

A. I Nº - 297895.0781/04-0
AUTUADO - NORDESTE COMERCIAL DE ÁLCOOL LTDA. (LOCATELLI & FREITAS LTDA.)
AUTUANTE - CESAR PITANGUEIRAS FURQUIM DE ALMEIDA
ORIGEM - IFMT - DAT/NORTE
INTERNET - 27. 12. 2004

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0511-04/04

EMENTA. ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. A mercadoria álcool, quer seja para fins carburante ou não, na data de sua apreensão, está enquadrada no regime da substituição tributária. Infração confirmada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 18/5/2004, cobra ICMS no valor de R\$9.526,13 acrescido da multa de 60%, pela falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadoria (álcool) elencada no Anexo 88 adquirida para comercialização, procedentes de outra unidade da federação, por contribuinte descredenciado.

Consta como descrição dos fatos: “Aquisição de álcool hidratado pela empresa Comercial Freitas que possui como código de atividade - Comércio atacadista de bebidas com atividade de fracionamento e acondicionamento, porém após verificação e diligências podemos constatar que: 1- O sócio José Everaldo de Freitas Santos não foi encontrado no endereço indicado junto a Secretaria da Fazenda. 2- A empresa apresenta baixa capacidade contributiva para a compra realizada, somente efetuou recolhimento em um mês desde o inicio de suas atividades. 3 - Foram encontrados somente 03 tanques para acondicionamento com uma capacidade total inferior a 55.000 lts, sendo que os mesmos não são adequados para reservatório de álcool para bebida, pois não são de aço inox o que poderia poluir o produto para consumo humano. 4 - As características do álcool constante na nota fiscal 38.288 são de combustível, conforme Portaria nº 02 da ANP e Boletim de entrega de álcool anexo a documentação fiscal. 5- Um dos sócios constante na empresa é proprietário de outra firma de atividade semelhante, e que está cancelada por não existir mais no endereço indicado. 6- A empresa já teve sua Inscrição estadual cancelada em situação anterior. 7- Conforme NCM - Nomenclatura Comum do Mercosul constante na nota fiscal 22071000, verificamos que o álcool é somente para combustível. 8- O contribuinte não recolhe taxa de poder de polícia e também não possui registro no Ministério da Agricultura para trabalhar como acondicionador de bebidas, caracterizando que o mesmo não poderia trabalhar com álcool de qualquer espécie. Mediante dados acima descritos, fica caracterizado que a empresa estava comprando realmente álcool hidratado carburante para venda como combustível, e a operação é simulação para o não pagamento de impostos estaduais.”

O autuado manifestando-se (fls. 59/61) com base na descrição dos fatos consignados no corpo do Auto de Infração, inicialmente observou que o Sr. José Everaldo de Freitas Santos não poderia ser encontrado no endereço indicado, junto a Secretaria da Fazenda, visto não ser ele mais sócio da empresa autuada, conforme alteração contratual que anexou aos autos.

Quanto à acusação de que a empresa não teria capacidade contributiva para efetuar a compra consignada na nota fiscal era afirmativa equivocada. O fato de só ter havido recolhimento do ICMS em um único mês, desde o início de suas atividades, se deu em razão de a empresa ter sido constituída no

final de 2002. E, pela pouca movimentação comercial, foi a sociedade desfeita, tendo seus antigos sócios vendido suas quotas aos Srs. Carlos Roberto e João Paulo, que estavam resolvendo todas as pendências junto aos órgãos competentes.

Prosseguindo com seus argumentos, e quanto a sua capacidade de armazenamento, informou possuir não três tanques totalizando 55.000 litros, mas sim, cinco, que totalizam 105.000 litros. Quanto a afirmativa de não serem próprios para o acondicionamento do álcool por serem de aço carbono, esclareceu que todas as unidades produtoras (usinas) do Brasil utilizam o mesmo material. A exigência de serem em aço inox só é necessária no meio de transporte (caminhão tanque), em caso de transporte de álcool para bebida. Ademais, o registro junto ao Ministério da Agricultura só é exigido quando a empresa efetua o engarrafamento de bebida, o que não era o seu caso.

Em relação à NBM, conforme as informações prestadas pela empresa Laginha Agro Industrial S/A, são vários os tipos de álcool que se enquadram no mesmo código. A nota fiscal comprovava que o código 2207.10.00 foi utilizado para a venda de álcool para outros fins e não álcool carburante, tendo o imposto recolhido antecipadamente, ou seja, a acusação, mais uma vez, foi equivocada. Além do mais, quando da apreensão do álcool, seu fiel depositário foi uma empresa que comercializa bebida (Comercial Altiva) e, se o álcool fosse carburante tal empresa não poderia de maneira alguma guardá-lo em seu estoque.

Afirmou, em seguida, nunca ter dito sua inscrição estadual cancelada, apenas foi intimado para tal. No entanto, como poderia ser constatado, se encontrava em pleno funcionamento.

Diante da exposto, requereu que o Auto de Infração fosse considerado improcedente além de lhe ser concedido prazo necessário para regularização de todas e quaisquer pendências para o correto desempenho de suas atividades.

O autuante prestou informação (fls. 79/80), ressaltando que o ponto fundamental da autuação foi de que a mercadoria era álcool carburante, fato este que em nenhum momento foi contestado, pelos seguintes motivos:

1. CLASSIFICAÇÃO FISCAL - consta na nota fiscal 2207.10.00 (fl. 6). De acordo com pesquisa a NCM (Nomenclatura Comum do Mercosul) 2207.10 é classificação para o álcool somente para fins combustíveis. As posições 2207.20 e 2208 são classificações indicadas para produção de aguardentes. Observou que como o autuado é acondicionador e fracionador de álcool, adequado seria o classificado na posição 2208.
2. A Portaria da ANP (Agência Nacional do Petróleo) ao estabelecer as especificações para o produto álcool combustível, também corrobora que o álcool objeto da autuação é combustível, não existindo qualquer equívoco como alegou o contribuinte.

Além do mais, o impugnante atua como “comércio atacadista de bebidas” com atividade de fracionamento e acondicionamento. E, através de pesquisa junto ao Ministério da Agricultura Pecuária e Abastecimento, órgão federal regulador desta atividade, o sujeito passivo não possui registro do estabelecimento, como exigido e não como dito pelo deficiente.

Em relação à capacidade de armazenamento, foi constatado, mediante Termo de Visita Fiscal (fl. 20), assinado por um preposto da empresa, o sr. Luiz Rogério Magalhães Moraes, que a capacidade era de 55.000 litros, já que alguns reservatórios se encontravam fora de operação. Após a informação sobre o local e os tipos de tanques para acondicionamento, foi realizada nova visita e registro através de fotos (fls. 23, 24, 25, 26, 27, 28), onde restou evidenciado que além da capacidade de 55.000 litros, os tanques não são adequados para o acondicionamento de álcool que seria utilizado como matéria-prima para bebidas, além das condições sanitárias encontradas no estabelecimento, aliado ao fato de não serem encontrados equipamentos que caracterizassem a possibilidade de fracionamento do álcool.

Como informação adicional verificou que no dia da autuação, 18/5/2004, os sócios da empresa eram o

Sr. José Everaldo de Freitas Santos e a Sra. Izis Franciela Salete Locatelli, e estes ainda faziam parte da sociedade nos registros da Secretaria da Fazenda até o dia 5/7/2004. O Sr. Carlos Roberto Oliveira Moreira aparecia como testemunha (fl. 44) na data de 20/05/04, sendo que o mesmo assina a defesa da empresa no dia 22/6/04 (fl. 61), apesar da alteração contratual datar do dia 3/7/2004 e que parecia não ter sido protocolada ou recebida pela JUCEB ou constar reconhecimento em qualquer órgão oficial. De igual forma, não foi apresentada nenhuma procuração dando poderes para o sr. Carlos assinar a defesa antes da "alteração contratual" e se houve qualquer mudança de titularidade esta foi realizada após a ação fiscal e após apresentação da defesa.

Prosseguindo, informou que a empresa, atualmente, encontra-se com sua inscrição estadual cancelada, assim como em período anterior a autuação, porém o motivo do último cancelamento decorreu das determinações do art. 171, IV, do RICMS/97, ou seja, no encerramento definitivo das atividades, por motivos relacionados com a lei de economia popular.

Salientou, ainda, que qualquer recolhimento efetuado pelo contribuinte foi realizado após a ação fiscal, o que não desqualificava a cobrança do imposto através do auto de infração, o ratificando.

Chamado para tomar conhecimento da manifestação do autuante (fls. 85/92) o impugnante manifestou-se (fls. 94/95), corroborando a competência do Sr. Carlos Roberto O. Moreira para representar a empresa, já que estava em fase final de venda, concretizada no dia 3/7/2004, conforme última alteração contratual, que anexou aos autos. Que o atraso nesta negociação se deu pelos serviços mal prestados de um contador. Assim, o Sr. Carlos já era proprietário de fato da empresa Locatelli & Freitas Ltda., hoje Nordeste Comercial de Álcool Ltda e em razão deste fato resolveu apresentar defesa em seu nome.

Em seguida, reafirmou que pela documentação colacionada anteriormente, o álcool, objeto da autuação, não se trata de álcool carburante e, sim, de álcool hidratado para outros fins. Que o álcool hidratado neutro de código 220710 também é utilizado na exportação, sendo próprio para consumo humano e, não para carburantes, como acontece com todos os tipos de álcool com graduação acima de 90°. Além do mais, o registro junto ao Ministério da Agricultura somente é obrigatório quando ocorre a industrialização do álcool para o consumo humano, não sendo seu caso, já que somente o comercializa para outros fins. Além do que, e ao contrário do que informou o autuante, todos os tanques foram revisados, limpos e se encontravam em plenas condições de estocagem somando uma capacidade de 105.000 litros, com condições de trabalho e ou de armazenamento e se encontravam em novo endereço (Av. Sudene, nº 2316, Feira de Santana), conforme alteração contratual.

No mais, a empresa estava em dia com a Secretaria da Fazenda e sua Inscrição Estadual regular. Todos os impostos em atraso, bem como, o em discussão, já haviam sido negociados e parcelados. A empresa vinha antecipando toda a arrecadação e, efetuado recolhimentos expressivos para o Estado da Bahia. E, restando evidente que a antiga Locatelli & Freitas Ltda, hoje Nordeste Comercial de Álcool Ltda é uma nova empresa com nova uma administração, requereu a improcedência da autuação.

À fl. 103 consta informação da Repartição Fiscal que a alteração cadastral da empresa solicitada através do processo nº 1632999/2004-0 foi indeferida tendo em vista a situação de débito perante o Estado. No entanto, os sócios continuavam os mesmos e a defesa foi assinada pelo novo sócio conforme contrato social apensado ao PAF.

Como toda a discussão se prendia ao fato do álcool, objeto da autuação, ser ou não ser para fins combustíveis e pela falta de maiores conhecimentos técnicos a respeito da matéria, a 4ª JJF baixou os autos em diligência à GESUR – Gerência de Substituição Tributária para que fosse emitido parecer opinativo sobre a questão, com base, entre outras, na nota fiscal e atividade comercial desenvolvida pelo autuado (fl. 105).

Em parecer, a GERSU desta Secretaria da Fazenda e datado de 24/11/2004, ressaltou que a definição da finalidade álcool se dar pela sua destinação. Assim, os álcoois classificados no código 2207.10.00 da NCM podem ser utilizados tanto para fins carburantes (automotivo), bem como ser utilizados para

outros fins (uso industrial), uma vez que o álcool etílico, além da finalidade carburante, tem outras numerosas aplicações, especialmente como solvente na fabricação de produtos químicos, vernizes, iluminação e aquecimento, bem como na preparação de bebidas alcoólicas, etc. Que o álcool mais comumente utilizado para a preparação de bebidas alcoólicas se encontra classificado no código 2208.90.00 e o aguardente de cana no código 2208.40.00. A posição 2208 da NCM refere-se ao álcool etílico não desnatado, com um teor alcoólico, em volume, inferior a 80%.

Em seguida, observou que o RICMS/97 define o álcool etílico (etanol) hidratado para fins carburantes nos códigos 2702.10.00 e 2702.20.10, nos termos da alínea "b" do inciso I do art. 512-A e o álcool, objeto da autuação, estava classificado pelo fornecedor na posição 2702.10.00, ou seja, álcool etílico não desnatado de teor alcoólico em volume, igual ou superior a 80%.

Por fim lembrou que o álcool não destinado ao uso automotivo, também, está sujeito ao regime de substituição tributária por força da Alteração nº 50 do Regulamento (Decreto nº 8.868, de 5/1/2004, DOE de 06/01/04), que acrescentou o item 33 ao inciso II do art. 353, dispositivo regulamentar que elenca os produtos sujeitos ao regime de substituição ou antecipação tributária, com base de cálculo, para efeito de substituição ou antecipação tributária, a mesma prevista para o álcool carburante. E, não existindo acordo interestadual para o álcool para outros fins, cabe ao adquirente, aqui localizado, fazer a antecipação tributária nas aquisições interestaduais.

VOTO

Em primeiro lugar é necessário pronunciamento quanto ao fato do Sr. Carlos Roberto Oliveira Martins ter assinado a impugnação. De fato, na ocasião de sua manifestação, ele ainda não possuía poderes para tal. Entretanto, após ação fiscal houve mudança de titularidade dos sócios da empresa, quando este foi admitido como sócio. Em 25/8/2004, a alteração contratual foi arquivada pela Junta Comercial do Estado da Bahia (fl. 98). Assim, entendo que o Sr. Carlos Roberto Oliveira passou a ter competência para discutir a lide.

No mais, a irregularidade trata da falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária em razão da aquisição de 46.000 litros de álcool hidratado, com classificação fiscal nº 2207.10.00 à empresa Laginha Agro Indústria S/A em 15/5/2004.

O inconformismo do impugnante se prende ao fato de que o álcool adquirido não era para fins carburante e sim para “outros fins”. Desta forma não se encontrava enquadrado no regime da substituição tributária.

Inicialmente entendo que embora a pouca capacidade dos tanques para acondicionamento do álcool, dos mesmos não serem de aço inox, portanto inadequados para armazenamento do álcool destinado à bebida, que um dos sócios constante na empresa é proprietário de outra firma, já cancelada, com atividade semelhante, e que o autuado não recolhe taxa de poder de polícia e também não possui registro no Ministério da Agricultura para trabalhar como acondicionador de bebidas, podem ser fortes indícios para caracterizar o ilícito fiscal, porém não são determinantes.

O que no caso importa é a NCM e as determinações da legislação tributária em vigência à época do fato gerador do imposto na operação que culminou com a lavratura do Auto de Infração. A NCM indicada na nota fiscal é aquela classificada na posição 2702.10.00 (álcool etílico não desnatado de teor alcoólico em volume, igual ou superior a 80%). O RICMS/97 define o álcool etílico (etanol) hidratado para fins carburantes nos códigos 2702.10.00 e 2702.20.10, conforme art. 512-A, I, “b”, ou seja, mesma classificação NCM indicada no documento fiscal.

Para que não restasse dúvida sobre o assunto, esta 4ª Junta de julgamento Fiscal entendeu por bem ouvir a Gerência de Substituição Tributária desta Secretaria da Fazenda. Pelo parecer exarado, ficou esclarecido que a definição da finalidade do álcool é dada pela sua destinação e que os álcoois classificados no código 2207.10.00 da NCM podem ser utilizados tanto para fins carburantes (automotivo), bem como ser utilizados para outros fins (uso industrial), uma vez que o álcool etílico,

além da finalidade carburante, tem outras numerosas aplicações, especialmente como solvente na fabricação de produtos químicos, vernizes, iluminação e aquecimento, bem como, na preparação de bebidas alcoólicas.

Com este parecer, as dúvidas sobre a destinação do álcool em questão, se para fins carburante ou não, permaneceram, sem uma correta definição se poderia ou não ser invocadas as disposições do art. 512-A, I, "b", do RICMS/97. No entanto, estas dúvidas não mais podem influenciar na decisão da presente lide, diante das determinações do art. 353, II, 33, do RICMS/97, item que foi incluído no Regulamento pela Alteração nº 50, através do Decreto nº 8.868, de 5/1/2004 (DOE de 6/1/2004), que transcrevo:

Art. 353. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado:

II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias abaixo relacionadas, exceto na hipótese de já tê-las recebido com o imposto antecipado:

33 - álcool, exceto para fins carburantes.

Por este dispositivo regulamentar, o álcool, seja para qual for a sua destinação, passou a integrar as mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária. Portanto, tenha, em maio de 2004, sido adquirido para fins carburante (na condição de distribuidor) ou não, o imposto deveria ser pago antecipadamente. Como não existe acordo interestadual para o álcool para outros fins, cabe ao autuado fazer a antecipação tributária nas aquisições interestaduais quando da sua entrada no território deste Estado a não ser que seja credenciado nos termos da Portaria 114/04 (art. 125, II, "b", combinado com os §§ 7º e 8º do citado Regulamento) para realizar o recolhimento do imposto no dia 25 do mês subsequente. E a base de cálculo, para efeito de substituição tributária, é a mesma prevista para o álcool carburante no período considerado.

Por fim, o impugnante alegou na sua defesa que o imposto já havia sido recolhido antecipadamente. Este fato não restou provado, inclusive consta na nota fiscal, no campo de "Dados Adicionais", que a antecipação não foi realizada pelo fornecedor diante das determinações do art. 364, parágrafo 3º, do RICMS, regulamento este que deve ser do Estado de Minas Gerais.

Diante do exposto, voto pela procedência da autuação no valor de R\$9.526,13.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 297895.0781/04-0, lavrado contra **NORDESTE COMERCIAL DE ÁLCOOL LTDA. (LOCATELLI & FREITAS LTDA.)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$9.526,13, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "d" da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de dezembro de 2004

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATORA

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR