

A. I. Nº. - 180597.0055/07-0
AUTUADO - EAO – EMPREENDIMENTOS AGROPECUÁRIOS E OBRAS S/A
AUTUANTE - ARISTÓVIO FERNANDES PINHEIRO DA FONSECA
ORIGEM - INFRAZ IPIAU
INTERNET - 26. 08. 2008

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0278-01/08

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 descharacterizadas. Auto de Infração IMPROCEDENTE. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do Auto de Infração em lide, lavrado em 28/06/2007, foi lançado o 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:

01 – 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;

02 – 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.

Consta na “Descrição dos Fatos” que o levantamento se encontra demonstrado nos Anexos I e II, às fls. 09 a 13 dos autos.

O autuado, através de representante legalmente constituída, ingressou com impugnação às fls. 48 a 65, salientando que tem por objeto social a comercialização de eqüinos e bovinos, produção de cachaça e realização de obras, constituindo-se, assim, em contribuinte do ICMS.

Atacando a infração 01, afirma não assistir razão ao autuante, tendo em vista que as notas fiscais objeto da cobrança se referem a:

a) mercadorias destinadas à industrialização de cachaça – com base no RICMS/BA, observa que, 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.

Afiança que 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 Itagibá, produzida pelo impugnante, conforme prevê o art. 2º do seu estatuto social (fls. 73 a 80).

Assim essas mercadorias, quais sejam barril, garrafas de vidro, rótulos adesivos, rolhas para tampar garrafas e caixas para o transporte das garrafas, 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. Alega que, além disso, nos termos dos artigos 627 e 628 do RICMS/97, que transcreveu, 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. Assevera que não se pode antecipar um imposto que já foi antecipado por substituição tributária, sendo este o entendimento do CONSEF, conforme acórdão CJF nº 0066/01, cuja ementa transcreveu.

d) mercadorias isentas de ICMS – afirma que, ao cobrar ICMS sobre a Nota Fiscal nº. 42.099 (fl. 95), o autuante não verificou que a mercadoria se tratava de sêmen bovino, que se encontra amparada por isenção tributária (art. 14, inciso XI do RICMS/BA), não estando, deste modo, 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, que estabelece que a incidência do imposto somente ocorre em relação a mercadorias destinadas à comercialização, assim como em função do inciso V do art. 355 do mesmo regulamento, que exclui essa exigência quando a mercadoria se destinar ao uso, consumo ou ativo imobilizado de estabelecimento.

Argúi que o ICMS devido nesses casos, que se refere à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, o qual, quando devido, foi regularmente recolhido, conforme passou a demonstrar:

1 – notas fiscais cujo diferencial de alíquota foi recolhido dentro do próprio mês – salienta que as notas fiscais anexadas às fls. 98 a 160 se referem a aquisições de materiais e bens destinados ao uso, consumo e ativo imobilizado, que tiveram o ICMS referente à diferença de alíquota recolhido no próprio mês de entrada das mercadorias, conforme comprovam os demonstrativos das notas fiscais acompanhados das DMAs (declarações e apurações mensais do ICMS) e dos DAEs relativos aos meses de junho a outubro de 2005 (fls. 161 a 189) e de março a novembro de 2006 (fls. 190 a 215). Conclui que, deste modo, não há que se falar em cobrança de ICMS em relação às notas fiscais mencionadas, seja a título de antecipação parcial ou de diferença de alíquota.

2 – notas fiscais cujo diferencial de alíquota foi recolhido no mês seguinte – neste caso, está sendo cobrado o imposto relativo a materiais que ingressaram no estabelecimento em um mês e tiveram o valor do ICMS referente à diferença de alíquota recolhido no mês subsequente. Afiança que nesta situação encontram-se as notas fiscais anexadas às fls. 216 a 224, a respeito das quais o imposto correspondente foi recolhido através dos documentos anexados às fls. 198 a 202, 205 a 208 e 212 a 215.

3 – notas fiscais cujo diferencial de alíquota não foi recolhido por outras razões – ressalta que, em relação às Notas Fiscais a seguir relacionadas, não foi efetuado o pagamento do imposto relativo à diferença de alíquota pelas seguintes razões:

- NFs 468.393 e 271.339.471 (fls. 225/226): o ICMS destacado é maior ou igual à alíquota interna deste Estado;
- NFs 0052 e 0070 (fls. 227/228): os remetentes estão localizados dentro do Estado da Bahia;
- NFs 000.862, 000.825 e 000.646 (fls. 230 a 232): os bens correspondentes se destinaram ao ativo imobilizado do estabelecimento, não sendo devido o recolhimento do diferencial de alíquota pela fato de o impugnante ter aderido ao programa DESENVOLVE, cuja habilitação foi publicada no Diário Oficial do Estado em 19/11/2006. Afiança que, de acordo com o art. 1º, inciso I da Resolução nº. 44/06, foi outorgado o deferimento do lançamento e pagamento do ICMS relativo ao diferencial de alíquota de bens destinados ao ativo imobilizado para o momento em que ocorrer a sua desincorporação.

Ao se referir à infração 02, 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.

No que se refere à mercadoria constante na Nota Fiscal nº 331, destaca que, 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.

Argúi que 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.

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 discriminado 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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº. **180597.0055/07-0**, lavrado contra **EAO – EMPREENDIMENTOS AGROPECUÁRIOS E OBRAS S/A**.

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”, item 1, do RPAF//99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10.10.00.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de agosto de 2008.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – JULGADOR