



**ESTADO DO CEARÁ**  
**SECRETARIA DA FAZENDA**  
**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO**

**CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS 4ª. CÂMARA**

RESOLUÇÃO Nº 135 /2017

SESSÃO ORDINÁRIA DE: 20 de JULHO de 2017. (32ª. SESSÃO)

PROCESSO DE RECURSO Nº: **1/2075/2016 AI Nº 1/201610483-6**

RECORRENTE: PETROLEO BRASILEIRO S A PETROBRAS – CGF: 06.102618-2

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª. INSTÂNCIA

CONSELHEIRO RELATOR: JOSÉ AUGUSTO TEIXEIRA

EMENTA: ICMS – CRÉDITO INDEVIDO - BENS DE USO E CONSUMO..1 A empresa lançou e aproveitou indevidamente ICMS de material de uso e consumo (óleo diesel marítimo), no exercício de 2013. 2. Decisão fundamentada nos artigos 60, inciso IX, alínea "a" e 590 do Decreto 24.569/97 e no artigo 33, I da Lei Complementar 87/2006. Penalidade prevista no artigo 123, inciso II, alínea "a" da lei 12.670/96. AUTO PROCEDENTE por unanimidade e de acordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, adotado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.

PALAVRAS-CHAVE: CRÉDITO INDEVIDO – MATERIAL DE USO E CONSUMO – LANÇOU E APROVEITOU INDEVIDAMENTE – AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE.

n

RELATÓRIO:

A peça inaugural do processo estampa como acusação: "LANCAR CREDITO INDEVIDO DE ICMS, PROVENIENTE DE OPERACAO DE ENTRADA DE BEM OU MERCADORIA PARA USO OU CONSUMO DO ESTABELECIMENTO.

CONTRIBUINTE EXERCICIO DE 2013, CREDITO DE ICMS PROVENIENTE DE ENTRADAS DE OLEO DIESEL MARITIMO DESTINADO AO USO OU CONSUMO DO ESTABELECIMENTO"

O agente fiscal lança o valor de ICMS no montante de R\$12.327.570,30 e multa do mesmo valor, em seguida aponta como dispositivos infringidos: Art. nº 65, II e Art. nº 66 do Decreto nº 24.569/97 e sugere como Penalidade: Art. 123, II, "A" Lei no 12.670/96 alterado pela Lei nº 13.418/03.

Dentre outras informações contidas na informação complementar, reproduziremos abaixo a observação, contida as fls. 04, vejamos:

" DOS FATOS:

1. A empresa apresenta-se inscrita no Cadastro de Contribuintes do ICMS (CGF) sob o CNAE Principal 1921700 - Fabricação de produtos do refino de petróleo, ocupando na cadeia produtiva e comercial do setor de combustíveis a classificação de REFINARIA (ou Base de Refinaria);
2. Comercializa produtos derivados de petróleo recebidos em transferência de suas filiais, adquiridos diretamente do exterior ou produzidos por sua Base (LUBNOR) localizada em Fortaleza;
3. Mensalmente, apura e recolhe o ICMS incidente sobre as operações próprias de sua responsabilidade "ICMS Normal/Próprio", bem como atua como contribuinte substituto, sendo responsável pela retenção e recolhimento do ICMS devido nas operações subsequentes;
4. Considerada a principal fornecedora de combustíveis derivados de petróleo para as distribuidoras do Estado do Ceará, quer de forma direta, através da Base LUBNOR, ou de forma indireta, através de vendas interestaduais de suas filiais;
5. Comercializa o produto óleo Diesel Marítimo de classificação fiscal 2710.19.21. Anteriormente, durante ação fiscal desenvolvida por esta Célula de Gestão Fiscal junto ao contribuinte em comento, relativa ao exercício de 2000,

foi solicitada e obtida a informação, conforme cópia de e-mail anexa, que esclarece que a empresa utiliza o produto óleo Diesel Marítimo "como diluente na produção de MF 180 ou 380 e para abastecimento a navios e rebocadores da Petrobrás" grifo nosso).

6. Claro está que o produto acima é utilizado "para abastecimento a navios e rebocadores da Petrobrás". Para tanto, a empresa emite as notas fiscais com o destaque do ICMS devido consignando como natureza da operação a expressão "Transferência de Combustíveis ou Lubrificantes para Comercialização", CFOP 5659 e lança a débito em sua conta gráfica, conforme determina a legislação tributária (Art. 590 do Dec. nº 24.569/97);

7. Infringe as normas vigentes quando lança, também, a crédito do ICMS, as notas fiscais citadas no item 6, anulando o respectivo débito do imposto e contrariando que prorroga para a partir de 1º de janeiro de 2020 o direito ao crédito de proveniente de mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento (artigo 33 da LC no 87/96 e alterações).

8. Para melhor elucidação da autoridade julgadora, apensamos, a título de amostragem, ao presente auto de infração, cópias de algumas notas fiscais que acobertaram operação de fornecimento interno, sendo debitadas e logo em seguida creditadas escrituração fiscal digital do- contribuinte autuado, consoante cópias das EFD's também acostadas como exemplo.

9. Acompanha, também, o feito fiscal, um CD contendo cópias das notas fiscais eletrônicas em arquivo XML e EFD's, onde estão os registros fiscais de todos créditos indevidos lançados no período da autuação, bem como o DEMONSTRATIVO MENSAL DO CRÉDITO INDEVIDO DE ICMS REFERENTE ÀS OPERAÇÕES FORNECIMENTO INTERNO DE ÓLEO DIESEL MARÍTIMO DO ANO DE 2013 (ANEXO ÚNICO)

(...)

A empresa entra com defesa tempestiva, anexado às fls. 36 a 59, com os argumentos e solicitações:

- ✓ Que a hipótese descrita na inicial está equivocada, pois não se trata de mercadorias que entraram no estabelecimento para uso e consumo;
- ✓ Que diferentemente do descrito no auto de infração, as notas fiscais autuadas são de saída, tratando-se, portanto, de hipótese completamente diversa da constante no auto de infração;
- ✓ Que as notas fiscais foram emitidas tendo como destinatário o próprio estabelecimento emitente, com o objetivo de informar ao Fisco a destinação dos produtos, bem como de facilitar a movimentação dos mesmos, pois do contrário restaria configurado o descumprimento ao artigo 590 do RICMS.

- ✓ Que embora tenha ocorrido a emissão de notas fiscais de saída, com destaque do ICMS, este fato, por si só, não configura hipótese de incidência do ICMS, tendo em vista que não houve circulação jurídica de mercadorias.
- ✓ Que o artigo 590 do RICMS é inconstitucional, pois extrapola os termos da Lei nº12.670/96;
- ✓ Que não cabe a incidência do ICMS sobre o consumo interno por falta de fundamento jurídico;
- ✓ Que o inciso II, § 1º. do artigo 2º. do Convênio 66/88 não foi ratificado pela Lei Complementar 87/96, razão pela qual é ilegal a previsão ainda existente em qualquer norma estadual que busque conferir respaldo legal para instituir fato gerador não existente na LC 87/96.
- ✓ Cita ainda a súmula 166 do STJ - Apesar dos navios e rebocadores não serem considerados estabelecimentos, ainda que se entendesse que se trata de transferências de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, a despeito do disposto no art. 12, I, parte final, da LC 87/96, a relação jurídica de transferência interna de produtos não pode resultar em obrigação de pagamento de tributo e transcreve doutrinas acerca de operação, circulação de mercadoria.
- ✓ Que a jurisprudência do STJ e do STF é no sentido de que a simples transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte não constitui fato gerador do ICMS;
- ✓ Que as atividades desenvolvidas pelos navios e rebocadores abastecidos eram, respectivamente, carga e descarga de produtos para comercialização e movimentação de cargas e equipamentos e o fornecimento de óleo diesel para consumo nas sondas de perfuração e plataformas de produção. Logo, é inegável que tais produtos participam da cadeia comercial e industrial da Petrobrás.
- ✓ Alega que a Lei nº 9.478 entende a indústria do petróleo como um processo integrado, definido no artigo 60, XIX.
- ✓ Que a prática da Petrobrás se coaduna com o dispositivo inserido no artigo 155, § 2º., inciso I, da CF/88, pela qual os Estados estão obrigados a introduzir em suas legislações o princípio da não cumulatividade;
- ✓ Alega que não deve haver incidência dos juros de mora sobre as multas.
- ✓ Por fim, apresenta pedidos alternativos de improcedência e de exclusão dos juros moratórios sobre as multas.

A julgadora monocrática julga pela procedência da autuação, conforme ementa contida às fls.72:

EMENTA: ICMS - CRÉDITO INDEVIDO - BENS DE USO E CONSUMO. O contribuinte aproveitou os créditos referentes a aquisição de óleo diesel marítí-

mo consumido no abastecimento de suas embarcações navio e rebocadores. Autuação PROCEDENTE. Decisão fundamentos nos artigos 60, inciso IX, alínea "a" e 590 do Decreto 24.569/97, artigo 33, I da Lei Complementar 122/2006 Penalidade prevista no artigo 123, inciso II, alínea "a" da lei 12.670/96. DEFESA TEMPESTIVA.

Inconformada com a decisão singular, a interessada ingressa com Recurso Ordinário, acostada ao processo às fls. 81 a 106, com os mesmos argumentos contida na peça impugnatória

A Célula de Assessoria Processual Tributária em seu Parecer 78/2017, acostado as fls. 112 a 115, adotado pelo representante da Douta Procuradoria do Estado se manifesta pela PROCEDENCIA do auto de infração.

E, opina pelo conhecimento do Recurso Ordinário, negando-lhe provimento a fim de que seja mantida a decisão proferida na instância singular de PROCEDENCIA do auto de infração.

n

Eis, o relatório.



VOTO:

O auto de infração versa sobre crédito indevido de material de uso e consumo de óleo diesel marítimo que é utilizado para abastecimento a navios e rebocadores da Petrobrás.

Quanto ao argumento de que não há incidência de ICMS na transferência interestadual de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa, conforme Súmula 166 STJ, entendo que o auto de infração nada tem com argumento utilizado na defesa, pois o auto de infração é de crédito indevido e não de débito indevido.

Há Infração as normas vigentes quando lança a crédito do ICMS as notas fiscais de consumo do respectivo óleo diesel marítimo utilizado para abastecimento a navios e rebocadores que prestam serviços a Petrobrás, contrariando o que determina o artigo 33 da LC no 87/96 e alterações, que prorroga para a partir de 1º de janeiro de 2020 o direito ao crédito de proveniente de mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento, vejamos:

“Art. 33. Na aplicação do art. 20 observar-se-á o seguinte:

I – somente darão direito de crédito as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento nele entradas a partir de 1º de janeiro de 2020;

A empresa em nenhum momento nega que houve a circularização do óleo diesel e que realmente é utilizado para abastecimento de navios e rebocadores, afirma, no entanto, que faz parte do processo produtivo da empresa, por este motivo teria direito ao crédito do ICMS.

O que ficou provado é que a empresa realmente utiliza o produto em consumo para abastecimento a navios e rebocadores que prestam serviços a Petrobrás, não há no processo sequer comprovação que estes navios e rebocadores são de propriedade da Petrobrás, portanto não há como se legitimar o respectivo crédito.

Com relação ao argumento de que a fruição dos juros de mora sobre a multa deva ser contabilizada a partir do prazo final para pagamento do auto de infração, entendo que a legislação do Estado do Ceará é bastante precisa quando determina que os juros devem ser contabilizados a partir do fato gerador da obrigação tributária, de acordo com o artigo 62, § 1º. e 3º. da Lei nº 12.670/96. O parágrafo 1º. do artigo 77 do RICMS determina que a sua cobrança incide a partir do primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento do débito. Assim, não pode ser aceito o argumento do defendente.

Quanto ao argumento de inconstitucionalidade do artigo 590 do RICMS, pois extrapola os termos da Lei nº12.670/96, esclareço que não cabe a este órgão julgador apreciar a inconstitucio-

validade de norma tributaria em vigor, conforme determina o artigo 48, § 2º. da Lei nº 12.614/2014, in verbis:

“Art. 48. O julgamento de processo administrativo-tributário no CONAT é da competência inicial dos Julgadores Administrativo Tributário sob a forma monocrática, observado o disposto no art. 121 desta Lei, e quando em grau de recurso, dos órgãos do CR T, em deliberação coletiva.

§ 2º. Não se inclui na competência da autoridade julgadora afastar a aplicação de norma sob o fundamento de inconstitucionalidade, ressalvada a hipótese em que tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal — STF, observado:”

O Parecer nº 78/2017 da Célula de Acessória Processual Tributária às fls. 114 e 115, segue o nosso mesmo entendimento em relação ao mérito, vejamos:

“Quanto aos argumentos da recorrente de que trata o caso sob análise de insucesso do processo produtivo, não há como prosperar, pois, como bem disposto no artigo 590 do Decreto 24.569/97, trata-se de mercadoria de produção própria, haja vista que a empresa comercializa produtos derivados de petróleo recebidos em transferência de suas filiais, adquiridos diretamente do exterior ou produzidos por sua base (LUBNOR) localizada em Fortaleza, conforme o disposto nas informações complementares, que foram consumidas no abastecimento de seus navios e rebocadores, devendo ser emitida nota fiscal com destaque do imposto, consignando como natureza da operação: "Consumo".

Além do que, com a Lei Complementar 87 / 96, o direito ao crédito foi ampliado a todos os bens adquiridos pelo contribuinte do imposto no caso de uso e consumo como também para o ativo permanente. Porém o art. 33 postergou o direito ao crédito das mercadorias adquiridas para uso e consumo, conforme transcrição:

“Art. 33. Na aplicação do art. 20 observar-se-á o seguinte:

I — somente darão direito de crédito as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento nele entradas a partir de 1º de janeiro de 2020; (Redação dada pela Lcp no 138, de 2010)”

Quanto ao argumento de ilegalidade, não há como prevalecer, pois, normas em plena aplicação.

Não custa enfatizar que toda a atividade da Administração Pública decorre de atos, procedimentos e formalidades em observância da lei, sempre com a finalidade de garantir a legalidade dos atos e que estes tenham sido praticados por aquele a quem a lei atribui competência para a prática do ato. De modo que a autoridade que pratica o ato se sujeita, rigorosamente às disposições legais sob pena da sua inobservância viciar irremediavelmente o ato praticado.

Quanto ao argumento de que não há incidência de ICMS na transferência interestadual de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa, conforme Súmula 166 STJ, não há como prosperar, pois não houve pronunciamento definitivo do STF sobre a matéria, não havendo efeito vinculante, devendo prevalecer o disposto no artigo 3º. do Decreto 24.569/97.

Quanto ao argumento de que os juros moratórios incidentes sobre a multa de ofício sejam calculados 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 12.670/96, também não há como prosperar, haja vista que o parágrafo 1º., diz claramente que a sua cobrança incide a partir do primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento do débito.”

As ponderações inseridas no recurso ordinário não possuem fundamentos jurídicos suficientes para desconstituir a acusação fiscal, que teve como base o disciplinado na legislação vigente.”

Isto posto, VOTO no sentido de:

Que se conheça do Recurso Ordinário, dar-lhe provimento para confirmar a decisão de 1ª. Instância de PROCEDENCIA do auto de infração, de acordo com o Parecer da Célula de Acessória Processual Tributaria adotada pela douda Procuradoria Geral do Estado.

DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO TRIBUTARIO	
ICMS	R\$12.327.570,30
MULTA	R\$12.327.570,30

É o voto.





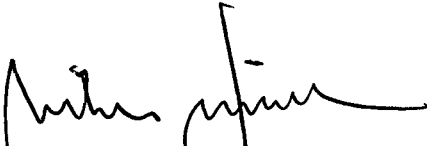
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que é RECORRENTE PETROLEO BRASILEIRO S A PETROBRAS – CGF: 06.102618-2 e RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª. INSTÂNCIA.

**DECISÃO:**

Resolvem os membros da 4ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, conhecer parcialmente do Recurso Ordinário, deixando de fazê-lo em referência à arguição de inconstitucionalidade da norma contida no artigo 590 do Decreto nº 24.569/97 que, segundo a Recorrente, estaria criando hipótese de incidência do ICMS não prevista em lei e também fora dos limites estabelecidos na CF/88. Entendem os senhores conselheiros que não compete a esta Câmara de Julgamento afastar a aplicação de norma a pretexto de inconstitucionalidade, conforme dispõe o art. 48, §2º, da Lei nº 15.614/2014. Na parte conhecida do Recurso, foram tomadas as seguintes deliberações: 1. Quanto à alegação de que os juros de mora aplicados sobre a multa deveriam incidir somente a partir do término do prazo para pagamento do auto de infração, resolvem afastar, por maioria de votos, por entenderem que os juros devem ser computados sobre a totalidade do crédito (ICMS e multa) desde a ocorrência do fato gerador do imposto; foram votos vencidos neste ponto os das conselheiras Camilla Borges Duarte e Fernanda Dourado Aragão Sá Araújo, que votaram no sentido de acolher a alegação da parte; 2. No mérito, resolvem, por unanimidade de votos negar provimento ao recurso interposto e confirmar a decisão CONDENATÓRIA proferida na instância singular. Decisão nos termos do voto do Conselheiro Relator e de acordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, adotado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado. Esteve pre-

sente para proceder sustentação oral no julgamento deste processo a Dra. Marisa Sanford Silveira.


**Sala das Sessões da 4ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, em 21 de agosto de 2017.**



**Abílio Francisco de Lima**  
**PRESIDENTE DA 4ª CÂMARA**



**Rafael Lessa Costa Barboza**  
**PROCURADOR DO ESTADO**



**José Wilame Falcão de Souza**  
**CONSELHEIRO**



**Camila Borges Duarte**  
**CONSELHEIRA**



**José Augusto Teixeira**  
**CONSELHEIRO**



**Diogo Moraes Almeida Vilar**  
**CONSELHEIRO**



**Lúcio Flávio Alves**  
**CONSELHEIRO**



**Fernanda Dourado Aragão Sá Araújo**  
**CONSELHEIRA**