

A.I. Nº - 269352.0005/23-5
AUTUADO - BINATURAL BAHIA LTDA.
AUTUANTE - ANDERSON PEIXOTO SAMPAIO
ORIGEM - SAT / COPEC
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 06/12/2023

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0192-01/23-VD**

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA POR DIFERIMENTO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. O autuado adquiriu insumos para produção de biodiesel com diferimento do ICMS e realizou saída subsequente desses insumos para outros produtores de biodiesel, amparadas pela mesma hipótese de diferimento utilizada em sua aquisição. Comprovado que a produção do biodiesel pelo autuado teve atraso em razão de processos burocráticos de autorização. A realização da subsequente saída dos insumos com nova hipótese de diferimento afasta a exigência do imposto diferido na aquisição anterior. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O auto de infração em lide, lavrado em 31/03/2023, formaliza a exigência de ICMS no valor total de R\$ 21.728,393,06 em decorrência do autuado ter deixado de recolher o ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável por substituição (02.10.01), ocorrido nos meses de agosto a dezembro de 2021, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea "f" do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O autuante acrescentou que o autuado não possuía autorização da ANP para produzir biodiesel em 2021, fato que somente se concretizou em 01/01/2022, através do Ato COTEPE nº 03/22, revendendo os insumos adquiridos com diferimento.

O autuado apresentou defesa das fls. 23 a 49. Explicou que deu entrada em seu pedido de autorização para fabricar o biodiesel na Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP desde 17/08/2020, conforme se identifica do Extrato do Protocolo SEI daquela agência reguladora, do processo de número 48610.212852/2020-48, conforme cópia à fl. 25. Alegou que, devido à Pandemia do COVID-19, haja vista as limitações impostas pela emergência sanitária e o atendimento precipuamente virtual, a autorização formal da ANP somente foi publicada em 15/09/2021, com a publicação do Diário Oficial da União em 16/09/2021, conforme cópia à fl. 83.

Destacou que o primeiro lançamento no Auto de Infração em lide possui data de ocorrência em 31/08/2021, praticamente momento em que foi fornecida a autorização da citada agência reguladora, momento em que começou a adquirir as matérias-primas para a fabricação de Biodiesel.

Disse que, embora a empresa já tivesse a autorização formal da ANP, ainda aguardava a publicação de ATO COTEPE específico, previsto no Convênio ICMS 206/21, com a relação dos fabricantes autorizados a produzir o Biodiesel, para que nesta oportunidade a impugnante fosse finalmente autorizada, pelo ponto de vista fiscal, a ser produtora do item em questão.

Ressaltou que tal publicação do ATO COTEPE somente ocorreu em janeiro de 2022, motivo pelo qual a empresa não quis infringir as normas fiscais e a obrigou a revender as matérias-primas adquiridas preteritamente, que agora estão em lide, mas a preço de custo e sem benefício

financeiro, pois somente repassou a outros fabricantes de Biodiesel com o mesmo diferimento.

Afirmou que nas operações com Diferimento a análise da tributação deve ser realizada de forma ampla, considerando-se toda a cadeia de comercialização e industrialização, bem como seu objetivo principal que é diferir/postergar o imposto até o final da cadeia, onde a Refinaria de Petróleo fará a retenção de todo o ICMS-ST quando da tributação do ÓLEO DIESEL, cabendo à distribuidora de combustíveis utilizar o Biodiesel para mistura ao Óleo Diesel, que já teve a retenção de todo o ICMS, inclusive considerando-se o valor do Biodiesel que naquele está inserido.

Reiterou que adquiriu o óleo de soja degomado de indústrias estabelecidas dentro do Estado da Bahia, com Diferimento, com o intuito primordial da produção do biodiesel. Porém, por questões formais, não pode exercer o processo fabril naquele momento, o que levou a procurar dar seguimento aos elos da cadeia de comercialização e industrialização, para que se chegasse ao objetivo final das matérias-primas adquiridas, qual seja, a fabricação de Biodiesel.

Asseverou que, para o negócio 'Fabricação de Biodiesel' é fundamental que se tenha contratos de longo prazo firmados com os fornecedores de matérias primas (óleo de soja, principalmente) para garantir a disponibilidade física do insumo e menor oscilação nos preços. Neste sentido, a BINATURAL tinha uma expectativa de início de produção que dependia da autorização da ANP para a produção de Biodiesel e da publicação de ATO COTEPE específico, que sofreu atraso em decorrência do COVID-19.

Alegou que não tinha, ainda, autorização formal plena para produzir Biodiesel e ao mesmo tempo havia firmado contratos de aquisição das matérias primas, que tiveram que ser cumpridas, e a única alternativa para a utilização das mesmas era a revenda/repasse.

Informou que é detentor de incentivo fiscal do PROIND fornecido pelo Estado, obtido através de aprovação técnica do Conselho Deliberativo do PROBAHIA, conforme Resolução 09/2021, aprovada desde 03/2021.

Explicou que a retenção do ICMS-ST pela Refinaria é integral no Óleo Diesel (Biodiesel incluso), por conta de utilizar o preço médio ponderado a consumidor final – PMPF – como base da retenção. Assim, as matérias primas adquiridas já tiveram a cobrança do ICMS efetivada quando da retenção do ICMS-ST pela Refinaria sobre o preço final ao consumidor do Óleo Diesel, com o biodiesel incluído.

Ressaltou que as saídas subsequentes do ÓLEO DE SOJA DEGOMADO adquirido pela empresa posteriormente foram remetidos para outros fabricantes, que deram sequência na cadeia de industrialização e comercialização, cumprindo as regras estabelecidas ao Diferimento das matérias-primas do Biodiesel, e fizeram chegar aos consumidores finais o produto ÓLEO DIESEL.

Alertou que as saídas subsequentes foram realizadas com Diferimento previsto legalmente no Art. 286, inciso L, alínea 'b', do RICMS/BA, *in verbis*:

"Art. 286 - É diferido o lançamento do ICMS:

L - nas seguintes saídas internas de óleo de soja:

a) destinadas a estabelecimento industrial para refino do óleo bruto;

b) destinada à produção de Biodiesel - B-100, em estabelecimento industrial de contribuinte que tiver obtido aprovação técnica para fruição de incentivo fiscal ou financeiro concedido por este Estado;"

Disse que as saídas foram efetuadas para as empresas PETROBRAS BIOCUMBUSTIVEL S/A, CNPJ 10.144.628/0003-86 e BIO-ÓLEO INDUSTRIAL E COMERCIAL S.A, CNPJ 08.892.216/0001-10, ambas possuidoras de aprovação técnica para fruição de incentivo fiscal, conforme cópias das Resoluções anexadas às fls. 37 e 38, condição estabelecida no dispositivo legal acima, para que se pudesse cumprir o pré-requisito do Diferimento.

Alegou, ainda ilegitimidade Passiva no caso em tela, haja vista ser incompatível a cobrança atual dos valores de ICMS das entradas, através de notas fiscais que foram emitidas pelos fornecedores sem tributação (diferidas), pois o Fisco poderia ter lavrado o presente Auto de Infração em

desfavor dos remetentes, ao invés da Impugnante.

Reclamou que, ainda que a multa fosse devida, o percentual aplicado no Auto de Infração em comento é totalmente ilegítimo, pois a multa aplicada por dolo de 60% do tributo exigido, atinge elevado percentual do faturamento interno e externo da impugnante e afiguram-se inconstitucionais, por afrontar aos Princípios Constitucionais da Razoabilidade, Proporcionalidade e de Proibição de Tributação com efeito de confisco.

Alegou, também, que o lançamento foi efetivado com base em mera presunção, o que é inadmissível. Conforme se observa dos autos não há nenhum embasamento robusto da cobrança do imposto e prova de prejuízos ao Estado, de forma a justificar a acusação fiscal e enquadramento como falta de cumprimento do objetivo do Diferimento. Concluiu que se classificam como nulos os lançamentos fiscais desacompanhados dos elementos suficientes para determinação – com segurança – da ocorrência do fato gerador, não só pela inexistência de substância ou justa causa, mas, também, porque tal vício implica em prejuízo do exercício pleno do direito de defesa do acusado.

Questionou, caso a empresa pague Auto de Infração em lide, se teria direito a se creditar do imposto pago, pois carece de elementos sólidos para se ter certeza de tal hipótese, frente que, neste caso, enfrentaríamos a situação de se creditar de imposto da entrada, quando as remessas saídas dos fornecedores foram realizadas sem tributação – diferidas – ofendendo-se, assim, o princípio da não-cumulatividade do ICMS e princípio da razoabilidade.

Requeru que sejam determinadas as devidas diligências para se constatar o cumprimento do objetivo final do Diferimento dos produtos comercializados e a falta de prejuízos ao Estado da Bahia.

O autuante apresentou informação fiscal das fls. 94 a 97. Alegou que as informações trazidas na defesa não foram apresentadas durante a fiscalização. Reconheceu que a ANP já havia autorizado o autuado a produzir biodiesel desde meados de 2021. Também reconheceu que não houve prejuízo para o Estado, pois o autuado realizou saídas subsequentes com diferimento para outros produtores de biodiesel, em conformidade com o disposto na alínea “b” do inciso L do art. 286 do RICMS. Confirmou que as saídas subsequentes realizadas pelo autuado foram sem aplicação de margem de valor agregado. Por fim, opinou pela improcedência do auto de infração.

Presente a sessão de julgamento a Advogada Michele Lucena Cesar de Albuquerque. OAB/BA 21.603.

VOTO

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.

O presente auto de infração trata da exigência de ICMS diferido em razão do autuado não ter dado o destino previsto como termo final do diferimento. O autuado adquiriu insumos para a produção de biodiesel, mas realizou saídas subsequentes desses produtos para outros contribuintes produtores de biodiesel com nova hipótese de diferimento do ICMS.

O autuado comprovou que possuía atividade de fabricação de biodiesel, possuía aprovação técnica para fruição de incentivo fiscal e que estava autorizado pela ANP para sua produção desde setembro de 2021, após longo período de espera causado pela pandemia do COVID-19. Assim, as aquisições dos insumos efetuadas pelo autuado estavam amparadas pelo diferimento previsto na alínea “b” do inciso L do art. 286 do RICMS.

A demora da publicação do subsequente ato COTEPE, autorizando a produção de biodiesel, resultou na necessidade do autuado de realizar subsequente saída dos insumos adquiridos, que tiveram como destino outros produtores de biodiesel. Essas subsequentes saídas dos insumos para outros produtores também estavam alcançadas pela hipótese de diferimento prevista na

alínea “b” do inciso L do art. 286 do RICMS.

A saída subsequente realizada pelo autuado, acobertada por nova hipótese de diferimento, afasta qualquer exigência fiscal relativa à operação anterior também realizada com diferimento. Os destinatários subsequentes eram produtores de biodiesel e possuíam aprovação técnica para fruição de incentivo fiscal concedido por este Estado, conforme resoluções às fls. 37 e 38.

Importante destacar que o biodiesel produzido tem como único destino a mistura com o diesel a ser realizada pela distribuidora de combustível, garantindo o efetivo recolhimento do imposto por substituição tributária de responsabilidade da refinaria.

O próprio autuante reconheceu a improcedência da autuação após analisar os argumentos e documentos trazidos pelo autuado em sua defesa.

Desse modo, voto pela IMPROCEDÊNCIA do auto de infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 269352.0005/23-5, lavrado contra **BINATURAL BAHIA LTDA**, devendo ser intimado o autuado para tomar conhecimento da decisão.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 17 de novembro de 2023.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - RELATOR

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVEA – JULGADOR