

PROCESSO - A. I. N° 206923.0001/10-4
RECORRENTE - PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. - PETROBRÁS
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3º JF nº 0344-03/10
ORIGEM - SAT/COPEC
INTERNET - 11/10/2012

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0315-11/12

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. COMBUSTÍVEIS. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. 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. Rejeitada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário em razão da Decisão proferida, através do Acórdão nº 0344-03/10, que julgou Procedente o Auto de Infração, consoante determina o art. 169, I, “b”, do RPAF/99.

O Auto de Infração, lavrado em 10/03/10, refere-se à exigência de de ICMS no valor de R\$778.987,53 acrescido das multas de 60%, em decorrência da retenção a menos do imposto, e o consequente 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/06 a nov/08.

A 3ª JF julgou Procedente (fls. 187/190) o Auto de Infração da seguinte forma:

Afastou a preliminar de 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 consequente 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 2006 a novembro de 2008, e o defendente não apresentou qualquer contestação aos dados numéricos do levantamento fiscal.

Nas alegações defensivas, o defendente assegura que ao presente caso não se aplica as disposições previstas na cláusula décima quinta, e por conseguinte, o disposto no Ato COTEP/ICMS 19/02, mas sim, as disposições previstas 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. 13/17 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.

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

No Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da primeira instância (fls. 199/203), o recorrente apresenta um resumo da acusação, defesa e julgamento, mas que, apesar da improcedência da autuação, a JJF afastou a preliminar de nulidade e julgou Procedente o Auto de Infração, cuja Decisão entende merece ser reformada.

Preliminarmente, suscita a nulidade da Decisão recorrida sob o argumento de que “*não foi intimada para replicar a informação fiscal de fls. 183/185*”, nos termos do art. 127, §7º do RPAF que prevê que se na informação fiscal “forem aduzidos fatos novos” o órgão preparador deve dar ciência ao sujeito passivo, dando oportunidade para exercer seu direito constitucional ao contraditório e à ampla defesa, fato que não ocorreu.

No mérito, com relação à infração que lhe é imputada, afirma que a 3ª JJF 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 Cláusula terceira, § 1º, II, do Convênio ICMS 03/99, conforme transcreveu às fls. 201/202.

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 seja “*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 a 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 acatado, a improcedência da autuação, inclusive em virtude da preliminar de decadência e razões de mérito.

O Processo foi encaminhado para a PGE/PROFIS, no qual foi exarado Parecer (fls. 215/216) opinando que a alegação do contribuinte quanto a inaplicabilidade da cláusula décima quinta do Convênio ICMS 03/09 e do Ato COTEPE 19/02 não encontra respaldo jurídico em razão de que a nomeação do Capítulo V, trata de forma ampla, de normas atinentes às informações relativas às operações interestaduais com combustíveis, “*sendo o termo combustível utilizado em sentido amplo, não se cingindo, conforme aduzido no apelo, às operações de venda de combustíveis derivados de petróleo ou com álcool etílico anidro*”.

Ressalta ainda que, o preâmbulo do citado Convênio define que as normas referentes ao regime de substituição tributária indigitada referem-se às “*operações com combustíveis e lubrificantes,*

derivados ou não de petróleo, e outros produtos”. Conclui afirmando que as normas preconizadas no Convênio ICMS 03/99 são aplicáveis ao caso concreto, e por consequência, o disposto no Ato COTEPE/ICMS 19/02. Opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

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. 183 a 185, aduziram fatos novos, não constantes na autuação combatida*” (fl. 200) e que não foi lhe conferido o direito de réplica implicando em cerceamento do direito de defesa.

Analisando o conteúdo da informação fiscal (fls. 183/185) verifico que os autuantes na sequência comentaram a infração, 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.

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. 13/17 que inclui o estabelecimento autuado. Também os valores constantes da tabela acostada às fls. 11 e 12, que serviu de base para a apuração do imposto exigido está gravada no CD, juntado à fl. 136 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 ao 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. 18/39 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 §1º 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 às fls. 32/33), 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. 16), no qual foi indicado

para o produto GLP produzido pela PETROBRÁS, localizada no Estado de Sergipe, para as vendas destinadas ao Estado da Bahia, o valor de partida é o informado pela Refinaria Landulfo Alves (RLAN), localizada no Estado da Bahia.

Conforme tabela à fl. 11 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, tomando como base os valores informados pela REFINARIA, para apuração dos valores retidos a menos nos exercícios de 2006 a 2008 (fls. 48/135), cujos totais mensais foram transportados para o demonstrativo de débito do Auto de Infração. 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. 27), verifico que, conforme cópias das notas fiscais acostadas ao processo (fls. 34/47) 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, 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. 14) como referência para se determinar os preços de partida constante do Ato COTEPE ICMS 19/02, a que se refere à 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. 32) 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.

Ressalto que matéria idêntica foi apreciada no julgamento do Auto de Infração nº 206923.0004/09-0, conforme Decisão contida no Acórdão CJP Nº 0235-11/12, que não deu provimento ao Recurso Voluntário interposto contra Decisão da Primeira Instância.

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

VOTO DIVERGENTE

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 contraprova 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, 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 **206923.0001/10-4**, lavrado contra **PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. - PETROBRÁS**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$778.987,53** acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros(as): Eduardo Ramos de Santana, Maria Auxiliadora Gomes Ruiz e Rubens Bezerra Soares.

VOTO DIVERGENTE – Conselheiros(as): Fábio de Andrade Moura, Alessandra Brandão Barbosa e Rafael Barbosa de Carvalho Figueiredo.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de setembro de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

FÁBIO DE ANDRADE MOURA – VOTO DIVERGENTE

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR– REPR. DA PGE/PROFIS