

A. I. Nº - 269272.0003/12-2
AUTUADO - DAX OIL REFINO S/A
AUTUANTE - MARCELO MATTEDI E SILVA
ORIGEM - SAT/COPEC
INTERNET - 09/05/2013

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0105-03/13

EMENTA: ICMS. DIFERIMENTO. ÓLEO BRUTO DE PETRÓLEO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO PELO RESPONSÁVEL. O imposto diferido deve ser recolhido pelo contribuinte em cujo estabelecimento ocorrer o termo final do diferimento na condição de substituto tributário. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 17/11/2012, refere-se à exigência de R\$54.520.599,81 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em razão da falta de recolhimento do ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido. Operações com óleo bruto de petróleo (condensado), adquirido do exterior e remetido para outra unidade da Federação, ocorrência que impossibilitou a efetivação de evento futuro previsto como termo final do diferimento, ou seja, a saída dos produtos resultantes de sua industrialização em seu estabelecimento, nos meses de março a setembro de 2012.

O autuado, por meio de advogado com procuração à fl. 975, apresentou impugnação (fls. 949 a 973). Após fazer uma síntese da autuação, cita o art. 142 do Código Tributário Nacional – CTN e afirma que no Auto de Infração é obrigatória a indicação inequívoca e precisa da norma tributária impositiva incidente, por se tratar de ato administrativo vinculado à Lei, e solene, porque deve atender aos predicados listados pelo legislador, como requisitos de validade. Diz que, conforme trata o artigo 39 do Decreto nº 7.629 de 09 de julho de 1999, RPAF, o Auto de Infração, no momento da sua lavratura deve conter a descrição dos fatos considerados infrações de obrigações tributárias principal e acessórias, de forma clara, precisa e sucinta, bem como a indicação do dispositivo ou dispositivos da legislação tributária, relativamente a cada situação. Afirma que no presente caso, sem maior esforço, se constata a falta de enquadramento legal adequado, desde quando para os meses de abril a setembro de 2012 o autuante citou o art. 7º e parágrafos; art. 23, § 1º e art. 32 da Lei 7.014/96, que não se referem, de fato, aos dispositivos legais infringidos. Diz que nos dispositivos legais mencionados, nos quais foram enquadradas as condutas do contribuinte tidas como ilícitas, observa-se que apenas são atinentes ao instituto do diferimento, dispondo sobre o seu encerramento, bem assim, determinada a base de cálculo a ser aplicada para cálculo do tributo devido. Entende que os dispositivos citados não são aplicados ao presente caso onde sequer há entrada da mercadoria no estabelecimento autuado.

No que tange ao mês de março de 2012, em que a legislação aplicada foi o RICMS-BA/97, art. 343, inciso XXXIII, alega que está evidenciada a impertinência do enquadramento legal, na medida em que tais dispositivos dispõem sobre o diferimento do ICMS incidente nas entradas decorrentes de importação do exterior de óleos brutos de petróleo, determinando que a exigência do imposto só deverá ocorrer no momento da entrada dos produtos no estabelecimento do importador no Estado da Bahia.

Salienta que o evento futuro ensejador do encerramento do diferimento seria essa entrada no estabelecimento da DAX OIL, que, de fato, não ocorreu, nem poderia ocorrer no mundo real.

Acrescenta que a infração encontra-se equivocadamente descrita, e formalmente confusa, tendo o autuante aduzido que o encerramento do diferimento seria a saída do estabelecimento da autuada dos produtos resultantes da industrialização com o petróleo bruto importado, e menciona, *contrario sensu*, uma norma do RICMS-BA (o art. 343) que prevê que o encerramento do diferimento se daria no momento em que ocorresse a entrada dos produtos no estabelecimento do contribuinte. Afirma que o Auto de Infração está formalmente obscuro, ambíguo e contraditório, impossibilitando o completo entendimento da autuação. Neste particular, diz que apesar das reiteradas decisões do CONSEF que, ao contrário do posicionamento do Judiciário, retificam, mesmo em procedimentos judicantes, todos os tipos de vícios, defeitos e erros constantes das autuações.

Apresenta comentários sobre a nulidade de lançamentos tributários e salienta que as nulidades no direito tributário assumem conotação mais formalista positivada a partir do art. 142 do CTN. É ato administrativo decorrente de atividade privativa da autoridade fiscal, "vinculada e obrigatória". Todos os seus elementos estão taxativamente elencados em dispositivos de legislações tributária, especialmente o RPAF/BA. Sobre essa questão, cita ensinamentos de Hely Lopes Meirelles, Paulo de Barros Carvalho e diz que o fato de a autuada vir se defender pelo que deduziu do mal concebido AI, não atribui a força que se lhe atribui, mesmo que traga argumentos corretos ou fundamentos bem elaborados. Entende que o Ato não subsiste, ou revitaliza-se com o simples proceder do contribuinte. Diz que os julgadores não têm competência para revitalizar lançamentos, e em que pese ser posição destoante com as reiteradas decisões do CONSEF, cabe a observação de que o requisito de "solenidade" do ato do lançamento tributário, lhe confere um maior rigor formal, e a necessidade de orientar-se pela nulidade, sempre que se tratem de vícios que não se tipifiquem com aqueles decorrentes de *simples cálculos aritméticos*, como tem decretado o STJ. Reproduz trecho de uma decisão judicial e reafirma que o autuante não citou precisamente os dispositivos afrontados, nem tampouco descreveu adequadamente os fatos. Ressalta que a partir de abril de 2012, o RICMS/97 não estava mais vigente, uma vez que foi revogado pelo Decreto 13.780/2012, novo Regulamento do ICMS do Estado da Bahia. Neste caso, entende que os dispositivos imputados ao mês de março não são aplicáveis aos demais períodos (abril a setembro), isto é, os fatos levantados a partir de abril estão subsumidos a outra norma legal. Reafirma que não há segurança na infração imputada, e quanto a esta questão, diz que o RPAF é claro ao prever, em seu art. 18, que é nulo o lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator. Cita julgamentos da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do CONSEF e o posicionamento do Relator Rodrigo Antônio Alves Araújo no Acórdão de nº 192 CRF 1482007, em 10/08/07, em sede de Recurso Hierárquico, que manteve a nulidade do Auto de Infração decretada por um Conselho de Recursos Fiscais

O defendente apresenta o entendimento de que o saneamento de tais vícios no curso do processo implicaria nova autuação, desprestigiando assim, princípios basilares que instruem a PAF, que são a legalidade e a segurança jurídica. Diz que é forçoso destacar que o autuante indica de forma equivocada os dispositivos da legislação tributária, bem como não descreve claramente a suposta infração cometida. Que no caso em tela, a mercadoria importada sequer adentrou no estabelecimento da autuada, não há que se falar em encerramento de diferimento na entrada da mercadoria, nem tampouco saída, ou não há que se falar em cobrança alguma de imposto, afirmando que a impugnante não é a destinatária da mercadoria importada.

Prosseguindo, o defendente comenta sobre os Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa, transcreve a ementa do Acórdão JF Nº 0045/99, da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do CONSEF e acrescenta que nos meses de março a julho de 2012 o autuado procedia à seguinte operação: importava óleo bruto de petróleo adquirido do exterior, em seu nome, como forma de intermediar o envio da mercadoria ao destinatário efetivo, qual seja a Refinaria de Manguinhos. Informa que em agosto de 2012, passou a proceder de forma diversa, realizando novas operações, isto é, remetia o óleo Bruto importado para industrialização na Refinaria de Manguinhos e, após

efetuada a industrialização, vendia os produtos acabados (Nafta Leve e Nafta Pesada) à mesma, recolhendo devidamente o ICMS incidente em tais vendas.

Para melhor elucidação da questão descreve dez operações realizadas pelo estabelecimento autuado e apresenta o entendimento de que nessas operações de remessa para industrialização com as matérias primas enviadas diretamente para a Refinaria de Manguinhos, onde após processo de industrialização os produtos acabados são vendidos diretamente ao estabelecimento industrializador, com o encerramento do diferimento e respectivo lançamento do tributo, não há que se falar em falta de recolhimento de ICMS, afirmando que, conforme as Notas Fiscais de Vendas, os produtos industrializados com o petróleo importado foram devidamente tributados neste Estado, razão pela qual alega que deve ser anulada a presente autuação.

O defendente também alega ilegitimidade do Estado da Bahia para a cobrança do ICMS. Informa que o estabelecimento físico do autuado situa-se na Bahia, atua como intermediadora comercial na operação com óleo bruto de petróleo, realizando a cotação de preços e transacionando, comercialmente, a compra da referida mercadoria com o fornecedor no exterior, a depender da aceitação das condições reportadas ao seu principal e preferencial cliente, adquirente situado no Estado do Rio de Janeiro. O desembarque físico da mercadoria (despacho aduaneiro de importação) se dá em São Paulo (Porto de Santos) e é operacionalizado pela empresa Ageo Terminais e Armazéns Gerais S/A. A mercadoria importada é fisicamente remetida diretamente ao destinatário final, qual seja a Refinaria de Petróleo de Manguinhos S/A, situada no Rio de Janeiro, sem que tenha sequer circulado fisicamente pelo estabelecimento da autuada na Bahia. Devido aos grandes volumes do óleo bruto de petróleo, ainda que a autuada pretendesse, não poderia realizar a circulação física das mercadorias pela Bahia, haja vista a inexistência de tanques de estocagem não só nos Portos do Estado, como também, e principalmente, no estabelecimento da DAX OIL.

O autuado ressalta não possui patrimônio, ou recursos em seu Ativo Circulante, suficientes para bancar as vultosas quantias que são exigidas nestas operações, dependendo sempre da coordenação entre prazos de pagamento e de recebimento, isto é, do fluxo de numerário das consequentes compras e a vendas casadas das mercadorias, bem assim de antecipações financeiras por parte de sua substancial cliente - Refinaria de Petróleo de Manguinhos. Apesar destes fatos circunstanciados, caracterizadores de mera operação de intermediação entre sua cliente e os fornecedores do exterior, a impugnante foi autuada pela falta de recolhimento do tributo supostamente devido à Bahia. Afirma que tal exigência é ilegal e inconstitucional, não tendo o Estado da Bahia legitimidade ativa para cobrar o ICMS. Diz que o referido imposto incidente na importação de bens tem sua competência determinada na Constituição Federal de 1988, com normas gerais estabelecidas Lei Complementar nº 87 de 1996, sendo regulamentado através de Decretos, ressaltando que a incidência tributária na importação de bens tem forte característica extrafiscal. Diz que o caso em tela tem como elemento de propulsão a determinação do Estado realmente detentor de legitimidade ativa para cobrança do aludido imposto, à luz da correta interpretação conjunta dos enunciados constantes dos artigos da Constituição Federal, da Lei Complementar nº 87/96 e do RICMS-BA (Decreto nº 6.284/97 – válido até março de 2012 e Decreto nº 13.780/2012 – válido a partir de abril de 2012). Cita os dispositivos legais necessários à determinação da incidência do ICMS sobre a importação: Art. 155, §2º, IX, alínea "a" da Constituição Federal; art. 11, inciso I, alínea "d" da Lei Complementar 87/96; art. 47, inciso X e 435, inciso I, do RICMS-BA/97. Afirma que a competência territorial, no caso em exame, cuida de estudar qual Estado da Federação tem a competência legal para cobrar esse imposto.

Alega que nos termos, gramaticalmente firmados pelos RICMS-BA e LC, não há que se olvidar que o "estabelecimento onde ocorrer a entrada física" só poderá ser o da Refinaria de Petróleo de Manguinhos, no Rio de Janeiro. Diz que o presente Auto de Infração viola a própria normatização legal da Bahia. Salienta que a LC nº 87/96 determinou que "estabelecimento destinatário das mercadorias" é o "estabelecimento onde ocorrer a entrada física". O termo "entrada física" só pode ter um sentido jurídico e natural, que é o ingresso corpóreo da

mercadoria, afastando, inexoravelmente, qualquer outro ingresso que não seja físico, e que está demonstrada a limitação constitucional e infraconstitucional da SEFAZ, no que diz respeito à competência tributária do Estado da Bahia, que, ao exigir o ICMS através do AI em cotejo, passa a violar a Constituição Federal, a Lei Complementar e os próprios RICMS-BA, na medida em que tenta cobrar o referido imposto, em operações em que a mercadoria, além de não adentrar fisicamente no estabelecimento da autuada, sequer ingressou no território do Estado da Bahia. Diz que no presente caso, houve uma operação triangular, em que a mercadoria importada (petróleo bruto) não transita pelo estabelecimento da autuada, isto é, nem entra, e nem sai, fisicamente, da DAX OIL, na Bahia, não há que se falar em competência tributária ou legitimidade ativa deste Estado para exigir o tributo, pois se trata de transação onde a impugnante, embora conste como adquirente, figura como mera intermediária, sendo que o produto importado é entregue diretamente ao comprador no Rio de Janeiro.

Entende que, diante de uma interpretação literal, sistemática e teleológica, dos dispositivos citados, há que se concluir que o tributo é devido, nestes casos, à pessoa política onde estiver localizado o destinatário do bem. Por isso, afirma que não há que ser confundido com o Estado cuja mercadoria apenas é desembaraçada, nem ao seu adquirente apenas formal, mas reporta-se àquele cuja mercadoria é efetivamente destinada, sendo necessário, que haja ingresso físico dessa mercadoria neste estabelecimento, nos termos da literalidade da Lei Complementar nº 87/96 e do RICMS-BA.

Quanto ao destino físico da mercadoria, cita ensinamentos de Ives Gandra da Silva Martins e Hugo de Brito Machado, e diz que, aplicando-se os dispositivos do RICMS-BA e da LC 87/96, em consonância com os princípios e normas enunciadas no artigo 155 da CF, tem-se que a expressão “estabelecimento destinatário da mercadoria” deve ser interpretada como estabelecimento do destinatário da mercadoria onde ocorrer a entrada física, ainda que o desembaraço se dê em outro Estado-membro.

Para melhor elucidar a situação, alega que se deve atentar para o fato de que a DAX OIL apenas realiza a cotação de preços, analisa a qualidade do produto e intermedia comercialmente essa operação, promovendo a importação em seu nome, administrando o despacho aduaneiro da mercadoria e providenciando a remessa para a real adquirente e destinatária, tudo isso em razão de contrato previamente firmado. Que é a Refinaria de Petróleo de Manguinhos quem aprova o pacto decorrente da compra internacional e que dispõe de capacidade econômica para o pagamento, pela via cambial da importação, apesar de a mesma ser realizada em nome da empresa importadora - DAX OIL.

No que se refere ao recolhimento do ICMS, afirma que o Estado competente para cobrar o ICMS incidente nessa importação é aquele onde se localiza o adquirente que receberá fisicamente a mercadoria importada - Rio de Janeiro, e que na referida operação de importação, a DAX OIL é mera operadora em permissão entre o seu, praticamente único cliente e o fornecedor no exterior, não havendo ingresso físico das mercadorias em seu estabelecimento, uma vez que o produto importado não lhe é, de fato, destinado, nem teria condições de estocagem.

Ressalta a existência de contrato previamente firmado, onde a Refinaria de Petróleo de Manguinhos contrata a DAX OIL para importar óleo bruto de petróleo, se comprometendo a adquirir a referida mercadoria e garantir o pagamento, tendo ainda o dever de informar mensalmente a quantidade exata que pretende adquirir, conforme cláusula 4.2 do referido contrato. Reafirma o entendimento de que o ICMS incidente sobre a operação de importação apenas haveria de ser devido ao Estado da Bahia, se o estabelecimento em que efetivamente se desse a entrada física do bem importado estivesse situado nesta unidade federativa, situação que não corresponde ao caso em tela.

O defendente conclui que, “Positivar sua cobrança, como quer a SEFAZ, é violar competências tributárias insculpidas na CF, na LC e RICMS, irrompendo uma "guerra fiscal" com o RJ, e destruindo, como consequência, um dos traços essenciais do ICMS - a não cumulatividade -

principal técnica ou critério tributário que, inexoravelmente, estabelece sua estrutura substancial, cuja influência, juntamente com as alíquotas diferenciadas, promove a conformação da própria distribuição de receitas entre os entes federados, e se constitui em lícito direito dos contribuintes”.

Em relação à multa exigida no presente Auto de Infração, o defendente alega que estão sendo aplicadas multas em valores nitidamente confiscatórios, em afronta direta às garantias constitucionais do cidadão contribuinte, numa típica violação aos direitos mais básicos assegurados pela Constituição Federal. Diz que é absolutamente explícito e inequívoco o exagero na multa aplicada, que foram utilizados índices absurdamente elevados e fora da realidade e normalidade prevista pela sistemática legal vigente em nosso país, e que a referida multa assume o caráter confiscatório, a não ser que se considere absolutamente normal, multas que ultrapassem os parâmetros de uma economia cuja variação monetária anual não ultrapassa a casa de um único dígito.

O defendente alega que atualmente, já é reconhecida a ilegitimidade de multas absurdamente elevadas e as decisões do Poder Judiciário as tem reduzido, corrigindo esta distorção confiscatória imputada pela Administração. Neste sentido, cita decisão do Supremo Tribunal Federal e relembra as lições do Prof. Rui Barbosa Nogueira. Diz que o próprio RPAF-BA delega competência dos órgãos julgadores para reduzir ou cancelar multa por descumprimento de obrigação principal ou acessória, e por um dever de justiça requer sejam aplicados os arts. 158/159 do RPAF/BA, pedindo que seja reduzida a multa aplicada.

Por fim, o autuado reitera o pedido de nulidade do presente auto de infração, e caso esta Junta de Julgamento Fiscal entenda necessário, requer a realização de diligência por fiscal estranho ao feito para comprovar as alegações defensivas, e a apresentação de todos os meios de prova inclusive testemunhal, em Direito admitidas, além de juntada de documentos *a posteriori*.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 1027 a 1030 dos autos. Rebate as alegações defensivas argumentando que é incompreensível a alegação do autuado de desrespeito ao princípio do contraditório e da ampla defesa, sob alegação de que o Auto de Infração está “formalmente obscuro, ambíguo e contraditório, impossibilitando o completo entendimento da autuação” e da falta de enquadramento legal adequado da infração. Informa que no enquadramento constante do Auto de Infração, além da descrição detalhada da infração, estão citados os dispositivos do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia vigente até março de 2012, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, além da Lei nº 7.014/96, em especial o seu art. 7º, cujo inciso III, do § 1º, que prevê a obrigatoriedade de recolhimento do ICMS quando ocorrer qualquer saída ou evento que impossibilite a efetivação do evento futuro previsto como termo final do diferimento.

Quanto ao requerimento de diligência a ser realizada por fiscal estranho ao feito, o autuante entende ser descabido, afirmando que a matéria está bem apresentada nos demonstrativos que acompanham o Auto de Infração. Esclarece que no período de março a agosto de 2012, o autuado efetuou importações de óleo bruto de petróleo, através do Porto de Santos, situado no Estado de São Paulo, e para não efetuar o pagamento do imposto de importação no desembarque aduaneiro, apresentou Guia de Liberação de Mercadoria Estrangeira - GLME, indicando que iria industrializar o produto adquirido em seu estabelecimento, tendo, portanto, direito ao diferimento do imposto para o momento da saída dos produtos resultantes. Mas não foi isso que o autuado fez, após um período de armazenagem, remeteu a mercadoria para a Refinaria de Manguinhos, situada no Estado do Rio de Janeiro.

O autuante também informa que em agosto de 2012, após ser intimado para apresentar documentos, o autuado resolveu alterar o procedimento que vinha adotando e passou a remeter o produto importado para armazenagem e industrialização por encomenda na Refinaria de Manguinhos, situada no Estado do Rio de Janeiro. Ressalta que ambos os procedimentos adotados pelo autuado impossibilitaram a ocorrência do termo final do diferimento, qual seja, a saída dos produtos resultantes da industrialização em seu estabelecimento, e em razão disso o

autuado deveria ter recolhido o imposto diferido. Entende que a industrialização não poderia ser suprida pela industrialização efetuada por encomenda em outro estabelecimento de outra empresa situado em outra unidade federada. Diz que não pode prosperar a alegação de ilegitimidade do Estado da Bahia porque o produto não transitou pelo seu estabelecimento. A partir do momento em que o autuado emitiu a GLME, declarando que era a proprietária do produto, o imposto passou a ser devido ao Estado da Bahia. Se o imposto tivesse sido pago ao Estado do Rio de Janeiro, o defendente teria apresentado os comprovantes de recolhimento, o que não o fez.

Salienta, ainda, que a autuação se refere à falta de recolhimento do imposto diferido, em função de o autuado ter realizado uma operação que impediu a ocorrência do seu termo final, e não se está falando da operação de importação, cujo recolhimento é efetuado pelo código 0903 – ICMS IMPORTAÇÃO – CONTRIBUINTE INSCRITO, mas de ICMS que deveria ter sido recolhido com o código 1959 – ICMS REGIME DE DIFERIMENTO. O autuado utilizou o CFOP de remessa para depósito fechado ou armazém geral, embora a Refinaria de Manguinhos não tenha autorização para operar como tal. Afirma que o defendente se contradisse em sua defesa, em alguns momentos, para tentar embasar uma suposta ilegitimidade, quando afirmou que atuou apenas como intermediário das aquisições de óleo bruto de petróleo da Refinaria de Manguinhos. Também tentou sustentar a tese da industrialização por encomenda, sem lastro legal, quando afirmou que adquiriu o produto e o remeteu para industrialização por encomenda na Refinaria de Manguinhos. Mas o seu objetivo foi um só, deixar de pagar o imposto devido. Pede a procedência do presente Auto de Infração.

VOTO

O autuado suscitou a nulidade do presente Auto de Infração, alegando que no momento da sua lavratura deveria conter a descrição dos fatos considerados infrações de obrigações tributárias principal e acessórias, de forma clara, precisa e sucinta, bem como a indicação do dispositivo ou dispositivos da legislação tributária, relativamente a cada situação.

Embora o autuado tenha alegado falta de precisão na descrição dos fatos constante no Auto de Infração, há o entendimento claro do que se trata a acusação fiscal e o defendente apresentou alegações se referindo aos mencionados fatos, demonstrando o seu entendimento.

O autuado alegou que se constata a falta de enquadramento legal adequado, desde quando para os meses de abril a setembro de 2012 o autuante citou o art. 7º e parágrafos; art. 23, § 1º e art. 32 da Lei 7.014/96, que não se referem, de fato, aos dispositivos legais infringidos. Que o autuante não citou precisamente os dispositivos afrontados, nem tampouco descreveu adequadamente os fatos. Conclui que não há segurança na infração imputada.

Entendo que os dispositivos da Lei 7.014/96, citados, guardam alguma relação com o imposto apurado pelo autuante, conforme análise efetuada em relação ao mérito da autuação. Quanto ao Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, observo que até março de 2012 esteve em vigor o Regulamento aprovado pelo Decreto 6.284/97. A partir de abril de 2012 entrou em vigor o RICMS/2012, Decreto nº 13.780, de 16/03/2012, publicado no Diário Oficial do Estado de 17 e 18/03/2012. Nos dois Regulamentos está previsto o diferimento do ICMS de que trata o Auto de Infração.

Vale salientar, que não implica nulidade da autuação provável equívoco na indicação de dispositivo da legislação tributária, tendo em vista que, pela descrição dos fatos, ficou evidente o enquadramento legal, de acordo com o art. 19 do RPAF/99. A descrição dos fatos e dispositivos regulamentares constantes no Auto de Infração indicam que a autuação fiscal trata de ICMS relativo ao diferimento, apesar serem indicados apenas artigos do RICMS/BA/97.

Sobre a alegação defensiva de falta fundamentação ao Auto de Infração, observo que a fundamentação diz respeito ao direito e aos fatos. Quanto ao direito, foram indicados no Auto de Infração os dispositivos do RICMS/BA, e isto significa que o referido Regulamento prevê a obrigação

tributária, salientando-se que, como já dito anteriormente, nos termos do art. 19 do RPAF/BA, a indicação equivocada de dispositivo regulamentar não implica nulidade da autuação, desde que os fatos estejam claros. Esses fatos foram descritos de forma compreensível, foram elaborados demonstrativos, constando nos autos recibo assinado por representante do autuado, comprovando que foram fornecidas as cópias dos mencionados demonstrativos.

O defendente também alegou ilegitimidade do Estado da Bahia para a cobrança do ICMS. Informa que o estabelecimento físico do autuado situa-se na Bahia, atua como intermediadora comercial na operação com óleo bruto de petróleo. Informa que o desembarque físico da mercadoria (despacho aduaneiro de importação) se dá em São Paulo (Porto de Santos) e é operacionalizado pela empresa Ageo Terminais e Armazéns Gerais S/A. A mercadoria importada é fisicamente remetida diretamente ao destinatário final, qual seja a Refinaria de Petróleo de Manguinhos S/A, situada no Rio de Janeiro, sem que tenha sequer circulado fisicamente pelo estabelecimento da autuada na Bahia.

Embora seja uma questão também relacionada ao mérito da autuação, entendo que não ficou caracterizada ilegitimidade alegada, haja vista que se trata de ICMS diferido, cujo recolhimento não foi efetuado. Conforme esclarecimento do autuante, o defendente emitiu Guia de Liberação de Mercadoria Estrangeira - GLME, indicando que iria industrializar o produto adquirido em seu estabelecimento, tendo direito ao diferimento do imposto para o momento da saída dos produtos resultantes. Entretanto, após um período de armazenagem, remeteu a mercadoria para a Refinaria de Manguinhos, situada no Estado do Rio de Janeiro.

Portanto, em relação ao argumento defensivo de falta clareza na autuação, constatei que o autuado entendeu perfeitamente, se defendeu e apresentou impugnação ao lançamento, tratando dos fatos que ensejaram a exigência fiscal, citando fatos e legislação pertinentes, se referindo ao levantamento fiscal.

Rejeito a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente à irregularidade apurada; não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos.

Quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de diligência, fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso I, do RPAF/99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para análise do mérito da autuação e conclusões acerca da lide. Ademais, o defendente não comprovou a necessidade de realização de diligência e, diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados aos autos, cujas cópias foram fornecidas ao autuado, mediante recibo, não foi apresentada pelo defendente qualquer prova que suscitasse dúvida quanto à correção dos demonstrativos elaborados pelo autuante, por isso, indefiro o pedido de diligência fiscal formulado pelo autuado em sua impugnação.

No mérito, o presente Auto de Infração trata da falta de recolhimento do ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido, relativamente às operações com óleo bruto de petróleo (condensado), adquirido do exterior e remetido para outra unidade da Federação, ocorrência que impossibilitou a efetivação de evento futuro previsto como termo final do diferimento, ou seja, a saída dos produtos resultantes de sua industrialização em seu estabelecimento, nos meses de março a setembro de 2012.

A substituição tributária por diferimento aplica-se nas situações em que a responsabilidade pelo pagamento do imposto incidente sobre determinada operação ou prestação efetuada é transferida para o adquirente, destinatário, mercadoria ou ao usuário do serviço, na condição de sujeito passivo por substituição, vinculado à etapa posterior, ficando adiados o lançamento e o pagamento do tributo para o momento em que vier a ocorrer determinada operação, prestação ou evento previsto na legislação.

Conforme estabelece o art. 343, inciso XXXIII do RICMS/97, vigente até março de 2012, “é diferido o lançamento do ICMS incidente nas entradas decorrentes de importação do exterior de óleos brutos de petróleo – NCM 2709.00.10, para o momento em que ocorrer a entrada dos produtos no estabelecimento do importador neste estado”

A partir de abril de 2012, entrou em vigor o novo RICMS/BA, pelo Decreto nº 13.780, de 16/03/2012, estando previsto no art. 286, inciso XVIII, do mesmo modo que o Regulamento anterior, que “é diferido o lançamento do ICMS nas entradas decorrentes de importação do exterior de óleos brutos de petróleo - NCM 2709.00.10. Portanto, em ambos os Regulamentos do ICMS/BA é previsto o diferimento em relação à mercadoria objeto do Auto de Infração.

Considerando que a autuação foi efetuada sobre operação de importação, o cerne da questão é se determinar por meio dos documentos que instruem o presente PAF, se em função de o destino físico ter sido um estabelecimento situado no Estado do Rio de Janeiro, não seria procedente a exigência fiscal.

Sobre esta questão, o autuante esclareceu que o autuado apresentou Guia de Liberação de Mercadoria Estrangeira - GLME, a exemplo da fl. 307 dos autos, sem comprovação do recolhimento do ICMS, sob o fundamento de que o referido imposto estava sujeito à regra do diferimento, conforme certificado de habilitação, o que indicava que o autuado iria industrializar o produto adquirido em seu estabelecimento, tendo, portanto, direito ao diferimento do imposto para o momento da saída dos produtos resultantes da industrialização. Entretanto, não deu o tratamento previsto na GLME e remeteu a mercadoria para a Refinaria de Manguinhos, situada no Estado do Rio de Janeiro.

Neste caso, concordo com a informação do autuante, de que ocorreu um evento proporcionado pelo contribuinte, impossibilitando a ocorrência do fato determinante do pagamento do tributo. Ou seja, tal situação está conforme estabelecido no art. 7º, § 1º, inciso III da Lei 7.014/96:

Art. 7º Dar-se-á o diferimento quando o lançamento e o pagamento do imposto incidente sobre determinada operação ou prestação forem adiados para uma etapa posterior, atribuindo-se a responsabilidade pelo pagamento do imposto diferido ao adquirente ou destinatário da mercadoria, ou ao usuário do serviço, na condição de sujeito passivo por substituição vinculado a etapa posterior.

§ 1º Na hipótese de responsabilidade tributária em relação às operações ou prestações antecedentes, salvo disposição em contrário, o imposto devido pelas referidas operações ou prestações será pago pelo responsável, quando:

...

III - ocorrer qualquer saída ou evento que impossibilite a ocorrência do fato determinante do pagamento do imposto.

Se a legislação estabelece que fica diferido o pagamento do ICMS nos recebimentos determinado bem do exterior, e o contribuinte tem a obrigação de comprovar o preenchimento das condições para fruição do benefício (como ocorreu no caso em exame) e, constatando-se nos autos que não foi comprovado o cumprimento da condição estabelecida, é devido o imposto na forma apurada pelo autuante.

Por outro lado, conforme estabelece o § 1º do art. 23 da referida Lei 7.014/96, o pagamento do imposto cujo lançamento tenha sido diferido atenderá ao disposto no § 1º do art. 7º desta mesma lei, o que nos remete à situação apurada pelo autuante para efetuar o presente lançamento. Nestas circunstâncias, concluo que o caso em questão enquadra-se no disposto no art. 7º, § 1º, inciso III da Lei 7.014/96, o que justifica a exigência fiscal. Por isso, considero subsistente a autuação.

Em relação à multa exigida no presente Auto de Infração, o defendente alegou que estão sendo aplicadas multas em valores nitidamente confiscatórios. A aplicação da multa é consequência da

falta de recolhimento espontâneo do imposto, o que resultou na lavratura do presente Auto de Infração, tendo sido indicado corretamente o percentual de 60%, conforme estabelece o art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei 7.014/96, e não se inclui na competência deste órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I, do RPAF/99.

Vale ressaltar, que esta Junta de Julgamento Fiscal não tem a competência para apreciação de pedido de dispensa ou redução da multa por infração de obrigação principal, haja vista que esta competência é da Câmara Superior deste CONSEF, consoante o art. 159, do RPAF/99.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 269272.0003/12-2, lavrado contra **DAX OIL REFINO S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$54.520.599,81**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de abril de 2013

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR