

A. I. Nº - 299904.0001/16-1
AUTUADO - PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. - PETROBRÁS
AUTUANTES - JUDSON CARLOS SANTOS NERI e TÂNIA MARIA SANTOS DOS REIS
ORIGEM - SAT/COPEC
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 28/12/2016

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0217-01/16

EMENTA: ICMS. 1. OLÉO DIESEL. SAÍDAS INTERNAS. MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS CONSIDERADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. FALTA DE RECOLHIMENTO. Autuado comprovou ter efetuado o recolhimento da maior parte do crédito reclamado na infração 1 antes da lavratura do auto de infração. Exigência do imposto também não procedeu em valor remanescente, pois o vencedor do leilão para produção de energia nova é a empresa autuada e não o estabelecimento onde se instalaria a usina termoelétrica em momento posterior ao da realização do leilão. A concessão de inscrição no cadastro vinculada ao estabelecimento em data posterior à da realização do leilão não retira do autuado o direito à fruição do tratamento tributário de isenção do imposto. Infração subsistente parcialmente. **2. RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOR.** O marine gasoil é uma espécie de óleo diesel utilizado em embarcações. A ele se aplica a MVA de óleo diesel na apuração do imposto devido por substituição tributária. Infração subsistente. **3. CRÉDITO FISCAL. USO INDEVIDO.** Autuado comprovou ter efetuado o recolhimento do crédito reclamado na infração 3 antes da lavratura do auto de infração. Infração 3 insubsistente. Indeferido o pedido de diligência. Auto de infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O auto de infração em lide, lavrado em 29/04/2016, formaliza a exigência de ICMS no valor total de R\$ 4.841.115,34, em decorrência das seguintes infrações imputadas ao autuado:

INFRAÇÃO 1 (02.01.03) – deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado saídas internas de óleo diesel como não tributáveis, regulamente escrituradas, ocorrido nos meses de janeiro, fevereiro, março, abril, maio, junho e dezembro de 2014, sendo exigido ICMS no valor histórico de R\$ 807.768,92, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “a” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 2 (07.02.02) – reteve e recolheu a menor o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas de marine gasoil para contribuintes localizados neste Estado, ocorrido nos meses de janeiro, fevereiro, abril, maio, junho, setembro, novembro e dezembro de 2014, sendo exigido ICMS no valor histórico de R\$ 9.139,86, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “e” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 3 (01.02.04) – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS nas transferências interestaduais de óleo diesel, beneficiadas com não incidência do imposto, ocorrido nos meses de novembro e dezembro de 2014, sendo exigido ICMS no valor histórico de R\$ 4.024.206,56, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “a” do inciso VII do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O autuado, através de representante legal, apresentou defesa das fls. 43 a 53, alegando,

inicialmente, a tempestividade da impugnação.

No mérito, o autuado reconheceu a procedência parcial da Infração 1, em razão da qual o Contribuinte realizou o pagamento, no CONCILIA BAHIA (Lei nº 13.449/2015), do valor de R\$ 621.498,67. A origem do valor se encontra demonstrada na planilha das fls. 61 a 63, no qual se encontram relacionadas diversas notas fiscais de transferências interna de óleo diesel da RLAM para a UO-BA e UTE Bahia I, emitidas sem o destaque do ICMS, pois foram enquadradas indevidamente no benefício do diferimento do imposto, enquanto o correto seria a aplicação da redução da base de cálculo do ICMS, conforme legislação específica.

Informa que também foi quitado, via ajuste extra-apuração, o ICMS devido em razão das notas fiscais listadas na planilha à fl. 74 que também tem origem em operações de transferência interna de óleo diesel da RLAM para a UO-BA e UTE Bahia I, emitidas sem o destaque do imposto, quando na verdade se submetiam apenas à redução de base de cálculo. O imposto devido sobre as operações a que se referem as notas fiscais em pauta, que totaliza o valor principal de R\$ 181.140,38, foi incluído em um total de ajuste de R\$ 247.450,06 e lançado como ajuste a débito no livro Registro de Apuração dos meses de maio/2014 (fls. 77 a 79) e junho/2014 (fls. 83 a 85).

De acordo com o autuado, os ajustes efetuados no livro Registro de Apuração dos meses de 05/2014 e 06/2014, respectivamente nos valores de R\$ 710.464,42 e R\$ 717.788,09, contemplam as notas fiscais autuadas pela fiscalização que contém o detalhamento de tais ajustes efetuados no livro Registro de Apuração.

Anexa à fl.80, o comprovante de recolhimento do imposto apurado no livro Registro de Apuração do mês 05/2014, mas ressalva que não houve recolhimento para o mês 06/2014, pois a apuração do imposto apresentou saldo credor.

Desse modo, o autuado entende que na Infração nº 01 a controvérsia resume-se a lançamento de ICMS de R\$ 5.129,87 sobre a operação descrita na nota fiscal nº 34255. Diz que os autuantes não observaram que a Nota Fiscal em pauta refere-se à operação de transferência interna de óleo diesel da RLAM para a termoelétrica UTE BAHIA I (CNPJ 33.000.167/0115-70), localizada no Estado da Bahia, enquadrada na isenção do ICMS conforme art. 265, inciso LXXXVI do RICMS/BA. Diz que, de acordo com documento extraído do sítio eletrônico da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE (fl. 86) e da Resolução Normativa ANEEL nº 322, DE 8/6/2008, o 3º Leilão de Energia Nova ocorreu em 10/10/2006 e o destinatário foi o vencedor do leilão.

Em relação à infração 2, o autuado diz que o lançamento é resultado da divergência acerca da Margem de Valor Agregado – MVA que deve ser utilizada para cálculo do imposto devido em substituição tributária nas operações com *Marine Gasoil*. O recolhimento do tributo foi efetuado com uma MVA de 30%, mas os autuantes entendem que o percentual correto a ser aplicado é de 31,79%.

Diz que o *Marine Gasoil* assemelha-se, do ponto de vista das características físico-químicas, ao Óleo Diesel, cuja MVA está apontada no ATO COTEPE e na legislação estadual, todavia, não se presta para estimar a base de cálculo do ICMS-ST nas operações com o produto assemelhado.

Alerta que o MVA do Óleo Diesel é fixado a partir de pesquisas quinzenais de preços praticados junto a consumidores de combustíveis automotivos, e que não há nenhuma correlação entre os mercados consumidores consultados e o segmento de combustíveis marítimos, isto é, os adquirentes de *Marine Gasoil*.

O autuado explica que as especificidades apresentadas pela cadeia de comercialização dos combustíveis marítimos inviabilizam o uso da MVA do Óleo Diesel. É que, ao adotá-la, o resultado é uma distorção da base de cálculo na substituição tributária que, ao final, implica em exigir imposto sobre valor diverso daquele efetivamente praticado na relação substituída. Deste modo, entende que a solução é aplicar a regra geral da MVA nas operações internas – 30% (trinta por cento) –, conforme disposto no Convênio ICMS 110/2007, na cláusula 11ª, I, a. Assim, requer a improcedência da infração.

Em relação à infração 3, o autuado reconhece que as notas fiscais arroladas no Auto de Infração

foram emitidas indevidamente com destaque do ICMS e o crédito do imposto foi registrado na escrituração do estabelecimento destinatário, em descompasso com a regra do art. 155, § 2º, X, b da CF/88. Entretanto, alega que o imposto creditado indevidamente foi integralmente recolhido em 31/08/2015, conforme comprovantes das fls. 88 a 91, e que o crédito exigido já se encontra extinto, por força do art. 156, I, do CTN.

O autuado requer, ainda, a produção de todos os meios de prova admitidos pelo direito, em especial a juntada de documentos adicionais como prova e contraprova e, eventualmente, a realização de diligência fiscal, para se confirmar o pagamento via ajuste extra-apuração de parte da Infração nº 01, reservando-se ao direito de nomear assistentes técnicos no momento em que porventura for deferida a respectiva perícia.

Os autuantes apresentaram informação fiscal das fls. 96 a 101, reconhecendo o demonstrativo constante à fl. 61 como sendo a comprovação do pagamento de parte da infração 01, no valor de R\$ 621.498,67, conforme denúncia espontânea apresentada. Reconhece, também, como quitados os valores de R\$ 85.828,99 e R\$ 161.621,07, incluídos nos ajustes efetuados no livro de apuração dos meses de maio e junho de 2014, respectivamente. Diz que esta quitação ficou evidenciada pelo autuado no atendimento de intimação enviada em 21/01/2016, mas somente entregues em 10/06/2016.

Em relação à exigência de R\$ 5.129,87, referente à Nota Fiscal nº 34.255, o autuante mantém a exigência fiscal sob a alegação de que a abertura da inscrição no cadastro de contribuintes do estabelecimento destinatário da empresa ganhadora do leilão apenas foi deferida pela Receita Federal em 23/05/2007. Assim, entende que não poderia ser ganhadora de leilão realizado em 2006 já que não havia sido constituída.

Requer, portanto, a redução da exigência da infração 01 para o valor de R\$ 5.129,87.

Em relação à infração 2, os autuantes alertam que o autuado se contradiz ao alegar que marine gasoil não é óleo diesel, para efeito da obrigatoriedade de adoção da respectiva MVA, mas esquece que, assim sendo, o tratamento de redução de base de cálculo, previsto no inciso XXIII do art. 268 do RICMS/12, somente se aplicaria ao óleo diesel e não ao marine gasoil.

Diz que no sítio do autuado na internet consta a informação de que *“no mar ou nos rios do Brasil, você pode abastecer seu barco com o nosso óleo diesel marítimo”*, em alusão ao marine gasoil.

Quanto ao preço de pauta, os autuantes informam que o Estado da Bahia optou por realizar a pesquisa somente nos postos de combustíveis por serem de maior representatividade no mercado consumidor.

Acerca da infração 3, os autuantes reconhecem que os recolhimentos ocorridos em 31/08/2015, no valor principal de R\$ 2.834.518,04 e R\$ 1.189.688,52 (fls.88 a 91), totalizando R\$ 4.024.206,56, correspondem às notas fiscais de entrada de novembro e dezembro de 2014 relacionadas nesta infração, considerando extinta a infração.

O autuado apresentou manifestação das fls.108 a 117 reiterando os termos anteriormente apresentados quando da entrega da defesa.

Os autuantes apresentaram informação fiscal à fl.142, nada acrescentando ao processo em decorrência de não ter sido trazido nada de novo pelo autuado em sua manifestação.

VOTO

Inicialmente, verifiquei que foram observados todos os requisitos que compõe o auto de infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.

Entendo desnecessária e, portanto, indefiro o pedido do autuado para realização de diligência fiscal, para se confirmar o pagamento via ajuste extra-apuração de parte da Infração 1. Os documentos constantes dos autos são suficientes para formar a convicção dos julgadores.

No mérito, em relação à infração 1, considerando que ficou demonstrado pelo autuado e reconhecido pelos autuantes o pagamento de quase a totalidade do crédito reclamado, uma parte com os incentivos da Lei nº 13.449/2015 (fls. 61 a 73) e a outra mediante ajustes no livro de apuração (fls. 75 a 85), este último antes da lavratura do presente auto de infração, a lide remanescente versa sobre o tratamento a ser dispensado na remessa de óleo diesel do autuado com destino a sua filial com atividade de usina termoeletrica, supostamente vencedora de leilão de energia nova e consequentemente beneficiária da isenção prevista no inciso LXXXVI do art. 265 do RICMS/12, cuja exigência fiscal é do valor histórico de R\$ 5.129,87. Apresenta como comprovante de ter sido vencedor de leilão de energia nova documentos extraídos do sítio eletrônico da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE, às fls. 86 e 87.

De acordo com site da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica –CCEE, o leilão de energia nova tem como finalidade atender ao aumento de carga das distribuidoras. Neste caso são vendidas e contratadas energia de usinas que ainda serão construídas. Este leilão pode ser de dois tipos: A -5 (usinas que entram em operação comercial em até cinco anos) e A -3 (em até três anos).

O § 5º do art. 2º da Lei Federal nº 10.848/2004 estabelece que os processos licitatórios necessários para o atendimento da demanda de energia das concessionárias, permissionárias e autorizadas de serviço público de distribuição de energia elétrica deverão contemplar, dentre outros, tratamento para:

1. energia elétrica proveniente de empreendimentos de geração existentes;
2. energia proveniente de novos empreendimentos de geração; e
3. fontes alternativas.

O § 6º do referido dispositivo legal define como novos empreendimentos de geração aqueles que até o início de processo público licitatório para a expansão e comercialização da oferta de energia elétrica:

1. não sejam detentores de outorga de concessão, permissão ou autorização; ou
2. sejam parte de empreendimento existente que venha a ser objeto de ampliação, restrito ao acréscimo de capacidade.

O autuado justificou na sessão de julgamento que o estabelecimento da usina termoeletrica teve a sua inscrição atual concedida em 2007 em razão da finalização de processo de incorporação de usina pertencente a outra empresa e que a nova usina passou por processo de ampliação e modernização para poder operar como vencedor de leilão de energia nova.

Os autuantes justificam a manutenção da exigência fiscal sob a única alegação de que a inscrição do estabelecimento destinatário no cadastro da Receita Federal e na SEFAZ/BA ocorreu apenas no ano seguinte ao da realização do leilão, não podendo, portanto, tratar-se do vencedor do leilão.

Convém destacar que os leilões são disputados pelas empresas e não por estabelecimentos. De acordo com o art. 14 da Lei nº 7.014/96, estabelecimento é o local, privado ou público, edificado ou não, próprio ou de terceiro, onde pessoa física ou jurídica exerce suas atividades em caráter temporário ou permanente, bem como onde se encontram armazenadas mercadorias. O leilão de energia foi vencido pela empresa Petrobrás. Assim, não subsiste a exigência de ICMS na remessa de óleo diesel de que trata a Nota Fiscal nº 34255 com destino ao estabelecimento com atividade de usina termoeletrica pertencente ao autuado.

Desse modo, voto pela procedência em parte da infração 1, no valor de R\$ 621.498,67, pago com o benefício da Lei nº 13.449/15 (Concilia Bahia), fls. 61/63.

Em relação à infração 2, a lide reside na classificação de produto denominado pelo autuado como marine gasoil. De acordo com o site da Petrobrás

(<http://sites.petrobras.com.br/minisite/assistenciatecnica/public/downloads/manual-tecnico-combustiveis-maritimos-assistencia-tecnica-petrobras.pdf>), combustíveis utilizados em navios, produzidos a partir das frações mais leves do processo de refino (gasóleos atmosféricos, majoritariamente), são chamados de diesel marítimo, DMA ou marine gasoil (MGO).

Ainda segundo o site da Petrobrás, “o MGO possui os mesmos requisitos de qualidade do óleo diesel, diferindo em dois aspectos: • Por ser utilizado em motores de maiores dimensões e mais lentos (menor rotação), sua exigência de qualidade de combustão, avaliada pelo número de cetano é menor do que no caso do óleo diesel automotivo; • Por outro lado, por ser armazenado em ambiente mais confinado (navios) possui requisito de segurança no armazenamento (ponto de fulgor) mais crítico do que o do óleo diesel.”.

O item 16.10 do Anexo 1 do RICMS/12 estabeleceu para o óleo diesel a MVA indicada no Ato COTEPE 21/08 ou o PMPF, o que fosse maior. Como não havia PMPF na Bahia para óleo diesel no ano de 2014, a base de cálculo da substituição tributária era calculada com base no percentual de MVA de 31,79%. Tanto no referido item do anexo do RICMS como no ato COTEPE, não há especificação para o tipo de óleo diesel, se destinado a uso automotivo ou marítimo.

Apesar de possuir características diferentes, o diesel automotivo e o diesel marítimo são, antes de tudo, óleo diesel. O autuado não apresenta justificativas que permita a conclusão que o marine gasoil, chamado pelo próprio autuado de diesel marítimo, não se enquadre como óleo diesel. Não apresenta documentação comprobatória acerca da NCM que se aplicaria a esse produto.

Desse modo, a MVA a ser aplicada ao marine gasoil é de 31,79%, conforme reclamado no presente auto de infração. Voto pela procedência da infração 2.

Em relação à infração 3, o autuado comprovou que o crédito reclamado já havia sido recolhido em 31/08/2015, conforme comprovantes das fls. 88 a 91. Os autuantes reconheceram que a exigência é indevida. Voto pela improcedência da infração 3.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, reduzindo o valor histórico para R\$ 630.638,53, sendo R\$ 621.498,67 referente à infração 1, pago nos termos da Lei nº 13.449/15 (Concilia Bahia) e R\$ 9.139,86, conforme infração 2.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **299904.0001/16-1**, lavrado contra **PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. - PETROBRÁS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$630.638,53**, acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42, II "e", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor recolhido.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de novembro de 2016.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

OLEGÁRIO MIGUEL GONZALEZ – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR