

A. I. N° - 206983.0000/12-5
AUTUADO - DAX OIL REFINO S/A
AUTUANTES - GILSON LIMA SANTANA, JOSÉ ELMANO TAVARES LINS e JOSÉ ANTÔNIO SOARES SEIXAS
ORIGEM - SAT/COPEC
INTERNET - 03/10/2013

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0234-03/13

EMENTA: ICMS. DIFERIMENTO. ÓLEO BRUTO DE PETRÓLEO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO PELO RESPONSÁVEL. O ICMS diferido deve ser recolhido pelo contribuinte em cujo estabelecimento ocorrer o termo final do diferimento. O imposto devido será recolhido pelo responsável quando ocorrer qualquer saída ou evento que impossibilite a ocorrência do fato determinante do pagamento do imposto. 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 25/06/2013, refere-se à exigência de R\$11.281.498,65 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em razão da falta de recolhimento do imposto substituído por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do ICMS diferido, nos meses de outubro e novembro de 2012.

Consta, na descrição dos fatos, que o estabelecimento autuado é incentivado pelo Programa Desenvolve, adquire do exterior óleo bruto de petróleo e remete o produto para outra unidade federada, o que impossibilitou a efetivação do evento futuro previsto como termo final do diferimento, ou seja, a saída dos produtos resultantes de sua industrialização em seu estabelecimento.

O autuado, por meio de advogado com procuração à fl. 130, apresentou impugnação às fls. 106 a 128 do PAF. Após fazer uma síntese da autuação, alega que no lançamento deve ser identificada a ocorrência do fato gerador, determinada a matéria tributável, calculando o montante devido, identificando o sujeito passivo, aplicando a penalidade cabível. Deve conter, obrigatoriamente todos estes elementos, fazendo-se necessário a indicação inequívoca e precisa da norma tributária impositiva incidente. Neste sentido, cita o art. 39 do RPAF/BA e diz que o legislador infraconstitucional, ao determinar exatamente os requisitos indispensáveis ao lançamento, insculpidos nos incisos do art. 39 do RPAF, não deixou qualquer margem de discricionariedade aos agentes públicos para realizarem a lavratura do Auto de Infração.

O defendente alega que o presente Auto de Infração está formalmente obscuro, ambíguo e contraditório, impossibilitando o completo entendimento da autuação. Diz que apesar das reiteradas decisões do CONSEF que, “ao contrário do posicionamento do Judiciário, continuam retificando todos os tipos de vícios perpetrados pelo agente fiscal”. Comenta sobre a nulidade de lançamentos tributários, salientando que as nulidades no direito tributário assumiu conotação mais formalista positivada a partir do art. 142 do CTN. Salienta que se trata de ato administrativo decorrente de atividade privativa da autoridade fiscal, “vinculada e obrigatória”. Que 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. Afirma que diante das formalidades intrínsecas do ato administrativo do lançamento tributário, os vícios o inquinam à nulidade sempre que faltarem, ou estiverem em

conflito, os elementos que constituem o objeto de sua finalidade, tal como o enquadramento legal.

Entende que tanto o contribuinte com 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 tratarem de vícios que não se tipifiquem com aqueles decorrentes de simples cálculos aritméticos. Reproduz trecho de Acórdão no REsp 1247811/RS, e reafirma que os autuantes não citaram precisamente os dispositivos afrontados, nem tampouco descreveram adequadamente os fatos. Diz que não há segurança na infração imputada, e que em relação a esta questão, 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 uma decisão da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do CONSEF e apresenta o posicionamento constante no acórdão de nº 192, CRF 1482007, do Conselho de Recursos Fiscais.

O autuado afirma que no caso de erro quanto à expressa determinação legal e descrição dos fatos, enseja o surgimento de vício quanto à sua forma e quanto ao seu conteúdo, e o saneamento de tais vícios no curso do processo, implicaria nova autuação. Que não sendo assim, caracteriza o desprestígio aos princípios basilares que instruem o PAF, que são o da legalidade e da 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.

O defendente afirma que no caso em tela, a mercadoria importada sequer adentrou no estabelecimento autuado, e não há que se falar em encerramento de diferimento na entrada da mercadoria, nem tampouco saída, e não há que se falar em cobrança alguma de imposto, afirmando que o impugnante não é o destinatário da mercadoria importada. O defendente comenta sobre os Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa; transcreve a ementa do Acórdão JFJ Nº 0045/99, da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do CONSEF e acrescenta que praticava a seguinte operação: “importava o óleo bruto de petróleo pelo Porto de Santos, remetia o produto 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, porque os produtos industrializados com o petróleo importado foram devidamente tributados neste Estado, por isso, entende que deve ser anulada a presente autuação fiscal. Requer a nulidade deste Auto de Infração, afirmando que o estado da Bahia beneficiou-se por todo o ICMS devido sobre tais operações, que sequer ingressaram no estabelecimento autuado.

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; adquire óleo bruto de petróleo, realizando a cotação de preços e transacionando comercialmente a compra da referida mercadoria junto ao fornecedor no exterior. O desembarque físico da mercadoria 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 do autuado na Bahia. Devido aos grandes volumes do óleo bruto de petróleo, o autuado diz que, mesmo que pretendesse, não poderia realizar a

circulação física das mercadorias pela Bahia, pela inexistência de tanques de estocagem não só nos portos deste Estado, como também, e principalmente, no estabelecimento da DAX OIL.

Alega, também, 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; 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.

Diz que o sentido e o alcance da expressão “estabelecimento destinatário das mercadorias” foram literalmente determinados pela LC nº 87/96, e o RICMS/BA está em perfeita sintonia terminológica e finalística, qual seja, “estabelecimento onde ocorrer a entrada física”. Que 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, salientando 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.

Assegura que houve uma operação triangular, em que a mercadoria importada (petróleo bruto) não transitou pelo estabelecimento da autuada, isto é, nem entrou, e nem saiu, fisicamente, da DAX OIL na Bahia, e por isso, não há que se falar em competência tributária ou legitimidade ativa deste Estado para exigir o tributo, por se tratar de transação onde o autuado, embora conste como adquirente, figura como mero intermediário, sendo que o produto importado é entregue diretamente ao comprador no Rio de Janeiro.

Entende que o tributo é devido à pessoa política onde estiver localizado o destinatário do bem, e neste caso, não há que ser confundido com o Estado cuja mercadoria apenas é desembaraçada, mas se reporta àquele cuja mercadoria é efetivamente destinada. Afirma que não há que se falar em competência do Estado em que a mercadoria sequer transita, como no presente caso, em que não há o ingresso físico do produto importado no estabelecimento do autuado. Assegura que ao vender o produto resultante da industrialização com o óleo bruto de petróleo já recolheu o ICMS incidente na comercialização, isto é, ao cobrar novamente sobre a importação, sem observar se o contribuinte já recolheu na saída, estar-se-ia incorrendo em dupla incidência sobre a mesma base. Conclui que insistir na cobrança do imposto é violar competências tributárias insculpidas na CF, na LC e no RICMS/BA, irrompendo uma “guerra fiscal” com o RJ, e destruindo, como consequência, um dos traços essenciais do ICMS - a não cumulatividade.

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. Destaca que é absolutamente explícito e inequívoco o exagero na multa aplicada, porque nela foram utilizados índices absurdamente elevados e fora da realidade e normalidade prevista pela sistemática legal vigente. Diz que tais multas adquirem o caráter confiscatório; e que atualmente já é reconhecida a ilegitimidade de multas elevadas, e as decisões do Judiciário as tem reduzido, corrigindo esta distorção. Entende que é facultado ao julgador, diante do fato concreto, o poder de reduzir a multa excessiva aplicada pelo Fisco.

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 aos 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*.

Os autuantes prestaram informação fiscal às fls. 143 a 146 dos autos. Após uma síntese das alegações defensivas, dizem que é incompreensível a alegação do autuado de desrespeito ao princípio do contraditório e da ampla defesa, sob o argumento 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. Afirmam que está correto o enquadramento constante do Auto de Infração, além da descrição detalhada da infração, e foram citados os dispositivos da Lei nº 7.014/96, em especial o seu art. 7º, cujo inciso III, do § 1º, que prevê a obrigatoriedade de recolhimento do imposto quando ocorrer qualquer saída ou evento que impossibilite a efetivação do evento futuro previsto como termo final do diferimento. Reproduzem o mencionado dispositivo legal e informam 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. Para não efetuar o pagamento do imposto de importação no desembarço aduaneiro, apresentou Guia de Liberação de Mercadoria Estrangeira - GLME, em anexo, 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 para a Refinaria de Manguinhos, situada no Estado do Rio de Janeiro, resultando no AI Nº 269272.0003/12-2.

Informam que a partir de 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. Ressaltam 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. Afirmam que a industrialização não poderia ser efetuada por encomenda em outro estabelecimento de outra empresa situado em outra unidade federada.

Dizem que também 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 o proprietário 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 autuado teria apresentado os comprovantes de recolhimento, e não o fez.

Ressaltam ainda, que a autuação se pauta pela falta de recolhimento do imposto diferido, em função de o autuado ter realizado uma operação que impediu a ocorrência do seu termo final, não mais 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. Diz que 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.

Salientam que o defendente se contradisse totalmente em sua defesa, em alguns momentos, para tentar embasar uma suposta ilegitimidade, ao afirmar que atuou apenas como intermediário das aquisições de óleo bruto de petróleo da Refinaria de Manguinhos. Para tentar sustentar a tese da

industrialização por encomenda, dizem que o autuado, sem lastro legal, 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. Ressaltam que se o autuado está habilitado aos benefícios do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica da Bahia – Desenvolve, conforme Resolução 142/2003, que tem como um dos objetivos a integração e a verticalização das cadeias produtivas essenciais ao desenvolvimento econômico e social e à geração de emprego e renda no Estado, e não poderia realizar tal operação, pois, neste caso o emprego que está sendo gerado é no estado que está industrializando o produto. Sugerem que este caso seja levado ao Conselho Deliberativo do Desenvolve para análise.

VOTO

O autuado suscitou a nulidade do presente Auto de Infração, alegando que na 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.

No Auto de Infração contém um campo destinado à imputação, à infração, à descrição do cometimento, o enunciado principal, determinando fulcro da autuação. Ainda contém um campo denominado “descrição dos fatos”, que se destina à especificação das circunstâncias que envolvem os fatos apurados, ou seja, neste campo são informados os dados acessórios ou prestadas as informações complementares que não deve apresentar divergência com aquele que constitui o enunciado principal constante no campo “infração”.

No caso em exame, a acusação fiscal constante no campo destinado à imputação diz respeito à falta de recolhimento do ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido.

Na descrição dos fatos, consta a informação de que o estabelecimento autuado é incentivado pelo Programa Desenvolve, adquire do exterior óleo bruto de petróleo e remete para outra unidade federada, o que impossibilitou a efetivação do evento futuro previsto como termo final do diferimento, ou seja, a saída dos produtos resultantes de sua industrialização em seu estabelecimento.

Embora o autuado tenha alegado falta de precisão na descrição dos fatos constante no Auto de Infração, apresentou 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 também apresentou questionamentos em relação ao enquadramento legal adequado, porque os autuantes indicaram o art. 7º e parágrafos; art. 23, § 1º e art. 32 da Lei 7.014/96, e apresentou o entendimento de que os autuantes não citaram precisamente os dispositivos afrontados, nem tampouco descreveram adequadamente os fatos. Conclui que não há segurança na infração imputada.

Entendo que os dispositivos da Lei 7.014/96, citados, guardam 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, caso houvesse indicação equivocada de dispositivo regulamentar não implicaria nulidade da autuação, porque a descrição dos fatos foi efetuada de forma compreensível e foram elaborados demonstrativos às fls. 06/35 do PAF.

O defendente também alegou ilegitimidade do Estado da Bahia para a cobrança do ICMS. Informou que o estabelecimento físico do autuado situa-se na Bahia, atua como intermediador comercial na operação com óleo bruto de petróleo. Também informou que o desembarque físico da mercadoria (despacho aduaneiro de importação) ocorreu em São Paulo (Porto de Santos), foi operacionalizado pela empresa Ageo Terminais e Armazéns Gerais S/A. A mercadoria importada foi 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 dos autuantes, 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. O defendente não comprovou a necessidade de realização de diligência e, diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados aos autos, não foi apresentada pelo defendente qualquer prova que suscitasse dúvida quanto à correção dos demonstrativos elaborados pelos autuantes, 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 outubro e novembro 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.

O autuado alegou que importava o óleo bruto de petróleo pelo porto de Santos, remetia o produto 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. Entretanto, não apresentou qualquer comprovante de recolhimento do imposto que correspondesse aos valores apurados no presente lançamento.

Os autuantes esclareceram que a autuação se pauta pela 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 mais 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.

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, e § 2º, II, que é diferido o lançamento do ICMS 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.

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, os autuantes esclareceram que o autuado apresentou Guia de Liberação de Mercadoria Estrangeira - GLME, a exemplo das fls. 147/166 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 dos autuantes, 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 de 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 pelos autuantes.

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 pelos autuantes 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.

Considero subsistente a autuação, haja vista que ICMS diferido deve ser recolhido pelo contribuinte em cujo estabelecimento ocorrer o termo final do diferimento. O imposto devido será recolhido pelo responsável quando ocorrer qualquer saída ou evento que impossibilite a ocorrência do fato determinante do pagamento do imposto.

O defendente também alegou que após processo de industrialização os produtos acabados são vendidos diretamente ao estabelecimento industrializador, com o encerramento do diferimento e respectivo lançamento do tributo. Que não há que se falar em falta de recolhimento de ICMS, porque os produtos industrializados com o petróleo importado foram devidamente tributados neste Estado. Entretanto, não houve qualquer comprovação do alegado recolhimento.

Neste caso, o impugnante deveria exibir provas de que não cometeu a infração, nos termos do art. 123 do RPAF/99, não cabendo a este órgão julgador buscar provas, cuja obrigação de apresentação é do sujeito passivo, constituindo a alegação defensiva mera negativa do cometimento da infração, conforme art. 143 do mencionado Regulamento.

Em relação à multa exigida neste lançamento, o defendente alegou que estão sendo aplicadas multas em valores nitidamente confiscatórios. Observo que 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 competência para apreciação de pedido de dispensa ou redução da multa por infração de obrigação principal.

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 **206983.0000/12-5**, lavrado contra **DAX OIL REFINO S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$11.281.498,65**, 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, 25 de setembro de 2013

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - JULGADOR