

**PROCESSO** - A. I. N° 147079.0091/08-0  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - COMERCIAL DE ALIMENTOS RIO BAHIA LTDA.  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 1ª JJF nº 0038-01/09  
**ORIGEM** - INFAS JEQUIÉ  
**INTERNET** - 02/10/2009

### 1ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJF N° 0248-11/09

**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. Infração insubstancial. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso de Ofício relativo ao Auto de Infração lavrado em 26/08/2008, o qual exige imposto no valor de R\$91.447,20, por ter deixado de efetuar o recolhimento do ICMS devido 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, nos meses de dezembro de 2007 e fevereiro de 2008.

Da análise das peças processuais, os senhores julgadores de 1ª Instância constatam nos autos que foi exigido imposto por falta de recolhimento da antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições da mercadoria açúcar proveniente do Estado de Minas Gerais, apurado através de notas fiscais obtidas por circularização junto ao remetente, fls. 08 a 32.

Comentam que em sede de impugnação, o sujeito passivo afirmou que todos os DAE's foram pagos pela empresa emitente e juntou cópia de um comprovante de pagamento da antecipação tributária, informando ser referente à Nota Fiscal nº 838, uma das arroladas no demonstrativo de débito elaborado pelo autuante, fl. 7.

E também é entendimento do autuado que o Estado remetente é signatário de protocolo, e por isso, a responsabilidade do recolhimento da antecipação tributária é da empresa emitente das notas fiscais.

Destacam que o agente autuante aduziu que o emitente das notas fiscais destaca o valor zero no campo “Valor do ICMS Substituição”, e que o recolhimento não foi realizado por se tratar de destinatário atacadista e que ao sujeito passivo relativamente à mesma espécie de mercadoria, não se aplica o preceito de responsabilidade de retenção do imposto pelo remetente nesse tipo de operação, conforme especificado no Convênio ICMS 81/93, Cláusula 5ª, inciso I, corroborado com o § 1º, inciso do art. 370 do RICMS-BA/87. Ressaltam, ainda, que o autuado não registrou as notas fiscais de compras, objeto da autuação, no livro Registro de Entradas.

Constatam os ilustres julgadores que no corpo das notas fiscais objeto do auto de Infração não consta destaque algum no campo “Valor do ICMS Substituição”, e sim a informação “*Operação não enquadrada no Regime de Substituição Tributária, conforme Art. 355, inc. III, Decreto nº 6284/97 do RICMS/BA*”.

Constatam ainda, da verificação dos dados cadastrais do contribuinte que a atividade do mesmo se refere à “fabricação de açúcar de cana refinado” – CNAE-Fiscal 1072401, portanto, consentânea com o grande volume de produto açúcar adquirido, que somente no mês de dezembro de 2007, suas compras totalizaram 14.400 sacas de 50 kg, cujas notas fiscais constam dos autos, fls. 8 a 25.

Julgam plausível a inferência de que o autuado desenvolve atividade industrial, consoante disposição expressa no art. 2º, § 5º, incisos II e IV do RICMS-BA/97, a qual considera que os processos de moagem e reacondicionamento se constituem em procedimentos de industrialização.

Desta forma, 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.

Aduzem que mesmo ainda 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.

No exame da questão sob a ótica da substituição tributária, percebem 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.

Abordam ao final a alegação do autuante, da não-escrituração das notas fiscais e tampouco as colocou à disposição do fisco; como o imposto não é devido em decorrência das entradas, a acusação fiscal, não tem sustentação legal. Assim representam à autoridade fazendária para que analise a possibilidade de ser renovada a ação fiscal no estabelecimento, ora autuado, a fim de que sejam apuradas eventuais irregularidades.

Na consideração de insubstancial o lançamento do crédito tributário, julgam pela improcedência do Auto de Infração.

Na Sessão de julgamento, esta 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do CONSEF remeteu o processo em diligência à INFRAZ Jequié, para que o autuante:

- 1- Informar a real atividade econômica que o autuado exercia à época dos fatos objetos da autuação em questão;
- 2- Igualmente informar:
  - a) Se a empresa exerce ou exerceu à época dos fatos geradores da autuação a atividade industrial, conforme consta do Cadastro de Contribuintes da SEFAZ, e sendo positiva a resposta, se a mesma é inscrita na Receita Federal como contribuinte do IPI;
  - b) Se nas datas contidas na acusação, o produto adquirido pela mesma, “açúcar refinado” foi pelo autuado submetido a algum processo de industrialização, tal como o reacondicionamento, e se positivo, informar se essa operação de reacondicionamento teve por finalidade a embalagem para apresentação ou para simples transporte, nos termos do art. 4º, inciso IV, combinado com o art. 6º, incisos I e III, §§1º a 3º, ambos do Regulamento do IPI (aprovado pelo Decreto nº 4544 de 26/12/02, a seguir transcritos);

- c) Se o contribuinte paga o ICMS por Substituição Tributária na saída de seu estabelecimento;
- d) Se possível, acostar aos autos amostras das embalagens utilizadas na ocasião nesse reacondicionamento.

Em resposta a estes quesitos, o fiscal diligente assim se pronunciou:

- 1) O contribuinte foi intimado a prestar as informações, porém não atendeu. Verificou-se que a empresa acha-se cadastrada na SEFAZ, com a atividade principal de fabricação de açúcar de cana refinado, embora exerça apenas a moagem do açúcar e o acondicionamento em embalagem conforme modelo anexado;
- 2) A inscrição da Receita Federal é idêntica à da SEFAZ;
- 3) Na relação de DAEs relativos aos anos de 2007 e de 2008, somente figuram recolhimentos de seu estabelecimento, sob os códigos 1145, não constando o código 1006.

## VOTO

Trata o presente de apreciação de Recurso de Ofício da Decisão, dirigido pela Junta de Julgamento Fiscal para esta 1ª Câmara de Julgamento Fiscal 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.

Nos presentes autos há exigência do ICMS por falta de recolhimento da antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, em aquisições da mercadoria “açúcar” oriunda do Estado de Minas Gerais, conforme apurado através de notas fiscais obtidas por circularização junto ao remetente, consoante as cópias acostadas às fls. 08 a 32.

De conformidade ao aduzido pela Decisão, vejo que, no corpo das notas fiscais objeto do auto de Infração, não constam destaques de valor qualquer no campo “Valor do ICMS Substituição”, e sim a informação *“Operação não enquadrada no Regime de Substituição Tributária, conforme Art. 355, inc. III, Decreto nº 6284/97 do RICMS/BA”*.

E, da verificação da situação cadastral do autuado, o que foi confirmado pelo autuante em resposta à diligência determinada por esta 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do CONSEF, restou patente que consta na atividade do mesmo referência à “fabricação de açúcar de cana refinado” – CNAE-Fiscal 1072401, justificando-se, assim, a grande quantidade da matéria-prima açúcar adquirida em dezembro/07, qual seja, 14.400 sacas de 50 kg. cada, conforme fls. 8 a 25 do PAF.

Conforme disposição no art. 2º, §5º, incisos II e IV, do RICMS/BA abaixo transcritos, os processos de moagem e recondicionamento promovidos na atividade do autuado, se constituem em atividade industrial:

*“§ 5º Para os efeitos deste regulamento, consideram-se produtos industrializados aqueles relacionados na Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados (TIPI) (Decreto nº 4.542, de 26 de dezembro de 2002), decorrentes de operação que modifique a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade do produto ou o aperfeiçoamento para o consumo, tais como:*

*II - beneficiamento, a que importe modificação, aperfeiçoamento ou, de qualquer forma, alteração do funcionamento, da utilização, do acabamento ou da aparência do produto;*

*IV - acondicionamento ou reacondicionamento, a que importe 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”.*

Não resta dúvida que descabe a exigência de antecipação tributária nas aquisições interestaduais quando as mercadorias correspondentes se destinarem, como no caso em comento, a estabelecimento que desenvolva atividade industrial (art. 355, inciso III do RICMS/BA).

Não obstante descaber a exigência do ICMS nas entradas da mercadoria (açúcar), recomenda-se que seja procedida nova ação fiscal para verificar a regularidade no pagamento do ICMS por Substituição Tributária nas operações de saídas do contribuinte autuado.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício em tela.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª 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 **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **147079.0091/08-0**, lavrado contra **COMERCIAL DE ALIMENTOS RIO BAHIA LTDA**. Recomenda-se a instauração de novo procedimento fiscal para verificar a regularidade do pagamento do ICMS-ST nas operações de saídas.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de setembro de 2009.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

OSWALDO IGNACIO AMADOR – RELATOR

ANGELI MARIA GUIMARÃES FEITOSA – REPR. DA PGE/PROFIS