



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
Secretaria da Fazenda

*Contencioso Administrativo Tributário
Conselho de Recursos Tributários
1ª Câmara de Julgamento*

Resolução Nº 254/2014

35ª Sessão Ordinária de 20 de fevereiro de 2014.

Processo de Recurso Nº: 1/0226/2012

Auto de Infração Nº: 1/201115273

Recorrente: PETRÓLEO BRASILEIRO S/A – PETROBRÁS.

Recorrido: Célula de Julgamento de 1ª Instância

Relator: Manoel Marcelo Augusto Marques Neto

EMENTA: ICMS - FALTA DE RECOLHIMENTO – Contribuinte deixou de reter e de recolher parte do ICMS Substituição Tributária devido em operações de venda de Gás Liquefeito derivado de Gás Natural destinado ao Estado do Ceará, no período de julho/2008 a abril/2011. Recurso Voluntário conhecido e não provido. Nulidades argüidas pela recorrente afastadas: 1- Incompetência da autoridade fazendária que subscreveu o ato designatório (Orientador da CEMAS). Afastada, uma vez que o Orientador da Célula de Gestão Fiscal dos Setores Econômicos tem plena competência para designar servidor fazendário para desenvolver ações fiscais nos termos do Decreto nº 29.201/2008. 2- Nulidade em virtude do auto de infração não conter o valor do crédito tributário devido, afastada por decisão unânime, por não afrontar o art. 33, inciso XII, do Decreto nº 25.468/99. Pedido de perícia para a juntada aos autos da memória de cálculo, rejeitada, nos termos do art. 59, II do Decreto nº 25.468/99. Ação Fiscal julgada **PROCEDENTE**. Decisão por maioria de votos, em conformidade com o parecer da douta PGE.. Dispositivos legais Infringidos: Cláusula Terceira, § 1º, inciso II do Convênio ICMS 03/99; Protocolo 33/03; art. 25, §1º, inciso I, art. 73 e 74 do decreto nº 24.569/97. Penalidade: Artigo 123, I, "d" da Lei 12.670/96.

RELATÓRIO

Consta do Auto de Infração, lavrado contra a empresa: PETRÓLEO BRASILEIRO S/A.
- PETROBRÁS:

"Falta de recolhimento na forma e prazo regulamentares quando as operações, as prestações e o Imposto a recolher estiverem regularmente escriturados. A empresa deixou de reter e de recolher parte do ICMS ST devido em operações de venda de Gás Líquido derivado de Gás Natural destinada ao Estado do Ceará, no período de 01/07/2008 a 31/05/2011, no valor total de R\$ 5.077.189,83, conforme detalhado em Informação complementar anexa."

Os autuantes indicam como dispositivos infringidos os artigos: 25, parágrafo 1º, art.73,74 do Decreto nº 24.569/97; Protocolos ICMS nº: 33/03, 197/10, Convênio ICMS 110/07, Ato COTEPE nº 21/08, sugerindo a penalidade do artigo 123, I, "d" da Lei 12.670/96.

O processo esta instruído com o Despacho nº 2011.15273-5, Ordem de Serviço e os Termos de Início e Conclusão de Fiscalização, Termo de Notificação nº 2011.25047, Ofício de credenciamento, quadro demonstrativo indicando os valores recolhidos a menor, planilha de vendas de Gás Líquido derivado de gás natural.

O lançamento fiscal é impugnado tempestivamente, com as seguintes alegações (fls.36/47):

1 – que o GLP-GN (Gás Natural) quando destinado a outro Estado da federação, deve ser apurado e recolhido o ICMS devido ao Estado de origem. Nas operações com GLP – P (Petróleo) não é devido o imposto na origem, em face da imunidade prevista no art. 155,§ 2º, X, “b” da Constituição Federal;

2 – que a comercialização do GLP-GN e do GLP-P é feita sob a denominação de GLP, mas sujeitos a dois regimes tributários diferentes no que concernem as operações interestaduais, conforme cláusula nona do Protocolo ICMS nº 33/03. Na apuração do imposto devido, a base de cálculo e a respectiva alíquota serão idênticas na mesma operação, ou seja, que o *quantum debeatur* total sobre os percentuais de GLP-GN e do GLP-P será idêntico numa operação interestadual;

3 – que pelo Protocolo ICMS 33/03 e o Convênio ICMS 03/99, nas operações interestaduais devem-se desconsiderar o ICMS próprio da base de cálculo do ICMS-ST, ou seja, na apuração da referida base de cálculo a MVA interestadual deve ser adicionada ao valor da operação, excluindo o ICMS próprio, em respeito à regra da não-cumulatividade;

4 – que a base de cálculo do ICMS-ST na forma pretendida pelos auditores, contraria as cláusulas do Protocolo ICMS 33/03 e do Convênio 03/99, configurando flagrante bis in idem;

5 – afirma, ainda, que não houve aplicação de percentual reduzido da margem de valor agregado (107,40%), muito menos recolhimento a menor do ICMS devido por substituição tributária;

6 - Resta, portanto, a insubsistência do auto de infração, afirmando que referida legislação traz normas especiais, que afastam a aplicação de normas gerais m relação ao regime de substituição tributária nas operações com combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo e as operações estaduais com GLP e GLGN.

7 – Requer, ao final, a Improcedência da ação fiscal e a insubsistência do auto de infração.

Na instância singular, o julgador decidiu pela procedência do feito fiscal.

O contribuinte, inconformado com a decisão exarada em 1º Instância, interpôs recurso voluntário (fls. 82/94), requerendo:

I – A nulidade da autuação, uma vez que na Ordem de Serviço nº 2011.33422 a autoridade subscritora foi o orientador da CEMAS que não está dentre as autoridades indicadas no art. 821, § 5º do Decreto nº 24.569/97;

II – Nulidade em virtude do auto de infração não conter o valor do crédito tributário devido, como previsto no art. 33, XII do Decreto nº 25.468/99.

III – que os juros moratórios incidentes sobre a multa de ofício seja calculada somente a partir do primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento do auto de infração, nos termos do art. 62, §1º e 3º da Lei nº 2.670/96;

IV – deve ser excluído o ICMS próprio da base de cálculo do ICMS-ST nas operações interestaduais com GLPGN, conforme determinação da legislação tributária e que os cálculos apresentados em sua defesa devem prevalecer.

V – Requer ao final a Improcedência da infração.

O *Parecer da Consultoria Tributária*, nº 55/2013, adotado pelo representante da d. Procuradoria Geral do Estado sugeriu o conhecimento do recurso voluntário, negar-lhe provimento, mantendo-se a decisão de procedência proferida em primeira instância.

É o relatório.



VOTO DO RELATOR

PRELIMINARES DE MÉRITO -

I – Nulidade da autuação, uma vez que na Ordem de Serviço nº 2011.33422 a autoridade subscritora foi o orientador da CEMAS que não está dentre as autoridades indicadas no art. 821, § 5º do Decreto nº 24.569/97, arrolada como competente para designar servidor fazendário para promover ação fiscal.

Referida nulidade deve ser afastada, uma vez que o Orientador da Célula de Gestão Fiscal dos Setores Econômicos tem plena competência para designar servidor para desenvolver ações fiscais nos termos do §5º, inciso I do Decreto nº 24.569/97.

§ 5º Consideram-se autoridades competentes para designarem servidor fazendário para promover ação fiscal:

I - O Secretário da Fazenda, um dos Coordenadores da Coordenadoria de Administração Tributária - CATRI, os Coordenadores da Coordenadoria Regional de Fortaleza - COREF e Coordenadoria Regional do Interior - COREI, e o Orientador da Célula de Execução e Administração Tributária - CEXAT e o Supervisor de Auditoria Fiscal.

O legislador outorgou competência ao orientador da Célula de Execução e Administração Tributária que exerce função de direção, objetivando determinar a realização de auditoria fiscal de contribuintes enquadrados nas várias setoriais econômicas.

Sobre esta matéria, a 2ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários na 147ª Sessão Ordinária, através do voto de desempate da presidência, pronunciou-se no sentido de afastar a preliminar de nulidade argüida com fundamento no art. 24, I do Decreto nº 29.201 de 21 de fevereiro de 2008 que aprovou o Regulamento da Secretaria da Fazenda do Estado do Ceará, redeterminando referências e nomenclaturas, mas mantendo as atribuições e competências previstas no Decreto nº 24.569/97.

Art.24 Compete à Célula de Gestão Fiscal dos Setores Econômicos:

I. determinar a realização de auditoria fiscal de contribuintes enquadrados nas setoriais econômicas correspondentes, bem como outras ações fiscais correlatas, definidas na legislação pertinente;

II – Nulidade em virtude do auto de infração não conter o valor do crédito tributário devido, como determina o art. 33, XII do Decreto nº 25.468/99.

Mencionada nulidade também deve ser afastada, uma vez que nas informações complementares, fls. 04/26 dos autos, o autuante demonstra mês a mês, através de quadro demonstrativo o valor total do crédito tributário, discriminando o ICMS devido e a multa e indicando por data e nota fiscal a base de cálculo.

III – Cálculos dos juros moratórios incidentes sobre a multa de ofício seja computada somente a partir do primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento do auto de infração, nos termos do art. 62, §1º e 3º da Lei nº 12.670/96.

Quanto à alegação da ilegitimidade de computar os juros de mora sobre o valor da multa de ofício desde a data do vencimento da obrigação principal, ressalta-se que nos lançamentos por homologação, os juros de mora são devidos desde a data do vencimento da obrigação principal, nos termos do art. 77 do Decreto nº 24.569/97. No presente caso, o período compreende de 01/07/2008 a 31/05/2011, sendo demonstrado mês a mês nas informações complementares presente aos autos.(fls.04).

IV - No que se refere ao pedido de conversão do curso do julgamento em realização de diligência, para que se junte aos autos a memória de cálculo. Entendo desnecessária, tendo em vista constar todos os elementos de prova nos documentos anexados aos autos, nos termos do art. 59, II do Decreto nº 25.468/99.

EXAME DE MÉRITO.

Trata-se de Auto de Infração lavrado sob o fundamento de que o contribuinte acima nominado deixou de reter e de recolher parte do ICMS Substituição Tributária, devido em operações de venda de Gás Liqüefeito derivado de Gás Natural destinada ao Estado do Ceará, no período de 01/07/2008 a 31/05/2011.

Nas informações complementares ao auto de infração, os agentes fiscais afirmam que o contribuinte autuado localiza-se no Estado do Rio Grande do Norte, inscrito no Cadastro Geral da Fazenda do Estado do Ceará como substituto tributário, devendo recolher o ICMS nas operações com combustíveis derivados ou não de petróleo destinados a este Estado, na forma dos Convênios ICMS nº 110/2007 e Protocolos ICMS nº 33/2003 e 197/2010.

Em sua impugnação o contribuinte afirma que a base de cálculo do ICMS-ST na forma pretendida pelos auditores, contraria as cláusulas do Protocolo ICMS 33/03 e do Convênio 03/99, configurando flagrante bis in idem. Portanto, deve ser excluído o ICMS próprio da base de cálculo do ICMS-ST nas operações interestaduais com GLP-GN, conforme os cálculos apresentados em sua defesa.

Verificaremos que o cerne da questão refere-se à composição da base de cálculo e a aplicação da margem de valor agregado, senão vejamos:

Considerando que o GLP derivado de Gás Natural- GLP-GN não é um produto derivado de petróleo, portanto, não amparado pelo art. 155, §2º, inciso X, alínea “b” da CF/88, que trata da não incidência. Matéria inclusive de ação direta de inconstitucionalidade - **ADI 3.103-1**, Rel. Min. **Cezar Peluso**, julgamento em 1º-6-2006, Plenário, *DJ* de 25-8-2006.

Tem-se que o objeto em questão encontra-se disciplinado no Protocolo nº 33/03 que trata especificamente dos procedimentos a serem adotados nas operações interestaduais com GLP – Gás Liqüefeito de Petróleo, derivado de Gás Natural, conforme se depreende em sua cláusula primeira. *In ver bis*:

Cláusula primeira Nas operações interestaduais com Gás Liqüefeito de Petróleo - GLP, derivado de Gás Natural tributado na forma estabelecida pelo Convênio ICMS 03/99, deverão ser observados os procedimentos previstos neste Protocolo para a apuração do valor do ICMS devido à unidade federada de origem.

Neste sentido a base de cálculo para as operações supramencionadas, encontra-se disciplinada na cláusula terceira, §1º, inciso II do Convênio ICMS Nº 03/99 que estabelece:

Cláusula terceira A base de cálculo é o preço máximo ou único de venda a consumidor fixado por autoridade competente.

§ 1º Na falta do preço a que se refere o "caput", a base de cálculo será o montante formado pelo preço estabelecido por autoridade competente para o substituto, ou, em caso de inexistência deste, o valor da operação acrescido dos valores correspondentes a frete, seguro, tributos, contribuições e outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, adicionados, ainda, em ambos os casos, do valor resultante da aplicação dos seguintes percentuais de margem de valor agregado:

(...)

II - na hipótese que o sujeito passivo por substituição seja produtor nacional de combustíveis, em relação aos produtos indicados no Anexo II, os percentuais nele constantes;

Ressalta-se, ainda, que a Lei Complementar nº 87/96, em seu art. 8º, inciso II, determina a base de cálculo para fins de substituição tributária.

Art. 8º A base de cálculo, para fins de substituição tributária, será:

II - em relação às operações ou prestações subseqüentes, obtida pelo somatório das parcelas seguintes:

a) o valor da operação ou prestação própria realizada pelo substituto tributário ou pelo substituído intermediário;

b) o montante dos valores de seguro, de frete e de outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço;

c) a margem de valor agregado, inclusive lucro, relativa às operações ou prestações subseqüentes.



Da mesma forma o artigo 25, parágrafo 1º do Decreto nº 24.569/97, determina expressamente que o imposto deve integrar a própria base de cálculo.

Art. 25. A base de cálculo do ICMS será:

§ 1º O valor a que se refere o inciso XI será o valor da operação, acrescido do valor do IPI, demais despesas, inclusive frete, quando este for de responsabilidade do destinatário.

(...)

§ 4º Integram a base de cálculo do ICMS:

I - o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque, indicação para fins de controle do cumprimento da obrigação tributária;

Diante do exposto, concluímos que restou comprovado que a autuada deixou de recolher parte do ICMS devido por Substituição Tributária nas operações de GLP-GN destinadas ao Estado do Ceará, conforme demonstrado as fls. 04/26 dos autos pelos autuantes, contrariando as disposições legais acima transcritas.

Diante do exposto, resta caracterizado o cometimento da infração, ficando sujeita a sanção assinalada no art. 123, I "d" da Lei nº 12.670/96 na redação que lhe foi dada pela Lei nº 13.418, de 2003.

Art.123. As infrações à legislação do ICMS sujeitam o infrator às seguintes penalidades, sem prejuízo do pagamento do imposto, quando for o caso:

I - com relação ao recolhimento do ICMS:

(...)

d) falta de recolhimento, no todo ou em parte, na forma e nos prazos regulamentares, quando as operações, as prestações e o imposto a recolher estiverem regularmente escriturados: multa equivalente a 50% (cinquenta por cento) do imposto devido;

VOTO

Pelo conhecimento do Recurso Voluntário, negar-lhe provimento para confirmar a decisão **condenatória** proferida em 1ª Instância, nos termos da decisão singular e de acordo com o Parecer da Consultoria Tributária, referendado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.

DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

ICMS: (17%)	R\$ 5.077.189,83
Multa:	<u>R\$ 2.538.594,92</u>
Total	R\$ 7.615.784,75

È o voto.



DECISÃO

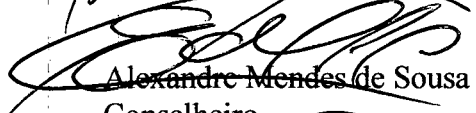
Vistos, discutidos e examinados os presentes autos, em que é recorrente **PETROLEO BRASILEIRO S/A – PETROBRÁS** e recorrido **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA**.


A 1ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, resolve conhecer do recurso voluntário para, preliminarmente: 1. Afastar, por maioria de votos, a preliminar de nulidade suscitada pela recorrente, que entende que a autoridade fazendária que subscreveu o ato designatório que ensejou a presente autuação (Orientador da CEMAS), não estava entre as autoridades indicadas no art. 821, parágrafo 5º do RICMS (Dec. nº 24.569/97), arrolada como competente para designar servidor fazendário para promover a ação fiscal. Vencidos os votos dos Conselheiros Anneline Magalhães Torres, José Gonçalves Feitosa e Vanessa Albuquerque Valente; 2. Afastar, por decisão unânime, a preliminar de nulidade por afronta ao art. 33, inciso XII, do Decreto nº 25.468/99; 3. Afastar, por unanimidade de votos, o pedido de conversão do curso do julgamento em realização de diligência, para que se junte aos autos a memória de cálculo. No mérito, por maioria de votos, nega provimento ao recurso interposto, confirmando a decisão **CONDENATÓRIA** proferida pela 1ª Instância, nos termos do voto do relator, conforme parecer da Consultoria Tributária, adotado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado. Vencidos os votos dos Conselheiros: Vanessa Albuquerque Valente, Anneline Magalhães Torres e José Gonçalves Feitosa que se manifestaram pela improcedência da acusação fiscal. Ausente o Conselheiro Pedro Eleutério de Albuquerque. Presente, para apresentação de sustentação oral, conforme solicitado nos autos, a representante legal da recorrente, Dra. Marisa Sanford Silveira.

SALA DAS SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 24 de 03 de 2014.


Francisca Marta de Sousa
Presidente

Matteus Viana Neto
Procurador do Estado


Alexandre Mendes de Sousa
Conselheiro

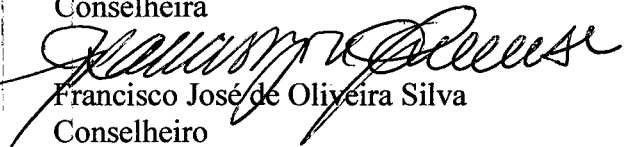

Anneline Magalhães Torres
Conselheira


Manoel Marcelo Augusto Marques Neto
Conselheiro

José Gonçalves Feitosa
Conselheiro

Ana Mônica Filgueiras Menescal
Conselheira


Vanessa Albuquerque Valente
Conselheira


Francisco José de Oliveira Silva
Conselheiro


Pedro Eleutério de Albuquerque
Conselheiro