



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

*Contencioso Administrativo Tributário
Conselho de Recursos Tributários
2ª Câmara de Julgamento*

Resolução Nº 246/2012

53ª Sessão Ordinária de 13 de março de 2012.

Processo de Recurso Nº: 1/339/2006

Auto de Infração Nº: 1/200521867.

Recorrente: PETRÓLEO BRASILEIRO S/A – PETROBRÁS.

Recorrido: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

Relator: ANTONIO LUIZ DO NASCIMENTO NETO.

Relator designado: MANOEL MARCELO A. MARQUES NETO

EMENTA: ICMS - FALTA DE RECOLHIMENTO - APLICAÇÃO DE ALÍQUOTA MENOR DO QUE A DEVIDA. 1-Impossibilidade de apreciar a preliminar de decadência suscitada pela parte, uma vez que referida preliminar já foi analisada em todas as instâncias deste Conselho de Recursos Tributários, inclusive pelo Conselho Pleno. 2- Contribuinte efetuou saída de mercadorias sujeitas à alíquota de 25% em operações de consumo próprio, aplicando alíquota de 17%, inferior a determinada por lei. Auto de infração **PROCEDENTE**. Confirmada a decisão exarada pela 1ª Instância por voto de desempate da presidência, com fundamento nos artigos 55, I, "a", 73 e 74 do Decreto 24.569/97 e penalidade prevista no art. 123, I, "c" da Lei nº 12.670/96 com alterações da Lei nº 13.418/03. Recurso voluntário conhecido e não provido.

RELATÓRIO

Consta do Auto de Infração, lavrado contra a empresa atuada – PETROBRÁS, a acusação de falta de recolhimento do ICMS, visto que destacou e recolheu o ICMS incidente sobre as operações de saída dos produtos marine gasoil e querosene de aviação aplicando a alíquota de 17%, quando o correto seria a alíquota de 25%, deixando de recolher, no exercício de 2000, o imposto no valor de R\$ 109.995,10.

Os autuantes indicam como dispositivos infringidos os artigos: os arts. 55, inciso I, alínea 'a', 73 e 74 do Dec. nº 24.569/97, aplicando a penalidade inserta no art. 123, inciso I, alínea "c" da lei nº 12.670/96, alterada pela lei nº 13.418/2003.

Nas informações complementares os agentes do fisco acrescentam que a empresa autuada utiliza para o seu próprio consumo os combustíveis que comercializa, como, por exemplo, o uso dos produtos marine gasoil para abastecimento de navios e rebocadores da PETROBRÁS e querosene de aviação para abastecer aeronaves, de acordo com as informações prestadas pela própria autuada. Aduz que, por ocasião do consumo dos referidos produtos, a empresa emitiu notas fiscais com o destaque do ICMS aplicando em ambos os casos a alíquota de 17%, infringindo os ditames legais que sujeita os referidos produtos à aplicação da alíquota de 25%, deixando de recolher o ICMS correspondente a diferença entre as alíquotas (fls.09/61).

O processo é instruído com a ordem de serviço e os termos de início e conclusão de fiscalização, bem como quadro demonstrativo da diferença do ICMS a pagar, cópia das notas fiscais de saídas internas e AR referente à intimação dos atos processuais.

O lançamento fiscal é impugnado tempestivamente, argüindo a decadência do crédito tributário, com base no art. 150, § 4º do CTN.

Na instância singular, o julgador decidiu pela extinção do processo, por entender o que direito do Fisco Estadual constituir crédito tributário relativo aos fatos geradores apontados no auto de infração já havia decaído, consoante se vê na ementa do julgamento, abaixo reproduzida:

"EMENTA: Falta de Recolhimento do ICMS, DECADÊNCIA. Fisco decaiu no direito de lançar o crédito tributário, A revisão da atividade previamente exercida pelo sujeito passivo é de feita dentro de cinco anos contados do fato gerador, Regramento específico do art. 150, § 4º. Homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito. Exercida a atividade prévia, se houve ou não pagamento do tributo, ou se este deu a menor, não se dá por afastada a regra do § 4º do art. 150, A contagem é em função da modalidade originária do lançamento. eventual lançamento de ofício não tem o condão de muda-la- exceto na ocorrência de dolo, fraude ou simulação, Processo EXTINTO, Remessa de ofício,"

Consta dos autos, as fls. 105/130 memorial de lavra da Auditora Edilene Vieira de Alexandria, através do qual traz orientações jurisprudenciais acerca do instituto da decadência do direito do Fisco constituir crédito tributário,

Devidamente intimada do memorial juntado ao processo pelos agentes fiscais, a empresa autuada apresenta manifestação acerca da referida peça (fls. 131/133).

A Consultoria Tributária emitiu o parecer nº 339/2006 em que opina pelo retorno do processo a primeira instância para novo julgamento por entender que no caso em tela não se operou a decadência declarada pelo julgador singular (fls. 134/139).



O presente processo foi submetido à apreciação da 2ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários em 22 de janeiro de 2007, oportunidade em que foi confirmada a decisão de extinção proferida na primeira instância, conforme Resolução nº 200/2007.

O Estado do Ceará, através do representante da douta Procuradoria Geral do Estado, interpõe recurso especial contra a decisão exarada através da resolução nº 200/2007 da 2ª Câmara de Julgamento do CRT, demonstrando a existência de decisão divergente a respeito da matéria debatida na resolução recorrida, confirmando a tese segundo a qual o prazo decadencial tem início após o decurso o prazo de 5 (cinco) para homologação do lançamento, contando-se mais 5 (cinco) anos (fls. 163/171).

No aludido recurso, o representante da PGE defende que:

[...] no caso do lançamento por homologação previsto no art. 150 do CTN, o prazo decadencial de (cinco anos) só se iniciaria após o lançamento se considerar definitivo, seja com a expressa homologação ou cinco anos depois de ocorrido o fato gerador sem homologação expressa. Assim, no caso da homologação tácita - que é o que importa na presente análise, já que não ocorreu no caso vertente a homologação expressa-, o prazo decadencial de cinco anos, previsto no art. 173, I, do CTN, somente teria início a partir do momento que tivesse decorrido os cinco anos após a ocorrência do fato gerador.

As fls. 175/182 constam as contra-razões ao recurso especial apresentadas pela empresa autuada.

O Recurso Especial foi submetido à apreciação da Presidente do Contencioso Administrativo Tributário que, mediante despacho fundamentado, decidiu pela admissibilidade do referido recurso.

A decisão do Conselho Pleno, na Sessão Plenária de 30/09/2009, foi no sentido de: *“Conhecer do Recurso Especial interposto e admitido na forma do art. 7º, inciso XII da Lei nº 12.732/97, de 24 de setembro de 1997, por maioria de votos, dar provimento ao recurso interposto, reformando a decisão de extinção processual proferida pela 2ª Câmara de Julgamento, determinando o RETORNO DOS AUTOS À 1ª INSTÂNCIA, nos termos do voto do relator designado para lavrar a resolução e manifestação do representante da douta PGE.....”*.

Inclui-se às fls. 217/220 o novo julgamento de 1ª Instância sob nº 1964/11, confirmando a Falta de Recolhimento de ICMS devido à aplicação de alíquota menor do que a devida, ao efetuar a saída de mercadorias sujeitas à alíquota de 25% em operações de consumo próprio, aplicando alíquota de 17%, inferior a determinada por lei.

O contribuinte, inconformado com a decisão exarada em 1º Instância, interpôs recurso voluntário (fls. 224/241), requerendo: O reconhecimento da decadência, para o período exigido no auto de infração. Quanto ao mérito, remete as razões da impugnação.



O Parecer da Consultoria Tributária, de nº 49/2011, 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

Trata-se de Auto de Infração lavrado sob o fundamento de que o contribuinte, acima nominado destacou e recolheu o ICMS incidente sobre as operações de saída dos produtos marine gasoil e querosene de aviação aplicando a alíquota de 17%, quando o correto seria a alíquota de 25%, deixando de recolher, no exercício de 2000, o imposto no valor de R\$ 109.995,10.

PRELIMINAR DE MÉRITO - DECADÊNCIA.

A preliminar de extinção processual com arrimo no instituto da **decadência**, referente ao período dos fatos geradores ocorridos, foi devidamente afastada pelo Conselho Pleno, na Sessão Plenária de 30/09/2009, determinando o RETORNO DOS AUTOS À 1ª INSTÂNCIA. Portanto, sobre esta matéria, a Câmara não tem competência para reformar decisão exarada pelo Conselho Pleno, ficando dessa forma impossibilitado de reapreciar referida preliminar.

EXAME DE MÉRITO.

Observando as peças que compõem os autos (notas fiscais e quadros demonstrativos), verifica-se que a autuação tem como base fática a aplicação pelo contribuinte autuado da alíquota de 17% de ICMS, incidente sobre as operações de saída dos produtos marine gasoil e querosene de aviação quando o correto, pela legislação tributária, seria a alíquota de 25%, deixando de recolher, no exercício de 2000, o imposto no valor de R\$ 109.995,10.

Em sede de mérito, a recorrente aduziu a ausência de prejuízo do fisco com o procedimento adotado, uma vez que, em contrapartida, havia se creditado em valor a menor. Afirma que: *"... tal expediente não acarretou prejuízos ao estado do Ceará, pois levando-se em consideração o direito de crédito de ICMS a que a impugnante faz jus, esta ao aplicar alíquota menor, se creditou a menos (...). Portanto, como não se vislumbra, na espécie, qualquer prejuízo ao fisco Estadual, restando indubitavelmente claro que a impugnante, ao lançar a alíquota de ICMS a menor, arcou com prejuízos indevidos..."*

O fato sobre o qual se funda a autuação é incontroverso. O recorrente inclusive assume o destaque realizado a menor do ICMS. Por sua vez, a lei nº 12.670/96 em seu artigo 44 estabelece as alíquotas a serem aplicadas nas operações acima descritas. Ou seja, 25% para gasolina, querosene de aviação, óleo diesel, etc...

Art. 44. As alíquotas do ICMS são:

I - nas operações internas:



a) 25% (vinte e cinco por cento) para bebidas alcoólicas, armas e munições, fogos de artifício, fumo, cigarros e demais artigos de tabacaria, jóias, aviões ultraleves, asas-delta, energia elétrica, gasolina, querosene de aviação, óleo diesel e álcool anidro e álcool hidratado para fins combustíveis;

De todo o exposto, vislumbramos que o recorrente no período assinalado no auto de infração deixou de recolher o ICMS devido ao estado do Ceará, contrariando expressa disposição assente no ordenamento jurídico-tributário estadual.

A aplicação de penalidade decorre de infração à legislação tributária, devendo observar às formalidades delineadas, de modo específico, conforme a dicação do art. 117 da Lei nº 12.670/96.

"Art. 117. A infração será apurada de acordo com as formalidades processuais específica, aplicando-se as penalidades respectivas, por intermédio da competente autuação (..)"

DA PENALIDADE APLICÁVEL

Desse modo, assinala o art. 123, I, "c" 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:

c) falta de recolhimento do imposto, no todo ou em parte, inclusive o devido por substituição tributária, na forma e nos prazos regulamentares, em todos os casos não compreendidos nas alíneas "d" e "e" deste inciso: multa equivalente a uma vez o valor do imposto;

VOTO

Pelo conhecimento do recurso voluntário do Recurso Voluntário, negar-lhe provimento para confirmar a decisão **condenatória** proferida em 1ª Instância, nos termos do Parecer da Consultoria Tributária, referendado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado

DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

ICMS: (17%)	R\$ 109.995,10
Multa:	<u>R\$ 109.995,10</u>
Total	R\$ 219.990,20

È o voto.



DECISÃO

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

A 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários resolve, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Voluntário e por voto de desempate da Presidência, negar-lhe provimento, para confirmar a decisão condenatória proferida em 1ª Instância, nos termos do primeiro voto divergente e vencedor, proferido pelo Conselheiro Manoel Marcelo Augusto Marques Neto, que ficou designado para lavrar a Resolução, e de acordo com o Parecer da Consultoria Tributária, referendado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado. Foram votos vencidos os Conselheiros Antônio Luiz do Nascimento Neto, relator originário, Samuel Aragão Silva, Sandra Arraes Rocha e Sebastião Almeida Araújo, que se manifestaram pela parcial procedência, com aplicação da penalidade do art. 123, I, "d" da lei nº 12.670/96. O Sr. Presidente ressaltou que esta Câmara está impossibilitada de apreciar a preliminar de decadência suscitada pela parte, uma vez que referida preliminar já foi analisada em todas as instâncias deste Conselho de Recursos Tributários, inclusive pelo Conselho Pleno, que a rechaçou definitivamente, devendo a Câmara ater-se à questão de mérito. Apesar de regularmente intimada para apresentação de sustentação oral do recurso, conforme solicitado nos autos, a representante legal da recorrente, Dra. Marisa Sanford Silveira, não compareceu à sessão.

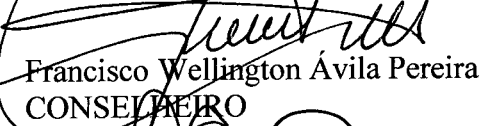
SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos de abril de 2012.

03/05/12

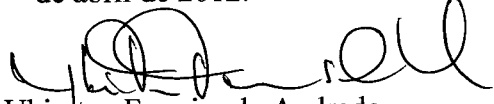

José Wilam Falcão de Souza
PRESIDENTE


Manoel Marcelo Augusto Marques Neto
CONSELHEIRO


Alexandre Mendes de Sousa
CONSELHEIRO

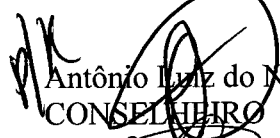

Francisco Wellington Ávila Pereira
CONSELHEIRO


Silvana Carvalho Lima Petelinkar
CONSELHEIRA


Ubiratan Ferreira de Andrade
PROCURADOR DO ESTADO


Sandra Arraes Rocha
CONSELHEIRA


Samuel Aragão Silva
CONSELHEIRO


Antônio Luiz do Nascimento Neto
CONSELHEIRO


Sebastião Almeida Araújo
CONSELHEIRO