



**ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA**

PROCESSO.Nº0218822017-0

TRIBUNAL PLENO

Recorrente:PETROX DISTRIBUIDORA LTDA.

Recorrida:GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULG PROC FISCAIS-GEJUP.

Repartição Preparadora:COLETORIA ESTADUAL DE CABEDELO.

Autuante:RICARDO RIBEIRO MATOS.

Relatora:CONS.ªTHAIS GUIMARÃES TEIXEIRA

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO..

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.

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 unânimidade, e de acordo com o voto da relatora, pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, e, quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, para manter a sentença monocrática que julgou *procedente*, o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000192/2017-48, lavrado em 8/2/2017, contra a empresa PETROX DISTRIBUIDORA LTDA., inscrição estadual nº 16.151.913-0, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor de R\$ 1.528.713,82 (um milhão, quinhentos e vinte e oito mil, setecentos e treze reais e oitenta e dois centavos), sendo R\$ 764.356,91 (setecentos e sessenta e quatro mil, trezentos e cinquenta e seis reais e noventa e um centavos) de ICMS nos termos dos artigos 391 e 399, ambos do RICMS-PB, aprovado pelo Decreto 18.930/97 e R\$ 764.356,91 (setecentos e sessenta e quatro mil, trezentos e cinquenta e seis reais e noventa e um centavos), de multa por infração nos termos dos artigos 82, V "c"; da Lei nº 6.379/96.

P.R.I

Tribunal Pleno, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 27 de julho de 2018.

THAIS GUIMARÃES TEIXEIRA
Conselheira Relatora

GIANNI CUNHA DA SILVEIRA CAVALCANTE
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros do Tribunal Pleno ANÍSIO DE CARVALHO COSTA NETO, DAYSE ANNYEDJA GONÇALVES CHAVES, GÍLVIA DANTAS MACEDO, MAIRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES, REGINALDO GALVÃO CAVALCANTI, PETRONIO RODRIGUES LIMA e SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA.

Assessora Jurídica

#

RELATÓRIO

Em exame o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000192/2017-48, lavrado em 8/2/2017, contra a empresa PETROX DISTRIBUIDORA LTDA., inscrição estadual nº 16.151.913-0, onde, relativamente a fatos geradores ocorridos entre 1º/1/2012 e 31/12/2015, constam as seguintes denúncias:

- FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA >> Falta de recolhimento do ICMS Substituição Tributária.

Nota Explicativa:

IRREGULARIDADE CONSTATADA PELA FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS-ST, CONSTATADA PELAS DIFERENÇAS A MAIOR APURADAS ATRAVÉS DO LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE MERCADORIAS DOS PRODUTOS GASOLINA A E OLEO DIESEL, REFERENTE AOS EXERCÍCIOS: 2012 A 2015. OBSERVAÇÃO: ACRESCENTE-SE AOS ARTIGOS DADOS POR INFRINGIDOS O ARTIGO 172, INCISO VI E O ARTIGO 160, INCISOS V E VII, AMBOS DO RICMS/PB, APROVADO PELO DECRETO 18.930/97.

Foram dados como infringidos os artigos 391 e 399; do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto 18.930/97, com proposição da penalidade prevista no art. 82, V, “c” da Lei nº 6.379/96, sendo apurado um crédito tributário no valor de R\$ 1.528.713,82, sendo R\$ 764.356,91, de ICMS e R\$

764.356,91, de multa por infração.

Cientificada, pessoalmente, da ação fiscal, em 22/2/2017, a autuada apresentou reclamação, em 24/3/2017 (fls. 17-30).

Sem informações de antecedentes fiscais, os autos foram conclusos (fl. 69), e remetidos para a GEJUP, onde foram distribuídos para o julgador fiscal, Leonardo do Egito Pessoa, que decidiu pela *procedência* do feito fiscal (fls. 72-81).

Cientificada da decisão de primeira instância através de edital. Publicado no D.O.E., em 20/6/2017 (fl. 86), a autuada apresentou Recurso Voluntário perante este Colegiado, em 13/7/2017 (fls. 90-98).

Inicia seu recurso, discorrendo sobre a sua tempestividade e apresentando uma breve síntese dos fatos, para em seguida expor as seguintes razões:

- Protesta pela ausência de anexo contendo a representação para fins penais, mencionada na decisão de primeira instância.

- Diz que as Notas Fiscais de ajuste de estoques não devem ser tributadas, tendo em vista que o imposto referente a essas operações foi recolhido integralmente pelas refinarias, por substituição tributária, atingindo toda a cadeia de circulação.

- Adita que o procedimento visa a corrigir os estoques de combustíveis, em razão das diferenças de volumes decorrentes da variação de temperatura, nos limites estabelecidos pela Portaria DNC 26/1992 e Resolução ANP 23/2004.

- Alega que a Resolução 6/70 é taxativa ao prever uma tabela de conversão para ajuste das quantidades de combustíveis de acordo com a variação de temperatura, levando em consideração o Estado de destino da mercadoria, e, por consequência, o recolhimento do ICMS-ST de forma total.

- Embasa suas razões citando julgados do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba.

- Aventa a necessidade de realização de perícia fiscal para demonstrar que as diferenças

encontradas estão dentro da margem de tributação do GANHO/PERDA OPERACIONAL dos 20° Celsius previstos pelos órgãos federais competentes para o Estado da Paraíba.

Ao final, requer:

- i) A realização de diligência fiscal para apurar se os ganhos operacionais estão dentro da margem de tributação pelos órgãos federais competentes;
- ii) A decretação da nulidade ou a insubsistência do auto de infração, por entender não haver diferença tributável a exigir sobre o ganho de combustível, legalmente estipulado pela legislação da ANP para as distribuidoras (art. 1º da Portaria MTIC 27/1959, Parecer Normativo 02/05 e art. 1º da Resolução 6/70/1070, do CNP), e pela natureza da substituição tributária progressiva, nos moldes do art. 150, §7º da CF/88, art. 10 da LC 87/96, art. 113, §1º, art. 114 e art. 116, II, do CTN.

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

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de Recurso *voluntário* interposto contra decisão de primeira instância que julgou *procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000192/2017-48, lavrado em 8/2/2017, contra a empresa em epígrafe, com exigência do crédito tributário anteriormente relatado.

De início, cabe destacar que o pedido de diligência solicitado pela recorrente, mostra-se desnecessário, já que as provas arroladas aos autos e os dispositivos contidos na legislação de regência são suficientes para formar o entendimento desta relatoria, pela tributação da diferença volumétrica nos estoques de combustíveis.

Falta de Recolhimento do ICMS – Substituição Tributária

A acusação versa sobre Falta de Recolhimento do ICMS Substituição Tributária, decorrente de procedimento fiscal, onde foi constatada a emissão de Notas Fiscais de entradas de combustíveis, conforme demonstrativo (fls. 11-14), sujeitando o contribuinte ao pagamento do imposto, por substituição tributária, na forma dos artigos 391, §7º, II, 397, I e 399, I, todos do RICMS/PB, *verbis*:

Art. 391. Fica atribuída a responsabilidade pelo recolhimento do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, ao (Lei nº 7.334/03):

(...)

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

(...)

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

Art. 397. *O recolhimento do imposto devido por contribuintes que realizem operações sujeitas à substituição tributária far-se-á nas seguintes formas:*

I - nas entradas de mercadorias procedentes de outras unidades da Federação, para comercialização neste Estado, quando não houver retenção na origem:

a) através do DAR modelo 1, quando o contribuinte regularmente inscrito possuir regime especial para dilação de prazo, concedido pelo Secretário de Estado da Receita, previsto no § 3º do art. 106;

b) através do DAR modelo 3, nos demais casos;

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;

Neste sentido, a fiscalização constatou a emissão de Notas Fiscais de aquisições de combustíveis,

sem o devido lançamento do imposto devido, tendo atuado o contribuinte por falta de recolhimento do ICMS por Substituição Tributária, na forma dos artigos, acima transcritos.

Por sua vez, a recorrente afirma que os valores registrados nas Notas Fiscais se referem a ajustes efetuados no volume dos estoques de combustíveis, em face de sua variação volumétrica, em razão da diferença de temperatura entre o momento da saída do combustível da refinaria, que é medido considerando-se a temperatura de 20º Celsius, e o momento de sua revenda, feito à temperatura ambiente.

Assim, considera que o fenômeno, apesar de modificar o volume do combustível estocado, não representa uma operação de compra e venda, não devendo, portanto, ser tributável pelo ICMS.

Com efeito, os combustíveis saem da refinaria a uma temperatura padrão de 20ºC, 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 20º C.

Logo, o deslinde da questão passa por se saber se o volume a maior verificado no estoque de combustíveis, decorrentes do aumento de temperatura é ou não tributável.

De fato, a legislação reguladora do setor de distribuição de combustíveis determina que as refinarias realizem suas vendas de combustíveis, utilizando como unidade o volume a 20 ºC, no entanto, esse mesmo procedimento não é exigido, quando as distribuidoras realizam vendas para seus clientes, acarretando uma diferença entre o volume alienado, convertido a 20 º C, e o volume, no momento da entrega, medido à temperatura ambiente.

No caso do Estado da Paraíba, há um acréscimo no volume tendo em vista que a temperatura média em nosso Estado supera os 20º Celsius.

Por outro lado, não se pode descartar que a mistura da gasolina A com o álcool anidro, para formar a gasolina C, pode ter sido efetuada sem o devido rigor, acarretando uma sobra de gasolina A nos tanques, caso a mistura tenha uma quantidade maior de álcool anidro.

Portanto, se infere que essas diferenças consubstanciam um volume de combustível comercializado a maior pelas distribuidoras que auferem ganhos financeiros nessas operações, com o fornecimento do produto com menor potencial energético, sem nenhuma contrapartida aos seus clientes.

Dessa forma, a incidência do imposto se verifica em razão da distribuidora ter realizado vendas em volume maior ao contabilizado em seus estoques, acarretando diferença entre o volume que serviu de base de cálculo para o ICMS Substituição Tributária, calculado pela refinaria, e o que foi efetivamente comercializado pela distribuidora, sujeitando o contribuinte à tributação pelo ICMS sobre a diferença verificada.

Neste sentido, o art. 160, V, do RICMS/PB, determina que eventuais diferenças no preço, peso ou quantidade de mercadorias, sejam regularizadas com a emissão de nota fiscal, independente da origem dessas diferenças, vejamos o dispositivo:

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;

Cabe ressaltar que o Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ reconhecendo, como tributável, a diferença volumétrica decorrente da variação de temperatura, acrescentou, no cálculo da Margem de Valor Agregado – MVA, o Fator de Correção Volumétrica – FCV, conforme a nova redação dada à Cláusula Nona do Convênio ICMS 110/2007, com efeitos a partir de 1º/1/2016, como se segue:

Cláusula nona *Em substituição aos percentuais de margem de valor agregado de que trata a cláusula oitava, ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a adotar, nas operações promovidas pelo sujeito passivo por substituição tributária, relativamente às saídas subseqüentes com combustíveis líquidos e gasosos derivados ou não de petróleo, a margem de valor agregado obtida mediante aplicação da seguinte fórmula, a cada operação: $MVA = x \cdot 100$, considerando-se:*

I - MVA: margem de valor agregado expressa em percentual;

II - PMPF: preço médio ponderado a consumidor final do combustível considerado, com ICMS incluso, praticado em cada unidade federada, apurado nos termos da cláusula quarta do Convênio ICMS 70/97, de 25 de julho de 1997;

III - ALIQ: percentual correspondente à alíquota efetiva aplicável à operação praticada pelo sujeito passivo por substituição tributária, salvo na operação interestadual com produto contemplado com a não incidência prevista no art 155, § 2º, X, “b”, da Constituição Federal, hipótese em que assumirá o valor zero;

IV - VFI: valor da aquisição pelo sujeito passivo por substituição tributária, sem ICMS;

V - FSE: valor constituído pela soma do frete sem ICMS, seguro, tributos, exceto o ICMS relativo à operação própria, contribuições e demais encargos transferíveis ou cobrados do destinatário;

VI - IM: índice de mistura do álcool etílico anidro combustível na gasolina C, ou do biodiesel B100 na mistura com o óleo diesel, salvo quando se tratar de outro combustível, hipótese em que assumirá o valor zero.

VII - FCV: fator de correção do volume. (g.n.).

§ 2º O PMPF a ser utilizado para determinação da margem de valor agregado a que se refere esta cláusula será divulgado mediante Ato COTEPE publicado no Diário Oficial da União.

§ 5º O fator de correção do volume (FCV) será divulgado em ato COTEPE e corresponde a correção dos volumes, utilizados para a composição da base de cálculo do ICMS, dos combustíveis líquidos e erivados de petróleo faturados a 20ºC pelo produtor nacional de combustíveis ou por suas bases, pelos importadores ou pelos formuladores, para a comercialização à temperatura ambiente definida em cada unidade federada.

§ 6º O fator de correção do volume (FCV) será calculado anualmente, com base na tabela de densidade divulgada pela ANP, nas temperaturas médias anuais das unidades federadas divulgada pelo Instituto Nacional de Meteorologia

(INMET) e na tabela de conversão de volume aprovada pela Resolução CNP 06/70.

Neste sentido, foi emitido Ato Cotepe aprovando o Fator de Correção de Volume – FCV, estabelecendo a temperatura média de 27,5º C para o Estado da Paraíba.

Logo, a partir de 1º de janeiro de 2016, o imposto incidente sobre as diferenças por variação volumétrica já estará embutido no cálculo do ICMS Substituição Tributária, não sendo este o caso dos autos, que trata de fatos geradores ocorridos entre 1º/1/2012 e 31/12/2015.

Dessa forma, só nos resta ratificar a decisão singular, por considerar corretos os valores apurados pela fiscalização, ficando patente a incidência do ICMS sobre as diferenças levantadas, nos termos da legislação vigente.

Por todo o exposto,

VOTO pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, e, quanto ao mérito, pelo

seu *desprovemento*, para manter a sentença monocrática que julgou *procedente*, o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000192/2017-48, lavrado em 8/2/2017, contra a empresa PETROX DISTRIBUIDORA LTDA., inscrição estadual nº 16.151.913-0, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor de R\$ 1.528.713,82 (um milhão, quinhentos e vinte e oito mil, setecentos e treze reais e oitenta e dois centavos), sendo R\$ 764.356,91 (setecentos e sessenta e quatro mil, trezentos e cinquenta e seis reais e noventa e um centavos) de ICMS nos termos dos artigos 391 e 399, ambos do RICMS-PB, aprovado pelo Decreto 18.930/97 e R\$ 764.356,91 (setecentos e sessenta e quatro mil, trezentos e cinquenta e seis reais e noventa e um centavos), de multa por infração nos termos dos artigos 82, V “c”; da Lei nº 6.379/96.

Tribunal Pleno, Sala das Sessões Presidente Gildemar Pereira de Macedo, em 27 de julho de 2018.

THAIS GUIMARÃES TEIXEIRA
Conselheira Relatora