



PREFEITURA MUNICIPAL DE MARATAÍZES

- ESTADO DO ESPÍRITO SANTO -

Ilustríssimo Senhor Secretário de Estado da Fazenda do Espírito Santo - SEFAZ/ES.

Processo: 2023-WHS58

O MUNICÍPIO DE MARATAÍZES, pessoa jurídica de direito público interno, sediado na Av. Rubens Rangel, nº 411, Cidade Nova, Maratáizes/ES, CEP: 29.345-000, inscrito no CNPJ sob o nº 01.609.408/0001-28, neste ato representado por seu Prefeito Municipal, em razão da divulgação da Decisão proferida pela Comissão para Análise dos Recursos Municipais referente ao Índice de Participação dos Municípios – IPM no bojo do Processo em epígrafe [Doc. Anexo], vem, à presença de Vossa Senhoria, na melhor forma de direito e nos termos do item 8.5, do Anexo 1, da Portaria nº 35-R/2014, apresentar

RECURSO VOLUNTÁRIO

em face da Decisão proferida no processo em comento, que conheceu o recurso apresentado pelo Município, mas NEGOU-LHE PROVIMENTO, conforme parecer do relator, pugnando desde já pelo acatamento do presente recurso, consoante as razões deduzidas a seguir.

SÍNTESE DOS FATOS, FUNDAMENTAÇÃO E RAZÕES DE REFORMA DA DECISÃO

Neste Exercício de 2023, o Município de Maratáizes/ES foi surpreendido com o montante declarado do Valor Adicionado Fiscal – VAF, ano base 2022, por entender que o referido montante está abaixo do que seria o correto, acarretando, caso não venha a ser corrigido a tempo, em perda no percentual de seu índice de Valor Adicionado Fiscal – VAF, e, por conseguinte, na redução do valor das transferências governamentais calculadas sobre o produto da arrecadação de impostos de competência do Estado.

Realizada a necessária auditoria e apuração, constatou-se que a causa primordial da diminuição do montante de VAF atribuído ao Município decorreu de erro no preenchimento da Declaração de Operações Tributáveis – DOT referente aos anos **Anos Base 2018, 2019, 2020 e 2021**, por parte da empresa PETRÓLEO BRASILEIRO S/A – PETROBRAS [doc. já anexado ao processo], o que contribuirá sensivelmente para a perda de receita financeira do Município Impugnante para o exercício financeiro de 2024.



PREFEITURA MUNICIPAL DE MARATAÍZES

- ESTADO DO ESPÍRITO SANTO -

Com a divulgação do Decreto nº 5503-R, de 15/09/2023, publicado no DIOES de 18/09/2023, que fixou a cota-parte e o índice de participação provisório do Município de Maratáizes no montante do ICMS para o exercício financeiro de 2024, inaugurou-se o direito de impugnação mediante a apresentação de recurso à Comissão para Análise dos Recursos Municipais da SEFAZ/ES.

Desta feita, o Município apresentou seu recurso, gerando o **Processo nº 2023- WHS58**, requerendo à Comissão julgadora, em seu pedido:

1 - A revisão e retificação ex officio dos cálculos e dos índices elaborados pelo Estado, através da Secretaria de Estado da Fazenda e divulgados através do Decreto nº 5503-R, de 15/09/2023, publicado no DIOES de 18/09/2023, para o fim de **promover a retificação do índice de valor adicionado fiscal e do índice de participação do Município de Maratáizes relativamente ao exercício financeiro de 2024, fazendo incluir a título de valor adicionado do município o montante de R\$ 8.244.146.276,77** (oito bilhões, duzentos e quarenta e quatro milhões, cento e quarenta e seis mil, duzentos e setenta e seis reais e setenta e sete centavos), que fora negligenciado pela empresa PETRÓLEO BRASILEIRO S/A – PETROBRAS em suas DOT's, restabelecendo a normalidade da referida transferência governamental, na forma da lei;

2 - Caso assim não entenda, Requer que a empresa PETRÓLEO BRASILEIRO S/A – PETROBRAS seja compelida a revisar e retificar os documentos fiscais e declarações econômico-fiscais, em especial, as notas fiscais de venda e transferência de petróleo *in natura/bruto/cru* e gás *natural* e a declaração de operações tributáveis - DOT, referente aos Anos Base de 2018 a 2021, fazendo constar o preço de referência do petróleo (PRP) calculado pela ANP para o petróleo *in natura/bruto/cru* extraído do Novo Campo de Jubarte, no Município de Maratáizes.

Portanto, o recurso apresentado pelo Município apresentou como pedido principal a revisão e retificação ex officio dos cálculos e dos índices provisórios divulgados pela SEFAZ/ES, para o fim de promover a retificação do VAF e do IPM fixados provisoriamente, fazendo incluir a título de VAF o montante acima descrito.

Alternativamente, caso o pedido principal não fosse atendido, o Município requereu então que a contribuinte revisasse e retificasse os documentos fiscais e declarações econômico-fiscais, em especial, as notas fiscais de venda e transferência de petróleo *in natura/bruto/cru* e gás *natural* e a declaração de operações tributáveis - DOT, referente aos Anos Base de 2018 a 2021, fazendo constar o preço de referência do petróleo (PRP) calculado pela ANP para o petróleo *in natura/bruto/cru* extraído do Novo Campo de Jubarte, no Município de Maratáizes.

Primeiramente, cabe destacar que conforme determinação da Lei Complementar Federal nº 63/90, **a responsabilidade pela apuração correta** do valor adicionado fiscal de cada município, **É DO ESTADO**, e está assim definido:

Art. 3º 25% (vinte e cinco por cento) do produto da arrecadação do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de



PREFEITURA MUNICIPAL DE MARATAÍZES

- ESTADO DO ESPÍRITO SANTO -

Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação serão creditados, pelos Estados, aos respectivos Municípios, conforme os seguintes critérios:

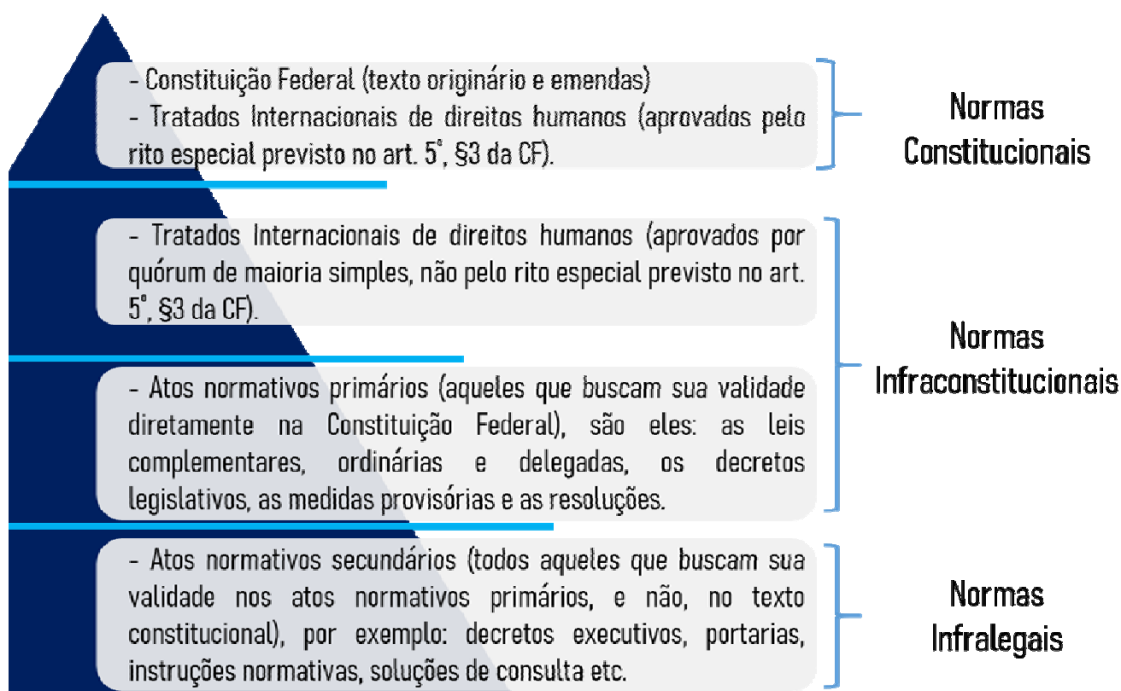
(...)

§ 3º - **O Estado apurará** a relação percentual entre o valor adicionado em cada Município e o valor total do Estado, devendo este índice ser aplicado para a entrega das parcelas dos Municípios a partir do primeiro dia do ano imediatamente seguinte ao da apuração.

Ao analisar a impugnação apresentada, a Comissão para Análise dos Recursos Municipais referente ao Índice de Participação dos Municípios – IPM, através do parecer emitido pelo relator, resolveu negar provimento ao recurso, sob o argumento de que a PETROBRAS havia preenchido corretamente sua DOT, Ano Base 2022, especialmente ao observar os “**critérios corretos**” para tal, constantes do **item 3.1, do Anexo I, da Portaria nº 35-R/2014 e no Parecer Normativo SUBSER nº 1/2007**, apurando o valor a partir dos preços efetivos das operações praticadas com o petróleo e gás natural.

É princípio constitucional comezinho e de conhecimento de todos que em nosso ordenamento jurídico vigora o princípio da hierarquia das leis. Por essa razão, a Constituição federal de 1988 é considerada a lei maior do ordenamento jurídico nacional, composto também por várias normas hierarquicamente inferiores.

A hierarquia entre as leis é essencial a esse ordenamento, em especial para garantir o controle de constitucionalidade das normas ou para solucionar eventual conflito entre elas, e por essa razão, estão classificadas segundo modelo abaixo:





PREFEITURA MUNICIPAL DE MARATAÍZES

- ESTADO DO ESPÍRITO SANTO -

Dessa forma, fica evidenciado que a Comissão julgadora se baseou em uma Portaria Estadual e no Parecer Normativo interno da SUBSER (atos normativos secundários) para fundamentar sua decisão de negar provimento ao recurso do Município, quando o Município demonstrou claramente, no presente caso, que a Lei Complementar Federal nº 63/90 determina que o contribuinte utilize no preenchimento da DOT o preço corrente da mercadoria in natura no mercado atacadista, conforme destacado no artigo 13, § 4º, inciso III, da Lei Complementar nº 87/96, e no **inciso III do §4º do art. 11 da Lei Estadual Capixaba nº 7000 de 27 de dezembro de 2001** assim disposto:

Lei nº 7.000, de 27 de dezembro de 2001

Dispõe sobre o Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, e dá outras providências.

Art. 11. A base de cálculo do imposto é:

§ 4.º - Na saída de mercadoria para estabelecimento localizado em outro Estado, pertencente ao mesmo titular, a base de cálculo do imposto é:

III - tratando-se de mercadoria não industrializada, o seu preço corrente no mercado atacadista do estabelecimento remetente.

Não é crível conceber que a SEFAZ-ES **descumpra a própria Lei** que está obrigada a fazer seus contribuintes cumprirem (**inciso III do §4º do art. 11 da Lei Estadual Capixaba nº 7000 de 27 de dezembro de 2001**), e também a **Lei Complementar Federal** (artigo 13, § 4º, inciso III, da Lei Complementar nº 87/96) a qual a própria SEFAZ-ES está obrigada a cumprir.

Além do mais, a Comissão não analisou os documentos anexados pelo Município, em especial o laudo pericial elaborado por engenheiros especialistas em refino de petróleo associados Instituto Brasileiro de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - IBP, ambos com passagem profissional na própria PETROBRAS, visando atender ordem expedida pelo douto juízo da Vara da Fazenda Pública Estadual, Municipal, Registros Públicos e Meio Ambiente da Comarca de Linhares/ES, no bojo do **processo judicial nº 0008670-94.2007.8.08.0030**, no qual o referido Município objetivava que a PETROBRAS corrigisse suas DOTS referentes a extração/transferência de petróleo in natura/bruto/cru e gás natural, passando a adotar o preço corrente da mercadoria no mercado atacadista.

A decisão proferida no processo judicial reconheceu **o óleo cru extraído pela Petrobras enquanto produto in natura que é**, indo em sentido contrário à conclusão adotada pela Comissão julgadora. Vale registrar **que a sentença se encontra válida até hoje**, haja vista não ter sido reformada pelas instâncias superiores.

Com a decisão judicial em 2007, tanto as Dot's, como as Notas Fiscais de Remessa do petróleo cru **foram retificadas**, e, por determinação judicial, **foram apresentadas a SEFAZ/ES**, e constam dos Docs. 08 e 09 respectivamente anexos a nossa Impugnação, a SENTENÇA foi proferida em 27 de fevereiro de 2012, e não se tem notícias de que **a SEFAZ/ES, tenha procedido a retificação do Valor Adicionado Fiscal e corrigido o Índice de Participação dos Municípios – IPM, conforme consta da sentença.**



PREFEITURA MUNICIPAL DE MARATAÍZES

- ESTADO DO ESPÍRITO SANTO -

Desta feita, passamos a discorrer sobre a necessidade urgente e imperiosa de modificação da decisão administrativa, pois a mesma está amparada em atos normativos secundários que **não tem o condão de se sobrepor ao que determina a Lei Estadual nº 7000/2001, a Lei Complementar Federal e a decisão judicial plenamente vigente.**

Cumprе destacar **que compete somente ao Estado**, por força legal (**LC 63/90 em seu art. 3º, § 3º e §10**), a correção ex officio do valor adicionado e do IPM provisórios, em função da identificação e tempestiva comunicação realizada pelo Município através de sua impugnação. Consoante previsão na legislação federal que regula a matéria (LC 63/90), **constitui dever legal do Estado** apurar o valor adicionado fiscal declarado anualmente, não podendo o Município ser penalizado por eventual erro ou omissão praticada por contribuinte, tampouco por eventual **omissão do órgão público apurador, a Administração Fazendária Estadual.**

Nesse sentido, a leitura da Lei Complementar 63/90, cujo art. 3º, §10, dispõe: "Os Estados membros manterão um sistema de informações baseadas em documentos fiscais obrigatórios, capaz de apurar, **com precisão**, o valor adicionado de cada Município", não deixa margem de dúvidas quanto a configuração de que **cabe ao Estado – e somente a ele – a obrigatoriedade de apuração dos valores adicionados declarados e dos índices corretos correspondentes a cada Município.**

Caso o ente público estadual não adote as providências necessárias para a correção do Valor Adicionado Fiscal – VAF tempestivamente informado pelo Município Impugnante, temos que a conduta adotada traduz restrição ao direito do município sobre a quota de arrecadação tributária, prevista constitucionalmente, no importe de 25% (vinte e cinco por cento) sobre a receita de ICMS do estado, tendo por alicerce o correto VAF constituído em sua base territorial, violando assim as determinações constantes da aludida Lei Complementar nº 63/90.

Os próprios tribunais pátrios já pacificaram a questão ao deixar claro que a não inclusão ou eventual retenção indevida de valor adicionado constituído na base territorial do Município implica afronta ao direito constitucional sobre a sua quota no montante da arrecadação tributária:

TRIBUTÁRIO. ICMS. DIVISÃO DA ARRECADAÇÃO AOS MUNICÍPIOS. VAF (VALOR ADICIONAL FISCAL).

1. O ICMS é tributo de competência do Estado-membro, incumbido de apurar, fiscalizar o recolhimento e distribuir o percentual constitucionalmente estabelecido (RMS 12.905/MG).

2. **A não inclusão da receita de ICMS proveniente de fato gerador constituído em sua base territorial, no cálculo do VAF, caracteriza afronta ao direito constitucional do Município sobre a quota de arrecadação tributária.**

3. Recurso ordinário provido.

(RMS n. 18.380/MG, relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 14/6/2005, DJ de 12/9/2005, p. 259.)

MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. ICMS. VALOR ADICIONADO FISCAL (VAF). DIREITO DO MUNICÍPIO À PARTILHA. RETENÇÃO ILEGAL. C.F., ARTIGO 158, IV E PARÁGRAFO ÚNICO. LC 63/90, ARTIGO 3º, §§ 3º E 10.

1. ICMS. Tributo de competência do Estado-membro, incumbido de apurar, fiscalizar o recolhimento e distribuir o percentual constitucionalmente estabelecido.



PREFEITURA MUNICIPAL DE MARATAÍZES

- ESTADO DO ESPÍRITO SANTO -

2. Desconsiderado a declaração do movimento econômico e fiscal do contribuinte à parla de intempestividade, constituída a repartição tributária em direito subjetivo do Município - sede (art. 158, IV, C.F.), **a retenção mostra-se ilegal e favorece a proteção judicial na via do mandamus.**

3. **Recurso provido para assegurar a apuração e definição do valor adicionado fiscal (VAF).**

(RMS n. 12.905/MG, relator Ministro Milton Luiz Pereira, Primeira Turma, julgado em 27/11/2001, DJ de 25/2/2002, p. 201.)

Portanto, **é dever do Estado apurar a ilegalidade apontada pelo Município em seu recurso e promover a correção ex officio do valor adicionado que lhe fora suprimido em virtude da utilização equivocada de preço atribuído ao óleo cru/petróleo in natura (custo da mercadoria produzida ou preço efetivo), uma vez que esse critério fixado em normas infra legais secundárias difere frontalmente do critério de preço exigido por lei (inciso III do §4º do art. 11 da Lei Estadual Capixaba nº 7000 de 27 de dezembro de 2001 e artigo 13, §4º, inciso III, da Lei Complementar nº 87/96), que determina a aplicação do preço corrente no mercado atacadista do estabelecimento remetente.**

Se a lei estadual capixaba, como a lei complementar federal exigem que o contribuinte utilize o preço corrente da mercadoria no mercado atacadista do estabelecimento remetente, **visto o óleo cru tratar-se de produto in natura**, conforme vimos, não poderia a Comissão para Análise dos Recursos Municipais referente ao Índice de Participação dos Municípios – IPM ter fundamentado sua decisão com base em uma **Portaria** e um **Parecer Normativo** que são **FLAGRANTEMENTE ILEGAIS** neste ponto, haja vista que nas duas normas infra legais secundárias consta previsão de que o contribuinte adote como preço a ser informado na DOT o custo da mercadoria produzida/valor da efetiva operação.

Como vimos na estrutura hierárquica das leis, uma Portaria e um Parecer Normativo não podem estabelecer critérios contrários àqueles previamente estabelecidos e definidos mediante lei complementar federal (**artigo 13, §4º, inciso III, da Lei Complementar nº 87/96**) e lei estadual (**inciso III do §4º do art. 11 da Lei Estadual Capixaba nº 7000 de 27 de dezembro de 2001**).

Quando analisamos a forma como o Poder Judiciário Pátrio vem decidindo causas iguais a esta, em que Resoluções e Portarias Estaduais estabelecem critérios de apuração da base de cálculo diferentes daqueles previstos nas Leis hierarquicamente superiores (Lei Complementar e Lei Ordinária) para fins de declaração pelo contribuinte em sua DOT, notamos que não há qualquer dúvida quanto a firmeza adotada pelos tribunais brasileiros ao **reconhecer a ilegalidade destas normas infra legais secundárias em detrimento da lei hierarquicamente maior**. Vejamos:

RECURSO ESPECIAL Nº 331.845 - MG (2001/0084067-4)

RELATOR: MINISTRO FRANCISCO PEÇANHA MARTINS

RECORRENTE: FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PROCURADOR: JOSÉ ROBERTO DE CASTRO E OUTROS

RECORRIDO: MUNICÍPIO DE TRÊS CORAÇÕES

ADVOGADO: NELSON XISTO DAMASCENO E OUTRO

EMENTA: **TRIBUTÁRIO - ICMS - VALOR ADICIONADO FISCAL "VAF" - LC Nº 63/90 - FORMA DE APURAÇÃO - ESTADO DE MINAS GERAIS - RESOLUÇÃO Nº 2945/98 - ILEGALIDADE.**



PREFEITURA MUNICIPAL DE MARATAÍZES

- ESTADO DO ESPÍRITO SANTO -

- O Valor Adicionado Fiscal - VAF é o indicador utilizado pelos Estados para o cálculo do repasse de receita do ICMS e do IPI aos municípios. Corresponde ao valor acrescentado nas operações relativas a circulação de mercadorias e prestações de serviços realizadas no território do município em determinado ano civil, e se encontra regido pela Lei Complementar 63/90, que é suficientemente clara quanto à forma de apuração, consoante metodologia prevista no art. 3º.

- É ILEGAL A ALTERAÇÃO NA FORMA DE APURAÇÃO DO VAF, INTRODUZIDA PELA RESOLUÇÃO N. 2945/98 DA SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DE MINAS GERAIS, DADA A MANIFESTA CONTRARIEDADE À LEI COMPLEMENTAR N. 63/90, AO DECRETO ESTADUAL N. 38.414/97 E AO PRINCÍPIO DA HIERARQUIA DAS LEIS.

- Recurso especial conhecido, mas improvido.

ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, negar provimento ao recurso.

Vencida a Sra. Ministra Eliana Calmon. Votaram com o Relator os Srs. Ministros João Otávio de Noronha e Castro Meira. Os Srs. Ministros Humberto Martins e Herman Benjamin não proferiram voto, nos termos do art. 162, parágrafo 2º, do RISTJ. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Brasília (DF), 28 de novembro de 2006. (Data do Julgamento).

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1726651 - PR (2020/0169182-6)

DECISÃO

Trata-se de Agravo em Recurso Especial, interposto por ESTADO DO PARANÁ, contra decisão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ, que inadmitiu o Recurso Especial, manejado em face de acórdão assim ementado:

"APELAÇÃO CÍVEL E AGRAVO RETIDO (AUTOS Nº. 4135-18.2006.8.16.0004 E Nº. 6982-22.2008.8.16.0004)- TRIBUTÁRIO – FUNDO DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS NA ARRECADAÇÃO DO ICMS - PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA – INOCORRÊNCIA – REUNIÃO DAS AÇÕES COM JULGAMENTO SIMULTÂNEO CONFORME DISPOSTO NO ARTIGO 58, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - LEGITIMIDADE ATIVA DO MUNICÍPIO DE TOLEDO E ILEGITIMIDADE PASSIVA DA SADIA S.A e MUNICÍPIO DE PARANAGUÁ RECONHECIDAS – **OPERAÇÕES DE TRANSFERÊNCIAS DE MERCADORIAS QUE DEVE TER COMO BASE DE CÁLCULO O VALOR DE MERCADO DAS MERCADORIAS**, NOS TERMOS DO DISPOSTO NO ARTIGO 8º, INCISO II, DA LEI ESTADUAL 11.580/1996 – **DIREITO DE REVISÃO DO ÍNDICE DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DO PARANÁ RECONHECIDO AO MUNICÍPIO DE TOLEDO** – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - FIXAÇÃO – CRITÉRIOS – OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ARTIGO 85, § 2º, INCISOS I A IV, § 3º, INCISO I E II E § 5º E ARTIGO 87, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – AGRAVO RETIDO DESPROVIDO - RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO PELO MUNICÍPIO DE TOLEDO PARCIALMENTE PROVIDO E RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO PELA SADIA S.A PARCIALMENTE PROVIDO. APELAÇÃO CÍVEL (AUTOS Nº. 33316-88.2011.8.16.0004) - AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS – PRETENSÃO RESISTIDA – PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - FIXAÇÃO – OBSERVÂNCIA DOS CRITÉRIOS DO ARTIGO 85, § 4º, INCISO III, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – RECURSO DESPROVIDO." (fl. 1.114e).

O acórdão em questão foi objeto de Embargos de Declaração (fls. 1.156/1.161e), os quais restaram rejeitados, nos seguintes termos:



PREFEITURA MUNICIPAL DE MARATAÍZES

- ESTADO DO ESPÍRITO SANTO -

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ALEGAÇÃO DE OMISSÃO - INOCORRÊNCIA - AUSÊNCIA DE VÍCIOS NO JULGADO - PRETENSÃO DE REDISCUSSÃO - IMPOSSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 1022, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS" (fl. 1.202e).

No Recurso Especial a parte ora agravante apontou violação aos arts. 17 e 1.022, II, do CPC/2015, e 3º, I, §§ 2º e 12, da Lei Complementar 63/90, sustentando a nulidade do acórdão dos Embargos de Declaração, por supostas omissões do Tribunal de origem, e além disso, a ilegitimidade ativa ad causam do Município de Toledo, assim como a ausência de confissão espontânea da contribuinte sobre determinado valor da operação realizada e de documentação fiscal que embase a pretensão de modificação do Valor Adicionado Fiscal - VAF, para efeito de cálculo do Índice de Participação dos Municípios - IPM. Por fim, requereu "o recebimento e o provimento do presente especial para anular o acórdão que não acolheu os embargos de declaração, posto que exarado contra o disposto no artigo 1.022, inciso II, Código de Processo Civil, determinando-se o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que se manifeste sobre as matérias articuladas nos declaratórios. Não sendo este o entendimento, requer seja reformado o acórdão impugnado para restabelecer os termos da sentença, mantendo-se o reconhecimento da ilegitimidade, ou, sucessivamente, para julgar improcedentes os pedidos formulados na inicial, com readequação dos ônus da sucumbência (considerado, inclusive, o grau recursal)" (fl. 1.298e).

Contrarrrazões a fls. 1.316/1.321e.

Inadmitido o Recurso Especial (fls. 1.338/1.340e), foi interposto o Agravo em Recurso Especial (fls. 1.352/1.359e).

Contraminutas a fls. 1.375/1.390e.

A irresignação não merece prosperar.

Na origem, **trata-se de ação ordinária ajuizada pelo Município de Toledo, visando a retificação do Índice de Participação dos Municípios relativo ao ano de 2006, incluindo-se o valor de R\$ 113.707.230,06 (cento e treze milhões, setecentos e sete mil, duzentos e trinta reais e seis centavos) no valor adicionado do Município de Toledo**, excluindo-se, consequentemente, a mesma importância do valor adicionado do Município de Paranaguá, com a efetivação dos respectivos créditos, a partir do primeiro pagamento de 2006, com base nos novos valores apurados, **ao fundamento de que o valor consignado nas notas fiscais pela contribuinte, como base de cálculo do tributo, foi o valor de custo de produção, quando o Regulamento do ICMS do Estado do Paraná estabelece que o valor da base de cálculo, para a transferência do estabelecimento industrial de Toledo para o estabelecimento da mesma contribuinte em Paranaguá, deve ser o valor de mercado.**

Julgado extinto o processo, sem resolução do mérito, recorreu o autor, tendo sido parcialmente reformada a sentença, pelo Tribunal local. Daí a interposição do Recurso Especial, pelo Estado do Paraná. Inicialmente, em relação ao art. 1.022, II, do CPC/2015, deve-se ressaltar que o acórdão recorrido, julgado sob a égide do novo Código de Processo Civil, não incorreu em omissão, uma vez que o voto condutor do julgado apreciou, fundamentadamente, todas as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida pela parte recorrente. Com efeito, por ocasião do julgamento dos Embargos de Declaração, o Tribunal de origem assim se pronunciou:

"Do exame das alegações e da fundamentação adotada pelo julgado, constata-se que todas as matérias devolvidas ao conhecimento deste Tribunal foram devidamente examinadas, não ocorrendo qualquer dos vícios enumerados pelo citado artigo.



PREFEITURA MUNICIPAL DE MARATAÍZES

- ESTADO DO ESPÍRITO SANTO -

Especificamente a respeito da aplicação do artigo 158, da Constituição da República e da Lei Complementar 63/90, bem como eventual omissão da Sadia S.A na emissão das notas fiscais retificadoras e recolhimento de tributo, consignou de maneira fundamentada a decisão colegiada, mov. 63.1: 'A respeito da participação dos Municípios na arrecadação Estadual de ICMS, dispõe o artigo 158 da Constituição da República:

'Art. 158. Pertencem aos Municípios:

IV - vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.

Parágrafo único. As parcelas de receita pertencentes aos Municípios, mencionadas no inciso IV, serão creditadas conforme os seguintes critérios:

I - três quartos, no mínimo, na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, realizadas em seus territórios;

II - até um quarto, de acordo com o que dispuser lei estadual ou, no caso dos Territórios, lei federal.' A definição de valor adicionado encontra-se estabelecido na Lei Complementar Federal 63/90 (redação original com vigência na época do fato gerador), o qual corresponderá ao valor das mercadorias saídas com acréscimo do valor das prestações de serviços em seu território, abatendo-se o valor das mercadorias entradas anualmente.

'Art. 3º 25% (vinte e cinco por cento) do produto da arrecadação do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação serão creditados, pelos Estados, aos respectivos Municípios, conforme os seguintes critérios:

I - 3/4 (três quartos), no mínimo, na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, realizadas em seus territórios;

II - até 1/4 (um quarto), de acordo com o que dispuser lei estadual ou, no caso dos territórios, lei federal.

§ 1º O valor adicionado corresponderá, para cada Município, ao valor das mercadorias saídas acrescido do valor das prestações de serviços, no seu território, deduzido o valor das mercadorias entradas, em cada ano civil.

§ 2º Para efeito de cálculo do valor adicionado serão computadas:

I - as operações e prestações que constituam fato gerador do imposto, mesmo quando o pagamento for antecipado ou diferido, ou quando o crédito tributário for diferido, reduzido ou excluído em virtude de isenção ou outros benefícios, incentivos ou favores fiscais;

II - as operações imunes do imposto, conforme as alíneas 'a' e 'b' do inciso X do § 2º do art. 155, e a alínea 'd' do inciso VI do art. 150, da Constituição Federal.

§ 3º O Estado apurará a relação percentual entre o valor adicionado em cada Município e o valor total do Estado, devendo este índice ser aplicado para a entrega das parcelas dos Municípios a partir do primeiro dia do ano imediatamente seguinte ao da apuração.

§ 4º O índice referido no parágrafo anterior corresponderá à média dos índices apurados no dois anos civis imediatamente anteriores ao da apuração.' (...)

Ainda, **restou comprovado nos autos que a empresa Sadia S.A realizou transferências de mercadorias do seu estabelecimento** localizado no Município de Toledo para o Município de Paranaguá **utilizando como base de cálculo o preço de custo de produção das mercadorias e não o valor de mercado.**

Inclusive, tal fato foi confirmado pelo Sr. Perito no laudo pericial constante no mov. 1.7 - p. 04 a 18 dos autos e. 6982-22.2008.8.16.0004, onde concluiu que:

'- a Sadia S/A originalmente emitiu notas fiscais das transferências das mercadorias da filial de Toledo para a filial de Paranaguá, ao preço de custo das mercadorias, pautando todos a sua contabilidade nestes valores, inclusive informando estes valores contábeis nas GIA's normais e na DFC;



PREFEITURA MUNICIPAL DE MARATAÍZES

- ESTADO DO ESPÍRITO SANTO -

- houve retificação das GIA's e da DFC em 20/09/2005, conforme documentos de fls. 120/ dos autos, passando a constar nos demonstrativos oficiais os preços de mercado das mercadorias transferidas entre as filiais da Sadia:

(...)

- o valor da diferença contábil entre o preço de custo e o preço de mercado das mercadorias transferidas entre as filiais da Sadia importa em R\$ 113.707.231,00 (cento e treze milhões, setecentos e sete mil, duzentos e trinta e um reais), tal como demonstrado no quadro abaixo:

(...)

Os valores informados acima foram obtidos dos documentos fornecidos pela Sadia à Perícia e dos elementos constantes dos autos.' (...)

Por fim, importante ressaltar que eventual omissão da Sadia S.A na emissão das notas fiscais retificadoras, conforme alegado pelo Estado do Paraná, não pode prejudicar o Município de Toledo no seu direito a perceber sua participação no ICMS com base em índice calculado com base nos critérios definidos por lei, até mesmo porque a obrigação da fiscalização quanto ao cumprimento desta obrigação acessória recai sobre a Fazenda Estadual e não sobre o Município'.

Em relação a alegação de obrigatoriedade de litisconsórcio necessário dos demais municípios do Estado do Paraná, constou no acórdão embargado, especificamente quanto ao Município de Paranaguá, a seguinte fundamentação:

'Assim, da análise dos autos, conclui-se que o Município de Paranaguá não tem responsabilidade quanto ao erro no cálculo do índice de participação do Município de Toledo, tendo em vista que **é o Estado do Paraná o responsável pela gestão do Fundo de Participação dos Municípios, bem como que o erro no cálculo se deu em razão da empresa Sadia S.A (BRF S.A) ter emitido notas fiscais com valores equivocados.**

Nesse sentido é o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça:

'Entretanto, não há que se falar em legitimidade do Município de Paranaguá, pois acaso reconhecido o direito a diferença do ICMS ao ora apelante, e verificado percepção a maior pelo Município de destino do bem, qual seja, Paranaguá, tal fato não o legitima a figurar no polo passivo da demanda, já que sendo a questão de fundo a transferência de crédito de ICMS, eventual equalização do repasse indevido deverá ser realizado pelo ente tributante (Estado do Paraná), sem qualquer intervenção do Município de Toledo.' Desta forma, reconheço a ilegitimidade do Município de Paranaguá para figurar no polo passivo dos autos 4135-18.2006.8.16.0004 e 6982-22.2008.8.16.0004.' Ressalte-se que o Estado do Paraná, ora embargante, não alegou em contrarrazões a suposta obrigatoriedade de litisconsórcio necessário em relação aos demais municípios do Estado do Paraná, razão pela qual não houve análise da matéria no acórdão embargado.

Contudo, importante destacar que o Órgão Especial deste Tribunal de Justiça já analisou a matéria, decidindo que ' O repasse a menor de ICMS pelo Estado-Gestor a um determinado Município não faz dos demais litisconsórcios necessários, por ausência de efeitos jurídicos, obrigatórios.'" (fls. 1.204/1.207e).

Vale destacar, ainda, que não se pode confundir decisão contrária ao interesse da parte com ausência de fundamentação ou negativa de prestação jurisdicional. Nesse sentido: STJ, REsp 1.129.367/PR, Rel. Ministra DIVA MALERBI (Desembargadora Federal Convocada/TRF 3ª Região), SEGUNDA TURMA, DJe de 17/06/2016; REsp 1.078.082/SP, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 02/06/2016; AgRg no REsp 1.579.573/RN, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 09/05/2016; REsp 1.583.522/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 22/04/2016.



PREFEITURA MUNICIPAL DE MARATAÍZES

- ESTADO DO ESPÍRITO SANTO -

No que tange à alegada violação ao art. 17 do CPC/2015, incide na espécie, por analogia, o óbice da Súmula 284/STF ("É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia"), pois, nas razões do Recurso Especial, após transcrever o capítulo do acórdão recorrido referente ao reconhecimento da legitimidade ativa ad causam, a parte ora agravante limitou-se a afirmar que "o Tribunal mal interpretou e violou o artigo 17 do Código de Processo Civil" (fls. 1.296/1.297e).

Finalmente, com relação à alegada infringência ao art. 3º, I, §§ 2º e 12, da Lei Complementar 63/90, o Recurso Especial é inadmissível, por incidência cumulativa dos óbices das Súmulas 7 do STJ e 280 e 283 do STF, seja porque o Tribunal de origem decidiu a causa com base nas provas dos autos e também à luz de normas de direito local (art. 8º, II, da Lei 11.580/96, do Estado do Paraná), seja, ainda, porque o Estado do Paraná deixou de impugnar o fundamento do acórdão recorrido alusivo à relevante circunstância de que "o próprio Estado do Paraná por meio da consulta 227/99 em resposta ao protocolo 4.058.346-7, em que a empresa Sadia S.A, na posição de contribuinte, solicitou esclarecimentos em relação à matéria, reconheceu que o valor para base de cálculo seria o preço FOB no estabelecimento industrial a vista".

Ante o exposto, com fulcro no art. 253, parágrafo único, II, a e b, do RISTJ, conheço do Agravo, para conhecer parcialmente do Recurso Especial, e, nessa extensão, negar-lhe provimento.

Em atenção ao disposto no art. 85, § 11, do CPC/2015 e no Enunciado Administrativo 7/STJ ("Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016 será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do NCPC"), majoro os honorários advocatícios, devidos pela parte ora agravante, em 10% (dez por cento) sobre o valor já arbitrado, levando-se em consideração o trabalho adicional imposto ao advogado da parte recorrida, em virtude da interposição deste recurso, respeitados os limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º do art. 85 do CPC/2015.

Brasília, 19 de agosto de 2021.

Ministra ASSUSETTE MAGALHÃES Relatora

(AREsp n. 1.726.651, Ministra Assusete Magalhães, DJe de 20/08/2021.)

VIGÉSIMA CÂMARA CÍVEL

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2007.002.02785

AGRAVANTE: MUNICÍPIO DE ITAGUAÍ

AGRAVADO 1: MUNICÍPIO DE VOLTA REDONDA

AGRAVADO 2: COMPANHIA SIDERÚRGICA NACIONAL

RELATOR: DES. JOÃO CARLOS BRAGA GUIMARÃES

EMENTA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. TUTELA ANTECIPADA DEFERIDA ATINGINDO DIREITO DE PESSOA JURÍDICA QUE NÃO É PARTE NO PROCESSO. INEXISTÊNCIA DOS REQUISITOS QUE ENSEJAM A CONCESSÃO DA TUTELA. O PREENCHIMENTO DA DECLARAÇÃO ANUAL PARA O ÍNDICE DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS (DECLAN-IPM) É MATÉRIA ESTRITAMENTE DE MÉRITO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos os autos do Agravo de Instrumento nº 2007.002.02785, em que é agravante MUNICÍPIO DE ITAGUAÍ e agravados MUNICÍPIO DE VOLTA REDONDA E COMPANHIA SIDERÚRGICA NACIONAL, **A C O R D A M** os Desembargadores que integram a e. 20ª Câmara Cível do e. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, conhecer o recurso e dar-lhe provimento.



PREFEITURA MUNICIPAL DE MARATAÍZES

- ESTADO DO ESPÍRITO SANTO -

VOTO

Agravo de instrumento face a r. decisão do juiz da 6ª Vara Cível da Comarca de Volta Redonda, fls. 225, verbis:

“Por outro lado, analisando os autos, **verifica-se que a parte ré ao fazer sua declaração anual para o índice de participação dos municípios, a fez de maneira errônea causando assim patente prejuízo ao Município autor**, fato este reconhecido pelo próprio Estado do Rio de Janeiro na decisão prolatada no processo administrativo de consulta nº E-34/025484/2005 acostado aos autos. Assim, **levando-se em consideração que o Estado do Rio de Janeiro através da Secretaria de Receita Estadual poderia e deveria corrigir de ofício a errônea declaração feita pela ré máxime quando o referido erro foi reconhecido em procedimento administrativo, necessário se faz para evitar prejuízo insanável ao Município autor**, que este Juízo, no exercício do poder geral de cautela, determine a expedição de ofício a Secretaria da Receita Estadual determinando que considere em favor do Município de Volta Redonda os valores das importações de produtos destinados ao estabelecimento industrial da ré localizado na cidade de Volta Redonda. Assim, expeça-se ofício e após, dê-se baixa remetendo-se ao distribuidor”.

A tutela determinando à Secretaria de Fazenda do Rio de Janeiro alterar os percentuais de participação do Município de Volta Redonda, em detrimento do Município de Itaguaí, não preenche os requisitos de ordem objetiva, necessários e suficientes à concessão da tutela. Também não se enquadra no poder cautelar geral de que é investido o magistrado ao exercer a jurisdição.

Com efeito, a referida tutela e/ou poder cautelar atinge, de imediato, o Município de Itaguaí, terceiro na ação, e adianta, sem oitiva do réu (CSN) a questão principal da lide.

Dou provimento ao recurso para cassar a r. decisão agravada.

É como voto.

Rio de Janeiro, 16 de maio de 2007.

Desembargador Presidente

DR JOÃO CARLOS BRAGA GUIMARÃES

Desembargador Relator” (sic)

2005.004.01857 - MANDADO DE SEGURANCA

DES. MARCO ANTONIO IBRAHIM - Julgamento: 24/10/2006 - DECIMA OITAVA CAMARA CIVEL

Tributário. ICMS. DECLAN-IPM. Hipótese em que o Município de Mangaratiba impetrou Mandado de Segurança objetivando a retificação da DECLAN-IPM de empresa de mineração, ano base 2004. Participação dos municípios no produto da arrecadação do ICMS. **Declaração anual para o IPM em clara contradição com a realidade documental. Poder-dever da autoridade fazendária de revisão ex officio da DECLAN-IPM tendo por base o § 1º, do inciso d, do art. 3º da LC nº 63/90 e o art. 1º da lei estadual nº 2.664/96. Revisão com base em pareceres da própria Procuradoria Geral do Estado, evidenciando o prejuízo ao município. Legitimidade passiva do Secretário de Estado da Fazenda.** Incabível a formação de litisconsórcio passivo outros Municípios do Estado. Cabe à Secretaria de Fazenda do Estado proceder à revisão ex officio de valor inexato lançado na DECLAN-IPM, ante a recalcitrância da empresa que vem descumprindo anterior ordem judicial determinando o lançamento na mencionada DECLAN-IPM das informações financeiras calculadas sob a forma do § 1º, do inciso II, do art. 3º da referida LC nº 63/90. Ausência de motivação jurídica do Secretário de Estado da Fazenda para justificar o indeferimento à pretensão do município, ante os fatos documentos apresentados por este e ante o seu poder-dever de obter as eventuais informações



PREFEITURA MUNICIPAL DE MARATAÍZES

- ESTADO DO ESPÍRITO SANTO -

faltantes através de simples diligências junto à empresa, na forma, inclusive, do parecer da lavra do Procurador Geral do Estado. Hipótese que diz respeito a valor adicionado ocorrido no território de específico do município, descabida a pretensão de formação litisconsorcial passiva pelos demais municípios do Estado. Concessão da ordem mandamental.

Há também o fato do Parecer Normativo SUBSER nº 01/2007 ter classificado erroneamente o óleo cru extraído do território do Município como sendo produto industrializado, recomendando como critério a ser aplicado como base de cálculo o disposto no inciso II do § 4º do art. 13 da LC 87/96.

Neste ponto, identificamos que o Parecer Normativo contraria não apenas a Lei Complementar Federal e a Lei Ordinária Estadual, mas também viola decisão judicial, conforme já informado neste processo, visto que após perícia realizada com engenheiros especialistas em refino de petróleo associados Instituto Brasileiro de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – IBP, ficou comprovado que o óleo cru extraído é **produto in natura**, atraindo a aplicação da base de cálculo prevista no **inciso III do § 4º do art. 13 da LC 87/96 e inciso III do §4º do art. 11 da Lei Estadual Capixaba nº 7000 de 27 de dezembro de 2001** nestas operações.

Por essa razão, tornamos a transcrever a conclusão firmada na perícia judicial, que afasta qualquer ilação prevista no Parecer Normativo quanto a real natureza do óleo cru extraído no território municipal:

Respostas às questões arguidas pelo Poder Judiciário do Espírito Santo

Questões arguidas:

1ª) **"Queira o Sr. Perito informe se o petróleo que sai do poço e é separado da água, pedaços de rochas e gás, continua com as mesmas características físico/químicas da extração".**

2ª) **"Queira o Sr. Perito informar se a mudança das características físico/químicas da hora da extração são alteradas somente nas refinarias".**

Ao responder aos questionamentos formulados pelo Poder Judiciário, de ordem da Vara da Fazenda Pública Estadual e Municipal, os Peritos asseveraram:

Respostas:

1ª) Para a primeira questão **a resposta é sim, o petróleo extraído e separado da água, sedimentos e gás, permanece com as mesmas características de quando é extraído.**

O petróleo é constituído predominantemente de HIDROCARBONETOS - moléculas formadas pela combinação de HIDROGÊNIO e CARBONO - contendo pouquíssimas quantidades de substâncias - livres ou combinadas com os hidrocarbonetos - chamadas de contaminantes.

As moléculas de HIDROCARBONETOS são de diversos tamanhos, desde 1 (um) até 50 átomos de CARBONO, ou mais, e de diversas formas de combinação entre CARBONO e HIDROGÊNIO.



PREFEITURA MUNICIPAL DE MARATAÍZES

- ESTADO DO ESPÍRITO SANTO -

Os contaminantes mais comuns encontrados no petróleo podem ser: S (enxofre), N (nitrogênio), metais, O (oxigênio), além de água, sais e sedimentos, entre outros.

Para caracterizar bem o conteúdo dos HLDROCARBONETOS, não só quanto ao tamanho das moléculas e seu arranjo bem como também quanto às quantidades e tipos de contaminantes, existe uma série de propriedades físico-químicas que definem bem o tipo de petróleo.

Esse conjunto de propriedades físico-químicas analisadas em laboratório no petróleo define bem a sua qualidade, seu tipo e representa a identidade do mesmo, dando origem a sua denominação.

Assim, quando se fala em 'petróleo Marlin', ou 'petróleo Árabe leve, ou 'petróleo x', estamos associando a cada um deles uma **série de propriedades que os identificam e não se alteram ao longo de suas produções (extrações).**

Esse conjunto de propriedades que identifica cada petróleo é chamado de AVALIAÇÃO Do PETRÓLEO ou internacionalmente conhecido como ASSAY.

Na extração do petróleo não há processos, nem físicos nem químicos, que possam promover alterações nas características do petróleo produzido, assim esse ASSAY é utilizado para identificar e definir um petróleo em todas as suas transações, inclusive comerciais e movimentações.

(...)

Assim, quando internacionalmente se fala em Árabe Leve, por exemplo, se entende que ele tem as mesmas características definidas pelo seu ASSAY, o que **se conclui que O PETRÓLEO NÃO MUDA DE CARACTERÍSTICAS PERCEPTIVAMENTE AO LONGO DE SUA EXTRAÇÃO.**

2ª) Para a segunda pergunta a **resposta também é sim, o petróleo só se altera quando processado nas refinarias, ou melhor, o petróleo desaparece e é dividido em frações chamadas de Derivados de Petróleo.**

Após ser extraído o petróleo é transferido para uma Refinaria de petróleo, onde é armazenado em tanques cilíndricos.

Esses tanques de armazenamento de petróleo compõem o que comumente se chama Parque de Cru, ou seja, parque de armazenamento de petróleo bruto.

A partir desses tanques o petróleo é transferido através de bombas para a primeira unidade de processo que existe em todas as refinarias, que é uma Unidade de Destilação Atmosférica.

Nessa unidade de processo o petróleo é aquecido, destilado e obtidas frações por meio de condensações criteriosamente arranjadas.

Assim o petróleo desaparece e são obtidas as primeiras frações de derivados de petróleo comumente chamadas de GLP, Naftas, querosene, Diesel e Resíduo Atmosférico (básicas).

(...)



PREFEITURA MUNICIPAL DE MARATAÍZES

- ESTADO DO ESPÍRITO SANTO -

Conclusão: A PRIMEIRA ALTERAÇÃO QUE OCORRE NO PETRÓLEO APÓS SUA EXTRAÇÃO É EM UMA REFINARIA DE PETRÓLEO.

(Grifos nossos)

Ao analisar as informações trazidas no laudo pericial juntamente com os argumentos formulados pelo Município litigante e a Petrobras, a magistrada pontuou, com bastante firmeza e clareza, que elementos inseridos em Portarias, Resoluções e Ato Normativos Estaduais em geral jamais se sobrepõe à lei, especialmente uma lei complementar federal e uma lei ordinária. Nesse sentido, sua Excelência assevera:

Os especialistas do IBP - Instituto Brasileiro de Petróleo, Gás e Biocombustíveis foram categóricos em afirmar que o petróleo cru é um produto não industrializado e que o início da industrialização é na refinaria. Aliás, aqui cumpre-me fazer um breve registro no que concerne ao brilhante currículo de ambos.

De outra banda, como salientado pela parte autora, **para se industrializar, refinar o petróleo obrigatoriamente tem que se obter uma autorização da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustível - ANP, que não é a mesma autorização que se obtém para a atividade econômica de Extração, Lavra ou Produção de Petróleo.** Denota-se das provas carreadas aos autos, mormente da cópia da relação das autorizações para o refino de petróleo e processamento de gás natural, concedidas e negadas pela ANP no período de fevereiro de 1998 a junho de 2007, **não consta nenhuma autorização para a Petrobras industrializar, processar, refinar petróleo ou gás natural nos campos de petróleo e gás natural para o CNPJ em questão. Está também foi a conclusão do laudo pericial acostado aos autos, mais precisamente os itens 04, 05, 06 e 11 das fls.573 e 574.**

Por seu turno, um dos argumentos da Suplicada é que o Manual de Orientação para o preenchimento da DOT, do Estado do Espírito Santo, determina no seu item 1.4 que o valor utilizado corresponderá ao valor contábil das operações e prestações tributadas pelo ICMS, mesmo quando a operação for a amparada pelos institutos da isenção ou do diferimento do imposto, bem como o parecer normativo nº 01/2007 da Receita Estadual, que tem força de legislação tributária, corrobora tal entendimento.

(...)

Ainda assim, **PARECE-ME QUESTIONÁVEL O PARECER NORMATIVO EM COMENTO. Mormente porque criou uma ambiguidade na definição tributária do produto petróleo dentro do Estado do Espírito Santo, pois a Lei Estadual 8.501/97, que trata dos royalties, considera petróleo como in natura. Assim o Estado estaria aplicando a máxima "dois pesos duas medidas, numa tentativa de talvez, diminuir o IPM dos municípios produtores de petróleo, já que recebem royalties, como uma forma de compensação entre os demais municípios.** Embora a preocupação do Estado seja inteiramente procedente, no sentido de uma maior distribuição, mas **MODIFICAR UMA LEI, ATRAVÉS DE ATO NORMATIVO, PARA ATENDER SUAS PRETENSÕES, AINDA QUE RAZOÁVEIS, NÃO É LÍCITO AO ESTADO.** Vejamos como está disposto na Lei Estadual mencionada:

Art. 15. NAS TRANSFERÊNCIAS ENTRE EMPRESAS DO MESMO GRUPO, OU ENTRE ESTABELECIMENTOS PERTENCENTES AO MESMO TITULAR, A BASE DE CÁLCULO



PREFEITURA MUNICIPAL DE MARATAÍZES

- ESTADO DO ESPÍRITO SANTO -

DAS RECEITAS NÃO-TRIBUTÁRIAS DEVERÁ REFLETIR OS PREÇOS CORRENTES NO MERCADO ATACADISTA, podendo vir a ser fixada mediante ato do Secretário de Estado da Fazenda, na hipótese de não ser comprovada a formação do preço praticado.
(...)

Assim, inobstante o conceito de industrialização segundo a legislação de regência seja altamente amplo e inclusivo, **pela análise técnica, deflui-se que na extração do petróleo não ocorre transformação, beneficiamento, montagem, acondicionamento ou recondicionamento ou renovação, como alegado pela requerida, e o processo de separação do petróleo dos demais componentes extraídos do subsolo não pode ser considerado um produto industrial**, pelo simples fato de empregar tecnologia de ponta para a sua extração e separação, sob pena de sob o risco de desaparecer o conceito de matéria prima ou ficar relegada somente às atividades artesanais, como dito alhures.

Por tais razões é que entendo que a pretensão autoral merece ser acolhida.

(Grifos nossos)

A hipótese ora analisada é exatamente a mesma: o Município de Marataízes está sendo flagrantemente prejudicado em seu direito em razão de um Parecer Normativo da SUBSER ter definido, ao arrepio da lei complementar federal, da própria lei estadual capixaba que trata do ICMS e ao princípio da hierarquia das leis, que o óleo cru extraído de seu território deve ser **caracterizado como produto industrializado para fins de preenchimento da DOT**.

Conforme muito bem salientou a magistrada, fica evidente que o Parecer Normativo e a Portaria nº 35-R/2014 criaram uma ambiguidade na definição tributária do produto petróleo dentro do Estado do Espírito Santo, pois as Leis Estaduais 8.501/97 e 7000/2001, consideram o petróleo como produto in natura, enquanto o Parecer Normativo considera o óleo cru como produto industrializado, de forma que o Estado aplica "dois pesos e duas medidas" ao caso concreto, numa tentativa de diminuir o VAF e, por consequência, o IPM dos municípios produtores de petróleo, já que estes recebem royalties, como uma forma de compensação entre os demais municípios.

No **Brasil inteiro**, o único lugar que encontramos na LEGISLAÇÃO a definição do petróleo in natura, petróleo cru **como produto industrializado** é no Estado do Espírito Santo onde a SEFAZ/ES, através do item **3.1, do Anexo I, da Portaria nº 35-R/2014 e no Parecer Normativo SUBSER nº 1/2007**, normas infra legais secundárias, onde consta previsão de que o contribuinte adote como preço a ser informado na DOT o custo da mercadoria produzida/valor da efetiva operação, **mas SOMENTE para declaração da DOT**, para outras situações a SEFAZ/ES, aplica/vale o que está definido NAS LEIS que regem a matéria.

Em igual sentido, as diretrizes estabelecidas pelos atos normativos secundários estaduais violam o Código Tributário Nacional, visto alterarem a definição e o conceito de institutos já previstos na legislação federal e estadual hierarquicamente superior, em atenção ao que prevê o art. 110:

Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela



PREFEITURA MUNICIPAL DE MARATAÍZES

- ESTADO DO ESPÍRITO SANTO -

Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal – STF, já se pronunciou por centenas de vezes, sempre afirmando:

ADI 536 MC

EMENTA - CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUTÁRIO. INSTRUÇÃO NORMATIVA: NATUREZA. CTN, ART. 110. I. **Os atos normativos expedidos pelas autoridades fazendárias tem por finalidade interpretar a lei ou o regulamento no âmbito das repartições fiscais. CTN, art. 100, I. Destarte, se essa interpretação vai além da lei, a questão é de ilegalidade** e não de inconstitucionalidade, pelo que esse ato normativo não está sujeito a jurisdição constitucional concentrada. II. Precedente do Supremo Tribunal Federal: ADIn n. 311-9-DF. III. Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida.

Relator: Min. Carlos Velloso

RE 446003 AgR

E M E N T A: IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS (ISS) - LOCAÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR - INADMISSIBILIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DA INCIDÊNCIA DESSE TRIBUTO MUNICIPAL - DISTINÇÃO NECESSÁRIA ENTRE LOCAÇÃO DE BENS MÓVEIS (OBRIGAÇÃO DE DAR OU DE ENTREGAR) E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS (OBRIGAÇÃO DE FAZER) - **IMPOSSIBILIDADE DE A LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA MUNICIPAL ALTERAR A DEFINIÇÃO E O ALCANCE DE CONCEITOS DE DIREITO PRIVADO (CTN, ART. 110)** - INCONSTITUCIONALIDADE DO ITEM 79 DA ANTIGA LISTA DE SERVIÇOS ANEXA AO DECRETO-LEI Nº 406/68 - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RECURSO IMPROVIDO. - Não se revela tributável, mediante ISS, a locação de veículos automotores (que consubstancia obrigação de dar ou de entregar), eis que esse tributo municipal somente pode incidir sobre obrigações de fazer, a cuja matriz conceitual não se ajusta a figura contratual da locação de bens móveis. Precedentes (STF). Doutrina.

Relator: Min. Celso de Mello

RE 540829

Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. ICMS. ENTRADA DE MERCADORIA IMPORTADA DO EXTERIOR. ART. 155, II, CF/88. OPERAÇÃO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL INTERNACIONAL. NÃO-INCIDÊNCIA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. O ICMS tem fundamento no artigo 155, II, da CF/88, e incide sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior. 2. A alínea “a” do inciso IX do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, na redação da EC 33/2001, faz incidir o ICMS na entrada de bem ou mercadoria importados do exterior, somente se de fato houver circulação de mercadoria, caracterizada pela transferência do domínio (compra e venda). 3. Precedente: RE 461968, Rel. Min. EROS GRAU, Tribunal



PREFEITURA MUNICIPAL DE MARATAÍZES

- ESTADO DO ESPÍRITO SANTO -

Pleno, julgado em 30/05/2007, Dje 23/08/2007, onde restou assentado que o imposto não é sobre a entrada de bem ou mercadoria importada, senão sobre essas entradas desde que elas sejam atinentes a operações relativas à circulação desses mesmos bens ou mercadorias. 4. Deveras, não incide o ICMS na operação de arrendamento mercantil internacional, salvo na hipótese de antecipação da opção de compra, quando configurada a transferência da titularidade do bem. Consectariamente, se não houver aquisição de mercadoria, mas mera posse decorrente do arrendamento, não se pode cogitar de circulação econômica. 5. In casu, nos termos do acórdão recorrido, o contrato de arrendamento mercantil internacional trata de bem suscetível de devolução, sem opção de compra. **6. Os conceitos de direito privado não podem ser desnaturados pelo direito tributário, na forma do art. 110 do CTN, à luz da interpretação conjunta do art. 146, III, combinado com o art. 155, inciso II e § 2º, IX, "a", da CF/88.** 8. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

Relator: Min. Gilmar Mendes

(Destacamos)

Como vemos, **os atos normativos**, como o Parecer Normativo SUBSER nº 01/2007 e a Portaria nº 35-R/2014 (atos normativos secundários) **expedidos pelas autoridades fazendárias tem por finalidade somente interpretar a lei ou o regulamento no âmbito das repartições fiscais**, mas, **se essa interpretação vai além da lei, ou seja, altera a determinação prevista em lei, a questão é de TOTAL ilegalidade.**

A legislação normativa secundária estadual não pode determinar que o petróleo in natura/óleo cru seja caracterizado como produto industrializado quando a legislação competente e hierarquicamente superior já o definiu como produto in natura cuja base de cálculo a ser informada na DOT é o preço corrente da mercadoria no mercado atacadista.

É importante destacar que **nenhum destes argumentos foi analisado pela Comissão julgadora**, que preferiu quedar-se silente quanto a questão, alegando que o Município não havia juntado provas de que a referida DOT contém erros.

O Município recorrente, juntamente com outros Municípios produtores de petróleo e gás natural vem alertando está SEFAZ há anos, **desde 2004**, sem que a SEFAZ-ES tenha feito qualquer ato para solucionar a questão acerca desta ilegalidade que vem sendo sistematicamente perpetrada na análise e julgamento dos recursos interpostos, eis que as decisões administrativas estão se baseando em atos normativos infra legais secundários que encontram-se em claro confronto com as leis superiores que regem a matéria, bem como com o entendimento pacificado nos tribunais brasileiros, haja vista a própria decisão judicial oriunda do juízo de Linhares e as diversas decisões citadas no âmbito do STJ, que são muito claras no sentido de determinar a correção das DOTs apresentadas pelas empresas para fazer constar o preço corrente da mercadoria no mercado atacadista.

Temos ainda, que a LC 63/90 estabeleceu que:

Art. 3º -
(...)



PREFEITURA MUNICIPAL DE MARATAÍZES

- ESTADO DO ESPÍRITO SANTO -

§ 5º - Os Prefeitos Municipais, as associações de Municípios e seus representantes **terão livre acesso às informações e documentos utilizados pelos Estados no cálculo do valor adicionado**, sendo vedado, a estes, omitir quaisquer dados ou critérios, ou dificultar ou impedir aqueles no acompanhamento dos cálculos.
(...)

Art. 6º - Os Municípios **poderão verificar os documentos fiscais** que, nos termos da lei federal ou estadual, **devam acompanhar as mercadorias, em operações de que participem produtores, indústrias e comerciantes estabelecidos em seus territórios; apurada qualquer irregularidade, os agentes municipais deverão comunicá-la à repartição estadual incumbida do cálculo do índice de que tratam os §§ 3º e 4º do art. 3º desta Lei Complementar**, assim como à autoridade competente.

§ 1º - Sem prejuízo do cumprimento de outras obrigações a que estiverem sujeitos por lei federal ou estadual, os produtores serão obrigados, quando solicitados, a informar, às autoridades municipais, o valor e o destino das mercadorias que tiverem produzido.

§ 2º - Fica vedado aos Municípios apreender mercadorias ou documentos, impor penalidade ou cobrar quaisquer taxas ou emolumentos em razão da verificação de que trata este artigo.

§ 3º - Sempre que solicitado pelos Municípios, ficam os Estados obrigados a autorizá-lo a promover a verificação de que tratam o caput e o § 1º deste artigo, em estabelecimentos situados fora de seus territórios.

§ 4º - O disposto no parágrafo anterior não prejudica a celebração, entre os Estados e seus Municípios e entre estes, de convênios para assistência mútua na fiscalização dos tributos e permuta de informações.

Nesse sentido, o município solicitou a SEFAZ/ES, através do OF/GABINETE/PMM/Nº 113/2023, documentos fiscais, entre eles as notas fiscais de transferência do petróleo in natura, petróleo cru, para que pudesse realizar sua devida auditoria no valor adicionado fiscal, em resposta a SEFAZ/ES, o fez através do **Documento Encaminhado 2023-73JRG0** - Registro do Encaminhamento 2023-DBP5Z7 (cópia anexa), donde destacamos:

Quanto às Notas Fiscais, o parecer exarado pela Procuradoria Geral do Estado em 10/06/2022, afirma que "Fornecido documentos contendo valores de forma globalizada (ex. DOT), **não poderá ser disponibilizado** outros arquivos que não foram utilizados para o cálculo, tais como notas fiscais e arquivos da EFD"

Das notas fiscais de transferência, consta a discriminação do petróleo como PETRÓLEO CRU (in natura), exemplos estão anexos a impugnação Doc. 10, não foram fornecidas pela SEFAZ/ES.

A cada ano a omissão e a violação às próprias leis Estadual e Federal se repetem, sem que nenhuma medida seja adotada por parte da autoridade fazendária estadual, que está obrigada a apurar de forma correta o VAF, para resolver o problema, e diante deste cenário que se apresenta, a própria LC 63/90 prevê mecanismos de inibição desta ilegalidade, nos termos do art. 10, in verbis:



PREFEITURA MUNICIPAL DE MARATAÍZES

- ESTADO DO ESPÍRITO SANTO -

Art. 10. **A falta de entrega, total ou parcial, aos Municípios, dos recursos que lhes pertencem na forma e nos prazos previstos nesta Lei Complementar, sujeita o Estado faltoso à intervenção, nos termos do disposto na alínea b do inciso V do art. 34 da Constituição Federal.**

Parágrafo único. Independentemente da aplicação do disposto no caput deste artigo, o pagamento dos recursos pertencentes aos Municípios, fora dos prazos estabelecidos nesta Lei Complementar, ficará sujeito à atualização monetária de seu valor e a juros de mora de 1% (um por cento) por mês ou fração de atraso.

(Destacamos)

Dessa forma, está comprovado que o petróleo cru extraído no território do Município e posteriormente remetido a outros estabelecimentos da própria Petrobras, visto que não há refinarias no Estado do Espírito Santo, ou vendidos ao exterior, pois a empresa está autorizada a proceder a venda ao exterior com o petróleo in natura, cru diretamente das plataformas estabelecidas no BC 60, em Jubarte (**ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO N 2, DE 17 DE NOVEMBRO DE 2011 da Receita Federal**), deveria ter sido declarado na DOT considerando o preço corrente da mercadoria no mercado atacadista, conforme o próprio Estado exige, inclusive, nas situações abarcadas no art. 15 da Lei Estadual nº 8501/2007 e principalmente no **inciso III do §4º do art. 11 da Lei Estadual Capixaba nº 7000 de 27 de dezembro de 2001.**

Não pode o Estado determinar a aplicação do preço corrente da mercadoria no mercado atacadista, nos casos em que as declarações do contribuinte sirvam ao cálculo e pagamento de royalties e participações especiais destinados aos cofres estaduais – em observância a lei complementar federal – e também para efeito de tributação do ICMS determinar que na saída de mercadoria para estabelecimento localizado em outro Estado, pertencente ao mesmo titular, a base de cálculo do imposto, **tratando-se de mercadoria não industrializada, é O SEU PREÇO CORRENTE NO MERCADO ATACADISTA** do estabelecimento remetente, e querer aplicar **outro critério não definido em lei**, no caso do cômputo do VAF, previsto apenas em portarias e atos normativos infra legais, para determinar que estes mesmos contribuintes preencham suas declarações de operações tributáveis atribuindo ao mesmo produto (petróleo in natura/óleo cru), base de cálculo diversa da prevista em lei, apenas pelo fato dessas declarações servirem ao cálculo do valor adicionado fiscal devido a cada Município a partir de fatos geradores ocorridos em sua base territorial.

Por fim, cabe ressaltar que o pedido principal formulado pelo Município na impugnação administrativa, conforme já destacado na parte inicial deste recurso, solicita a inclusão de valor adicionado fiscal ilegalmente suprimido, promovendo a retificação do índice de valor adicionado fiscal e do índice de participação do Município de Maratáizes relativamente ao exercício financeiro de 2024.

A menção feita aos preços de referência do petróleo e gás natural, que são definidos pela ANP no caso do cálculo e pagamento dos royalties, serviu para o propósito de demonstrar que a DOT apresentada pela Petrobras informou valores muito aquém do correto (preço corrente no mercado atacadista), evidenciando o tamanho do prejuízo que será suportado pelo Município caso a correção não seja realizada.



PREFEITURA MUNICIPAL DE MARATAÍZES

- ESTADO DO ESPÍRITO SANTO -

Ainda que inferior ao preço corrente da mercadoria no mercado atacadista, a adoção do preço de referência serviria a um só tempo para salvaguardar a situação do Município reclamante, haja vista que haveria pelo menos a correção do valor adicionado fiscal em patamares legais minimamente aceitáveis, sem a necessidade de se calcular o preço corrente do petróleo in natura no mercado atacadista durante o período reclamado, além de evitar uma disparidade ainda maior entre os percentuais de VAF e IPM provisoriamente divulgados em relação aos índices definitivos que valerão para o próximo exercício.

PEDIDOS

Isto posto, lastreado na fundamentação exposta e nos documentos já anexados ao Processo 2023-WHS58, o Município de Maratáizes requer seja **CONHECIDO** e **PROVIDO** o presente recurso, com a reforma da decisão proferida pela Comissão para Análise dos Recursos Municipais referente ao Índice de Participação dos Municípios – IPM, para o fim de que Vossa Senhoria promova, nos termos da lei complementar federal nº 63/90, utilizando-se do disposto no inciso III do § 4º do art. 13 da lei complementar federal nº 87/96 e inciso III do §4º do art. 11 da Lei Estadual Capixaba nº 7000/2001, a **RETIFICAÇÃO e REVISÃO EX OFFICIO do índice de valor adicionado fiscal e do índice de participação do Município de Maratáizes relativamente ao exercício financeiro de 2024, fazendo incluir a título de valor adicionado do município o montante de R\$ 8.244.146.276,77** (oito bilhões, duzentos e quarenta e quatro milhões, cento e quarenta e seis mil, duzentos e setenta e seis reais e setenta e sete centavos), que fora negligenciado pela empresa PETRÓLEO BRASILEIRO S/A – PETROBRAS em suas DOT's, restabelecendo a normalidade da referida transferência governamental, na forma da lei.

Alternativamente, caso assim não entenda, Requer que a empresa PETRÓLEO BRASILEIRO S/A – PETROBRAS seja compelida a revisar e retificar os documentos fiscais e declarações econômico-fiscais, em especial, as notas fiscais de venda e transferência de petróleo in natura/bruto/cru e gás natural e a declaração de operações tributáveis - DOT, referente aos Anos Base de 2018 a 2021, fazendo constar o preço de referência do petróleo (PRP) calculado pela ANP para o petróleo in natura/bruto/cru extraído do Novo Campo de Jubarte, no Município de Maratáizes.

Nestes termos, aguarda deferimento.

De Maratáizes para Vitória/ES, 28 de novembro de 2023.

MUNICÍPIO DE MARATAÍZES
PREFEITO MUNICIPAL