

A. I. N° - 298742.0006/02-1
AUTUADO - M S ENGARRAFADORA E TRANSPORTES LTDA.
AUTUANTE - ANA CLÁUDIA GOMES BARROS
ORIGEM - INFRAZ SANTO AMARO
INTERNET - 11.09.2002

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0317-04/02

EMENTA: ICMS. 1 DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS DECLARADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO. Infrações comprovadas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 28/06/2002, exige ICMS no valor de R\$36.442,76, em razão das seguintes irregularidades:

1. Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis regularmente escrituradas. Segundo a autuante, o contribuinte deixou de recolher o imposto nas operações com melaço, alegando tratar-se de mercadoria isenta, além de não recolher o imposto normal nas operações com aguardente, uma vez que por se tratar de indústria, não realizou a antecipação tributária nas aquisições interestaduais e, quando das operações de saídas, informava no corpo da nota que o imposto foi pago pelo regime de substituição tributária;
2. Deixou de proceder à retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

O autuado em sua peça defensiva de fls. 158 a 162 dos autos, inicialmente, descreveu as infrações imputadas.

Em seguida, fez um relato de suas atividades desde a sua fundação, quando tinha como atividade o transporte de cargas em geral, tendo posteriormente ampliada a mesma, passando também a engarrafar e distribuir produtos líquidos em geral até fevereiro/96, quando, em virtude da concorrência de indústria de bebidas de outros Estados, passou apenas a comprar e vender em atacado, sem qualquer beneficiamento. Transcreve o teor do parágrafo 5º, seus incisos I a IV, do art. 2º, do RICMS/97.

Quanto ao mérito da autuação assim se manifestou:

Infração 1 - Acata a exigência relativa às saídas de melaço consideradas como isentas, oportunidade em que apresentou um novo demonstrativo (documentos 172 a 179), em substituição ao que foi elaborado pela autuante. Quanto ao imposto cobrado sobre as saídas de aguardente, diz que por não mais exercer atividade industrial, não há que se falar em destaque do ICMS, nem em sua falta de recolhimento, pois o imposto foi pago por antecipação, cujas saídas subsequentes se deram com desoneração do imposto na forma do art. 356, do RICMS-BA.

Infração 2 – Aduz que por não mais praticar atividade industrial e sim comercial atacadista, a empresa não é sujeito passivo por substituição e sim por antecipação e, como tal, o imposto devido foi pago na aquisição, pela entrada da aguardente, motivo pelo qual não deveria destacar o ICMS normal nem cobrar o imposto por substituição tributária.

Ao finalizar, diante dos fatos acima expostos, requer a improcedência do Auto de Infração com referência às infrações relacionadas com aguardente.

A autuante ao prestar a sua informação fiscal de fls. 362 e 363 dos autos descreveu, inicialmente, as infrações apuradas no presente lançamento fiscal, bem como fez um resumo das alegações defensivas.

Em seguida, assim se manifestou para refutar os argumentos defensivos:

1) Que o contribuinte apresenta um argumento não convincente, segundo o qual exerce atividade de atacadista e, como tal, não é obrigado a destacar o imposto sobre aguardente, nem tão pouco ser sujeito passivo por substituição. Quanto à alegação de ter utilizado o estoque de 1988, com o ICMS já pago por antecipação tributária, esclarece não ser verdadeira. Como prova, diz que às fls. 31 a 67 do PAF, foram anexadas as xerox's do Livro de Entradas do contribuinte, onde pode ser observado, claramente, tanto em 1999, como em 2000, a realização de compras de aguardente, cujas aquisições eram feitas a granel (ver fls. 24 e 25), onde constava no corpo da nota fiscal que a mercadoria era "destinada a indústria engarrafadora para o seu devido aproveitamento (produto intermediário). Sustenta que, se o contribuinte compra aguardente a granel e em suas notas fiscais de saída não consignava a venda do produto de modo idêntico, o mesmo realiza industrialização, já que de acordo com o regulamento considera-se industrialização o acondicionamento ou recondicionamento e que importe alteração do produto pela colocação de embalagem. Sobre a alegação defensiva de que efetuou apenas duas compras de aguardente e pagou o ICMS antecipadamente, esclarece que às fls. 24 a 30 foram anexadas as notas fiscais de compras em outros Estados, através das quais se observa que não foi efetuado o recolhimento antecipado do ICMS, salvo em relação a de nº 367, a qual foi objeto da lavratura de Auto de Infração. Ressalta, no entanto, que foram abatidos os 4850 litros adquiridos através da referida nota, conforme demonstrativo às fls. 151 e 153. Frisa que o contribuinte, tentando confundir a fiscalização, carimbava no corpo das notas fiscais de saídas a seguinte informação: "imposto pago antecipado de acordo com o Decreto 2736 de 06/09/99 e portaria 270 de 22/06/93", sem ter, entretanto, realizado qualquer pagamento do ICMS, seja na entrada ou saída dos produtos.

Continuando, diz com relação ao melaço, que houve erro de digitação nos meses de outubro a dezembro/2000, o que majora o valor do imposto cobrado de R\$2.408,39 para R\$2.449,19 e de R\$1.472,20 para R\$1.579,30, respectivamente.

2) Com referência à infração 2, diz que independente da atividade que desenvolve o contribuinte, o mesmo é responsável pela retenção do ICMS na qualidade de sujeito passivo por substituição, quando realiza venda de aguardente para adquirente neste Estado.

Ao concluir, reafirma a procedência do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, para melhor compreensão das infrações, entendo necessário prestar os seguintes esclarecimentos:

I – Do exame das notas fiscais de aquisições de aguardente de cana (ver fls. 24, 25 e 30), constata-se que os seus fornecedores consignaram nos documentos que o produto se "Destinava a indústria engarrafadora para o devido processamento (produto intermediário – art. 355, III) do RICMS da Lei nº 5444/96-BA". Desse modo, cai por terra à alegação defensiva, segundo a qual passou a ser atacadista a partir do mês de março/96;

II – Ora, sendo o autuado empresa engarrafadora de bebidas alcoólicas, é, portanto, industrial. Nesta condição, não estava obrigada a recolher o ICMS por antecipação tributária relativamente às mercadorias que adquirisse em outros Estados e que fossem enquadradas no regime de substituição tributária, para serem utilizadas no seu processo de industrialização. Se por acaso, fez alguma aquisição destinada simplesmente a revenda de bebida a granel, não havia condições do fisco identificar a sua destinação quando do ingresso neste Estado, com a finalidade de exigir o imposto por antecipação, nos termos da Portaria nº 270/93. Assim sendo, o autuado poderia não ter conhecimento prévio da destinação que daria àquela mercadoria.

Prestadas as informações acima, dentro no mérito da autuação, cujo posicionamento a respeito das infrações é o seguinte:

Infração 1 - Diz respeito à falta de recolhimento do ICMS, por ter praticado operações tributáveis como não tributáveis (venda de melaço), além de não recolher o imposto normal nas operações com aguardente.

Em sua defesa, o autuado acatou apenas o ICMS exigido referente às saídas de melaço, que foram consideradas como não tributadas. Quanto ao imposto cobrado sobre as saídas de aguardente, a alegação defensiva segundo a qual o imposto foi recolhido por antecipação tributária quando da operação de aquisição, não merece ser acolhida. É que o autuado não trouxe em sua defesa nenhuma prova em apoio ao alegado. Desse modo, considero correta a exigência fiscal.

Infração 2 - originou-se da falta de retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

A exemplo da infração 1, razão também não assiste ao autuado, pois sendo empresa industrial, ao realizar vendas neste Estado de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, ele estava obrigado a efetuar a retenção e o recolhimento do imposto. Por tal motivo, mantenho a autuação.

Quanto ao equívoco incorrido pela autuante, ao indicar valores do imposto devido inferiores ao real nos meses de outubro e dezembro/2000, nas importâncias de R\$40,80 e R\$107,10, respectivamente, entendo que tal fato implica no agravamento da infração, motivo pelo qual represento, nos termos do art. 156, do RPAF/99, a autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 298742.0006/02-1, lavrado contra **M S ENGARRAFADORA E TRANSPORTES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$36.442,76**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” e “e”, da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de setembro de 2002.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO - PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR

ANSELMO LEITE BRUM - JULGADOR