

PROCESSO - A. I. Nº 180597.0055/07-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - EAO – EMPREENDIMENTOS AGROPECUÁRIOS E OBRAS S/A. (FAZENDA BACIERA)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JJF nº 0278-01/08
ORIGEM - INFAZ IPIAÚ
INTERNET - 11/12/2008

2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0365-12/08

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. PAGAMENTO A MENOS DO IMPOSTO. **b)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. A comprovação de que as aquisições de materiais e bens objeto das duas infrações não se encontravam sujeitas ao pagamento antecipado do imposto, indica descaber a exigência tributária. Infrações descaracterizadas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.**RELATÓRIO**

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra Decisão que julgou Improcedente o Auto de Infração em lide, lavrado em 28/06/2007, para cobrança do crédito tributário correspondente à exigência de ICMS no valor de R\$36.762,74, acrescido da multa de 60%, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes infrações:

1. recolheu a menos o ICMS concernente à antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, destinadas à comercialização, nos meses de junho a outubro de 2005, janeiro a março e maio a novembro de 2006, exigindo imposto no valor de R\$35.008,44;
2. deixou de recolher o ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 [constantes do inciso II do art. 353 do RICMS/97], nos meses de agosto de 2005 e novembro de 2006, exigindo imposto no valor de R\$1.754,30.

Com referência à infração 1, esclarece o recorrido, que as notas fiscais objeto da cobrança se referem a:

- a) mercadorias destinadas à industrialização de cachaça – de acordo com o art. 352-A, a antecipação parcial do ICMS ocorre quando as mercadorias são adquiridas para fins de comercialização, enquanto que de acordo com o art. 355, inciso III, não cabe a retenção ou antecipação do imposto quando as mercadorias se destinarem a estabelecimento industrial, para utilização como matéria-prima, produto intermediário ou material para embalagem.

As Notas Fiscais de nºs 000072, 000624, 042277, 000077, 002930, 002929, 044147, 4141 e 003268 (fls. 84 a 92) se referem a mercadorias utilizadas na fabricação de Cachaça Itagiba, ou seja, barril, garrafas de vidro, rótulos adesivos, rolhas para tampar garrafas e caixas para o transporte das garrafas, que não se sujeitam à antecipação parcial do ICMS, desde quando se referem a materiais de embalagem, utilizados na industrialização da cachaça comercializada pelo impugnante.

- b) retorno de bens enviados anteriormente para conserto – foi cobrada indevidamente a antecipação do ICMS relativo à Nota Fiscal nº 13.899 (fl. 93), referente à devolução de bem após conserto, não se constituindo, assim, em mercadoria para fins de comercialização. Além disso, nos termos dos artigos 627 e 628 do RICMS/97, as operações de saída e retorno de mercadorias ou bens para conserto gozam de suspensão do ICMS.

- c) produtos sujeitos à substituição tributária – foi lançado ICMS relativo à circulação de tintas, através da Nota Fiscal nº 010.274 (fl. 94), na qual consta o ICMS devido pela operação no valor de R\$105,00, assim como o imposto substituído, destacado no valor de R\$150,00. Não se pode antecipar imposto que já foi antecipado por substituição tributária, sendo este o entendimento do CONSEF, conforme acórdão CJF nº 0066/01.
- d) mercadorias isentas de ICMS – afirma que, ao cobrar ICMS sobre a Nota Fiscal nº 42.099 (fl. 95), o autuante não verificou que se tratava de sêmen bovino, amparado por isenção tributária (art. 14, inciso XI do RICMS/BA), mercadoria não sujeita à antecipação parcial do ICMS, conforme dispõe o § 1º, inciso I do art. 352-A do RICMS/BA.
- e) mercadorias cujo ICMS fora pago por antecipação – a Nota Fiscal nº 1.600 (fl. 96) teve o ICMS antecipação cobrado na divisa Bahia/Minas Gerais, conforme atesta o DAE (documento de arrecadação estadual) no valor de R\$530,20 (fl. 97).
- f) materiais e bens destinados a uso, consumo e ao ativo imobilizado do estabelecimento – foi efetuado o lançamento do imposto sobre operações relativas a materiais e bens destinados ao seu uso, consumo ou ativo imobilizado, não estando, deste modo, sujeitos à antecipação parcial, conforme disposto no art. 352-A do RICMS/BA. A diferença entre a alíquota interna e a interestadual, foi regularmente recolhido, conforme demonstrado:

Quanto à infração 2, argumenta que as mercadorias consignadas nas Notas Fiscais de nºs 331 e 45.048 (fl. 233/234) referem-se, respectivamente, a cachaça adquirida para curtir barris que armazenam a cachaça produzida pelo impugnante e a rótulos para garrafas que armazenam o seu produto. A mercadoria constante na Nota Fiscal nº 331, de acordo com os transcritos artigos 371 e 355, inciso V do RICMS/BA, não é devida a retenção ou antecipação do imposto, tendo em vista que as mercadorias se destinam ao uso e consumo de seu estabelecimento. No caso dos materiais constantes da Nota Fiscal nº 45.048, que se refere a rótulos utilizados na estampagem das embalagens dos produtos industrializados pelo autuando, o item 2 do Anexo 88 foi revogado através da alteração nº 66 do RICMS/BA (Decreto nº 9.547/05), com vigência a partir de 01/10/05.

Requer que o Auto de Infração seja julgado inteiramente improcedente.

O autuante prestou informação fiscal à fl. 237, afirmando que tendo em vista as argumentações da defesa, acata integralmente os seus termos.

O julgador *a quo* emitiu o seguinte voto:

“Observo que o Auto de Infração traz duas imputações, relativas ao ICMS devido por antecipação tributária, sendo a primeira em relação ao recolhimento a menos do imposto referente à antecipação parcial, por se tratar de mercadorias adquiridas para comercialização. Já a infração 02 corresponde à falta de recolhimento do imposto e trata de mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária. Noto que o contribuinte impugnou as duas infrações, através da apresentação de documentação e de argumentos concernentes a todas as situações apontadas no lançamento, os quais foram totalmente acatados pelo autuante.

Verifico que efetivamente a tese defendida pelo sujeito passivo, nos dois casos, tem pertinência. No caso da infração 01, que se fundamenta no art. 352-A do RICMS/97, as situações concernentes às operações objeto da exigência tributária não têm respaldo, tendo em vista que não são alcançadas pela exigência do pagamento do imposto relativo à antecipação parcial, conforme se observa das disposições contidas no RICMS/97, segundo discrimino em seguida.

Assim é o caso de mercadorias destinadas à industrialização de cachaça, que são utilizados como matéria-prima, produto intermediário ou material de embalagem, tendo em vista o disposto no art. 355, inciso III; de igual modo, não cabe a cobrança do imposto nos casos de retornos de bens que haviam sido enviados anteriormente para conserto; outra situação diz respeito a produtos sujeitos à substituição tributária, em relação à qual não se aplica a antecipação parcial, a teor do inciso III do § 1º do art. 352-A. Vejo que, inclusive, o remetente das mercadorias tivera feito a retenção do imposto (fl. 94); já de acordo com o inciso I desse mesmo dispositivo não tem pertinência a exigência do ICMS no caso de mercadorias isentas

de ICMS (fl. 95); em relação à nota fiscal à fl. 96 o imposto fora pago por antecipação no posto fiscal de entrada do Estado, conforme DAE à fl. 97.

Diversas outras situações se referiram à aquisição de materiais e bens destinados a uso, consumo e ao ativo imobilizado do estabelecimento, não estando sujeitas à antecipação parcial, em função da disposição verificada no inciso V do art. 355 do RICMS/97. Desta forma, a infração 01 resta descaracterizada.

Em referência à infração 02, que exige o ICMS relativo à aquisição de mercadorias que se encontrariam enquadradas no regime da substituição tributária, o lançamento não tem resultado diferente do anterior, desde quando as mercadorias objeto do levantamento não se encontram contempladas nesse regime, descabendo a sua cobrança de forma antecipada.

No caso da Nota Fiscal nºs 331 (fl. 233) a mercadoria se refere a cachaça a granel, destinada à curtição de barris que armazenam a cachaça produzida pelo estabelecimento do contribuinte. Considerando o disposto no inciso V do art. 355 do RICMS/BA, não é devida a antecipação do imposto, tendo em vista que as mercadorias se destinam ao uso e consumo do contribuinte.

Enquanto isso, a Nota Fiscal nº 45.048 corresponde a rótulos para garrafas que armazenam o produto fabricado pelo autuado. Como esses materiais não se encontram arrolados dentre aqueles sujeitos à substituição tributária, descabe igualmente essa cobrança. Por estas razões, a infração 02 também não tem pertinência.

Diante do exposto, voto pela improcedência do Auto de Infração.”

VOTO

O contribuinte, em comprovada e bem fundamentada defesa, demonstrou com clareza e precisão a evidente improcedência da ação fiscal, corroborada pela concordância do fiscal autuante com todos os argumentos apresentados na defesa pelo sujeito passivo da autuação.

Por sua vez, o julgador de Primeira Instância acata os argumentos apresentados pelo autuado, destacando, quanto à infração 1, que as situações concernentes às operações objeto da exigência tributária não encontram respaldo, tendo em vista que não são alcançadas pela exigência do pagamento do imposto relativo à antecipação parcial, conforme consta nas disposições do RICMS. Também em relação à infração 2, o lançamento não tem resultado diferente do anterior, desde quando as mercadorias objeto do levantamento não se encontram contempladas nesse regime, descabendo a sua cobrança de forma antecipada.

Em face do exposto, NEGOU PROVIMENTO ao Recurso de Ofício, para manter a Decisão recorrida em todos os seus termos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **180597.0055/07-0**, lavrado contra **EAO – EMPREENDIMENTOS AGROPECUÁRIOS E OBRAS S/A. (FAZENDA BACIERA)**.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de novembro de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS