

PROCESSO - A.I. Nº 206854.0012/00-9
RECORRENTE - CCB - COMPANHIA DE CÍTRICOS DO BRASIL
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0298-03/02
ORIGEM - INFAZ CALÇADA
INTERNET - 18.12.02

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0453-11/02

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO E DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. SUCOS DE FRUTAS INDUSTRIALIZADOS. Exclusão do suco integral da exigência fiscal, pois à época dos fatos geradores objeto da presente autuação – 1995 – este produto não estava enquadrado no regime de substituição tributária. Não comprova o recorrente que os produtos, objeto da autuação, foram vendidos para consumo e não para comercialização. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Vencido o voto da Relatora. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de um Recurso Voluntário interposto após Decisão que julgou procedente em parte o Auto de Infração lavrado para reclamar falta de retenção e conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste estado, de “sucos de frutas industrializados”, nos exercícios de 1995 e 1998.

O Auto de Infração foi julgado procedente em parte, tendo o Relator da 3ª JF apresentado os seguintes fundamentos:

“Trata-se de Auto de Infração que exige do autuado, na condição de sujeito passivo por substituição o ICMS que não foi retido e conseqüentemente não recolhido, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, de “sucos de frutas industrializados”, nos exercícios de 1995 e de 1998.

No que tange à exigência relativa ao ano de 1995, a defesa prende-se ao argumento de que neste período comercializava com suco integral e que este não integrava o rol da substituição tributária. Efetivamente, o RICMS/89, vigente à época do fato gerador, em seu art. 19, inciso II, alínea “j”, prevê a inclusão na substituição tributária de “sucos concentrados de frutas em líquido, em pasta ou em pó”.

Entendo que suco integral está inserido na definição de sucos concentrados, e estava portanto previsto no rol dos produtos sujeitos à substituição tributária, no exercício de 1995. O RICMS/89 não excepciona este tipo de suco, razão porque deve ser mantida a exigência fiscal. Apenas a polpa de

frutas não estava sujeita à substituição tributária, naquele período, como até hoje se encontra fora desta forma de tributação.

Verifico ainda que o autuado não traz ao PAF nenhum elemento que comprove que comercializa apenas com suco integral, e que a sua classificação na NCM não estaria contida na disposição legal, relativa à substituição tributária do RICMS/89.

Quanto à acusação relativa ao exercício de 1998, o autuado defende-se argumentando que efetuou vendas para hotéis, e que estes produtos foram adquiridos para consumo interno e/ou para servir no café da manhã dos seus hóspedes, estando o valor incluído na diária.

Não obstante a diligência realizada ter constatado que esta assertiva é verdadeira, os estabelecimentos hoteleiros, desenvolvem atividade mista, sujeitas ao ISS e ao ICMS. Deste modo, o suco comercializado aos hotéis pelo autuado, é um produto que tanto pode ser servido no café da manhã, compondo o serviço de hospedagem, como pode ser comercializado para acompanhar as refeições ou ser servido no bar ou nos frigobares. Estes fatos tornam a sua destinação de difícil previsão no momento da compra, e o vendedor (o autuado) não dispõe de elementos para que possa definir conseqüentemente a incidência ou não do ICMS. Entendo que este argumento da defesa não consegue ilidir a infração. Verifico ainda que o autuado reiteradamente vem efetuando a substituição tributária para vários de seus clientes do ramo hoteleiro, conforme planilha de cálculo da substituição tributária mensal, de fls. 48 a 62. Aplica-se o mesmo entendimento às operações realizadas com o Hotel Fiesta, cujas aquisições foram consignadas através da NF 559, que fora registrada no REM, de fl. 111.

Quanto à tese sustentada pela defesa de que devem ser excluídas da exação fiscal as vendas para supermercados, por serem usuário de máquinas registradoras, e tributarem todas as saídas à alíquota de 17%, devo lembrar que estes fazem a exclusão das entradas de mercadorias sujeitas à substituição tributária, no momento em que realizam a apuração mensal do imposto, consoante o art. 743, II e IV, do RICMS/97. Cai por terra, portanto este argumento da defesa.

Também as empresas de alimentação e outras tributadas pelo regime simplificado do ICMS, com carga tributária de 5% sobre a receita bruta, ao adquirem os produtos do autuado fazem as exclusões no ato da apuração mensal do imposto, conforme art. 504 IV, V, c, 2 do RICMS/97. Deste modo que as parcelas relativas a estes contribuintes devem ser mantidas na autuação.

Quanto à irresignação do autuado com relação às vendas realizadas para o funcionário Sr. Jorge Elísio, este por comprar com habitualidade e em grande volume, torna-se contribuinte do imposto, contudo como os produtos adquiridos do autuado referem-se à polpa de frutas, estas estão fora da substituição tributária, devendo as parcelas relativas a esta exigência, abaixo discriminadas, e relatadas no demonstrativo de fls. 25 a 39, referente ao exercício de 1998, serem excluídas da cobrança do crédito tributário.

Com a exclusão das parcelas descritas no demonstrativo, o débito do exercício de 1998 passa a ser de R\$ 14.177,99.

Ressalto que o demonstrativo de débito relativo ao exercício de 1995, constante no Auto de Infração, fl. 2 do PAF, permanece inalterado.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração”.

Inconformado o autuado apresenta Recurso Voluntário onde ataca trecho por trecho do voto da Relatora da 3ª JJF onde insiste que a mercadoria por ela comercializada não se trata de suco concentrado, mas suco integral que no período de 1995 não era tributado, merecendo reparos a Decisão de Primeira Instância.

Que os sucos são comercializados para Hotéis, consumidores finais não havendo incidência de ICMS e relativamente às mercadorias vendidas a supermercados e revendedores de sucos, afirma que estas empresas receberam as mercadorias sem antecipação do pagamento do imposto, não efetivando a exclusão das saídas, não havendo, assim, razão para a mesma ser penalizada.

Quanto a exclusão das mercadorias compradas pelo Sr. Jorge Elísio afirma que a 3ª JJF considerou as mercadorias como polpa de fruta, estando excluída da previsão da substituição tributária, entendimento que, de acordo com o patrono do autuado deverá ser estendido ao suco integral, pois, embora a nomenclatura seja diferente, POLPA DE FRUTA e SUCO INTEGRAL, trata-se do mesmo produto e a esta mesma conclusão chegou a 2ª CJF na Resolução nº 2378/98, cuja ementa e trechos do voto estão transcritos na peça recursal.

Ressalta ainda o recorrente que não foi objeto de apreciação pela 3ª JJF que a empresa ALIMENTA ALIMENTAÇÃO INDUSTRIAL LTDA., em duas oportunidades, prestou declaração afirmando serem os sucos comprados exclusivamente para consumo e não para venda, não havendo a retenção prevista no art.355, inc. V. Assim, não havia razão para que o autuado fizesse a retenção, devendo também ser excluídas da autuação as operações feitas com a ALIMENTA.

Por fim, requer a total improcedência da autuação.

Em Parecer a PROFAZ opina pelo provimento parcial do Recurso Voluntário, tendo em vista suco integral não pode ser confundido com suco concentrado e que a legislação de 1995 não determinava a antecipação de suco integral, considerando correta a tese da recorrente.

Quanto aos sucos vendidos para Hotéis estes também devem ser excluídos da autuação, pois são mercadorias vendidas a consumidor final, ao contrário dos supermercados e revendedores que são, inclusive, enquadrados no SIMBAHIA, não podendo ser excluídos do levantamento.

A PROFAZ discorda ainda da tese de que polpa de fruta e suco integral são os mesmos produtos, discordando da ampliação da exclusão da substituição para o suco integral.

VOTO VENCIDO

Neste Recurso Voluntário a autuada tenta reverter o julgamento realizado pela 3ª JJF por entender o mesmo equivocado.

Razão assiste ao recorrente no que se refere à venda de sucos para Hotéis, por serem os mesmos consumidores finais, bem como na parte relativa ao suco integral, que não pode ser confundido com suco concentrado como entendeu a Primeira Instância, ainda mais por que em 1995 não havia previsão para que fosse efetuada a antecipação do suco integral.

Quanto ao argumento de que polpa de fruta é a mesma coisa de suco integral, concordo com a PROFAZ de que tais produtos são diferentes e não podem ser confundidos, não podendo também ter o mesmo tratamento tributário.

Relativamente às vendas realizadas para supermercados e revendedores também não deve ser alterada a Decisão da 3ª JF, uma vez que inexistirem provas de que tenham sido feitas as exclusões das mercadorias objeto da substituição, decorrendo daí a falta de antecipação.

Pelo exposto, concordo com o Parecer exarado pela representante da PROFAZ e dou PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário devendo ser excluída da autuação a parcela referente ao suco integral e as vendas realizadas para Hotéis que são consumidores finais do produto.

VOTO VENCEDOR

Data venia o voto proferido pela ilustre Relatora, discordamos parcialmente do mesmo no que pertine ao afastamento dos valores exigidos a título de substituição tributária nas operações de vendas realizadas pela recorrente com destino a hotéis, sob ao argumento de que estes seriam consumidores finais. A uma porque não logrou o recorrente de fato comprovar que os adquirentes – hotéis – destinaram os produtos para fornecimento aos seus hóspedes, computando o seu valor na diária cobrada. A duas que é cediço que os hotéis também comercializam tais produtos, tanto através do frigobar aos seus hóspedes, como a não hóspedes, através de bares e restaurantes instalados em suas dependências. Tanto isto é verdade, que a Relatora de Primeira Instância consignou em seu voto que constam dos autos planilhas que demonstram que o recorrente efetua a substituição tributária para valores clientes seus do ramo hoteleiro, o que de fato se comprova com simples análise das mesmas, às fls.48 a 62 dos autos.

Registre-se, ainda, que a diligência realizada pela ASTEC em verdade não afastou a exigência fiscal, pois apenas consignou a constatação de que o valor das diárias inclui o café da manhã, onde são servidos sucos, e que *podem* ser verdadeiras as declarações acostadas aos autos pelos destinatários. Ora, se o sujeito passivo alega a existência de fato extintivo da imputação que lhe foi cominada, deve munir-se das provas necessárias à constatação deste fato. As declarações acostadas aos autos não têm este condão, pois são insuficientes, por si só, para excluir a exigência fiscal.

Observe, ainda, embora não seja objeto de análise neste Recurso Voluntário, que se equivocou a Relatora de Primeira Instância ao afastar a exigência fiscal quanto aos valores cobrados do funcionário da recorrente, ao argumento de que não estando a polpa de fruta enquadrada na substituição tributária - embora ficasse evidenciado ser o mesmo contribuinte, pelo volume e habitualidade nas suas aquisições - não cabia a retenção do imposto pela empresa. Ora, em que pese de fato a polpa não ser sujeita a esta sistemática de cobrança, sendo o adquirente contribuinte não inscrito, caberia sim a exigência do imposto por substituição tributária, pela qualidade de não inscrito do adquirente, como prevê a legislação. É a chamada substituição tributária subjetiva, ou seja, pela qualidade do adquirente, e não pelo tipo do produto adquirido.

Cabe, portanto, a exigência deste imposto, através de outro procedimento fiscal.

Em decorrência, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206854.0012/00-9**, lavrado contra **CCB – COMPANHIA DE CITRÍCOS DO BRASIL**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$70.845,29**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 61, III, “b”, da Lei nº 4.825/89 e art. 42 II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

VOTOS VENCEDORES: Conselheiros (as) Antonio Ferreira de Freitas, Carlos Fábio Cabral Ferreira e Sandra Urânia Silva Andrade.

VOTOS VENCIDOS: Conselheiros (as) Max Rodrigues Muniz, Nelson Teixeira Brandão e Verbena Matos Araújo.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de novembro de 2002.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

VERBENA MATOS ARAÚJO – RELATORA/VOTO VENCIDO

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – VOTO VENCEDOR

ADRIANA LOPES VIANNA DIAS DE ANDRADE - REPR.DA PROFUZ