

A. I. Nº - 299904.0002/16-8
AUTUADO - PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. PETROBRÁS
AUTUANTE - JUDSON CARLOS S. NERI e TÂNIA MARIA S. REIS
ORIGEM - SAT/COPEC
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 11.09.2017

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0159-04/17

EMENTA: ICMS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. FALTA DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA SE DETERMINAR A INFRAÇÃO. Há contradição entre a acusação e a apuração do débito constante nos papéis de trabalho elaborados pela fiscalização, gerando insegurança na determinação da infração e prejudicando o direito de defesa do contribuinte. Decretada de ofício a nulidade do lançamento. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 29/04/2016, para exigência de ICMS no valor de R\$561.005,33 acrescido da multa de 60%, em razão de não proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Referente às saídas internas de óleo diesel conforme demonstrativo anexo e notas fiscais eletrônicas.

O autuado, por seu representante legal, apresenta defesa às fls. 19 a 27, e, após citar a tempestividade da defesa, esclarece que é uma sociedade de economia mista federal, cujo objeto social consiste na pesquisa, lavra, refinação, processamento, comércio e transporte de petróleo proveniente de poço, de xisto ou de outras rochas, de seus derivados, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, além de atividades vinculadas à energia.

Informa que a apuração se encontra contaminada por diversos equívocos tais como: ilegalidade do auto de infração por descon sideração de norma concedente de isenção, arguindo que no auto de Infração, o contribuinte incorreu em violação à legislação tributária, porque supostamente *"deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequentemente o recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, quando das vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, referentes às saídas internas de Óleo Diesel conforme demonstrativo Anexo e notas fiscais eletrônicas"*.

Prossegue dizendo que, em consonância com o auto de infração as "operações " constantes nos DANFes anexos, e as normas alegadamente violadas, os art. 8º inciso II, da Lei 7.014/96 e art. 289 do RICMS, teriam sido alienadas às UTE Bahia I, UTE Arembep e UTE Muricy Óleo Diesel e por isso, caberia à petrolífera a retenção e o recolhimento do ICMS em consonância com o auto de infração. Logo, se aquelas "operações", constantes nos DANFes, e as normas alegadamente violadas e observando a leitura dos dispositivos normativos invocadas no Auto de Infração (art. 8º, inciso II, da Lei 7.014/96 c/c à art. 289 do RICMS), seriam responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, o contribuinte alienante, no Estado da Bahia, das mercadorias constantes no Anexo I da Lei, que inclui uma série de produtos derivados da produção de petróleo, e que Data Venia, completamente sem razão.

Argumenta ser cediço que a isenção é a dispensa legal do pagamento de tributos, causando como consequência a extinção do crédito tributário (art. 175, I, do CTN), e é o que exatamente ocorre no presente caso, pois o Auto de Infração veicula a cobrança de ICMS sobre negócios jurídicos que

deveriam ser reconhecidos como isentos de tributação avocando para tal, os termos do Art. 265, inciso LXXXVI, do RICMS-Ba, aprovado pelo Decreto 13.780-2012, cujo teor transcreve.

Enfatiza que a PETROBRAS, estabelecimento (Refinaria Landulpho Alves), fazia jus à isenção, pelos motivos que passa expor:

a) Saídas internas, desde a refinaria.

Além de a autuação referir-se à “operações” subsequentes com óleo diesel, atividade típica de refinarias, pelo CNPJ do contribuinte autuado constata-se que se trata da Refinaria Landulpho Alves da PETROBRAS;

b) O produto era óleo diesel.

Confirma-se pelo disposto nos DANFEs e o próprio Fisco reconhece tratar-se desse tipo de óleo no Auto de Infração.

c) Os destinos eram usinas termoeletricas vencedoras de leilão de energia nova, realizado pela ANEEL, para produção de energia elétrica decorrente de contratação de energia de reserva e de energia de disponibilidade, conforme lei federal.

Assinala que todas as notas fiscais se destinavam a uma destas três usinas termoeletricas: (a) UTE Muricy, CNPJ 33.000.167/0266-82 (doc. 02); (b) UTE Arembépe, CNPJ 33.000.167/0265-00 (doc. 03); (c) UTE Bahia I (Usina Celso Furtado da PETROBRAS), CNPJ 33.000.167/0115-70 (doc. 04).

Explica que a UTE Muricy (“Camacari Muricy I”) e a UTE Arembépe (“Camacari Polo de Apoio I”) sagraram-se vencedoras do 2º Leilão de Compra de Energia de Novos Empreendimentos promovido pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE em leilão regulamentado pela ANEEL nos termos da Lei 10.848/2004 (doc. 05).

Diz que o produto leilado no 2º Leilão de Compra de Energia de Novos Empreendimentos e vencido pelas UTE Muricy (“Camacari Muricy I”) e UTE Arembépe (“Camacari Polo de Apoio I”) referem-se ao “Empreendimento Termo - 2009-T15”, cuja característica correspondia à “energia nova” (início da produção: 1º de janeiro de 2009 e 15 anos de duração) e à energia de disponibilidade (“disponibilidade de energia – Oferta Termo”) – doc. 06:

Por seu turno, a UTE Bahia I (Usina Celso Furtado da PETROBRAS) sagrou-se vencedora do 3º Leilão de Energia Nova, também promovido pela CCEE em leilão regulamentado pela ANEEL nos termos da Lei 10.848/2004. Como se pode ler do relatório e voto que transcreve levaram à aprovação da Resolução Normativa ANEEL nº 322, DE 8/6/2008, trata-se de energia nova e de energia de disponibilidade.

Conclui que o requisito legal do art. 265, LXXXVI, do RICMS/BA está preenchido: o destino dos produtos eram usinas termoeletricas vencedoras de leilão de energia nova, realizado pela ANEEL, para a produção de energia elétrica decorrente de contratação de energia de disponibilidade.

Menciona que os leilões vencidos pelas usinas ocorreram entre 1º de janeiro de 2006 até 31 de dezembro de 2006.

Argumenta que de acordo com o extraído no sítio eletrônico da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica_CCEE (doc. 09) e da Resolução Normativa ANEEL nº 322, DE 8/6/2008 (doc. 10), a data do 2º Leilão de Energia Nova ocorreu em 29/6/2006 e do 3º Leilão de Energia Nova, em 10/10/2006, conforme quadro demonstrativo que transcreveu. Dito tudo isso, nota-se que o equívoco da autuação do Fisco relaciona-se com o fato de não se ter adentrado na discussão acerca de isenção contida no próprio Regulamento invocado na autuação: tivessem os auditores se atentado para o art. 265, inciso LXXXVI, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto 13.780/2012, concluiriam que as saídas internas descritas no Auto de Infração estão acobertadas pela isenção de ICMS.

Diz que excluída a incidência de ICMS nos negócios jurídicos objeto da autuação, uma vez que são objeto de isenção legal, por corolário lógico também são indevidas as multas aplicadas pela

suposta ausência de pagamento do tributo, cabendo a decretação de integral improcedência do Auto de Infração 299904.0002/16-8.

Após, argui ilegalidade do Auto de Infração por se tratar de transferências entre estabelecimentos do contribuinte - Súmula 166 do STJ explicando que as “operações” dos DANFES (*doc. 11*), referem-se a remessas de mercadorias entre estabelecimentos do Contribuinte, nas quais não há que se falar em incidência de ICMS, portanto, o contribuinte não pode ser tributado nessas operações, pois o fato gerador do ICMS ocorre com a circulação de mercadorias e serviços entre pessoas jurídicas distintas, isto é, quando configurada uma transação (transferência da propriedade de mercadoria).

Explica que os valores exigidos tiveram origem na transferência interna entre estabelecimentos do mesmo Contribuinte, o que é uma flagrante violação ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça materializado na Súmula nº 166: “não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte”.

Acrescenta que o STJ ratificou o posicionamento sumulado em julgamento submetido ao regime de recurso repetitivo – Resp. 1.125.133/SP, Rel. Min. LUIZ FUX, DJE 10.09.2010 – e confirmou-o em inúmeros outros acórdãos,

Finaliza requerendo a improcedência da autuação, uma vez que não houve qualquer descumprimento da legislação tributária, tendo em vista a isenção das operações realizadas pela PETROBRAS.

Os Autuantes ao prestarem a informação fiscal, discorrem inicialmente sobre os argumentos apresentados pela Defesa, como lançamento do tributo por descon sideração de norma concedente de isenção avocando o art. 265, a ilegalidade por tratar-se de transferência entre os estabelecimentos.

Prosseguem em sua informação dizendo que no desenvolvimento dos trabalhos de auditoria foram identificadas diversas notas fiscais emitidas para termoelétricas sem no entanto fazer referência no campo informações complementares a isenção da operação, nem que as empresas destinatárias como vencedoras do 3º Leilão de Energia Nova, cem 20.06.2006, promovida pela CCEE, em leilão regulamentado pela ANEEL, citando a título de exemplo, duas notas fiscais. Avocam o Art. 265 LXXXVI do RICMS-Ba. o qual transcrevem.

Em seguida asseveram que de acordo com o disposto no CTN a interpretação quanto a isenção tem que ser literal, sendo assim para atender ao disposto no ar. 265 LXXXVI do RICMS as empresas deveriam estar constituídas à época do leilão, porém, tanto no cadastro da Receita Federal como no Estado da Bahia os respectivos registros somente foram efetuados em 2007 e 2014. Portanto, não poderiam ser geradoras do leilão antes mesmo da sua criação. Transcreve o teor do art. 4, inc. I da Lei 7.014, que define a regra do momento do fato gerador do imposto.

Feitas as considerações, supras pedem a manutenção da autuação na íntegra, por entender de que a alegação de não incidência nas operações de transferência de mercadorias para estabelecimentos do mesmo contribuinte, não subsiste, afirmando que as operações em lide, são definidas na legislação como tributadas., nos termos da Constituição Federal, Lei Complementar 87/96 e Lei Estadual 7.014 96.

Em cumprimento ao rito processual, a Autuada apresenta sua manifestação à informação fiscal, fls. 48 a 54, apresentando de logo, duas preliminares. A primeira sobre a tempestividade da manifestação e a outra do cumprimento do artigo 8º parágrafo 3º do RPAF, onde informa que apresenta em disco de armazenamento com cópia da presente defesa, por entender o cumprimento da exigência legal constante do artigo 8º do Decreto nº7.629-99.

Após, informa que tendo sido notificada do processamento da autuação apresentou peça impugnativa contra o auto de infração epigrafado, invocando dois fundamentos que resumiu:

a) Desconsideração de norma concedente de isenção: as operações preenchem os requisitos legais insculpidos na isenção prevista no art. 265, LXXXVI, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto 13.780/2012;

b) As remessas (transferências) de mercadorias ocorreram entre estabelecimentos da mesma contribuinte (qual seja, Refinaria da PETROBRAS para três termoeletricas da PETROBRAS), motivo pelo qual não há que se falar em incidência de ICMS.

Assevera que os autuantes inicialmente emitiram o juízo pela admissibilidade da peça, eis que tempestiva e formalmente regular, mas entenderam pela manutenção da autuação pelas seguintes razões:

a) Inicialmente, admitiram que não sabiam serem as termoeletricas destinatárias vencedoras de Leilões de Energia Nova. Porém, afirmaram que os registros das termoeletricas na Receita Federal e na Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia só foram efetuados em 2007 e 2014, então não poderiam ser ganhadoras do leilão antes mesmo da sua criação.

b) Discordam com a tese consagrada na Súmula 166 do STJ, porque sua publicação é anterior à Lei Complementar 87/1996, que veio a autorizar a tributação por ICMS nas operações de saída e entrada mesmo que os dois estabelecimentos pertençam ao mesmo titular.

Após diz que em nenhum momento defenderam que a norma de isenção (art. 265, LXXXVI, do RICMS/BA) seria inválida ou ineficaz, ou que a interpretação da norma pela PETROBRAS estaria incorreta, ou que as operações objeto da autuação não preencheriam os requisitos legais. O único argumento apresentado na Informação Fiscal para a não aplicação da isenção seria a aparente contradição entre o ano em que ocorreram os Leilões (2006) e o de “criação” das termoeletricas, segundo as informações contidas nos sítios eletrônicos da Receita Federal e da Secretaria da Fazenda Estadual (2007 e 2014).

Assevera que as datas que constam no “Data da Situação Cadastral” do “Comprovante de Inscrição e de Situação Cadastral” da Receita Federal não representam a data de constituição da pessoa jurídica ou do início de atividade empresarial, mas meramente a data em que houve a última alteração cadastral na Receita Federal por solicitação do contribuinte.

Cita que pela consulta do CNPJ da PETROBRAS no *site* da Receita Federal, criada há 63 anos pela Lei 2.004 de 3/10/1953, informa-se que a sua “Data da Situação Cadastral” seria a de 3/11/2005 em vez de 3/10/1953. Assim, demonstra-se cabalmente que tal dado não representa o ano de criação da pessoa jurídica ou de início de suas atividades empresariais.

Explica que as informações contidas no campo “Data da Situação Cadastral” dos CNPJs 33.000.167/0266-82 (UTE Muricy), 33.000.167/0265-00 (UTE Areembepe) e 33.000.167/0115-70 (UTE Bahia) referem-se não à data de criação das termoeletrica, mas à data do registro das suas incorporações pela PETROBRAS, quando passaram a ter os CNPJs iniciados com o número do CNPJ da nova matriz (da própria PETROBRAS, “33.000.167”).

Assevera que o mesmo motivo explica os campos “Datas de Inclusão do Contribuinte” no cadastro do ICMS da Bahia, lançados em razão da incorporação das termoeletricas pela PETROBRAS. Veja, por exemplo, que a UTE Bahia I, atualmente com o CNPJ 33.000.167/0115-70, antes possuía o CNPJ 04.827.444/0001-56 (*doc. 1*) e estava inscrita no cadastro do Estado da Bahia desde 27/03/2002 (*doc. 2*).

Externa o entendimento de que "negar a existência das UTE Muricy, UTE Areembepe e UTE Bahia Ino ano de 2006, como se as suas vitórias nos 2º e 3º Leilões fossem uma invenção fraudulenta ou mentirosa da PETROBRAS, significa ignorar completamente os documentos de nº. 5 a 10 juntados com a impugnação, todos obtidos nos *sites* oficiais da CCEE e ANEEL, em completo desrespeito ao conjunto probatório contido nos autos administrativos".

Diz que na Informação Fiscal, percebe-se não haver qualquer objeção dos autuantes em relação aos documentos coligidos com a impugnação, seja formal ou materialmente. Somado ao fato de

que as datas contidas na Receita Federal e no cadastro do ICMS da SEFAZ/BA não representam a data da criação da pessoa jurídica ou de início da atividade empresarial, não convence a alegação de que as UTE Muricy, UTE Areembepe e UTE Bahia I não venceram os leilões de 2006, porque não existiam em 2006.

Ressalta que mesmo partindo da premissa dos autuantes (que, repete, não é acertada), tal fato seria irrelevante para o desate do processo fiscal-administrativo: ainda que as três UTEs não estivessem cadastradas na Receita Federal ou na SEFAZ, tal circunstância não é erigida como um dos requisitos para a isenção do art. 265, LXXXVI, do RICMS/BA.

No mérito fala sobre a Súmula 166 do STJ publicada em 23/08/1996 e também em regime de recurso repetitivo em 10/09/2010, que trata da Transferência de Mercadoria entre Estabelecimento do mesmo Titular e finaliza pedido para no caso de não reconhecimento à isenção das operações realizadas entre as refinarias e as termoeletricas, postula pelo acolhimento da não incidência do ICMS em virtude dessas transferências efetuadas pertencerem ao mesmo titular.

Os Autuantes ao se manifestarem, fazem suas considerações a respeito do não reconhecimento da isenção dizendo que as alegações proferidas não procedem tendo em vista de que conforme as certidões da Junta Comercial do Estado da Bahia, as datas dos atos constitutivos da empresa em questão são idênticas aos comprovantes de inscrição e de situação cadastral no CNPJ anexa ao PAF e que desse modo, mantém os argumentos exarados na Informação Fiscal.

Na assentada de julgamento o preposto da empresa reiterou os argumentos defensivos enquanto que a autuante manteve os termos da Informação Fiscal.

Tendo em vista a discussão levada a efeito o julgamento foi adiado.

VOTO

Examinando as peças processuais do presente Auto de Infração, verifico a existência de vícios jurídicos intransponíveis, ligados à legalidade do lançamento. A instauração, o preparo, a instrução e a decisão do processo administrativo são regidos pelos princípios da verdade material, da legalidade, da ampla defesa e do devido processo legal. O lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação.

No presente caso, apesar de não ter sido arguido pelo autuado, verifico que o Auto de Infração apresenta uma contradição entre a acusação e a apuração do débito constante nos papéis de trabalho elaborados pela fiscalização, como a seguir demonstrado.

A acusação encontra-se posta da seguinte forma: “*Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado*”.

Mais adiante, foi acrescentado o seguinte: “*Referente às saídas internas de Óleo Diesel conforme demonstrativo Anexo “a” e notas fiscais eletrônicas*”

Os fatos descritos foram enquadrados no artigo 8º, inciso II da Lei 7.014/96 e art. 289 do RICMS/2012, e aplicada a multa capitulada no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96.

Por outro lado, verifico que os demonstrativos elaborados e que serviram como embasamento para o lançamento, em verdade, dizem respeito ao ICMS devido pelo autuado em suas operações normais, e não o ICMS da substituição tributária. Aliás, o próprio título do demonstrativo, fl. 08, foi mencionado que se tratava de “DEMONSTRATIVO DAS SAÍDAS DE ÓLEO DIESEL A S500 SEM TRIBUTAÇÃO”.

Como exemplo cito a nota fiscal nº 34.772 emitida em 05/02/15, relacionada no referido demonstrativo, onde se observa que foi inserido na coluna “VI. Liq. Item” o montante de R\$14.762,48, o qual corresponde exatamente ao valor total dos produtos, consignado no documento fiscal, conforme se verifica na mídia apresentada pela defesa à fl. 32. Na coluna

“ICMS” foi informado o valor de R\$2.509,62, que é resultante da aplicação do percentual de 17% sobre a base de cálculo de R\$14.762,48, sem nenhuma agregação de valor.

Verifico ainda que na cópia do mencionado documento fiscal foi informado no campo "Natureza da operação" o código 5959 que diz respeito à “*Transferência de combustível ou lubrificante adquirido ou recebido de terceiros*”, portanto, não se trata de vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, como inserido no Auto de Infração.

Portanto, fica evidente que os autuantes apuraram o imposto normal de operações próprias do contribuinte, diferentemente do que consta na acusação que trata de: “*Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado*”, até mesmo pela falta de aplicação do Preço Médio Ponderado a Consumidor Final - PMPF, usualmente utilizada para esse tipo de cálculo.

Logo, em que pese o fato da empresa autuada não ter se apercebido de tal falha, sequer ter suscitado a mesma em sua peça defensiva, esta autuação não pode prosperar, pois a acusação descrita no auto de infração não está de acordo com os cálculos demonstrados nos papéis de trabalho, gerando insegurança na determinação da infração e prejudicando o direito de defesa do contribuinte.

Consequentemente, a autuação padece de vício insanável, razão pela qual decreto, de ofício, nos termos do artigo 20, do RPAF/99, a nulidade do Auto de Infração, com fundamento nas disposições dos artigos 18, inciso IV, alínea “a”, e 39, inciso III, do RPAF/99, ficando prejudicada qualquer apreciação defensiva.

Nos termos do art. 21 do RPAF/99, recomendo a autoridade competente que analise a possibilidade de determinar a renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas.

Ante o exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **299904.0002/16-8**, lavrado contra **PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. PETROBRAS**

Esta Junta de julgamento recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de agosto de 2017

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR