

A. I. Nº. - 269094.1722/07-9
AUTUADO - COMERCIAL DE ALIMENTOS RIO BAHIA LTDA.
AUTUANTE - EMÍLIO ALVES DE SOUZA FILHO
ORIGEM - INFAZ 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 subseqüentes 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 subseqüentes 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 subseqüentes, 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 1ª 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