

OK



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

Contencioso Administrativo Tributário

Conselho de Recursos Tributários
2ª Câmara de Julgamento

RESOLUÇÃO Nº	273 / 2011
41º SESSÃO EXTRAORDINÁRIA DE	01 de Junho de 2011
PROCESSO Nº	1/1256/2009
AUTO DE INFRAÇÃO Nº	1/200901577
RECORRENTE	PETRÓLEO BRASILEIRO S/A – PETROBRAS e CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA
RECORRIDO	AMBOS
AUTUANTE	FERNANDO ANTÔNIO DAMASCENO LIMA
CONS. RELATOR	SEBASTIÃO ALMEIDA ARAÚJO

EMENTA: FALTA DE RECOLHIMENTO - Ação fiscal referente à retenção e recolhimento a menor do ICMS-ST nas operações interestaduais com GLGN no período de Abril de 2004 a junho de 2008. Recursos Oficial e Voluntário conhecidos e parcialmente providos. Afastada por unanimidade de votos a preliminar de nulidade por erro na intimação. Ação Fiscal julgada **PARCIAL PROCEDENTE**, em virtude da exclusão de 2(duas) notas fiscais do levantamento, bem como em decorrência do reenquadramento da penalidade para **ATRASSO DE RECOLHIMENTO**. Decisão por maioria de votos. Infringência aos dispositivos: Cláusula Terceira, § 1º, II do Convênio 03/99; Protocolo 33/03; art. 25, § 1º, 73 e 74 do decreto nº 24.569/96. Penalidade: Artigo 123, I, "d" da Lei 12.670/96 c/c Lei 13.418/03.

RELATÓRIO

A peça vestibular aponta a seguinte acusação:

"Falta de recolhimento do imposto, no todo ou em parte inclusive o devido por substituição tributária, na forma e nos prazos regulamentares. O Contribuinte reteve ICMS a menor, nas suas operações de venda de gás liquefeito derivado de gás natural, para o Estado do Ceará, no período de Abril/04 a Junho/08,



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

Contencioso Administrativo Tributário

Conselho de Recursos Tributários

2ª Câmara de Julgamento

RESOLUÇÃO Nº / 2011
41º SESSÃO EXTRAORDINÁRIA DE 01 de Junho de 2011
PROCESSO Nº 1/1256/2009
AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/200901577
RECORRENTE CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA
RECORRIDO PETRÓLEO BRASILEIRO S/A - PETROBRAS
AUTUANTE FERNANDO ANTÔNIO DAMASCENO LIMA
CONS. RELATOR SEBASTIÃO ALMEIDA ARAÚJO

EMENTA: FALTA DE RECOLHIMENTO – Ação fiscal referente à retenção e recolhimento a menor do ICMS-ST nas operações interestaduais com GLGN no período de Abril de 2004 a junho de 2008. Recursos Oficial e Voluntário conhecidos e parcialmente providos. Afastada por unanimidade de votos a preliminar de nulidade por erro na intimação. Ação Fiscal julgada **PARCIAL PROCEDENTE**, em virtude da exclusão de 2(duas) notas fiscais do levantamento, bem como em decorrência do reenquadramento da penalidade para **ATRASO DE RECOLHIMENTO**. Decisão por maioria de votos. Infringência aos dispositivos: Cláusula Terceira, § 1º, II do Convênio 03/99; Protocolo 33/03; art. 25, § 1º, 73 e 74 do decreto nº 24.569/96. Penalidade: Artigo 123, I, "d" da Lei 12.670/96 c/c Lei 13.418/03.

RELATÓRIO

A peça vestibular aponta a seguinte acusação:

"Falta de recolhimento do imposto, no todo ou em parte inclusive o devido por substituição tributária, na forma e nos prazos regulamentares. O Contribuinte reteve ICMS a menor, nas suas operações de venda de gás liquefeito derivado de gás natural, para o Estado do Ceará, no período de Abril/04 a Junho/08,

deixando de recolher ICMS no valor R\$ 13.139.153,50, conforme demonstrado nas informações complementares."

O auditor indica os dispositivos infringidos, a penalidade aplicável ao caso e elabora o demonstrativo do crédito tributário;

Nas informações complementares o fiscal descreve como foi o transcorrer do levantamento e destaca trechos da legislação que trata sobre a matéria;

Fazem parte dos autos os seguintes documentos: Ordens de Serviços, Termo de Início Fiscalização, Termo de Conclusão, AR, Planilha que embasou o levantamento, Pedido de dilatação de prazo, Consultas ao banco de dados da SEFAZ-CE e Termo de Revelia;

A Autuada ingressa com impugnação à ação fiscal e acostou documentos;

O processo é analisado e julgado. O julgador decide pela **Parcial Procedência** do feito fiscal, em razão da exclusão de 2(duas) notas fiscais do levantamento;

O Contribuinte é intimado e comunicado da decisão de 1ª Instância através de AR;

A Autuada ingressa com recurso voluntário, alegando o que se segue:

1. Nulidade por cerceamento ao direito de defesa, haja vista que a ciência do auto de infração se deu por via postal, quando deveria ter sido pessoalmente. Trazendo como consequência limitação de tempo para sua defesa,
2. Não houve aplicação da MVA inferior a prevista no anexo II do Convênio 03/99,
3. A forma de cálculo do ICMS-ST utilizado pelos fiscais configura **bis in idem**,
4. Requer a aplicação da penalidade prevista no artigo 123, I, "d" da lei 12.670/96 c/c 13.418/03.

A Consultoria Tributária opina pelo conhecimento dos recursos oficial e voluntário, nega-lhe provimento para confirmar a decisão singular de **Parcial Procedência** da acusação fiscal;

O representante da Douta Procuradoria do Estado, ratifica o parecer da Consultoria Tributária;



Em 21/03/11 o processo entra em pauta e antes de iniciar o relato o Conselheiro Relator, solicitou que o processo fosse sobrestado, para realizar estudos mais aprofundados sobre a matéria, em razão da sua complexidade;

Em 04/05/11 o processo voltou a pauta de julgamento e após a conclusão do relato foi concedida vista ao Conselheiro Francisco José de Oliveira Silva;

Finalmente em 01/06/11 o processo foi relatado, discutido e votado.

É o Relatório.

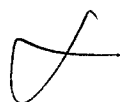
VOTO DO RELATOR:

O presente auto em análise por esta Câmara de Recursos Tributários versa sobre:

"Falta de recolhimento do imposto, no todo ou em parte inclusive o devido por substituição tributária, na forma e nos prazos regulamentares. O Contribuinte reteve ICMS a menor, nas suas operações de venda de gás liquefeito derivado de gás natural, para o Estado do Ceará, no período de Abril/04 a Junho/08, deixando de recolher ICMS no valor R\$ 13.139.153,50, conforme demonstrado nas informações complementares."

Inicialmente, se faz necessário analisar a preliminar de nulidade arguida pela Recorrente:

A Recorrente alega que a ação fiscal é nula, pelo fato da mesma ter tomado ciência da lavratura do auto de infração por via postal, quando deveria ser de forma pessoal. Justifica-se dizendo que *"é clara a ordem contida no § 1º do artigo 34, a saber, a de que somente em caso de recusa ou impossibilidade do autuado, seu mandatário ou preposto em apor "ciente" no auto de infração, é que deverão ser observadas as regras contidas no artigo 46 do decreto 25.468/99."*



Vejamos o conteúdo dos dispositivos a seguir:

- *artigo 34 - A ciência do auto de infração, será firmada pelo atuado no próprio documento.*

§ 1º - Em caso de recusa ou impossibilidade do atuado, seu mandatário ou preposto, em apor "ciente" no auto de infração, serão observadas as regras contidas no artigo 46 deste Decreto.

Encontramos no § 1º do artigo supra reproduzido a presença da conjunção coordenativa alternativa "ou" que está unindo orações independentes. São duas as hipóteses para que a ciência seja feita nos moldes do artigo 46:

1. Em caso de Recusa da parte em apor a ciência. No presente caso não ficou caracterizados nos autos que houve recusa. ou
2. Em caso de impossibilidade em apor a ciência.

Verificando o Termo de Início de Fiscalização (fls.11) e o AR(fl. 13) percebe-se que a ação fiscal se deu fora do ambiente da Autuada daí a impossibilidade em apor a ciência pessoal. Outro aspecto que deve ser levado em consideração é o fato de ter sido oportunizado à Autuada o exercício ao seu direito à defesa e ao contraditório, em todas as fases do processo. Diante deste dois aspectos, entendo que a referida preliminar deve ser afastada.

Quanto ao mérito julgo importante e imprescindível **focar** objetivamente sobre os seguintes dados que envolveram as operações reclamadas no presente auto de infração:

1. Trata-se de operações interestaduais ocorridas entre os Estados do Rio Grande do Norte(Remetente) e Ceará(Destinatário),
2. São operações exclusivamente de comercialização de Gás Liquefeito derivado de Gás Natural (GLGN),
3. O GLGN está submetido ao regime de Substituição tributária, que é regulada pelos seguintes dispositivos:
 1. Artigo 484 do Decreto 24.569/97,
 2. Convênio 03/99, e
 3. Protocolo 33/03.

Vejamos o que determina o artigo 484 do RICMS:

Artigo 484. Fica atribuída a refinaria de petróleo ou suas base, na qualidade de contribuinte substituto, nas operações internas e interestadual com combustíveis derivados ou não de petróleo destinados a contribuintes sediados neste Estado, a



responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devido nas operações subsequentes.

Como se vê, o mencionado artigo, estabelece as regras gerais do regime de Substituição Tributária. Por sua vez o Convenio 03/99, estabelece as regras específicas relativamente à mesma matéria. Senão vejamos:

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.

Com base nos dispositivos acima, existem três hipóteses para encontrar a base de cálculo do ICMS-ST:

1. Preço único de venda a consumidor fixado por autoridade competente,
2. Preço médio Ponderado, estabelecido por autoridade competente. Referidos preços são publicados com a denominação: **Ato COTEPE**,
3. Valor da operação acrescido dos valores correspondentes a frete, seguro, tributo, contribuições e outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatários, adicionados, ainda a Margem de Valor Agregado.

No presente caso, a base de cálculo das operações com GLGN, enquadra-se na 3ª hipótese e nestas condições a Margem de Valor Agregado (MVA) a ser aplicada sobre o valor das operações interestaduais em que esteja envolvido o Estado do Ceará é de 135,68%.

Portanto, no levantamento realizado pelo fiscal, verificou-se que no período a Petrobras reteve e recolheu o ICMS inferior ao valor previsto pela legislação. Para chegar à falta de recolhimento, o Fiscal extraiu os dados do sistema SINTEGRA referente a todas as operações realizadas no período que atendessem as seguintes condições:

1. Notas Fiscais emitidas pela Petrobras situada no Estado do Rio Grande do Norte com destino a Petrobras do Estado do Ceará, e
2. Notas Fiscais que acobertassem a venda de Gás Liquefeito Derivado de Gás Natural - GLGN,



Dentro deste critério, foram elaboradas as planilhas às fls. 15/298, em que demonstram:

1. Em cor preta os dados obtidos do sistema SINTEGRA,
2. Em cor azul os cálculos efetuado pelo Autuante e
3. Em cor vermelha o valor do ICMS que deixou de ser recolhido.

Entretanto, devo reconhecer que deve ser excluído do levantamento as Notas Fiscais nºs. 91.801 e 91.802, haja vista que as mesmas não atendiam aquelas condições, já que se destinavam ao Estado de Pernambuco.

Diante do exposto, conheço do recurso voluntário, para dar-lhe parcial provimento para manter a decisão proferida em Instância singular de **parcial procedência**, porém reduzindo o valor da multa, em razão do reenquadramento da penalidade para a prevista no art. 123, I, "d" da Lei nº 12.670/96, em desacordo com o parecer da Consultoria Tributária. O representante da Procuradoria Geral do Estado, modificou o parecer oralmente em sessão.

Este é o Voto

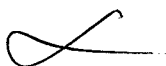
DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

BASE DE CÁLCULO:	R\$ 13.136.501,01
MULTA (50%)	: R\$ 6.568.250,51
Total	: R\$ 19.704.751,52

DECISÃO:

Vistos, discutidos e examinados os presentes autos, em que é Recorrente: **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA** e Recorrido: **PETRÓLEO BRASILEIRO S/A - PETROBRAS.**

Conforme consta dos registros da 85ª Sessão Ordinária desta Câmara, realizada em 04 de maio de 2011, foi julgada naquela data, a preliminar a seguir transcrita: "A 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários resolve por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Voluntário. Com referencia a **preliminar de nulidade** suscitada pela parte em razão da intimação do auto de infração ter sido efetuada por carta com aviso de recebimento, sem a demonstração por parte dos fiscais autuantes da recusa ou impossibilidade da atuada em apor "ciente" no auto de infração - foi



afastada por unanimidade de votos, posto que o regulado no § 6º do art. 46 do Decreto nº 25.468/99 destaca que a intimação por carta poderá ser realizada sem necessidade da observância da forma pessoal." **Retornando à pauta nesta data**, o Auditor Fiscal Fernando Antônio Damasceno Lima, responsável pela ação fiscal em questão, atendendo à solicitação do Conselheiro Francisco José de Oliveira Silva e com a anuência do Presidente da Câmara, prestou esclarecimentos acerca da metodologia utilizada na ação fiscal e as razões que lhe convenceram quanto ao cálculo e recolhimento a menor do ICMS sobre GLP, de responsabilidade da autuada. Após os debates, a 2ª Câmara de Julgamento resolve, por maioria de votos, dar parcial provimento aos recursos interpostos, para manter a decisão de **parcial procedência** proferida em 1ª Instância, porém reduzindo o valor da multa, em razão do reenquadramento da penalidade para a prevista no art. 123, I, "d" da Lei nº 12.670/96, nos termos do voto do Conselheiro Relator e de acordo com o Parecer do representante da Procuradoria Geral do Estado, modificado oralmente em sessão. Foi voto vencido o Conselheiro Francisco José de Oliveira Silva, que votou pela parcial procedência, confirmando integralmente o julgamento singular. Também foi voto vencido o Conselheiro Samuel Aragão Silva, que se pronunciou pela improcedência da acusação fiscal, por entender que a sistemática de cálculo utilizada na ação fiscal fere o disposto no Protocolo 33/2003 - Cláusula 9ª. Ausente, justificadamente, o Conselheiro Pedro Eleutério de Albuquerque. Esteve presente para sustentação oral do recurso, a representante legal da recorrente, Dra. Marisa Sanford Silveira.

**SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS**, em Fortaleza, aos 14
de julho de 2011

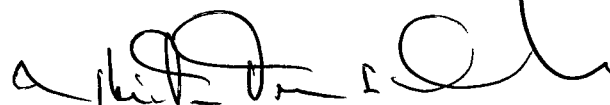

José Wilamir Falcão de Souza
PRESIDENTE


Francisco José de Oliveira Silva
CONSELHEIRO

Silvana Carvalho Lima Petelinkar
CONSELHEIRA


Manoel Marcelo Augusto Marques Neto
CONSELHEIRO


Alexandre Mendes de Sousa
CONSELHEIRO


Ubiratan Ferreira de Andrade
PROCURADOR DO ESTADO


Sandra Arraes Rocha
CONSELHEIRA


Samuel Aragão Silva
CONSELHEIRO


Pedro Eleutério de Albuquerque
CONSELHEIRO


Sebastião Almeida Araújo
CONSELHEIRO RELATOR