

A. I. N° - 206985.0100/07-9

AUTUADO - TOTAL DISTRIBUIDORA LTDA.

AUTUANTES - MARCO ANTONIO SOUZA FORTES e JOSÉ AUGUSTO MARTINS VICENTE

ORIGEM - SAT/COPEC

INTERNET - 04/06/2008

### 3<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF N° 0163-03/08

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. COMBUSTÍVEIS. OPERAÇÕES DE SAÍDA DO ESTABELECIMENTO DISTRIBUIDOR. RETENÇÃO A MENOS DO IMPOSTO. Neste caso, as mercadorias estavam sujeitas à retenção do imposto pelo remetente, nos termos dos arts. 10 e 11 da Lei nº 7.014/96 e em consonância com o Convênio ICMS 03/99, celebrado entre a Bahia e o Estado de origem das mercadorias. Autuado comprovou que parte das notas fiscais se tratava de devolução. Infração parcialmente subsistente. Pedido de diligência indeferido. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 09/11/2007, refere-se à exigência de R\$42.080,86 de ICMS, acrescido da multa de 60%, pela retenção a menos do 1, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes no Estado da Bahia. Consta na descrição dos fatos, que o contribuinte procedeu a retenção a menos do ICMS, em virtude da informação prestada a menos pela Distribuidora à Refinaria de Petróleo através dos Anexos exigidos nos Convênios 03/99, para repasse do ICMS ao Estado de destino, referente às vendas de gasolina, diesel e álcool hidratado, para consumo ou comercialização de contribuintes localizados no Estado da Bahia.

O autuado apresenta defesa às folhas 275/281, discorrendo sobre a tempestividade da impugnação interposta e a infração imputada. Aduz que do total do crédito tributário reconhece o valor de R\$29.100,67, e que providenciou o parcelamento. Protesta com relação ao montante de R\$12.980,19. Explana sobre a sistemática da tributação de combustíveis e a forma de repasse do imposto ao Estado destinatário. Assevera que os autuantes se equivocaram com relação às notas fiscais de nºs 307.664, 309.336 e 309.337, que se tratam de devolução, eis que tais notas fiscais emitidas pelo autuado em favor da Petrobrás correspondem às notas fiscais de compra de óleo de diesel de nºs 25.729, 25.804 e 25.282. Salienta que os autuantes consideraram notas fiscais de devolução de mercadorias como notas fiscais de venda para clientes localizados no Estado da Bahia, bastando para isso uma simples análise no demonstrativo anexo ao Auto de Infração referentes aos meses de julho a agosto de 2004. Sustenta que associaram o CFOP nº 6661, à comercialização quando na verdade o nº do CFOP é 5655 e 6655. Entende que se tratando de notas fiscais de devolução não houve a comercialização do óleo diesel, e, portanto, não há incidência do ICMS, nesta operação, e a aquisição foi realizada pela matriz do autuado localizada em Pernambuco, como se depreende das notas fiscais de aquisição, estando as notas fiscais de devolução devidamente emitidas com o destaque do ICMS-ST. Acrescenta que caso houvesse alguma obrigação tributária, prevista em lei, decorrente da devolução de mercadorias, não caberia ao Estado da Bahia, mas ao Estado de Pernambuco, eis que quem adquiriu a mercadoria foi a Total Distribuidora S/A, localizada em Pernambuco. Sustenta que como não houve a venda do produto das notas fiscais em questão, não haveria nenhuma operação de venda localizado no Estado da Bahia a ser informada pelo autuado. Discorre sobre a sistemática do ICMS aplicável aos combustíveis derivados de petróleo,

transcrevendo o artigo 155, § 4º, I, da CF/88. Afirma que por força do artigo 9º da Lei Complementar 87/96, as unidades da federação celebraram o Convênio 03/99, reproduzindo a cláusula primeira e décima do referido acordo interestadual. Afirma que a Distribuidora de Combustíveis fica obrigada a informar as operações interestaduais que realizar para o Estado de origem, para o Estado destinatário e Refinaria. Aduz que após prestar as referidas informações, exaure-se a obrigação tributária do autuado, cabendo ao Estado de origem, de posse do extrato das operações interestaduais realizadas pela Total Distribuidora informar e repassar os valores aos Estados destinatários do produto. Conclui, requerendo diligência fiscal para sanar os erros e a improcedência do Auto de Infração.

Os autuantes apresentam informação fiscal às folhas 311/312, discorrendo sobre a infração imputada e as alegações defensivas. Informam que analisando as notas fiscais acostadas ao PAF, concordam com os argumentos do autuado. Finalizam, dizendo que retificam o demonstrativo de débito eliminando os valores de junho de 2004 e agosto de 2004, no valor de R\$5.572,96 e R\$7.407,23 respectivamente, permanecendo o montante relativo aos demais períodos que totalizam R\$29.100,67, reconhecido pelo autuado.

Consta à folha 314, extrato do Sistema SIGAT, da SEFAZ-BA, indicando o parcelamento do valor principal de R\$12.980,19

## VOTO

Inicialmente indefiro a diligência suscitada pelo autuado, eis que os elementos contidos no presente Auto de Infração, são suficientes para a formação da minha convicção, nos termos do artigo 147 do RPAF-BA.

No mérito o presente Auto de Infração exige ICMS, por retenção a menos na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas operações interestaduais com combustíveis destinadas ao Estado da Bahia.

Antes de apreciar o mérito desta infração, é importante esclarecer que a tributação com as operações com combustíveis derivados de petróleo, está disciplinada no Convênio ICMS 03/99, e no artigo 512-A do RICMS-BA. De acordo com os referidos dispositivos legais, a Refinaria de Petróleo (Petrobrás) ou suas Bases, é o contribuinte substituto tributário nas operações com a maioria dos combustíveis derivados de petróleo, à exceção de lubrificantes e álcool hidratado, cuja responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto devido nas operações subsequentes pertence às Distribuidoras de Combustíveis.

No caso em apreço, o autuado está localizado em Ipojuca-PE, e nas aquisições de combustíveis cujo sujeito passivo é a Refinaria da Petrobrás ou suas Bases, o ICMS devido nas operações subsequentes, é retido por esta empresa (Refinaria) e recolhido para o Estado de Pernambuco. Na hipótese de nova operação interestadual destinada ao Estado da Bahia, o autuado deverá encaminhar um documento denominado Anexo III para a Refinaria de Petróleo ou suas Bases, informando sobre a operação interestadual, a base de cálculo e outras informações exigidas. De posse deste documento, a Refinaria de Petróleo ou suas Bases, debitam o imposto ao Estado de origem e destina o tributo para o Estado da Bahia.

Com efeito, se não houve o referido encaminhamento do Anexo III, pelo autuado, à citada Refinaria ou os dados fornecidos no aludido Anexo III, indicam valor indevido, o ICMS pertencente ao Estado da Bahia deve ser exigido do defendant.

No que tange aos lubrificantes e álcool hidratado, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devido nas operações subsequentes pertence às Distribuidoras de Combustíveis.

Da análise das peças processuais, observo que os autuantes elaboraram demonstrativo às folhas 08/36, discriminando o valor do ICMS devido na operação, calculado de acordo com o regramento

contido no Convênio 03/99, deduzindo do total aferido: o valor informado nos Anexos V e III, recolhimento complementar e o ICMS retido no registro 53 extraído dos arquivos magnéticos do defensor. Constatou que foi discriminado corretamente a MVA para cada produto vigente à época dos fatos geradores. Verifico, ainda, que os autuantes acostaram ao processo cópias dos Anexos encaminhados para a Petróleo Brasileiro S.A., estabelecida na Rodovia PE-60, km 10, Suape, Ipojuca- PE, pelo autuado, às folhas 54/ 266, deste PAF.

Todavia, verifico que assiste razão ao protesto do autuado quanto aos valores exigidos no mês de julho de 2004 e agosto de 2004 (fls. 29/30), tendo em vista que as notas fiscais de nºs 307.664, 309.336 e 309.337 (fls. 301 a 303), se referem às devoluções de combustíveis adquiridos na unidade da Petróleo Brasileiro S.A, localizada no Município de São Francisco do Conde, Bahia, originalmente adquiridos através das notas fiscais de nºs. 025.282, 025.729 e 025.804 (fls. 304/306). O transporte das referidas mercadorias foi realizado, a granel, através de navegação de cabotagem, nos termos do Convênio ICMS 29/99.

Nessa esteira, entendo que o recolhimento do imposto devido por substituição tributária na sua origem, pertence ao Estado de Pernambuco, e não há que se falar, neste caso, de obrigação do autuado em encaminhar qualquer documento para a Petróleo Brasileiro S.A localizada no Estado de Pernambuco, objetivando repasse de imposto para o Estado da Bahia, fato reconhecido pelos autuantes em sua informação fiscal.

Ante o exposto, julgo **PROCEDENTE EM PARTE** o presente Auto de Infração, conforme quadro abaixo, devendo ser homologado os valores recolhidos:

DATA DA OCORRÊNCIA	DATA VENCTO.	IMPOSTO DEVIDO
31/01/2003	09/02/2003	13.344,36
28/02/2003	09/03/2003	1.398,87
30/04/2003	09/05/2003	7.582,22
31/05/2003	09/06/2003	537,17
30/06/2003	09/07/2003	3.259,32
31/07/2003	09/08/2003	2.186,83
31/08/2003	09/09/2003	352,98
30/04/2004	09/05/2003	199,90
30/06/2004	09/07/2003	239,02
TOTAL	-	29.100,67

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206985.0100/07-9, lavrado contra **TOTAL DISTRIBUIDORA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$29.100,97, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, alínea “e”, da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de maio de 2008.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA - RELATOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA