

**PROCESSO** - A. I. Nº 269094.1722/07-9  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - COMERCIAL DE ALIMENTOS RIO BAHIA LTDA. (O ATACADÃO)  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JF nº 0313-01/08  
**ORIGEM** - INFAZ JEQUIÉ  
**INTERNET** - 30/12/2008

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0402-12/08

**EMENTA:** ICMS. 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. Mantida a Decisão de 1ª Instância. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99, considerando que o julgamento levado a efeito pela instância originária resultou em sucumbência para a Fazenda Pública, tendo em vista a Decisão exarada no Acórdão JF Nº 0313-01/08, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, o qual foi lavrado para cobrar ICMS, em virtude das seguintes irregularidades: *“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%”*.

O autuado em sua peça de defesa requer a improcedência da infração 1, 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. Solicitando 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 reprisa que a alegação de se referir a estabelecimento industrial não deve 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 acondicionamento. 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.

O relator de 1ª Instância ao verificar os dados cadastrais do contribuinte constatou que realmente sua atividade se refere à “fabricação de açúcar de cana refinado” – CNAE-Fiscal nº 1072401. Por outro lado, observou que o próprio autuante prestou os seguintes esclarecimentos: *“... apesar da empresa autuada, executar operações de moagem e de acondicionamento, as quais para efeito do Regulamento do ICMS/BA, são consideradas como industrialização.”*, e em seguida: *“Em*

*suma, o autuado revende o açúcar comprado nas usinas, após efetuar um processo de moagem e recondicionamento.”*

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 recondicionamento, 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 se deve ater exclusivamente à natureza da mercadoria adquirida. No caso sob análise, sem dúvida o autuado realiza um processo de industrialização, que se refere à moagem e recondicionamento, 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 recondicionamento, 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.

Salientando e 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 recondicionamento) 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 restando 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 1.

## **VOTO**

Concordo com o Voto do relator da 1ª JJF, que ao comprovar os dados cadastrais do contribuinte constatou que realmente sua atividade se refere à “fabricação de açúcar de cana refinado” – CNAE-Fiscal nº 1072401, bem como a declaração do próprio autuante através da sua informação fiscal, de fls. 66 a 70, salientando que “... *apesar da empresa autuado, executar operações de moagem e de recondicionamento, as quais para efeito do Regulamento do ICMS/BA são consideradas como industrialização,...*”, e em seguida: “*Em suma, o autuado revende o açúcar comprado nas usinas, após efetuar um processo de moagem e recondicionamento.*”, Esclarecendo exatamente o processo que a Recorrida executa na industrialização do açúcar proveniente de outras unidades da Federação, conforme prever o Art. 355, inciso III do RICMS/97 *in verbis*.

*SUBSEÇÃO III - Das hipóteses em que não deve ser feita a antecipação do imposto nas operações internas e nas aquisições de fora do estado*

*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;*

Tornando assim insubsistente a infração 1 objeto do presente Recurso de Ofício.

Diante do exposto acima voto no sentido de NÃO PROVER o Recurso de Ofício, mantendo na íntegra a Decisão proferida pelo relator de 1ª Instância, remanescendo apenas a exigência do valor da multa referente a segunda infração, a qual não é objeto do recurso examinado.

O autuante na informação fiscal (fls. 66 a 70) afirma que as notas fiscais relacionadas na presente autuação não foram lançadas no livro Registro de Entradas, bem como diz que as saídas subseqüentes do açúcar não foram submetidas à tributação. Desta forma, com fulcro no art. 156 do RPAF/99, represento à autoridade fazendária competente, para que providencie nova ação fiscal para verificar a ocorrência dessas irregularidades e, sendo o caso, efetuar a lavratura do Auto de Infração.

### **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 **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269094.1722/07-9**, lavrado contra **COMERCIAL DE ALIMENTOS RIO BAHIA LTDA. (O ATACADÃO)**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$460,00**, prevista no art. 42, XV, “h”, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de dezembro de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

EDUARDO CEZAR GONÇALVES BRAGA – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS