

A. I. Nº - 279505.0123/15-9
AUTUADO - SUGAR POWER INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE AÇÚCAR - EIRELI
AUTUANTE - IVANILDO LEÔNIDAS FERNANDES DE OLIVEIRA
ORIGEM - INFRAZ INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 15.12.2015

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0238-04/15

EMENTA: ICMS. 1. OPERAÇÕES INTERNAS DE VENDAS DE AÇÚCAR. ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS CONSIDERADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. OPERAÇÕES DE SAÍDAS INTERNAS. AÇÚCAR. FALTA DE RETENÇÃO E DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. A legislação tributária atribui ao estabelecimento industrializador, a responsabilidade pelo pagamento do imposto incidente sobre as operações de saídas relacionadas a açúcar de cana, bem como, de efetuar a retenção do imposto do adquirente em relação as mesmas operações de saídas. Não acolhida a arguição de nulidade. Infrações 01 e 02 mantidas. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. O autuado comprovou que as notas fiscais objeto da autuação se encontravam todas canceladas. Infração não caracterizada. Item improcedente. 4. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL CONSIDERADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. DEVOLUÇÕES DE MERCADORIAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Item não questionado pelo sujeito passivo. Infração mantida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em referência foi expedido em 29/03/2015 objetivando reclamar crédito tributário no montante de R\$218.545,87 em decorrência das seguintes acusações:

1 - Deixou de recolher ICMS no total de R\$117.819,02 em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Refere-se a saídas de mercadorias (açúcar) sem destaque do ICMS nas notas fiscais. Na apuração do débito foram concedidos todos os créditos vinculados às operações, conforme demonstrativos anexos, cujas cópias foram entregues ao contribuinte no momento da ciência do Auto de Infração. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II "a" da Lei nº 7.014/96.

2 - Deixou de proceder a retenção do ICMS no valor de R\$80.253,00 e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Notas fiscais emitidas sem destaque do ICMS substituído. Na apuração do débito foram concedidos os créditos pertinentes à operação, cujas cópias foram entregues ao contribuinte no momento da ciência do Auto de Infração. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II "a" da Lei nº 7.014/96.

3 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, apurado conforme demonstrativo anexo, sendo aplicada penalidade no valor de R\$20.242,01, equivalente a 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas, cuja cópia

fora entregue ao contribuinte no momento da ciência do Auto de Infração, conforme previsão no Art. 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96.

4 - Deixou de recolher ICMS no valor de R\$231,84 na devolução de mercadorias tributáveis, cuja entrada foi escriturada com utilização de crédito, e a respectiva saída se deu com documento fiscal sem destaque do imposto. Apuração de acordo com o demonstrativo anexo, cuja cópia fora entregue ao contribuinte no momento da ciência do Auto de Infração. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II "a" da Lei nº 7.014/96.

O autuado, por intermédio do seu representante legal, ingressou com impugnação ao lançamento, fls. 100 a 104 de acordo com os argumentos a seguir expostos.

Citando as infrações 01 e 02, diz que referem-se a saídas de mercadorias (açúcar) sem destaque do ICMS normal nas notas fiscais e sem a retenção do ICMS ST, observando que começou suas atividades relacionadas à industrialização de açúcar no exercício de 2011, sendo o mês de setembro o primeiro deles.

Diz que *"procedeu da forma como a SEFAZ estabeleceu e até mesmo obrigou a autuada a proceder"*, acrescentando que *"isto porque nas aquisições iniciais de açúcar onde não havia a retenção do ICMS ST por parte do fornecedor e a antecipação tributária não havia sido realizada antes da entrada da mercadoria no território deste Estado, o fisco foi incompreensivo e efetuou lançamentos de ofícios para exigência de ICMS, acrescidos de juros de mora e multa"*. Afirma que tais situações foram relatadas pelo próprio autuante no "DEMONSTRATIVO DAS ENTRADAS COM ANTECIPAÇÃO DO ICMS" ao relacionar as antecipações tributárias que lhe foram exigidas, as retidas pelos fornecedores e as realizadas pela própria autuada diante da determinação do fisco.

Afirma que no exercício fiscal de 2011 não efetuou nenhuma operação de aquisição de açúcar com destinação ao processo de industrialização, conforme atestam as cópias reprográficas de folhas dos livros Registro de Apuração de ICMS, sendo que as entradas de açúcar receberam CFOP 2403 – compra para comercialização em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária.

Diz que durante todo exercício fiscal de 2011 procedeu conforme determinação do fisco, ainda que para isso tenha sido punida com multa para corrigir sua conduta de aquisição de açúcar em operação interestadual, afirmando em seguida que não lhe parece justo que seja agora punida com lançamento de ofício e imposição de multa *"porque o que a SEFAZ determinou que fosse feito estava errado e quem tem que pagar por isso é a autuada"*, pontuando a seguir que *"o auto de infração deveria reconhecer que a SEFAZ errou, deveria pedir desculpas, deveria devolver o ICMS que lhe foi exigido, deveria devolver os juros moratórios, deveria devolver as multas cobradas, deveria indenizar pelos danos materiais e morais sofridos"*.

Explica que ao dar entrada nas mercadorias adquiridas de terceiros para comercialização, em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, efetuou saídas das mesmas mercadorias com o amparo da situação tributária de ICMS retido anteriormente (CST 060), acrescentando que *"Se o próprio fisco reconhece que errou ao determinar que a autuada efetuasse as retenções, deveria ao menos lhe dá a oportunidade da espontaneidade de refazer sua escrita fiscal para apurar os créditos e débitos e efetuar os recolhimentos devidos, compensando-se os valores recolhidos à época. Deveria também restituir os valores dos juros moratórios e das multas exigidas"*.

Defende que tais fatos, por si só, tornam nulo o lançamento de ofício, pois não foi precedido da oportunidade de proceder de forma diferente em razão da mudança de entendimento do Fisco daquilo que lhe foi determinado fazer e cumprir.

Pontua que o próprio levantamento fiscal utilizou metodologia que, ao seu entendimento, não tem amparo na legislação, já que o autuante assim relatou: *Na apuração do débito foram concedidos todos os créditos vinculados às operações, conforme demonstrativos anexos*. Refere-se ao "DEMONSTRATIVO DE CRÉDITOS DE ICMS NÃO UTILIZADOS PELO CONTRIBUINTE". Com

isso, argumenta que todo levantamento realizado pelo auditor fiscal refere-se ao refazimento da apuração do ICMS para os meses de setembro a dezembro de 2011, porém, somente para operações ou prestações relacionadas à mercadoria açúcar.

Com estes argumentos pugna pela nulidade das infrações 01 e 02.

Quanto a infração 03 cita que o autuante efetuou o lançamento de ofício sob acusação de que foi dada *entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal*. Neste aspecto menciona que o autuante não foi diligente para consultar as informações existentes no banco de dados da SEFAZ e verificar que as notas fiscais relacionadas como ausentes na sua escrita fiscal foram todas canceladas pelo próprio emitente, conforme consulta realizada no site da SEFAZ, e imagens que colacionou à defesa.

Pugna pela improcedência desta infração.

Após reconhecer o cometimento da infração 04, conclui sua defesa requerendo a improcedência da infração 03 e a procedência parcial do Auto de Infração.

O autuante presta informação fiscal, fls. 114 a 116, pontuando em relação as infrações 01 e 02 que a autuada é uma indústria que tem como atividade principal a fabricação de açúcar de cana refinado (CNAE - 1072401), explicando que o açúcar é adquirido nas usinas açucareiras em sacos de 50kg e vendido, após moagem, em fardos de 30 pacotes de 1kg, conforme pode ser verificado através nas notas fiscais eletrônicas recebidas e emitidas, constantes no CD constante à fl. 93.

Explica que nas operações de saídas de açúcar o autuado não destacou nas notas fiscais o ICMS das vendas próprias nem o ICMS da substituição tributária, cujos valores estão sendo reclamados no presente Auto de Infração (infrações 01 e 02), esclarecendo que foram concedidos todos os créditos vinculados à operação, de acordo com a planilhas de fls. 08 a 33.

Cita que a autuada alega que procedeu de acordo com o estabelecido pela própria SEFAZ nas entradas iniciais no território do Estado da Bahia, ou seja, antecipando o imposto e pagando, inclusive juros e multas, e que não efetuou nenhuma operação de aquisição de açúcar com destino ao processo de industrialização no exercício de 2011.

Divergiu do argumento acima observando que de todas as notas fiscais de entradas de açúcar elencadas nas planilhas de fls. 18 a 23, apenas algumas notas tiveram a retenção do imposto na entrada do território deste Estado, fl. 23. Ademais, acrescentou, que a própria saída de açúcar em fardos de 30 pacotes de 1kg demonstra que houve processo de industrialização, já que foram adquiridos em sacos de 50kg.

Destaca que o art. 355, III do RICMS/97 veda a retenção ou antecipação do imposto nas operações internas ou nas aquisições em outras unidades da Federação, quando a mercadoria se destinar a estabelecimento industrial para ser utilizada como matéria prima.

Esclarece, ainda, que não procede a alegação do refazimento da apuração do ICMS pois o que está sendo cobrado são apenas os impostos não destacados e não retidos pelo autuado, observando que na apuração foi concedido o crédito fiscal pertinente à cada operação.

Mantém as infrações 01 e 02.

Quanto a infração 03 diz que a verificação das notas fiscais de entradas através do sistema de fiscalização que foi utilizado pelo autuante, não suscitou dúvidas quanto ao cancelamento das notas fiscais referidas na planilha de fl. 34, já que se mostrou completa, inclusive com o número da chave da nota fiscal eletrônica. Entretanto, afirma, o contribuinte comprovou que as notas fiscais constantes da referida planilha foram efetivamente canceladas, razão pela qual reconhece o equívoco e concorda com a improcedência da infração 03.

Finalmente, em relação a infração 04, diz que não há necessidade de discorrer a respeito da mesma em face do reconhecimento do débito pelo autuado.

O autuado se manifesta acerca da informação fiscal, fl. 125, destacando que mantém todas as razões de impugnação apresentadas para as infrações 01 e 02, assim como os pedidos a elas relativos, sendo que, em especial, repetiu os trechos abaixo da peça inicial de impugnação:

"Se o próprio fisco reconhece que errou ao determinar que a autuada efetuasse as retenções, deveria ao menos lhe dá a oportunidade da espontaneidade de refazer sua escrita fiscal para apurar os créditos e débitos e efetuar os recolhimentos devidos, compensando-se os valores recolhidos à época. Deveria também restituir os valores dos juros moratórios e das multas exigidas.

Tais fatos por si só tornam nulo o lançamento de ofício, pois não foi precedido da oportunidade de proceder de forma diferente em razão da mudança de entendimento do fisco daquilo que lhe foi determinado fazer e cumprir".

O autuante voltou a se pronunciar à fl. 131 onde mantém todo o teor da informação fiscal anterior por considerar que o autuado não apresentou elementos novos em sua manifestação.

Às fls. 134 e 135 foram anexados extratos emitidos através do sistema SIGAT indicando o pagamento pelo autuado do débito relacionado à infração 04 no valor histórico de R\$231.84.

VOTO

As infrações 01 e 02 estão relacionadas entre si razão pela qual, considerando que a defesa foi feita em conjunto, passo a me pronunciar, também em conjunto, a respeito das mesmas.

Considero importante pontuar inicialmente que a autuada é contribuinte inscrito com o código de atividade econômica principal sob nº 1072401 - Fabricação de açúcar de cana refinado, portanto, trata-se de estabelecimento industrial, cujo imposto é apurado com base na conta corrente fiscal.

A autuação levada a efeito considerou que o estabelecimento do autuado, na condição de industrial, adquiriu açúcar de cana junto a usineiros em sacos de 50 kg e, após processar empacotamento em embalagens de 1kg as vendia em fardos de 30kg.

Dúvidas não existem nos autos que não houve a antecipação tributária nas aquisições e nem a retenção do imposto pelos remetentes das mercadorias, apenas alguns pagamentos de autuações no trânsito de mercadorias, os quais foram considerado pelo autuante. Da mesma forma, as operações de saídas ocorreram sem débito do imposto, conforme atestam as cópias dos livros fiscais do autuado juntadas aos autos.

Analisando os argumentos defensivos vejo que não podem prevalecer em razão de que não existe nos autos qualquer comprovação no sentido de que a autuada procedeu da maneira *"como a SEFAZ estabeleceu e até mesmo lhe obrigou a proceder"*. Ora, o procedimento que deve ser adotado pelos contribuintes em relação ao tipo de operação indicada nestes autos, está posto, de forma clara pelo Regulamento do ICMS e, acaso exista alguma dúvida de interpretação por parte do contribuinte, caberia ao mesmo recorrer ao instituto da consulta que é disponibilizado pela própria SEFAZ, fato este que impede qualquer tipo de autuação até a decisão final da consulta (resposta). O fato de terem ocorrido autuações no momento das aquisições iniciais pelo autuado, não significa que o contribuinte deve seguir, em princípio, ao que consta das autuações, até porque existem os mecanismos próprios para contestá-las, se necessário.

O argumento do autuado de que no exercício de 2011 não efetuou nenhuma operação de aquisição de açúcar para industrialização, não se confirma na medida em que foram poucas as aquisições que ocorreram com o imposto retido pelo fornecedor (fl. 23), fato este que denota o tipo de operação que era realizada pelo mesmo, industrialização.

Nesta linha o RICMS-BA/97, em vigor à época da ocorrência dos fatos, era claro em relação ao procedimento que deveria ter sido adotado pelo autuado, na condição de estabelecimento industrial:

Art. 355. Não se fará a retenção ou antecipação do imposto nas operações internas, nas aquisições de outra unidade da Federação ou do exterior e nas arrematações de

mercadorias importadas e apreendidas ou abandonadas, quando a mercadoria se destinar:

(...)

III - a estabelecimento industrial, inclusive microempresa e empresa de pequeno porte que se dediquem à atividade industrial, para utilização como matéria-prima, produto intermediário ou material de embalagem;

Por sua vez, o Art. 356, § 3º do mesmo regulamento, previa:

§ 3º Poderão ser utilizados como crédito fiscal, pelo destinatário, tanto o imposto da operação normal destacado no documento como o imposto pago por antecipação, sempre que:

I - o contribuinte receber mercadoria não incluída no regime de substituição tributária, mas que, por qualquer circunstância, tiver sido feita a cobrança antecipada do imposto;

II - não sendo o adquirente considerado contribuinte substituído, receber, com imposto pago por antecipação, mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária;

Por fim, o Art. 353, Inciso II, do mesmo regulamento, estabelecia:

Art. 353. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado:

(...)

II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias abaixo relacionadas, exceto na hipótese de já tê-las recebido com o imposto antecipado:

(...)

12 - açúcar de cana - cristal, demerara e mascavo -, inclusive açúcar refinado (mesmo em tabletes) - NCM 1701.11.00 e 1701.99.00;

Por outro lado, não vislumbro nos autos o reconhecimento pelo Fisco de que errou ao determinar ao autuado que "*efetuasse as retenções*", descabendo o argumento de que deveria dar a oportunidade ao autuado de refazer sua escrita fiscal para apurar os créditos e débitos e após, efetuar os recolhimentos devidos, até porque, conforme já mencionado acima, a própria legislação já orientava o contribuinte quanto a forma correta de proceder.

Não acolho também o argumento do autuado de que o autuante utilizou metodologia que não tem amparo na legislação para apurar os valores reclamados, pois, em momento algum, o autuante efetuou o refazimento da escrita fiscal do autuado em relação aos meses de setembro a dezembro de 2011. Ao contrário, pautou-se somente em relação as operações de entradas/aquisições de açúcar para fim de industrialização pelo autuado e suas respectivas operações de saídas/vendas, onde, considerando sua condição de estabelecimento industrializador, exigiu o ICMS em relação as operações normais de responsabilidade do próprio autuado cujas saídas foram consideradas como não tributáveis e, conseqüentemente, considerando sua condição de sujeito passivo por substituição, exigiu o imposto que deixou de ser retido também em relação a estas mesmas operações de vendas de açúcar.

De maneira que, não vejo nos autos qualquer fato ou motivo que inquine o lançamento de nulidade, conforme arguido pela defesa, até porque, foram obedecidos pelo autuante todos os requisitos previstos pelo Art. 39 do RPAF/BA.

Considerando que não existem argumentos relacionados especificamente ao mérito da autuação e, também, como o autuado não apontou qualquer equívoco na apuração do imposto, considero inteiramente subsistentes as infrações 01 e 02.

Quanto a infração 03, relacionada a penalidade no valor de R\$20.242.01 por falta de registro pelo autuado de notas fiscais de entradas na sua escrita fiscal, o autuado comprovou que as notas

fiscais objeto da autuação, fl. 34, foram canceladas de acordo com dados extraídos no site da própria SEFAZ, situação esta reconhecida pelo autuante, com a qual concordo.

Infração 03 improcedente.

Por fim, no que se refere a infração 04, inexistente lide quanto a mesma, em face do reconhecimento e pagamento do valor autuado. Infração mantida, cujo valor recolhido deverá ser homologado pelo órgão competente.

Em conclusão voto pela Procedência Parcial do presente Auto de Infração, julgando procedentes às infrações 01, 02 e 04 e improcedente a infração 03.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **279505.0123/15-9** lavrado contra **SUGAR POWER INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE AÇÚCAR - EIRELI**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$198.303,86** acrescido da multa de 60% prevista pelo Art. 42, incisos II "a" e "e" da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor já pago em relação a infração 04.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de dezembro de 2015

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE / RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR