfica ao contribuinte.

Acórdão nº 066/2016

RECURSOS HIE./VOL CRF n.º 733/2014.

CONSª. DOMENICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO E NOTAS FISCAIS DE ENTRADA DE COMBUSTÍVEIS, SEM RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. INFRAÇÃO CARACTERIZADA. AJUSTES REALIZADOS EM SEDE DE CONTESTAÇÃO. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSOS VOLUNTÁRIO E HIERÁRQUICO DESPROVIDOS.

O levantamento quantitativo por espécie constitui uma técnica absolutamente legítima de que se vale a fiscalização na aferição da situação tributária do sujeito passivo. O lançamento indiciário decorrente do emprego dessa técnica

de auditoria fiscal tem o efeito de transferir ao sujeito passivo, legítimo possuidor direto da documentação fiscal que lhe pertence, a responsabilidade da prova contrária e eficaz, tendente a elidir ou minimizar os efeitos do referido procedimento fiscal.

Eventual diferença a maior detectada nos estoques de combustíveis denota venda de mercadorias sem nota fiscal, sujeitando o contribuinte ao recolhimento do imposto devido por substituição tributária.

Acórdão nº 167/2016

RECURSO HIE/VOL Nº 666/2014.

CONS. PETRÔNIO RODRIGUES LIMA

ESTOQUE ACOBERTADO POR NOTAS FISCAIS DE ENTRADA, SEM O RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DEVIDO. REJEITADA PRELIMINAR DE NULIDADE. INAPLICABILIDADE DA MULTA INCIDENTE SOBRE O FUNCEP. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE EM PARTE. MANTIDA A SENTENÇA SINGULAR. REDUÇÃO DA PENALIDADE APLICADA. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO E VOLUNTÁRIO PROVIDO EM PARTE.

(...)

- Constatados excedentes nos estoques de Óleo Diesel e Gasolina “A” acompanhados de notas fiscais de entrada emitidas pelo autuado, sem o devido recolhimento do imposto devido – ICMS Substituição Tributária, dando procedência à acusação.

(...)

(...)

(...)

Acórdão 391/2014

Recurso VOL/CRF- nº 242/2013;

Cons. Francisco Gomes de Lima Netto

Com base em todas as razões acima delineadas, como também por tudo o que dos autos consta, resta incólume o entendimento pronunciado pelo julgador singular, que por sua pertinência cumpre transcrever abaixo trecho de sua decisão:

“Nos trabalhos de fiscalização verificou-se que a autuada apurou como ganho referente à movimentação de combustível, e, mesmo assim, não há registro de recolhimento do imposto devido relativo ao acréscimo.

Portanto, houve sim o reconhecimento de quantidade de combustível acima das inicialmente adquiridas de seus fornecedores. E esse acréscimo de combustível não foi tributado quando do recolhimento antecipado pela refinaria de petróleo.

Como se depreende, os produtos gasolina “A” e óleo diesel, nas quantidades apontadas pela fiscalização, circularam sem que o ICMS substituição tributária tivesse sido recolhido. Logo, está claro que ocorreu o fato gerador previsto em lei como necessário e suficiente à ocorrência da hipótese de incidência do ICMS-ST, devendo, assim, ser tributado, onde a responsabilidade pelo recolhimento, por expressa determinação legal, é transferida para o destinatário das mercadorias, que, nessas condições fica equiparado ao substituto, para efeito de cumprimento da obrigação principal,

conforme os §§ 11 e 12, e II, III e VIII, do art. 41, c/c o §7º, do art. 391, do RICMS/PB, aprovado pelo Dec. nº. 18.930/97.”.

Nesse íterim, restou caracterizado o descumprimento de obrigação tributária principal, impondo-se, por conseguinte, a aplicação da medida punitiva insculpida no artigo 82, V, “c”, da Lei nº 6.379/96, *in verbis*:

Art. 82. As multas para as quais se adotará o critério referido no inciso II, do art. 80, serão as seguintes:

(...)

V - de 100% (cem por cento):

(...)

c) aos que entregarem, remeterem, transportarem, receberem, estocarem ou depositarem mercadorias sujeitas a substituição tributária, sem o recolhimento do imposto;

Da mesma forma acertado o entendimento do julgador monocrático que rechaçou a alegação de afronta aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e não-confisco, bem como da inconstitucionalidade no que tange à multa aplicada, haja vista tratar-se sua aplicabilidade de ato vinculado e que traz estrita consonância à legislação tributária estadual de regência.

Nesse espeque cabe destacar que não cabe aos órgãos julgadores negar aplicação a dispositivos de lei, por força de sua limitação de competência constante do art. 55 da Lei nº 10.094/2013, *in verbis*:

“Art. 55. Não se inclui na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade;”

Também nesse sentido, é o entendimento já sumulado nesta Egrégia Corte Administrativa, senão vejamos:

SÚMULA Nº 03 - DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - A declaração de inconstitucionalidade de lei não se inclui na competência dos órgãos julgadores administrativos. (Acórdãos nºs: 436/2019; 400/2019; 392/2019; 303/2019;294/2018; 186/2019; 455/2019).

Assim, após analisar o caderno processual, hei de concluir que a sentença da primeira instância de julgamento está correta, uma vez que a ação fiscal tem respaldo nos dispositivos de lei supracitados, e nos próprios lançamentos realizados pela autuada em sua escrita, daí porque mantenho a decisão singular, caso em que estou desprovendo o recurso hierárquico.

Pelo exposto,

VOTO pelo recebimento do recurso hierárquico, por regular e, quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento* para manter inalterada a sentença monocrática que julgou PARCIALMENTE PROCEDENTE o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002695/2019-10, lavrado em 27 de agosto de 2019, em desfavor da empresa SETTA COMBUSTÍVEIS S/A., inscrição estadual nº 16.139.538-4, já qualificada nos autos, condenando-a ao pagamento do crédito tributário no valor total de R\$ R\$ 913.985,02 (Novecentos e treze mil, novecentos e oitenta e cinco reais e dois centavos.) composto de R\$ 456.992,51 (Quatrocentos e cinquenta e seis mil, novecentos e noventa e dois reais e cinquenta e um centavos), de ICMS, e R\$ 456.992,51 (Quatrocentos e cinquenta e seis mil, novecentos e noventa e dois reais e cinquenta e um centavos), de multa por infração com fulcro no que dispõem os arts. 391 e 399, do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, com proposição da penalidade prevista no art. 82, V, “c”, da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo em que mantenho cancelado o montante de R\$ R\$353.720,16 (trezentos e cinquenta e três mil, setecentos e vinte reais e dezesseis centavos), sendo R\$176.860,08 (cento e setenta e seis mil, oitocentos e sessenta reais e oito centavos) de ICMS e R\$176.860,08 (cento e setenta e seis mil, oitocentos e sessenta reais e oito centavos) de multa por infração, pelos fundamentos anteriormente expostos.

Ressalvo, por oportuno, que a Autuada é detentora de medida liminar, Processo Judicial nº 0011816-45.2013.815.2001, determinando que o fisco se abstenha de exigir o ICMS-ST incidente sobre os GANHOS (matéria objeto do referido auto de infração), no entanto, o Auto de Infração em epígrafe foi lavrado visando constituir o referido crédito tributário, impedindo assim que o mesmo fosse alcançado pela decadência, nos termos do parecer da Coordenadoria de Assessoria Jurídica da Secretaria de Estado da Receita da Paraíba, constante do processo nº 1320022016-3, que opinou pela lavratura de Auto de Infração, com suspensão dos atos executórios, até a decisão definitiva do processo judicial.

Intimações a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar

Tribunal Pleno, sessão realizada por videoconferência, em 25 de Janeiro de 2021.

Larissa Meneses de Almeida
Conselheira Suplente Relatora