

A. I. N° - 210765.1513/16-7
AUTUADO - PETROBALL DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.
AUTUANTE - MARISA SOUZA RIBEIRO
ORIGEM - IFMT – DAT/SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 02.10.2017

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0149-05/17

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA COM SUBSTITUIÇÃO. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO. COMERCIALIZAÇÃO DE AEHC E ÁLCOOL. A condição de consumidor final deve ser caracterizada pela destinação do uso no próprio estabelecimento adquirente, no presente caso o adquirente é pessoa jurídica de direito privado que revende as mercadorias aos seus destinatários finais. Infração subsistente. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 20/05/2016, exige ICMS no valor histórico de R\$25.720,00 em razão da seguinte irregularidade: *"Deixou de proceder a retenção e o recolhimento de ICMS antecipado, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente a venda de AEHC ou de álcool para fins de não combustíveis, para contribuinte localizado no Estado da Bahia"*. Multa de 60% - Art. 42, II “e”, da Lei nº 7.014/96.

O autuado, às fls. 35/37 dos autos, apresenta defesa e, inicialmente, descreve os fatos da autuação dizendo que a empresa objeto da ocorrência fiscal, possui unidade em Ribeirão Preto/SP, onde são realizadas atividades comerciais relativas a álcool carburante, em conformidade com as informações constantes no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica.

Afirma que comercializou a venda de 42.000 litros (quarenta e dois mil litros) de Etanol Hidratado Combustível (EHC) ONU 1170 – CLASSE 3.II, NCM 22071090 para a ASSOCIAÇÃO PARA O DESENVOLVIMENTO E OTIMIZAÇÃO DO TRABALHADOR, Inscrita no CNPJ (MF) 07.349.071/0001-43, entidade civil sem fins lucrativos, que utiliza o produto para consumo entre seus associados (consumidor final).

Explica que a empresa é objeto do Termo de Ocorrência não teve a carga apreendida, mesmo não efetuando o pagamento do ICMS do Convênio ICMS 110/07.

Suscita preliminar de nulidade quanto ao cerceamento do direito de defesa por não possuir cópia do PAF ou Auto de Infração uma vez que este se encontra na IFMT em Vitória da Conquista. Impossibilitando a cópia e seu anexo ao processo, a empresa supracitada, solicita à SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DA BAHIA – IFMT/ SUL, REVISÃO DO CÁLCULO do PAF 210765.1513/16-7, onde, com base na Lei nº 7014/96 art. 10 § I e II – reproduz.

Sustenta que, *"uma vez o imposto não sendo recolhido pelo remetente, cabe-se adotar a EMEDA CONSTITUCIONAL EC 87/2015 ESTABELECENDO O CÁLCULO PARA PAGAMENTO DE 40% por cento do valor da diferença de alíquota DIFAL, acrescida de 60% por cento de multa. Esta multa sendo paga até 30 dias do Auto de Infração terá um desconto de 90%. Em anexo memória de cálculo com base na EC 87/2015"*.

Finaliza requerendo a revisão do cálculo efetuado pela IFMT/SUL, suspensão parcial da impugnação, uma vez que diverge do cálculo estabelecido pela lei acima descrita, sendo assim pede-se também a redução de 90% da multa uma vez julgado o parecer sendo liberado do DAE para pagamento.

Em anexo, afirma que protocola pedido de cópia de processo, o que até o momento não foi

atendido, cessando o direito à ampla defesa.

Na informação fiscal, fls. 84/85, a autuante informa que o motivo para a lavratura do presente auto de infração não foi outro, senão a falta do recolhimento tempestivo do imposto devido por substituição tributária incidente sobre a venda de produto elencado no Convênio ICMS 110/07 (AEHC) a contribuinte no Estado da Bahia.

Disse que pretende a autuada que seja exigido, unicamente, o valor da partilha, prevista na EC 87/2015, sob o argumento de que as mercadorias se destinam a consumidor final e afirma que tal entendimento não pode prosperar.

Assevera que não se pode admitir a aquisição por cooperativa de 42.000 lts de AEHC, sob o argumento de que se destina a consumidor final e que, de fato, esta mercadoria não se destina a consumo da própria destinatária, e sim para revenda, mesmo com preço diferenciado, a seus associados ou não.

Salienta que o conceito de consumidor final se coaduna com o entendimento de que o adquirente dará às mercadorias um uso pelo próprio destinatário.

Assinala que quando o destinatário repassa a mercadoria adquirida a terceiros, associados ou não, deixa tal operação de ser destinado a consumidor final, configurando operação de revenda de combustível, sendo irrelevante tratar-se de cooperativa.

Pontua que o fato de não ter fins lucrativos, não afasta a característica de mercancia das mercadorias adquiridas, trata-se apenas de uma faculdade do revendedor, de auferir ou não os lucros da operação.

Salienta que para que se considerasse tal operação como venda a consumidor final, mister se faria que a cooperativa destinatária utilizasse as mercadorias adquiridas em atividade própria, sem o repasse para terceiros, com aferição de lucro ou não.

Assim, sustenta que não há que se falar em aplicabilidade da EC 87/2015, já que não se trata de operação interestadual destinada a consumidor final, sendo aplicável ao caso, o previsto no Convênio ICMS 110/07.

Contesta a peça defensiva em todos os seus termos e requer seja julgado o auto de infração procedente.

VOTO

O presente lançamento de ofício, ora impugnado, contempla a exigência tributária ao sujeito passivo em virtude de não proceder à retenção e o recolhimento de ICMS antecipado, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente à venda de AEHC, álcool para fins combustíveis, para contribuinte localizado no Estado da Bahia, tendo sido exigido o imposto devido por substituição tributária e a respectiva multa de 60%, prevista no art. 42, II “d” da Lei nº 7.014/96.

O sujeito passivo sustenta a tese de que só caberia a exigência tributária unicamente no valor da partilha, prevista na EC 87/2015, sob o argumento de que as mercadorias se destinam a consumidor final.

Suscita preliminar de nulidade quanto a cerceamento do direito de defesa por não possuir cópia do PAF ou Auto de Infração. Verifico que o sujeito passivo, além de ter obtido cópia de todo o processo, conforme consta do AR a fl. 89 dos autos, consta a assinatura do fiel depositário no Termo de Intimação, com os detalhes para se conhecer a infração imputada. Constatou, ademais, que na peça defensiva, demonstrando o conhecimento amplo do teor do presente auto de infração, ataca os pontos que entendeu ser possível elidir a presente exigência tributária, razões pelas quais não identifico qualquer prejuízo ao exercício da ampla defesa ou do contraditório. Assim, não acolho o pedido de nulidade.

Entende o autuante que não se pode admitir a aquisição por cooperativa de 42.000 lts., sob o argumento de que se destina a consumidor final. É que, de fato, esta mercadoria não se destina a consumo da própria destinatária, e sim para revenda, mesmo com preço diferenciado, a seus associados ou não.

Cabe razão à autuante quando atribui a exigência do imposto devido por substituição tributária com base no art. 10 de Lei 7.014/96, na medida em que o aludido dispositivo determina 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.

Nessa mesma toada, destaco o inciso I, Cláusula Primeira do Convênio 101/2007 e o item 6.1 do Anexo 01 do RICMS/2012, que estabelecem a condição de sujeito passivo por substituição tributária do remetente, bem como o enquadramento da mercadoria no regime de substituição tributária interestadual. Verifico que não há a previsão na legislação tributária do Estado da Bahia, com relação ao regime de substituição tributária, ou mesmo nos aludidos acordos interestaduais, que atribuem a condição de consumidor final, afastando-as do aludido regime, às cooperativas, no presente caso à ASSOCIAÇÃO PARA O DESENVOLVIMENTO E OTIMIZAÇÃO DO TRABALHADOR, Inscrita no CNPJ (MF) 07.349.071/0001-43.

Além do mais, conforme se verifica no RICMS/2012, constam muitas hipóteses de substituição tributária por diferimento, prevista no seu art. 286, que resultam na condição de contribuinte substituto das cooperativas, quando há o encerramento da fase de diferimento.

O próprio Convênio 81/93, vigente à época, não traz a aludida previsão, visto que tais estabelecimentos adquirem e revendem a mercadoria adquirida de terceiros, conforme alinha o autuante em sua informação fiscal.

A condição da associação em tela não ter fins lucrativos não afasta a sua condição de contribuinte, bem como de contribuinte substituído nas operações com o produto, alvo do presente lançamento.

A condição de consumidor final deve ser caracterizada pela destinação do uso do produto no próprio estabelecimento adquirente, no presente caso o adquirente é pessoa jurídica de direito privado que revende as mercadorias aos seus destinatários finais.

Diante do exposto, não cabe, no presente caso, a aplicação das regras previstas na EC 87/2015, visto que, a presente operação não é destinada a consumo final, sendo aplicáveis ao caso, as normas contidas no Convênio ICMS 110/07.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210765.1513/16-7**, lavrado contra **PETROBALL DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$25.720,00**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de agosto de 2017.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA

TOLSTOI SEARA NOLASCO - JULGADOR