

A.I. Nº - 210943.0034/10-6
AUTUADO - PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. - PETROBRÁS
AUTUANTE - CARLOS LÁZARO DE ANDRADE
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO
INTERNET - 20.06.2011

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0171-04/11

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS COM MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO E DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Nas operações interestaduais com mercadorias sujeitas à substituição tributária (óleo lubrificante) entre Estados signatários de convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto, é atribuída ao remetente a responsabilidade pela retenção e recolhimento do tributo em favor da Unidade Federada destinatária. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão Unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado na fiscalização de trânsito de mercadorias em 20/08/2010, conforme Termo de Apreensão e Ocorrências nº 210943.0080/10-8, às fls. 04 e 05 dos autos, e exige ICMS no valor de R\$8.526,37, acrescido da multa de 60%, em virtude de o autuado ter deixado de proceder à retenção do ICMS, e ao conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia. Consta, na descrição dos fatos, que o sujeito passivo por substituição tributária não reteve, nos termos do Convênio ICMS 110/2007, o imposto relativo à operação subseqüente a ser promovida pelo destinatário do óleo mineral descrito no DANFE da NFe 31372 que, nas saídas interestaduais, não está sujeito à tributação sobre operações próprias.

O sujeito passivo, por intermédio de advogado habilitado, às fls. 18 a 24 impugna o Auto de Infração inicialmente relatando os termos da imputação. Trata da tempestividade e do seu interesse em impugnar e, quanto ao direito, transcreve o art. 155, II, X, “b” da CF/88, para dizer que se tratando de operações interestaduais de remessa de subproduto – ÓLEO EXTENSOR – matéria-prima e não petróleo, gasolina, óleo diesel ou qualquer combustível ou lubrificante líquido ou gasoso, de estabelecimento próprio situado no Ceará, a legislação do estado onde se situa, assim como também exige a legislação da Bahia, o recolhimento do ICMS deve ser efetuado no estado onde está situado o remetente, observada a alíquota interestadual vigente à época da operação mercantil.

Diz que o óleo extensor, matéria-prima das indústrias petroquímicas, não se insere dentre os produtos cuja transferência interestadual é efetuada ao abrigo da imunidade constitucional. Segundo ele, isto se dá por não ser o subproduto em questão confundível com o petróleo, produto do qual é processado, e não atuar como lubrificante ou combustível líquido ou gasoso.

Assim, diz, não poderia deixar de fazer incidir o tributo nas operações interestaduais, sob pena de vir a ser autuado pelo estado onde situa o remetente.

Diz ser equivocado o entendimento do fisco baiano em considerar como lubrificante o óleo extensor destinado à indústria petroquímica. Observa que sendo a transferência de matéria-prima (óleo extensor) para compradores em outros estados, o ICMS é devido no estado remetente, como realiza e conforme decidiu o STF no Rex 196.074-8.

Ademais, aduz que se fossem excluídos os créditos efetuados, como quer o autuante, incorreria em outra proibição constitucional, qual seja a cumulatividade do tributo, pois se recolhesse o ICMS-ST ao estado do estabelecimento remetente e a exigência de novo pagamento no estado destinatário viola-se o princípio da não-cumulatividade, sem que pudesse aproveitar o crédito decorrente de tal recolhimento.

Entende que a matéria-prima óleo extensor, utilizado pelas indústrias petroquímicas é usado não para mover, impulsionar ou lubrificar engenhos, mas sim para a fabricação de borrachas e elastômeros, não se submetendo à norma constitucional da não incidência da alínea “b”, do inciso X do art. 155, da CF/88.

Diz que a EC 03/93 veio a confirmar o entendimento da Petrobrás, pois a expressão “combustíveis líquidos e gasosos, lubrificantes...” do § 3º do art. 155 da CF/88, foi substituída pela expressão “derivados de petróleo” mantidas as expressões da alínea “b” do inciso X do § 2º do art. 155, da CF/88.

Fala que a atual expressão tem amplo alcance, designativa do gênero no § 3º, mantendo, entretanto, na alínea “b” do inc. X, do mesmo artigo, expressão de sentido limitado, restrito, específico – “combustíveis e lubrificantes” -, designativa do gênero derivados de petróleo.

Ressalta que se o Constituinte pretendesse estender a não-incidência a todos os derivados de petróleo, teria, por ocasião da EC 03/93, substituído, também, na alínea “b” do inc. X do § 2º do art. 155 da CF, a expressão “combustíveis líquidos e gasosos, lubrificantes”, por “derivados de petróleo”. Não o tendo feito é porque quer que a imunidade contemple apenas derivados específicos e determinados, que estejam efetivamente classificados como lubrificantes e combustíveis, entre os quais não está o óleo extensor.

Ressalta que a decisão do Constituinte tem fundamentos extrafiscais. Reproduz doutrina de Sacha Calmon e Misabel Machado Derzi. Cita a decisão do STF no RC 193.074-8 que, apesar de referir-se a nafta petroquímica, comporta o mesmo entendimento. Acrescenta que a indicação ao óleo extensor do código 27.10.19.31, da TIPI, ocorreu por ser o mais próximo de sua natureza como derivado de petróleo e não porque seja lubrificante ou combustível como esclarece o laudo técnico, razão pela qual pede o cancelamento do auto de infração, requer que seja julgado improcedente e protesta por prova pericial para que através de laudo técnico se possa provar que o óleo extensor, embora seja um hidrocarboneto derivado da cadeia do petróleo, não se constitui em produto da característica dos combustíveis ou lubrificantes.

O autuante presta informação fiscal às fls. 82 a 85. Resume os termos da defesa e diz que o exemplo da nafta, também derivado de petróleo, trazido à luz pelo impugnante, não guarda relação com a situação em lide, posto que a operação em pauta envolve, de acordo com a NCM utilizada, óleo lubrificante.

Argumenta que o seu uso como matéria-prima industrial não é suficiente para desclassificar a sua natureza, de modo que, embora a função principal (lubrificante) do óleo não seja o objeto perseguido, devem ser observadas as regras do Convênio ICMS 110/2007, cujos dispositivos alcançam outras mercadorias, além de petróleo, combustíveis e lubrificantes. Reproduz a Cláusula primeira do convênio para dizer não fazer sentido afirmar que o código da nomenclatura oficial 2710.19.31 só é utilizado por ser o que mais se aproxima da natureza da mercadoria como produto derivado de petróleo, pois a mercadoria em questão guarda as mesmas características do óleo lubrificante, nos termos da Resolução 16 da Agência reguladora – ANP, da qual reproduz o art. 2º.

Entende que ainda fosse juntado o laudo técnico aludido pelo impugnante, não haveria como mudar a natureza da mercadoria, de forma que é irrelevante discutir o fim a que se destina, posto que o acordo relativo ao produto não define qual deve ser a aplicação da mercadoria, a exemplo do Protocolo 41/08 (peças automotivas), de sorte que o Convênio 110/07, apesar de não se referir ao óleo bruto de petróleo (2709), alcança todos os seus derivados, principalmente os que não estão

sujeitos à tributação nas operações interestaduais, sendo esta a situação do óleo extensor, cuja NCM informa tratar-se de óleo lubrificante sem aditivos.

Mantém a autuação.

VOTO

O Auto de Infração foi lavrado na fiscalização ao trânsito de mercadorias e exige ICMS em virtude de o autuado ter deixado de proceder à retenção do ICMS em favor do Estado da Bahia, e ao conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, relativo às operações subseqüentes, na venda de óleo lubrificante extensor para contribuinte localizado neste Estado.

O produto tem código da Nomenclatura Comum do Mercosul - NCM nº 2710.19.31 (óleo lubrificante sem aditivo), conforme consta no DANFE nº 31372 (fl. 08), emitido pelo contribuinte autuado. Nos termos do Convênio ICMS nº 03/99, o sujeito passivo por substituição tributária, nas operações interestaduais com lubrificantes derivados, ou não, de petróleo, independentemente de sua destinação, está obrigado à retenção do ICMS, e ao conseqüente recolhimento, razão pela qual denego o pedido de perícia técnica uma vez que a classificação fiscal dada pelo próprio contribuinte à mercadoria objeto da autuação à específica como passível de substituição tributária nos termos da legislação em vigor.

A Lei Complementar nº 24/75, entre outras providências, dispõe sobre a celebração de Convênios interestaduais. Com base nesta Lei, e na Lei Complementar nº 87/96, foi celebrado o Convênio ICMS nº 03/99, que dispõe sobre substituição tributária nas operações com combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo.

Na operação em lide, tratando-se de óleo lubrificante sem aditivo, a mercadoria está submetida ao regime da substituição tributária, pelo que o ICMS relativo à operação deveria ter sido retido pelo remetente, e recolhido em favor da Bahia, conforme Cláusula Primeira do mencionado Convênio ICMS nº 03/99:

Convênio ICMS nº 03/99:

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.

Tal determinação é corroborada pela legislação deste Estado, estando previsto que, nas operações interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devido nas operações subseqüentes é atribuída ao remetente dos produtos, nos termos do artigo 373 do RICMS-BA:

RICMS/BA:

Art. 373. Nas operações interestaduais entre Estados signatários de convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto pelo regime de substituição tributária, é atribuída ao remetente a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto em favor da unidade federada destinatária, na condição de sujeito passivo por substituição (Convênio ICMS nº 81/93).

Convênio ICMS nº 81/93:

Cláusula segunda. Nas operações interestaduais realizadas por contribuinte com as mercadorias a que se referem os correspondentes Convênios ou

Protocolos, a ele fica atribuída a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto em favor do Estado destinatário, na qualidade de sujeito passivo por substituição, mesmo que o imposto já tenha sido retido anteriormente.

No mesmo sentido, o inciso III, alínea “a”, do artigo 512-A, c/c o item 2 da alínea “b” do inciso I do mesmo artigo 512-A do RICMS/BA, em consonância com o Convênio ICMS nº 03/99, dispõe que, nas saídas interestaduais de lubrificantes derivados, ou não, de petróleo (NCM 2710.19.3), destinadas ao território da Bahia, o remetente é responsável pelo lançamento e recolhimento do ICMS relativo às operações internas subsequentes, na condição de sujeito passivo por substituição.

Ainda que não ocorra a saída subsequente, como alegado pelo defendente, por imposição normativa o imposto é devido de forma antecipada, no momento, e pelo fato de estar ocorrendo a entrada da mercadoria, encerrando-se, então, a fase de tributação, sendo o remetente – na situação em análise, o autuado - o responsável pela retenção, e conseqüente recolhimento, do ICMS devido na operação.

Há previsão legal específica, como demonstrada, para a exigência do tributo lançado e, quanto à inconstitucionalidade argüida pelo Impugnante, nos termos do artigo 125, incisos I e II, do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB, não cabe, a este Conselho, a declaração de inconstitucionalidade de norma em vigor, ou a sua não aplicação.

Por outro lado, constato que o autuado não trouxe prova de existência de qualquer equívoco no lançamento efetivado pelo autuante, estando devidamente caracterizada a infração.

Verifico que foi aplicada corretamente a multa prevista no artigo 42, inciso II, alínea “e” da Lei 7.014/96, pelo fato de ter ocorrido a falta de retenção de ICMS na operação em foco e que, nos termos do artigo 40, §2º, da mencionada Lei, a responsabilidade por infração relativa ao ICMS independe da intenção do agente, ou beneficiário, pelo que mantenho a aplicação da penalidade.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210943.0034/10-6**, lavrado contra **PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. - PETROBRÁS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento de imposto no valor total de **R\$8.526,37**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de junho de 2011.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

JORGE INÁCIO DE AQUINO – RELATOR

PAULO DANILO REIS LOPES – JULGADOR