

PROCESSO - A. I. N° 206923.0004/09-0
RECORRENTE - PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. - PETROBRÁS
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3º JJF nº 089-03/10
ORIGEM - SAT/COPEC
INTERNET - 13/08/2012

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0235-11/12

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. COMBUSTÍVEIS. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. **a)** RETENÇÃO DO IMPOSTO EFETUADA A MENOS. Ficou comprovado que o autuado efetuou retenção menos, em razão da utilização de base de cálculo na apuração da substituição tributária de GLP divergente da prevista no Convênio ICMS 03/99. Infração caracterizada. **b)** RETIDO E NÃO RECOLHIDO. Infração comprovada. Infrações procedentes. Afastada a preliminar de nulidade. Decisão unânime. Rejeitada a preliminar de decadência. Decisão por maioria. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 13/10/09, refere-se à exigência de ICMS no valor de R\$1.605.008,44 acrescido das multas de 60% e 150%, em decorrência das seguintes infrações:

01. Procedeu à retenção a menos do ICMS, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia. Consta, na descrição dos fatos, que o contribuinte utilizou base de cálculo na apuração da Substituição Tributária de GLP divergente da prevista no Convênio ICMS 03/99, cláusula décima quinta e Ato Cotepe 19/02, no período de jan/04 a dez/05 - R\$911.868,05.
02. Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. O contribuinte recolheu a menos o ICMS Substituição Tributária, nos meses de janeiro, fevereiro e março de 2004, por utilizar na apuração do ICMS próprio para depósito em juízo (GLP-GN) 70,5882% do ICMS retido, quando deveria utilizar a alíquota de 12% sobre o valor dos produtos - R\$693.140,39.

A 3ª Junta de Julgamento Fiscal julgou procedente o Auto de Infração da seguinte forma:

Afastou a preliminar de decadência suscitada com fundamento de que o art. 107-B, §5º do Código Tributário do Estado da Bahia prevê que a homologação do lançamento ocorre após 5 (cinco) anos, contados a partir de primeiro dia do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerado.

Também, a nulidade suscitada sob o argumento de que há contradição inserta no próprio Auto de Infração ao acusar utilização de base de cálculo incorreta e mencionar como enquadramento para a infração as “cláusulas terceira, quinta e sexta do Convênio ICMS 03/99”, por entender que o simples erro de indicação de dispositivo regulamentar não culmina em nulidade, tendo em vista que, pela descrição dos fatos ficou evidente o enquadramento legal, de acordo com o art. 19 do RPAF/99, além do autuado ter entendido e se defendido da acusação fiscal.

No mérito, decidiu que:

A primeira infração trata da retenção a menos do ICMS, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia, constando na descrição dos fatos, que o contribuinte utilizou base de cálculo na apuração da Substituição Tributária de GLP divergente da prevista no Convênio ICMS 03/99, cláusula décima

quinta e Ato Cotepe 19/02, no período de janeiro de 2004 a dezembro de 2005, e o defendente não apresentou qualquer contestação aos dados numéricos do levantamento fiscal.

Nas alegações defensivas, o defendente assegura que ao presente caso se aplica o disposto na cláusula terceira, § 1º, II, do Convênio ICMS 03/99, salientando que a cláusula décima quinta, citada pelos autuantes, está inserida no Capítulo V, o qual é inaugurado pela cláusula décima terceira.

A base de cálculo do imposto a ser retido e o momento do pagamento do valor apurado está disciplinada no Capítulo II do Convênio ICMS 03/99, que estabelece nas cláusulas terceira e décima quinta.

Cláusula terceira...

Cláusula décima quinta...

Da leitura dos dispositivos acima reproduzidos em confronto com a situação do autuado constante do ATO COTEP 19/02 às fls. 112/116 do presente PAF, onde consta a relação de refinarias de petróleo ou bases que serão utilizadas pelas unidades federadas para determinação do valor de partida, conclui-se que não assiste razão ao defendente, tendo em vista que o estabelecimento autuado encontra-se inserido no mencionado ATO COTEP 19/02, que se refere à alínea “b” do inciso I do § 1º da cláusula décima quinta do citado Convênio ICMS 03/99.

Neste caso, entendo que o autuado deveria calcular o imposto a ser retido de acordo com a regra estabelecida na cláusula décima quinta e Ato Cotepe 19/02, conforme entendimento apresentado pelos autuantes. Assim, concluo pela subsistência da exigência fiscal, haja vista que ficou comprovado que o autuado efetuou retenção menos, em razão da utilização de base de cálculo na apuração da Substituição Tributária de GLP divergente da prevista no Convênio ICMS 03/99.

Infração 02: Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. O contribuinte recolheu a menos o ICMS Substituição Tributária, nos meses de janeiro, fevereiro e março de 2004, por utilizar na apuração do ICMS próprio para depósito em juízo (GLP-GN) 70,5882% do ICMS retido, quando deveria utilizar a alíquota de 12% sobre o valor dos produtos.

De acordo com as razões defensivas, o autuado não apresentou qualquer alegação quanto ao mérito da exigência fiscal consubstanciada nesta segunda infração, haja vista que apresentou alegações quanto à decadência, apresentando o entendimento de que inconteste é a decadência do direito de a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário relativo aos fatos geradores ocorrido no período de 01/2004 a 10/2004, fulminando de nulidade parte da infração 01 e toda a infração 02.

Considerando que a alegação de decadência já foi apreciada neste voto, quando foi rejeitada a preliminar apresentada pelo defendente, no mérito, concluo pela procedência desta infração, estando comprovada exigência fiscal nos demonstrativos elaborados pelos autuantes.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

No Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da primeira instância (fls. 416/423), o autuado apresenta um resumo da acusação, defesa e julgamento, suscitando, preliminarmente, a nulidade da Decisão recorrida sob o argumento de que “*não foi intimada para replicar a informação fiscal de fls. 391/393*”, nos termos do art. 127, §7º do RPAF que prevê que se na informação fiscal “forem aduzidos fatos novos” o órgão preparado deve dar ciência ao sujeito passivo, dando oportunidade para exercer seu direito constitucional ao contraditório e à ampla defesa.

Reitera os termos formulados no momento da defesa quanto a decadência de parte dos créditos fiscais exigidos, visto que os artigos 28, §1º e 107-B da Lei 3.965/81 não foram recepcionados pelo art. 150, § 4º do CTN, ocorrendo a decadência do crédito tributário referente as operações realizadas no período de 01/2004 a 10/2004, visto que foi autuado em 06/11/09.

No mérito, com relação à infração 1, afirma que a 3ª JF decidiu de forma equivocada, visto que se tratam de operações de vendas de GLP efetuadas por produtor nacional a contribuinte localizados no Estado da Bahia e não se aplica as disposições previstas na Cláusula décima quinta e por conseguinte o Ato COPEP/ICMS e sim as disposições da Clausula terceira, § 1º, II, do Convênio ICMS 03/99, conforme transcreveu à fl. 422.

Argumenta que a Cláusula décima quinta está inserida no Capítulo V, o qual a cláusula décima terceira do Convênio ICMS 03/99 aplica-se somente a operações interestaduais envolvendo combustíveis derivados de petróleo ou álcool anidro combustíveis, diferentemente, portanto, do GLP-GN derivado de gás natural.

Alega que as vendas de GLP-GN feitas diretamente pelo produtor a contribuintes localizados no Estado da Bahia “*não se aplica ao presente caso as disposições do capítulo V do Convênio ICMS 03/99, incluindo aí a cláusula décima quinta e Ato Cotepe 19/02*”.

Informa que não há preço estabelecido por autoridade competente nas operações interestaduais com GLP-GN realizadas diretamente com contribuintes localizados em outros estados (Cl. 15ª do Convênio ICMS 03/99) e neste caso deve se adicionar a MVA ao valor da operação para apurar a base de cálculo, como fez em obediência ao disposto na cláusula décima terceira do mencionado Convênio.

Entende que o preço estabelecido no Ato COTEPE/ICMS 19/02 somente se aplica às operações regidas pelo Capítulo V do Convênio ICMS 03/99, quais sejam “*operações com combustíveis derivados de petróleo ou álcool anidro combustíveis, nas quais o imposto tenha sido retido anteriormente pelo produto, em vendas realizadas a distribuidoras nos Estados de origem*” o que não se aplica à situação presente que trata de vendas de GLP-GN diretamente do produtor para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Por fim, requer a anulação da Decisão da Primeira Instância, e caso não acatada, a improcedência da autuação, inclusive em virtude da preliminar de decadência e razões de mérito.

O Processo foi encaminhado para a PGE/PROFIS, tendo sido informado no despacho de 17/03/11 (fl. 429) que, conforme Decisão do Procurador Geral do Estado ficou sobrestado o seu andamento em razão da discussão da questão da decadência, até que se tivesse uma Decisão final.

Em 03/11/11, conforme despacho do Procurador Geral do Estado (fl. 430) o processo retornou à PGE/PROFIS no qual foi exarado Parecer (fls. 431/434) com o seguinte teor.

Quanto à decadência, deve ser afastada em face do disposto no art. 107-B do COTEB.

No mérito, opina que a alegação do contribuinte quanto à inaplicabilidade da cláusula décima quinta do Convênio ICMS 03/09 e do Ato COTEPE 19/02 não encontra respaldo jurídico em razão de o estabelecimento autuado se enquadrar na situação regulamentar conforme documento juntado às fls. 112/116, restando caracterizado a utilização de base de cálculo na apuração do imposto divergente da estabelecida na mencionada norma. Opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Quanto à prejudicial do mérito relativa à extinção de parte do crédito tributário das infrações 1 e 2, relativas ao exercício de 2004, acompanho o posicionamento da PGE/PROFIS, ficando a mesma rejeitada. Verifico que o Auto de Infração foi lavrado em 13/10/09 com ciência ao autuado em 06/11/09 (fl. 344).

O art. 150, § 4º do CTN, estabelece que “*Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação*”.

O art. 107-B, §5º da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia), em conformidade com o disposto no art. 150, §4º do CTN, dispõe:

Art. 107-B

§ 5º - Considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Assim, a legislação tributária do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento, não podendo ser arguida a determinação do art. 150, § 4º do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixar prazo à homologação. Os créditos constituídos relativos ao exercício de 2004 tiveram como base os fatos geradores ocorridos no período de 01/01/04 a 31/12/04 e só seriam desconstituídos se o lançamento tributário ocorresse a partir do dia 01/01/10, fato que não ocorreu.

Inicialmente, cumpre apreciar o pedido de nulidade da Decisão da Primeira Instância. O recorrente alega que “*Segundo consta no relatório do v. acórdão recorrido, os i.autuantes, em*

informação fiscal de fls. 391 a 393, aduziram fatos novos, não constantes na autuação combatida” (fl. 418) e que não foi lhe conferido o direito de réplica implicando em cerceamento do direito de defesa.

Analisando o conteúdo da informação fiscal (fls. 391/393) verifico que os autuantes na sequência comentaram as infrações, em seguida fizeram um resumo dos argumentos defensivos e passaram a contestação (item 3) na qual transcreveram Cláusulas do Convênio ICMS 03/99, citaram o Ato COTEPE 19/02 e indicaram a relação de refinarias de petróleo utilizadas para determinação de partida e tabela de base de cálculo para retenção de GLP para fundamentarem que a autuação estava correta. Por fim, comentaram os artigos do CTN que trata de decadência e transcreveram Decisão do STJ.

Pelo exposto, constato que as cláusulas do citado Convênio e Ato COTEPE já tinha sido indicada na descrição da infração, inclusive foram transcritas e comentadas na defesa, cuja relação de refinarias consta no documento às fls. 112/116 que inclui o estabelecimento autuado. Também a tabela acostada à fl. 12 que serviu de base para a apuração do imposto exigido está gravada no CD, juntado à fl. 13 cuja cópia foi entregue ao recorrente.

Concluo que, ao contrário do que foi afirmado, não foi trazido nenhum fato novo na informação fiscal como afirmou a empresa no Recurso Voluntário interposto, inexistindo o alegado cerceamento do direito de defesa, motivo pelo qual não acato o pedido de nulidade da Decisão recorrida.

No mérito, quanto à infração 1, no Recurso Voluntário interposto o autuado alegou que as operações objeto da autuação são de vendas de GLP-GN derivado de gás natural efetuadas por produtor nacional a contribuinte localizado no Estado da Bahia e não se aplicam as disposições previstas na Cláusula décima quinta e, por conseguinte, o Ato COPEP/ICMS, e sim as disposições da cláusula terceira, § 1º, II, do Convênio ICMS 03/99.

Verifico que no enquadramento da infração foram citadas as cláusulas terceira, quinta e sexta do mencionado Convênio, e na descrição dos fatos que houve descumprimento da cláusula décima quinta e Ato COTEPE 19/02.

O Convênio ICMS 03/99, conforme cópia acostada à fls. 117/143 estabelece na sua cláusula primeira:

Cláusula primeira. Ficam os Estados e o Distrito Federal, quando destinatários, autorizados a atribuir aos remetentes de combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo, situados em outras unidades da Federação, a condição de contribuintes ou de sujeitos passivos por substituição, relativamente ao ICMS incidente sobre as operações com esses produtos, a partir da operação que os remetentes estiverem realizando, até a última, assegurado o seu recolhimento à unidade federada onde estiver localizado o destinatário.

Portanto, como indicado nesta primeira cláusula, o citado Convênio trata do regime de substituição tributária nas operações com combustíveis e lubrificantes, *derivados ou não de petróleo.*

Conforme apreciado na Decisão recorrida, a base de cálculo do imposto a ser retido e o momento do pagamento do valor apurado está disciplinada no Capítulo II, do Convênio ICMS 03/99, que estabelece na cláusula terceira.

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:

I - na hipótese em que o sujeito passivo por substituição seja a distribuidora de combustíveis, como tal definida e autorizada pelo órgão federal competente, em relação aos produtos indicados no Anexo I, os percentuais nele constantes;

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;

A cláusula terceira estabelece como regra geral que a base de cálculo é o preço máximo ou único de venda a consumidor fixado por autoridade competente e o seu §º determina que na falta de fixação de preço será o valor da operação acrescido das despesas e encargos cobrados do destinatário, adicionado da MVA prevista no Anexo I (distribuidora) ou *Anexo II (produtor)*.

Por sua vez, o Anexo II – OPERAÇÕES REALIZADAS POR PRODUTOR NACIONAL DE COMBUSTÍVEIS (vide cópia à fl. 142), relaciona os produtos: gasolina automotiva, óleo diesel, **GLP**, óleo combustível e **Gás Natural Veicular**. Logo, no que se refere à base de cálculo, o inciso II da cláusula terceira remete para o Anexo II que engloba produtos derivados ou não de petróleo.

As cláusulas antecedentes da décima quinta, a exemplo da décima primeira, estabelecem procedimentos a serem adotados pelas refinarias de petróleo ou suas bases, inclusive de incluir dados no programa de computador aprovado pela COTEPE/ICMS para determinar, por meio do referido programa, o valor do imposto a ser repassado às unidades federadas do destino das mercadorias, “na forma e prazos estabelecidos no Capítulo V”.

Por sua vez o Capítulo V trata das informações relativas às operações interestaduais com combustíveis, definindo a entrega de informações, elaboração do programa de computador de uso obrigatório, edição de Ato COTEPE (cláusula décima terceira); obrigatoriedade de utilização do programa do computador aprovado por Ato da COTEPE (cláusula décima quarta).

A cláusula décima quinta trata do cálculo do ICMS decorrente de operações interestaduais a ser repassado em favor da unidade federada de destino, conforme abaixo transcrita:

Cláusula décima quinta Com base nos dados informados pelos contribuintes e nas tabelas anexas a este convênio, o programa de computador, aprovado pela COTEPE/ICMS, calculará o imposto cobrado em favor da unidade federada de origem da mercadoria e o imposto a ser repassado em favor da unidade federada de destino decorrente das operações interestaduais com combustíveis derivados de petróleo, bem como a parcela do imposto incidente sobre o álcool etílico anidro combustível destinada à unidade federada remetente desse produto.

§ 1º

I - tratando-se de mercadorias não destinadas à industrialização, exceto nos casos de aplicação do parágrafo único da cláusula sétima:

a)

b) não existindo preço máximo ou único de venda a consumidor, adotará como valor de partida o preço unitário à vista praticado na data da operação por refinaria de petróleo indicada em Ato COTEPE/ICMS, dele excluído o respectivo valor do ICMS e adicionará a esse valor o resultante da aplicação do percentual da margem de valor agregado à operação interestadual, estabelecido no Anexo II deste convênio;

c) multiplicará o preço obtido na forma das alíneas anteriores pela quantidade do produto;

III - aplicará, sobre o resultado obtido na forma dos incisos anteriores, a alíquota vigente para as operações internas com a mercadoria na unidade federada de destino.

O §5º da referida cláusula (15ª) estabelece que “as unidades federadas deverão informar qual refinaria de petróleo ou base será utilizada para determinação do valor de partida a que se refere a alínea “b” do inciso I do §1º, à Secretaria Executiva do CONFAZ, que providenciará a publicação de Ato COTEPE/ICMS, no prazo de sete dias”.

O Ato COTEPE 19/02 informa os nomes das refinarias de petróleo ou bases que serão utilizadas, pelas unidades federadas para determinação do valor de partida a que se refere a alínea “b” do inciso I do §1º da cláusula décima quinta do Convênio ICMS 03/99 (fl. 112), no qual foi indicado para o produto GLP produzido pela PETROBRÁS, localizada no Estado de Sergipe, para determinação do valor de partida os informados pela Refinaria Landolfo Alves (RLAN), localizada no Estado da Bahia.

Conforme tabela à fl. 37 os autuantes apuraram o valor da base de cálculo unitária para retenção do ICMS devido relativo a operações interestaduais com GLP, inclusive contemplando a redução de base de cálculo (29,4117%) de modo que a carga tributária se equiparasse a 12%, tomando como base os valores informados pela RLAN, para apuração dos valores retidos a menos nos exercícios

de 2004 e 2005 (fls. 14/36 e 64/111) que foram consolidados nos demonstrativos às fls. 38/39. Ressalto que os valores numéricos não foram questionados pelo recorrente.

Quanto à alegação apresentada no Recurso interposto, que não se aplica às operações com “GLP-GN, derivado de gás natural” o Capítulo V do Convênio ICMS 03/99 (fl. 426), verifico que, conforme demonstrativos elaborados pela fiscalização (fls. 14/111) foram relacionadas notas fiscais do produto GLP (PROPANO/BUTANO).

A terminologia GPL usualmente significa **Gás Liquefeito de Petróleo** que consiste numa “mistura de gases de hidrocarbonetos utilizados como combustíveis em aplicações de aquecimento como em fogões e veículos”, cuja mistura de gases condensáveis estão presentes no gás natural ou dissolvidos no petróleo. Na prática, pode-se dizer que o GPL “é uma mistura dos gases propano e butano” que estão presentes no petróleo (*crude*, bruto) e no gás natural, embora uma parte se obtenha durante a refinação de petróleo, sobretudo como subproduto do processo de craqueamento catalítico (FCC, da sigla em inglês *Fluid Catalytic Cracking*). (Wikipédia.org).

O produto foi comercializado com indicação do “CFOP 6.401 - Venda de produção do estabelecimento em operação com produto sujeito ao regime de substituição tributária, na condição de contribuinte substituto”, portanto, produto constante do Anexo II do Convênio ICMS 03/99 (vide fl. 142), o estabelecimento autuado localizado no Estado de Sergipe, com relação às vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia indica a Refinaria Landulfo Alves (fl. 116) como referência para se determinar os preços de partida constante do Ato COTEPE ICMS 19/02, a que se refere a alínea “b” do inciso I do §1º da cláusula 15ª do Convênio ICMS 03/99 (fl. 112) e o recorrente não trouxe ao processo qualquer documento que fizesse prova em contrário.

Por tudo que foi exposto, numa interpretação contextual, entendo que a cláusula terceira do Convênio ICMS 03/99 estabelece regra para apuração do imposto retido tanto para distribuidores como para produtor nacional, tendo como referência o preço determinado por autoridade competente e, na falta deste, o valor da operação acrescido de valores de custos e despesas cobrados do destinatário, adicionado da MVA. Porém, na situação em que o estabelecimento remetente na condição de sujeito passivo por substituição encontrar-se inserido em ATO COTEP, na situação presente o 19/02, a base de cálculo deve ser constituída tomando como base o valor informado pela refinaria localizada na unidade federada de destino acrescido da MVA (Anexo II do mencionado Convênio em se tratando de produtor – fl. 142) conforme determina a alínea “b” do inciso I do § 1º da cláusula décima quinta do Convênio ICMS 03/99.

Esta interpretação fundamenta-se numa lógica de que há valores diferenciados do GLP entre a unidade produtora (ou distribuidora) e o do estado onde ocorre o consumo do produto. Como o ICMS é por natureza um imposto que incide sobre o consumo, os procedimentos estabelecidos no Convênio ICMS em questão objetivam promover o cálculo do imposto com base nos valores das operações praticadas nas refinarias de petróleo do estado para onde foi destinado o produto, caso exista ou a mais próxima (Cláusula décima quinta) e não o da regra geral (Cláusula terceira).

Portanto, restou caracterizado que “o autuado deveria calcular o imposto a ser retido de acordo com a regra estabelecida na cláusula décima quinta e Ato Cotepe 19/02”, o que resultou em retenção a menos do imposto na apuração do ICMS-ST de comercialização de GLP divergente da prevista no Convênio ICMS 03/99, como decidiu a primeira instância.

No tocante à infração 2, ressalto que o recorrente não apresentou qualquer argumentação quanto ao mérito, restringindo-se a decadência do direito de a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário relativo aos fatos geradores ocorridos no período de 01/04 a 10/04, o que foi apreciado nas preliminares. Portanto, fica mantida a Decisão da primeira instância.

Pelo exposto, está correta a Decisão da Primeira Instância e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário

VOTO DIVERGENTE

Divirjo do entendimento firmado pelo nobre Relator com relação à decadência arguida no Recurso Voluntário.

Inicialmente, cumpre registrar que a decadência não é um instituto jurídico que tem por objetivo premiar o devedor, como muitos entendem; ao revés, a decadência visa a punir o credor inerte, aquele que, podendo exercer um direito seu independentemente da vontade do outro (direito potestativo), deixa de adotar as medidas cabíveis, silencia numa atitude de inescusável descaso para com a ordem jurídica.

Não é por outro motivo que a máxima latina “*dormientibus non succurrit jus*” (o direito não socorre a quem dorme) volta-se, justamente, contra o credor, contra aquele que pode exercer o direito, e não contra o devedor, a quem restaria apenas sucumbir diante da pretensão contra si deduzida.

A análise do tema sob esse prisma faz enxergar que a decadência tem por finalidade precípua garantir a segurança jurídica. Ao impor que o credor exerça o seu direito dentro de determinado lapso de tempo, o ordenamento jurídico pretende extirpar do meio social a situação de instabilidade gerada pelo sentimento de ameaça sofrido por aquele contra quem o direito pode, a qualquer momento, ser apresentado.

A ninguém interesse essa situação indefinida, nem mesmo ao Estado – aqui entendido como Estado-Nação –, cujo objetivo maior é dissolver os conflitos, é a pacificação social, e não a eternização da instabilidade.

Sucedem que o legislador pátrio, ao definir os prazos decadenciais, nem sempre utilizou da melhor técnica jurídica, impregnando muitas vezes o nosso texto legislado de impropriedades indesejáveis, com o que tornou bastante árdua a tarefa do intérprete no sentido de buscar equacionar a questão, da melhor maneira possível, dentro de uma visão sistêmica, ou seja, coerente e fechada.

No campo do direito tributário, a maior parte das discussões jurídicas giram em torno do aparente conflito existente entre o parágrafo 4º, do art. 150, e o inciso I, do art. 173, do CTN, a seguir transcritos, *in verbis*:

“Art. 150. (...)

Parágrafo 4º. Se a lei não fixar prazo para a homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação”.

“Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I – do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”.

Após longas e acirradas discussões, a jurisprudência pátria dá fortes sinais de ter chegado a alguns consensos sobre a decadência no âmbito do direito tributário. A primeira delas, hoje quase que irreversível, diz respeito à competência para definir prazos decadenciais. É que a Constituição Federal de 1988, suprimindo as controvérsias até então existentes, reservou à lei complementar a disciplina acerca da prescrição e decadência em direito tributário, consoante dicção do art. 146, III, “b”, do Texto Maior, que giza:

“Art. 146. Cabe à lei complementar:

(...)

III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

(...)

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência de tributos”.

Segundo já definiu o Supremo Tribunal Federal, a Lei Complementar mencionada pela Constituição Federal é CTN, cujas normas prevalecem, inclusive, sobre a Lei de Execução Fiscal, como, aliás, leciona Leandro Paulsen:

“Após o advento da CF/88, com previsão expressa nesta alínea no sentido de que se trata de norma geral em matéria tributária, tem-se todos os elementos para afirmar, categoricamente, que estão sob reserva de lei complementar. O STF já firmou posição acerca da matéria, e o STJ, recentemente, tem se pronunciado no sentido de que os dispositivos da LEF não podem prevalecer em face do CTN, conforme se pode ver dos precedentes acerca da interrupção da prescrição pela citação, em nota ao art. 174, parágrafo único, inciso I, do CTN” (in Direito Tributário, Editora Livraria do Advogado, 10ª. Ed., pág. 94).

Como dito acima, esse é o entendimento que prevalece no STF, *ex vi* do aresto a seguir transcrito:

“A questão da prescrição e da decadência, entretanto, parece-me pacificada. É que tais institutos são próprios de lei complementar de normas gerais (art. 146, III, b). Quer dizer, os prazos de decadência e de prescrição inscritos na lei complementar de normas gerais (CTN) são aplicáveis, agora, por expressa previsão constitucional, às contribuições parafiscais” (Plenário, RE 148754-2/RJ, excerto do voto do Min. Carlos Velloso).

Fala-se que a questão encontra-se definida quase que irreversivelmente porque, recentemente, foi editada a Súmula Vinculante nº 08, através da qual cristalizou-se o entendimento de que são inconstitucionais os arts. 5º, do Decreto-Lei 1.569/77, e 45 e 46, da Lei 8.212/91, utilizando-se justamente o fundamento de que a prescrição e a decadência são matérias reservadas a Lei Complementar de âmbito nacional, conforme se observa da ementa dos precedentes que ensejaram a edição do referido verbete:

“PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. MATÉRIAS RESERVADAS A LEI COMPLEMENTAR. DISCIPLINA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. NATUREZA TRIBUTÁRIA DAS CONTRIBUIÇÕES PARA A SEGURIDADE SOCIAL. INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 45 E 46 DA LEI 8.212/91 E DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 5º DO DECRETO-LEI 1.569/77. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO PROVIDO. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.

I. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. RESERVA DE LEI COMPLEMENTAR. As normas relativas à prescrição e à decadência tributárias têm natureza de normas gerais de direito tributário, cuja disciplina é reservada a lei complementar, tanto sob a Constituição pretérita (art. 18, § 1º, da CF de 1967/69) quanto sob a Constituição atual (art. 146, III, b, da CF de 1988). Interpretação que preserva a força normativa da Constituição, que prevê disciplina homogênea, em âmbito nacional, da prescrição, decadência, obrigação e crédito tributários. Permitir regulação distinta sobre esses temas, pelos diversos entes da federação, implicaria prejuízo à vedação de tratamento desigual entre contribuintes em situação equivalente e à segurança jurídica.

II. DISCIPLINA PREVISTA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. O Código Tributário Nacional (Lei 5.172/1966), promulgado como lei ordinária e recebido como lei complementar pelas Constituições de 1967/69 e 1988, disciplina a prescrição e a decadência tributárias.

III. NATUREZA TRIBUTÁRIA DAS CONTRIBUIÇÕES. As contribuições, inclusive as previdenciárias, têm natureza tributária e se submetem ao regime jurídico-tributário previsto na Constituição. Interpretação do art. 149 da CF de 1988. Precedentes.

IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO PROVIDO. Inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91, por violação do art. 146, III, b, da Constituição de 1988, e do parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei 1.569/77, em face do § 1º do art. 18 da Constituição de 1967/69.

V. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO. SEGURANÇA JURÍDICA. São legítimos os recolhimentos efetuados nos prazos previstos nos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91 e não impugnados antes da data de conclusão deste julgamento”. (RE 560626/RS, Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, Julgado em 12/06/2008).

Sabe-se bem que o efeito vinculante é atributo exclusivo do verbete, não atingindo a fundamentação. Todavia, não se pode fechar os olhos para o entendimento adotado pela mais alta Corte de Justiça do nosso país, há muito tempo, vale frisar, como se as decisões judiciais não passassem de mera recomendação.

Nesse contexto, em termos de decadência, as normas do CTN devem prevalecer sobre as disposições constantes do COTEB.

A segunda matéria amplamente discutida no meio jurídico diz respeito ao termo *a quo* do prazo decadencial; definir quando ele coincide com o fato gerador e quando ele é protelado para o primeiro dia útil do exercício seguinte foi tarefa igualmente difícil, pois o intérprete se viu diante de duas regras distintas, aplicáveis a duas sistemáticas distintas de lançamento, mas que poderiam ocorrer no âmbito de um mesmo tributo – o lançamento por homologação e o lançamento de ofício.

Uma premissa parece facilitar bastante o deslinde da questão e ela diz respeito ao significado da palavra homologar. Segundo o dicionário Michaelis, homologar quer dizer **“confirmar por sentença ou autoridade judicial ou administrativa; aprovar”**. Logo, o ato que é sujeito à homologação é o pagamento realizado pelo contribuinte; é ele que será verificado pela autoridade administrativa fiscal e, se estiver correto, será aprovado, confirmado. Não se homologa o lançamento feito pelo contribuinte, como entendeu a Junta de Julgamento Fiscal, até mesmo por ser discutível o chamado **“lançamento por homologação”**, vez que não se enquadra no conceito de atividade **“administrativa plenamente vinculada”** a que faz referência o art. 3º, do CTN.

Firmada tal premissa, é de se concluir que, se houve pagamento do tributo, ainda que parcial, o prazo decadencial conta-se a partir da ocorrência do fato gerador, consoante estabelece o parágrafo 4º, do art. 150, do CTN. Do contrário, ou seja, se não houve recolhimento do tributo, nem mesmo parcial, a decadência somente começa a ser computada do primeiro dia do exercício seguinte, conforme o art. 173, I, do CTN.

O entendimento ora esposado não representa nenhuma novidade, pois vem sendo adotado, há muito tempo, pelo Superior Tribunal de Justiça. A própria Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, atenta a isso e, principalmente, aos elevados gastos suportados pela União com a sucumbência gerada pela defesa, infértil, de tese contrária, já adotou internamente o mesmo posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, através do Parecer nº 1617/2008, cujos trechos principais pede-se vênia para transcrever:

“3031. Assim, com base em magistério de Leandro Paulsen, conclui-se que:

- a) no caso do pagamento parcial da obrigação, independentemente de encaminhamento de documentação de confissão (DCTF, GFIP ou pedido de parcelamento), o prazo de decadência para o lançamento de ofício da diferença não paga é contado com base no § 4º, do art. 150, do Código Tributário Nacional;*
- b) no caso de não pagamento, nas hipóteses acima elencadas (com ou sem o encaminhamento de documentação de confissão), o prazo é contado com base no inciso I, do art. 173, do CTN;*
- c) de qualquer sorte, nos casos em que a declaração foi prestada ou houve parcelamento, não haveria a necessidade de lançar o valor já declarado, mas sim apenas a diferença, o que se tem chamado de lançamento suplementar.*

3132. Do ponto de vista de certo realismo jurídico, temperado por exercício de prognose pretoriana, deve-se lembrar, ao que consta, que os Conselhos de Contribuintes do Ministério da Fazenda vinham decidindo pela aplicabilidade da regra do § 4º do art. 150 do CTN no caso dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação. Excluíam-se do entendimento, entre outros, circunstâncias indicativas de fraude. Fraude e conluio suscitam a aplicação da regra do art. 173 do CTN.

3233. Por exemplo, a Segunda Câmara dos Conselhos de Contribuintes do Ministério da Fazenda, no Recurso nº 122924, em 16 de junho de 2004, decidiu que “(...) por força do princípio da moralidade administrativa, em sendo a decadência hipótese de extinção da obrigação tributária principal, seu reconhecimento no processo deve ser feito de ofício, independentemente do pedido do interessado (...) Os tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa amoldam-se à sistemática do lançamento por homologação, prevista no art. 150 do CTN, hipótese em que o termo decadencial tem como termo inicial a data da ocorrência do fato gerador (...)”.

3334. Na Terceira Turma do Conselho Superior de Recursos Fiscais no recurso de divergência nº 303-120011, em 22 de fevereiro de 2005, ementou-se que “(...) sendo o IPI, no caso vinculado à importação, espécie de tributo cujo lançamento encontra-se delineado nas determinações do art. 150, parágrafo único, do CTN- Lançamento por homologação, é de cinco (5) anos, contados da data da ocorrência do fato gerador – data do desembaraço aduaneiro da mercadoria importada- o prazo deferido à Fazenda Nacional para constituir o crédito tributário que entende devido (...)”.

3435. A Segunda Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, no recurso nº 146.670, em 25 de maio de 2006, ementou que “se a legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, o tributo amolda-se à sistemática de lançamento denominada homologação, onde a contagem do prazo decadencial dá-se com a ocorrência do fato gerador, na forma disciplinada pelo § 4º do art. 150 do CTN (...)”.

3536. Os Conselhos de Contribuintes, no entanto, começam a mudar o entendimento. Aplicou-se recentemente o art. 173, I, do CTN, em caso de lançamento de ofício, no qual não houve pagamento. Refiro-me ao Recurso RP/ 203-123287. Entendeu o Conselho que deve se verificar se o contribuinte recolheu valores no período

fiscalizado. Na existência do recolhimento, deve se aplicar o § 4º do art. 150 do CTN. Na inexistência de recolhimentos, deve ser aplicado o art. 173, I, do mesmo CTN. De igual modo, decidiu-se no Recurso RD/204-130232, bem como no RD/203-115797.

3637. Em âmbito de Superior Tribunal de Justiça percebe-se que a questão recebe tratamento distinto. Pode-se identificar sutil diferença de tratamento pretoriano. Em linhas gerais, tem-se a impressão de que se aplica a regra do § 4º do art. 150 do CTN na hipótese de pagamento antecipado.

3738. É recorrente a fixação do dies a quo do prazo de decadência na data da ocorrência do fato gerador quando da antecipação do pagamento sem prévio exame da autoridade fiscal. Isto é, ainda que o recolhimento seja parcial, as diferenças são exigíveis, a partir do fato gerador da obrigação. Mas, e quando não se tem o pagamento antecipado? No Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 936380/SC, relatado pelo Ministro Castro Meira, matéria julgada em 19 de fevereiro de 2008, ementou-se, como segue:

“TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. EXAÇÃO SUJEITA A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA. TERMO INICIAL. ARTIGOS 150, § 4º, E 173, I, DO CTN. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SÚMULA 7/STJ. 1. Se não houve pagamento antecipado pelo contribuinte, é cabível o lançamento direto substitutivo, previsto no artigo 149, V, do CTN, e o prazo decadencial rege-se pela regra geral do artigo 173, I, do CTN. Precedentes”.

3839. E ainda, no recurso especial 757922/SC, relatado pelo Ministro Teori Albino Zavascki, questão julgada em 11 de setembro de 2007, definiu-se:

“CONSTITUCIONAL, PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ARTIGO 45 DA LEI 8.212/91. OFENSA AO ART. 146, III, B, DA CONSTITUIÇÃO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRAZO DECADENCIAL DE CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO. TERMO INICIAL: (A) PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE AO DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR, SE NÃO HOUVE ANTECIPAÇÃO DO PAGAMENTO (CTN, ART. 173, I); (B) FATO GERADOR, CASO TENHA OCORRIDO RECOLHIMENTO, AINDA QUE PARCIAL (CTN, ART. 150, § 4º). PRECEDENTES DA 1ª SEÇÃO. 1. “As contribuições sociais, inclusive as destinadas a financiar a seguridade social (CF, art. 195), têm, no regime da Constituição de 1988, natureza tributária. Por isso mesmo, aplica-se também a elas o disposto no art. 146, III, b, da Constituição, segundo o qual cabe à lei complementar dispor sobre normas gerais em matéria de prescrição e decadência tributárias, compreendida nessa cláusula inclusive a fixação dos respectivos prazos. Conseqüentemente, padece de inconstitucionalidade formal o artigo 45 da Lei 8.212, de 1991, que fixou em dez anos o prazo de decadência para o lançamento das contribuições sociais devidas à Previdência Social” (Corte Especial, Arguição de Inconstitucionalidade no REsp nº 616348/MG) 2. O prazo decadencial para efetuar o lançamento do tributo é, em regra, o do art. 173, I, do CTN, segundo o qual “o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados: I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”. 3. Todavia, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação — que, segundo o art. 150 do CTN, “ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa” e “opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa” —, há regra específica. Relativamente a eles, ocorrendo o pagamento antecipado por parte do contribuinte, o prazo decadencial para o lançamento de eventuais diferenças é de cinco anos a contar do fato gerador, conforme estabelece o § 4º do art. 150 do CTN. Precedentes jurisprudenciais. 4. No caso, trata-se de contribuição previdenciária, tributo sujeito a lançamento por homologação, e não houve qualquer antecipação de pagamento. Aplicável, portanto, a regra do art. 173, I, do CTN. 5. Recurso especial a que se nega provimento”.

39. E ainda, qual o caminho em face de inexistência de declaração e de pagamento? No recurso especial 761908/SC, relatado pelo Ministro Luiz Fux, em julgamento de 5 de dezembro de 2006, ementou-se, entre outros:

“13. No que pertine à segunda situação elencada, em que não houve entrega de GFIP (Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social), nem confissão ou qualquer pagamento parcial, incide a regra do artigo 173, I, do CTN, contando-se o prazo decadencial quinquenal do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Desta sorte, encontram-se hígidos os créditos decorrentes de contribuições previdenciárias incidentes sobre pagamentos efetuados a autônomos e caducos os decorrentes das contribuições para o SAT. 14. Recurso especial conhecido parcialmente e, nesta parte, desprovido”.

40. Do que, então, emerge mais uma conclusão: o pagamento antecipado da contribuição (ainda que parcial) suscita a aplicação da regra especial, isto é, do § 4º do art. 150 do CTN,; a inexistência de declaração e pagamento justifica a utilização da regra do art. 173 do CTN, para efeitos de fixação do dies a quo dos prazos de caducidade, projetados nas contribuições previdenciárias. Isto é, no que se refere à contagem dos prazos de decadência. Tal concepção, em princípio, pode ser aplicada para todos os tributos federais, e não somente, para as contribuições previdenciárias.

(...)

49. Lembrando que nem toda a Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, cuida somente de créditos tributários, e que, portanto, para efeitos daquela norma deve-se atentar à especificidade dos créditos, as observações aqui elencadas promovem síntese pontual, da forma que segue:

a) A Súmula Vinculante nº 8 não admite leitura que suscite interpretação restritiva, no sentido de não se aplicar - - efetivamente - - o prazo de decadência previsto no Código Tributário Nacional; é o regime de prazos do CTN que deve prevalecer, em desfavor de quaisquer outras orientações normativas, a exemplo das regras fulminadas;

b) apresentada a declaração pelo contribuinte (GFIP ou DCTF, conforme o tributo) não há necessidade de lançamento pelo fisco do valor declarado, podendo ser lançado apenas a eventual diferença a maior não declarada (lançamento suplementar);

c) na hipótese do subitem anterior, caso o Fisco tenha optado por lançar de ofício, por meio de NFLD, as diferenças declaradas e não pagas em sua totalidade, aplica-se o prazo decadencial dos arts. 150, § 4º, ou 173 do CTN, conforme tenha havido antecipação de pagamento parcial ou não, respectivamente; respectivamente; o prazo prescricional, ainda, e por sua vez, conta-se da constituição definitiva do crédito tributário;

d) para fins de cômputo do prazo de decadência, não tendo havido qualquer pagamento, aplica-se a regra do art. . 173, inc. I do CTN, pouco importando se houve ou não declaração, contando-se o prazo do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

e) para fins de cômputo do prazo de decadência, tendo havido pagamento antecipado, aplica-se a regra do § 4º do art. 150 do CTN;

f) para fins de cômputo do prazo de decadência, todas as vezes que comprovadas as hipóteses de dolo, fraude e simulação deve-se aplicar o modelo do inciso I, do art. 173, do CTN;

g) Para fins de cômputo do prazo de prescrição, nas declarações entregues antes do vencimento do prazo para pagamento deve-se contar o prazo prescricional justamente a partir do dia seguinte ao dia do vencimento da obrigação; quando a entrega se faz após o vencimento do prazo para pagamento, o prazo prescricional é contado a partir do dia seguinte ao da entrega da declaração;

h) A súmula em apreço, em princípio, qualificaria interpretação literal: todo o art. 45 da Lei nº 8.212, de 1991, estaria alcançado pela inconstitucionalidade. Porém, por tratar-se de matéria do mais amplo alcance público, o intérprete deve buscar resposta conciliatória, que não menoscabe expectativas de alcance de benefícios; principalmente, e do ponto de vista mais analítico, deve-se observar que há excertos do art. 45 da Lei nº 8.212, de 1991, que não seriam substancialmente alcançados pela decisão do Supremo Tribunal Federal”.

Ante o exposto voto pelo **acolhimento da decadência** suscitada pela recorrente, para declarar extinto o crédito objeto deste lançamento de ofício, quanto aos fatos geradores anteriores a 13/10/2004.

Quanto ao mérito, também deixo de acompanhar o nobre Relator, ante os seguintes fundamentos:

Em primeiro lugar, a base de cálculo do ICMS das operações que foram alvo da autuação está prevista na cláusula terceira do Convênio ICMS 03/99, que está inserida no Capítulo II - DO CÁLCULO DO IMPOSTO RETIDO E DO MOMENTO DO PAGAMENTO. A cláusula décima-quinta está inserida no Capítulo V - DAS INFORMAÇÕES RELATIVAS ÀS OPERAÇÕES INTERESTADUAIS COM COMBUSTÍVEIS, sendo totalmente atécnica a sua utilização para fins de definição da base de cálculo do imposto devido na operação, sobretudo em supremacia à regra específica e expressa da cláusula terceira.

Nesse contexto, está correto o cálculo do imposto que foi feito pelo sujeito passivo, que foi totalmente baseado nas disposições da cláusula terceira do Convênio ICMS 03/99.

Em segundo lugar, como reconhecido pelo próprio Relator, o contribuinte esclareceu que o GLP comercializado é derivado de Gás Natural, o que reforça a inaplicabilidade da cláusula décima-quinta do Convênio ICMS 03/99, que é claro ao restringir sua incidência às operações com derivados de petróleo. A propósito, veja o *caput* da referida cláusula décima-quinta:

Cláusula décima quinta Com base nos dados informados pelos contribuintes e nas tabelas anexas a este convênio, o programa de computador, aprovado pela COTEPE/ICMS, calculará o imposto cobrado em favor da unidade federada de origem da mercadoria e o imposto a ser repassado em favor da unidade federada de destino decorrente das operações interestaduais com combustíveis derivados de petróleo, bem como a parcela

do imposto incidente sobre o álcool etílico anidro combustível destinada à unidade federada remetente desse produto

Como não houve contraprovação do Fisco que infirmasse tal alegação do sujeito passivo, além de ser verossímil em virtude do conhecimento público e notório acerca da produção de GLP derivado de Gás Natural na localidade de onde se origina a mercadoria, entendo que merece fé a argumentação do sujeito passivo.

Ante o exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para julgar IMPROCEDENTE a autuação.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria quanto ao mérito e à preliminar de decadência, com voto de qualidade do presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206923.0004/09-0**, lavrado contra **PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. - PETROBRÁS**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$1.605.008,44** acrescido da multa de 60% sobre R\$911.868,05 e 150% sobre R\$693.140,39, previstas no art. 42, incisos II, “e” e V, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR (Preliminar de decadência e mérito) – Conselheiros(as): Denise Mara Andrade Barbosa, Eduardo Ramos de Santana e Rubens Bezerra Soares.

VOTO VENCIDO (Preliminar de decadência e mérito) – Conselheiros(as): Valnei Sousa Freire, Fábio de Andrade Moura e Alessandra Brandão Barbosa.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de julho de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

FÁBIO DE ANDRADE MOURA – VOTO DIVERGENTE

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS