

A. I. Nº - 326297.0007/15-8  
AUTUADO - RAIZEN COMBUSTÍVEIS S.A.  
AUTUANTE - CLÁUDIO MEIRELLES MATTOS  
ORIGEM - SAT/COPEC  
PUBLICAÇÃO - INTERNET 22.12.2015

**2<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0214-02/15**

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRIBUINTE INSCRITO NA CONDIÇÃO DE SUBSTITUTO-CS. TRANSFERÊNCIAS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA A CONTRIBUINTE LOCALIZADO NESTE ESTADO. FALTA DE RETENÇÃO. Restou caracterizado que o autuado não procedeu a retenção e o consequente recolhimento do ICMS a título de ST, conforme norma do Convênio 110/07. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração (AI) foi lavrado em 03/02/2015 para exigência de ICMS no valor de R\$131.495,66 (cento e trinta e um mil, quatrocentos e noventa e cinco reais e sessenta e seis centavos), em decorrência da falta de retenção e, por consequência, do recolhimento do ICMS relativo às operações subsequentes nas vendas de mercadorias realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, código de infração 08.10.03, acrescido da multa de 60%, prevista na alínea “e” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O sujeito passivo interpôs impugnação às fls. 36 a 47, através de advogados regularmente constituídos, conforme instrumentos de mandato, registrando, em preliminar, sua tempestividade, uma vez que a ciência do AI se deu em 13/05/2015 e, conforme art. 132 da Lei nº 3.956/81, teria a partir dessa data 60 (sessenta) dias para apresentar sua defesa. A defesa foi cadastrada em 13/07/2015.

Em sua peça defensória registra que o AI em objeto aduz que a autuada teria realizado operações interestaduais nos meses de janeiro, fevereiro, abril, maio, agosto, outubro e novembro de 2014, em vendas do aditivo de NCM 3811 para o Estado da Bahia, o qual está sujeito ao ICMS-ST pelas operações posteriores (Convênio ICMS nº 110/07), sem proceder com a retenção do imposto por substituição tributária.

Sustenta que o AI não pode prosperar porque os seus termos colidem com os ditames do Regulamento do ICMS, considerando que a operação em comento concerne à transferência da mercadoria Aditivo NCM 3811 do estabelecimento ora autuado, localizado no Estado de Pernambuco e com inscrição estadual no Cadastro do ICMS (CAD-ICMS) do Estado da Bahia na condição de SUBSTITUTO, para estabelecimento filial do mesmo contribuinte, este situado no Estado da Bahia, situação esta em que o Regulamento do ICMS local afasta a obrigatoriedade de retenção do imposto antecipado.

Invoca os incisos I e II do § 8º do art. 8º da Lei nº 7.014/96 para embasar o seu entendimento de que a operação em comento se enquadra nas duas hipóteses de afastamento da responsabilidade da autuada de, na condição de remetente das mercadorias, proceder a retenção do imposto.

Diz que tais dispositivos versam sobre a não retenção ou antecipação do imposto, salvo disposição em contrário prevista em regulamento, quando a mercadoria se destinar a estabelecimento filial atacadista situado neste Estado, no caso de transferência de estabelecimento industrial ou de suas outras filiais atacadistas, localizado nesta ou em outra unidade da Federação, bem como a outro contribuinte ao qual a legislação atribua a condição de

responsável pelo pagamento do imposto por sujeição passiva por substituição, em relação à mesma mercadoria.

De acordo com a autuada, ambos os dispositivos acima são claros e não deixam margem a qualquer tipo de dúvida ou interpretação na hipótese de ocorrência de operações entre dois estabelecimentos do mesmo contribuinte, sendo ambos considerados substitutos em operações com a mesma mercadoria, não há que se falar na aplicabilidade do regime da substituição tributária, afastando da ora impugnante a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto ao Estado da Bahia.

Assim, a defendente pugna pelo cancelamento do auto de infração em objeto, ante a desnecessidade de se proceder a retenção do imposto no caso em comento.

Em adendo, apresenta julgados do Poder Judiciário, fls. 43 a 46, com a finalidade de afastar a multa proposta da acusação empreendida. Requer o reconhecimento do caráter confiscatório da multa estabelecida, salientando sua inconstitucionalidade frente ao disposto no art. 150, inciso IV, da CF/88.

Às fls. 88 a 91, o autuante apresenta informação fiscal, observando, em preliminar, a intempestividade da defesa, tendo em vista que a autuada foi intimada para apresentação da impugnação em 10/05/2015, com prazo expirando em 10/07/2015, porém a defesa só foi juntada ao processo em 14/07/2015, porquanto intempestiva.

Aduz que a autuada pugna pelo cancelamento da autuação, considerando que o exigido no auto de infração em comento se refere à transferência de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa, e que por expressa definição do Regulamento do ICMS não é aplicável às operações comerciais autuadas, além de requerer que se reconheça o caráter confiscatório da multa aplicada.

No mérito, registra que a autuada tem como objeto o “comércio atacadista de álcool carburante, biodiesel, gasolina e demais derivados de petróleo” e que estava procedendo a aquisição interestadual do aditivo NCM 3811, sem aplicação da substituição tributária, em desconformidade com as disposições da cláusula primeira, § 1º, inciso I, alínea “a” do Convênio ICMS 110/07. O referido produto encontra-se listado no Anexo 1 do RICMS, referente às mercadorias sujeitas ao regime de substituição ou antecipação tributária, item 16.11, por força do Convênio ICMS 110/07.

Por fim, reforça o entendimento que no caso em tela está previsto o recolhimento da substituição tributária nas operações interestaduais com a mercadoria Aditivo NCM 3811, destinada a ser adicionada às mercadorias diesel comum, gasolina comum, etanol hidratado, também enquadradas na substituição tributária e, assim sendo, requer deste egrégio Conselho que o auto de infração seja julgado procedente.

## VOTO

A autuação trata da falta de retenção e recolhimento de ICMS, a título de substituição tributária, devido nas entradas das mercadorias listadas no subitem 16.11 do Anexo 1 do Regulamento do ICMS oriundas do estabelecimento da autuada, localizado em outra unidade da Federação e com inscrição estadual neste estado na condição de SUBSTITUTO, em operações de transferência.

Em preliminar, constato que foram observados todos os requisitos que compõem o Auto de Infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF). Constam no presente PAF a identificação do sujeito passivo, a descrição da infração, os dispositivos da legislação tributária infringidos, a tipificação da multa, a base de cálculo do imposto, alíquota e valor do ICMS exigido, permitindo ao impugnante o pleno exercício do seu direito de defesa.

As mercadorias, objeto da presente lide, se constituem em aditivos para combustível automotivo, NCM 3811, e estão enquadradas no item 16, mais especificamente no subitem 16.11 do Anexo 1 ao Regulamento do ICMS, que lista as mercadorias sujeitas à substituição ou

antecipação tributária.

A Lei 7.014/96, no seu art. 10 estabelece que nas operações interestaduais, a adoção do regime de substituição tributária dependerá de acordo específico para este fim celebrado entre a Bahia e as unidades da Federação interessadas. O inciso I do § 1º do citado art. 10 prevê que a responsabilidade pelo pagamento do imposto, na condição de substituto tributário, é também atribuída ao contribuinte que realizar operação interestadual com petróleo e com lubrificantes e combustíveis líquidos ou gasosos derivados de petróleo, em relação às operações subsequentes.

Conforme estabelecido na Lei nº 7.014/06 foi celebrado o Convênio ICMS 110/07 que, nos termos do § 6º do art. 289 do Regulamento do ICMS, prevê as obrigações principais e acessórias que deverão ser cumpridas pelos contribuintes que realizarem operações com as mercadorias descritas no item 16 do Anexo 1 do Regulamento do ICMS, quais sejam, combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo.

O referido Convênio ICMS 110/07 estabelece expressamente no § 1º, inciso I, alínea “a” da cláusula primeira que fica atribuído ao remetente das mercadorias “*preparações antidentalantes, inibidores de oxidação, aditivos peptizantes, beneficiadores de viscosidade, aditivos anticorrosivos e outros aditivos preparados, para óleos minerais (incluindo a gasolina) ou para outros líquidos utilizados para os mesmos fins que os óleos minerais, NCM 3811*” situado em outra unidade da Federação, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição tributária, relativamente ao ICMS incidente sobre as operações com esses produtos, a partir da operação que o remetente estiver realizando, até a última, assegurado o seu recolhimento à unidade federada onde estiver localizado o destinatário.

Da leitura do disposto na alínea “a” do inciso I, do § 1º da cláusula primeira do Convênio ICMS 110/07 depreende-se que, na situação descrita nos autos, é devido o recolhimento do ICMS relativo à substituição tributária nas operações interestaduais com os aditivos, classificados na NCM sob o código 3811, que se destinam a serem adicionados às mercadorias diesel comum, gasolina comum e etanol hidratado, também enquadradas no regime de substituição tributária.

Assim sendo, considerando que a autuada, inscrita no CAD-ICMS do Estado da Bahia na condição de substituto, não procedeu a retenção e por consequência o recolhimento do ICMS a título de substituição tributária devido a este Estado, conforme estabelecido no Convênio ICMS 110/07, restou caracterizada a infração imputada.

Desta forma é devidamente legal e comprovada a responsabilidade da impugnante quanto à retenção e recolhimento do ICMS/ST devido na operação, ora descrita no presente Auto de Infração, sendo procedente o levantamento fiscal elaborado pelo autuado.

Quanto à alegação de constitucionalidade da penalidade aplicada que consubstancia percentual de 60% do valor do imposto, deve ser registrado a existência de previsão legal da mesma, estabelecida na alínea “e” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96, além da falta de competência deste Órgão Julgador para se manifestar sobre o aspecto constitucional da sanção imposta.

Do exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA** do Auto de Infração em epígrafe.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **326297.0007/15-8**, lavrado contra **RAIZEN COMBUSTÍVEIS S/A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$131.495,66**, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, inciso II, alínea “e” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de dezembro de 2015.

JOSÉ CARLOS BARCELAR – PRESIDENTE

EDNA MAURA PRATA DE ARAÚJO - RELATORA

*ESTADO DA BAHIA  
SECRETARIA DA FAZENDA  
CONSELHO DE FAZENDA ESTADUAL (CONSEF)*

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR