

A. I. Nº. - 269094.1722/07-9
AUTUADO - COMERCIAL DE ALIMENTOS RIO BAHIA LTDA.
AUTUANTE - EMÍLIO ALVES DE SOUZA FILHO
ORIGEM - INFAC JEQUIÉ
INTERNET - 23. 09 2008

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0313-01/08

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Havendo previsão de que não cabe a antecipação do ICMS nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a estabelecimento que desenvolva atividade industrial, em conformidade com o disposto no artigo 355, inciso III do RICMS/97, a imposição tributária torna-se descabida. 2. DOCUMENTO DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO FISCAIS. DMA. FALTA DE APRESENTAÇÃO. MULTA. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do presente Auto de Infração, lavrado em 14/12/2007, foi efetuado o lançamento do ICMS no valor de R\$ 152.220,00, além de ter sido aplicada a multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 460,00, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes infrações:

01 – 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, relacionadas no anexo 88 [constantes do inciso II do art. 353 do RICMS/97], no mês de outubro de 2007, exigindo imposto no valor de R\$ 152.220,00, acrescido da multa de 60%;

02 – deixou de apresentar a DMA (declaração e apuração mensal do ICMS), relativa ao mês de outubro de 2007, sendo aplicada a multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 460,00.

O autuado apresentou impugnação às fls. 57 a 61, alegando que os valores apurados não estão amparados em premissas legítimas, por decorrerem de procedimentos ilegais e por se basearem em presunções não sustentadas por lei.

Requer a improcedência da infração 01, devido à inequívoca falha de interpretação por parte do autuante, que não observou que seu estabelecimento se refere a uma unidade produtiva, fabricante de açúcar de cana refinado, tendo como código fiscal de atividade econômica 1072401, não sendo cabível, por esta razão, a antecipação tributária relativa à aquisição de mercadorias de outras unidades da Federação, a teor do art. 355, inciso III do RICMS/97, que transcreveu.

Assevera não ter pertinência a cobrança do ICMS por antecipação, tendo em vista a natureza industrial do contribuinte, não sendo possível, ademais, qualquer tipo de interpretação extensiva, em consonância com o princípio legal da segurança jurídica.

No que se refere à infração 02, entende que não tem procedência, desde quando o impugnante teria até meados do mês de novembro para apresentar a DMA, o que não foi considerado pelo autuante.

Solicita que o Auto de Infração seja declarado parcialmente procedente, face à ausência de elementos caracterizadores das infrações. Requer provar tudo quanto alegado, por todos os meios admitidos em direito, inclusive revisão fiscal a ser executada pela assessoria técnica do CONSEF.

O autuante, na informação fiscal prestada às fls. 66 a 70, afirma que a infração 01 decorreu da falta de antecipação do imposto na aquisição de açúcar junto a usina localizada no Estado de Minas Gerais, conforme demonstrativo e cópias das notas fiscais anexados ao processo. Observa que a exigência está prevista no transcrito art. 353, inciso II, item 12 do RICMS/97.

Argumenta que de forma diversa daquela alegada na defesa, o autuado não é fabricante de açúcar refinado, consistindo em estabelecimento atacadista de produtos diversos, efetuando também a moagem do açúcar adquirido em usinas de cana-de-açúcar, para em seguida revender aos clientes varejistas.

Salienta que a despeito de o estabelecimento executar operações de moagem e de reacondicionamento, as quais são consideradas como industrialização (art. 2º, § 5º, incisos II e IV do RICMS/97), não ocorre o atendimento ao disposto no mencionado art. 355, inciso III do RICMS/97, desde quando o açúcar adquirido não é utilizado como matéria-prima, produto intermediário ou material de embalagem. O autuado simplesmente revende o açúcar após efetuar um processo de moagem e reacondicionamento.

Ressalta que partindo do pressuposto de que o contribuinte não deveria fazer a antecipação do pagamento do imposto, então deveria tributar as saídas subsequentes do produto, entretanto, não fez isto em nenhum momento, o que se constata em suas notas fiscais de saída. Outros dois pontos são destacados pelo autuante: as notas fiscais objeto da autuação não foram escrituradas no livro Registro de Entradas, enquanto que sempre que registra em sua escrita as notas fiscais de aquisição interestadual de açúcar, o contribuinte antecipa o imposto correspondente, o que contraria as suas razões de defesa.

No que se refere à infração 02, afiança que não prospera a alegação do autuado de que a fiscalização não respeitara o prazo de entrega da DMA, haja vista que até a data de lavratura do Auto de Infração, ou seja, 14/12/2007, o documento de informações econômico-fiscais não havia sido transmitido.

Acrescenta que o contribuinte tem se constituído num notório descumpridor de obrigações tributárias, tanto acessórias como principais, tendo sido autuado sistematicamente. Observa que também nessa ação fiscal o autuado não escriturou nem disponibilizou as notas fiscais, que foram obtidas por circularização. Chama a atenção para o fato de que o valor reclamado de R\$ 152.220,00 se refere apenas ao mês de novembro de 2007 e a um fornecedor, o que dá a dimensão do nível da evasão fiscal praticada.

Reprisa que a alegação de se referir a estabelecimento industrial não pode prosperar, considerando a falta de atendimento às determinações legais (art. 355, inciso III do RICMS/BA) e tendo em vista que o contribuinte compra o açúcar e o revende, após um processo de moagem e reacondicionamento. Ademais, a defesa não comprova que tributa as saídas subsequentes da mercadoria e, ainda que isso ocorresse, estaria sujeito à multa por falta de antecipação, por se tratar de produto sujeito à substituição tributária.

Com base no exposto, mantém a ação fiscal.

VOTO

O Auto de Infração em lide faz exigência do imposto por antecipação, referente às aquisições de mercadorias (açúcar), provenientes de outra unidade da Federação e relacionadas no anexo 88 e aplica multa em decorrência da falta de apresentação de DMA no prazo normal.

O sujeito passivo pleiteou a improcedência da infração 01, sob o argumento de que sendo seu estabelecimento uma unidade fabricante de açúcar de cana, com o código de atividade econômica 1072401, não tem pertinência a exigência da antecipação tributária, baseando-se, para tanto, no art. 355, inciso III do RICMS/97. O autuante, por sua vez, sustenta a autuação, alegando falta de atendimento ao disposto no mencionado dispositivo, desde quando o açúcar adquirido não é utilizado como matéria-prima, produto intermediário ou material de embalagem e que o impugnante simplesmente revende o açúcar após sua moagem e reacondicionamento.

Ao verificar os dados cadastrais do contribuinte noto que realmente sua atividade se refere à “fabricação de açúcar de cana refinado” – CNAE-Fiscal 1072401. Por outro lado, vejo que o próprio autuante prestou os seguintes esclarecimentos: “... *apesar da empresa autuada executar operações de moagem e de reacondicionamento, as quais para efeito do Regulamento do ICMS/BA, são consideradas como industrialização, ...*”, e em seguida: “*Em suma, a autuada revende o açúcar comprado nas usinas, após efetuar um processo de moagem e reacondicionamento.*”

Tais declarações vêm confirmar que o estabelecimento autuado efetivamente desenvolve atividades industriais. Este entendimento encontra amparo no disposto no art. 2º, § 5º, incisos II e IV do RICMS/97, onde se considera que os processos de moagem e reacondicionamento, que são realizados pelo autuado, se constituem em procedimentos de industrialização.

Deste modo, o pressuposto contido no art. 355, inciso III do RICMS/97, de que não cabe a antecipação do ICMS nas aquisições interestaduais quando as mercadorias se destinarem a estabelecimento que desenvolva atividade industrial, está em perfeita sintonia com a presente situação, tendo em vista que a análise não deve se ater exclusivamente à natureza da mercadoria adquirida. No caso sob análise, sem dúvida o autuado realiza um processo de industrialização, que se refere a moagem e reacondicionamento, considerando que o açúcar não é comercializado na forma que é adquirido, sofrendo uma transformação que o caracteriza como insumo do referido processo produtivo.

Vale registrar que mesmo que não houvesse processo de transformação do produto adquirido (moagem), o acondicionamento ou reacondicionamento, que resulte na alteração da apresentação do produto pela colocação de embalagem, ainda que em substituição à originária, salvo quando se tratar de simples embalagem de apresentação de produto primário ou de embalagem destinada apenas ao transporte da mercadoria, também é considerado um processo de industrialização.

Saliento que analisando a questão sob a ótica da substituição tributária, percebe-se que o legislador, ao afastar a obrigatoriedade de retenção ou antecipação na aquisição feita por estabelecimento industrial para utilização no processo de industrialização, conforme se verifica no dispositivo acima referido, certamente procurou alcançar a última etapa do processo produtivo, ou seja, se aproximar o máximo possível do preço praticado pelo industrial para o mercado consumidor. Assim, se o autuado adquire o açúcar e agrega ao seu custo uma etapa de industrialização, a exigência de antecipação tributária com base no preço de aquisição em outro Estado, indubitavelmente resultaria em prejuízo ao Estado da Bahia pelo recolhimento a menos do imposto sem a agregação do custo de industrialização (moagem e/ou reacondicionamento) à base de cálculo do ICMS.

No que se refere à alegação do autuante de que o contribuinte não vem tributando as saídas subsequentes, não resta dúvida de que a exigência fiscal deveria recair sobre tais fatos, ou seja, à falta de retenção do imposto na saída - com a base de cálculo maior - e não na entrada como foi feito, o que torna descaracterizado o lançamento concernente à infração 01.

Quanto à infração 02, percebo que a argumentação defensiva de que ainda dispunha de prazo para apresentar a DMA quando da autuação, não tem cabimento, haja vista que enquanto a penalidade se refere à falta de apresentação de informações econômico-fiscais relativas ao mês de outubro de

2007, o Auto de Infração foi lavrado em 14/12/2007. Por outro lado, através de pesquisa ao banco de dados da SEFAZ/BA, verifiquei que a mencionada DMA somente foi transmitida em 18/01/2008, portanto após o prazo regulamentar previsto para tanto. Assim, fica mantida a multa correspondente, aplicada através desta infração.

Diante do exposto, voto pela procedência parcial do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269094.1722/07-9, lavrado contra **COMERCIAL DE ALIMENTOS RIO BAHIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$460,00**, prevista no art. 42, inciso XV, alínea “h” da Lei nº 7.014/96, considerando os acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05.

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, 10 de setembro de 2008.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – JULGADOR