

A. I. N° - 152701.0384/19-6
AUTUADO - SEARA ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - ELENILTON DE JESUS SOARES
ORIGEM - IFMT SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 28/09/2020

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0149-04/20-VD

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA POR ANTECIPAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, o pagamento do imposto deverá ser efetuado na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso em virtude de o autuado não ser credenciado para fazê-lo em outro momento. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 13/10/2019 exige ICMS no valor de R\$34.824,10, em decorrência da falta de recolhimento do ICMS por antecipação tributária total, em aquisições de mercadorias enquadradas pela legislação interna no regime de substituição tributária por contribuinte não inscrito, inapto ou que não preencha requisitos previstos na legislação fiscal.

A Autuada apresenta suas razões defensivas, às fl.13 a 16, inicialmente falando sobre a tempestividade da apresentação da mesma.

Após descrever o teor da infração assevera que como será demonstrada a mesma não deverá prosperar visto que a empresa recebeu produtos resultados de aves (coxa e sobrecoxa) para fins de industrialização, os quais após um novo processamento originará novos produtos aptos ao consumo, e consequentemente comercializados.

Sendo assim, por se tratar de operação de entrada de mercadoria no Estado da Bahia para fins de industrialização, não há que se falar em incidência de ICMS “antecipação parcial”, tal como previsto nos arts. 8º § 8º, III, e art. 12-1 da Lei 7.014/96, bem como a Clausula Nona, II e § 3º, do Convênio CONFAZ/ICMS nº 52/2017.

Assevera que conta com decisão judicial proferida pelo Poder Judiciário do Estado da Bahia, que lhe resguarda o não recolhimento do ICMS nas operações em tela, afastando autuações como a presente.

No mérito afirma que a Impugnante atua na industrialização de produtos alimentícios sendo que parte de sua atividade industrial está localizada neste Estado. Logicamente, para consecução de tais atividades recebe insumos, o qual após processado/industrializado, torna-se mercadorias apta ao consumo e será comercializada no território baiano.

Reafirma que a Autoridade fiscal tem compelido a Impugnante ao pagamento da “antecipação parcial” do ICMS, por ocasião da entrada da mercadoria no Estado, cujo entendimento fiscal estaria obrigado por ocasião da entrada da mercadoria no Estado.

Tal entendimento estaria abrigada no comando do art.12-A, da Lei (BA) nº 7.014/96 cc art. 289, §2º, III, do RICMS/BA. Contudo, tal dispositivo legal trata da figura da antecipação parcial para operações de “comercialização”.

Sendo assim, a teologia do dispositivo legal acima, de limitar a incidência da antecipação parcial do ICMS na entrada de produtos a serem comercializados (leia-se, revendidos) está na lógica de que, caso o produto venha ser processado/industrializado, haverá alteração de sua natureza, de modo que não há o que se falar em saída subsequente desse mesmo produto.

Em outras palavras, ao deparamos como a industrialização do produto, ter-se-á na operação subsequente a saída de produto diverso daquele que entrou, de modo que não há que se falar em ICMS a ser antecipado na entrada.

Nesse sentido, faz-se constar na mesma Lei citada acima (Lei nº 7.014/96), cujo teor transcreve, mais especificamente em seu art. 8º, que não há exigência de antecipação do ICMS, caso a aquisição se trate de matéria-prima a ser objeto de industrialização.

Ressalta que este é exatamente o objeto dos presentes autos, acrescentando que o fato de a legislação do Estado da Bahia regulamentar de forma clara e precisa a não incidência de antecipação parcial do ICMS nas operações de aquisição de matéria prima, tem-se que o Convênio CONFAZ ICMS nº 52/2017, que regulamenta a figura da “substituição tributária” do ICMS a nível nacional, ainda prevê:

“Cláusula nona O regime de substituição tributária não se aplica:

III - às operações interestaduais que destinem bens e mercadorias a estabelecimento industrial para emprego em processo de industrialização como matéria-prima, produto intermediário ou material de embalagem, desde que este estabelecimento não comercialize o mesmo bem ou mercadoria;”

Esclarece que o estabelecimento baiano da Impugnante não comercializa a matéria-prima que recebe (DOC. 02), de modo que se aplica perfeitamente o disposto na Cláusula Nona, III, do citado Convênio.

Superada a análise legislativa, observa que o E. TJ/BA, ao enfrentar o tema em demanda idêntica a presente, decidiu, em recentíssimo acórdão, cuja ementa transcreveu, pela inexigibilidade da referida antecipação parcial do ICMS.

Assevera que vislumbrando essa premissas, a Impugnante impetrou Mandado de Segurança perante o Poder Judiciário do Estado da Bahia, pela qual pleiteava a concessão de liminar para resguardar o direito líquido e certo de não ser compelida ao recolhimento da antecipação parcial do ICMS prevista no art. 12-A da Lei (BA) nº 7.014/96, relativamente aos produtos adquiridos na condição de matéria prima destinada a processo de industrialização em seu estabelecimento localizado neste Estado da Bahia, tudo por força do disposto no próprio art. 12-A (que limita a incidência da antecipação parcial do ICMS apenas às operações com mercadorias destinadas à “comercialização”), bem como artº, §8º, III, da mesma Lei (BA) nº 7.014/96 e, ainda, disposto na Cláusula Nona, II e §3º, do Convênio CONFAZ/ICMS nº 52/2017.

Assim, foi proferida sentença naqueles autos (0565130-32.2018.8.05.0001), garantindo o direito da Impugnante não ser compelida ao pagamento da antecipação, tal como ocorre no presente caso (DOC. 03)

Assim, entende que a fiscalização não poderia, em hipótese alguma, exigir o recolhimento do ICMS Antecipação, devendo ser integralmente cancelado o Auto de Infração impugnado.

Finaliza formulando os seguintes pedidos:

- (i) que seja, no mérito, julgado **IMPROCEDENTE** a Notificação Fiscal ante a inexistência de ICMS antecipado a recolher na operação autuada conforme art. 12-A, da Lei (BA) nº 7.014/96, relativamente aos produtos adquiridos na condição de matéria prima destinada a processo de industrialização em seu estabelecimentos localizado neste Estado da Bahia, tudo por força do disposto no próprio art. 12-A, bem como art. bem como art. 8º, §8º, III, da mesma Lei (BA) nº 7.014/96 e, ainda, disposto na Cláusula Nona, II e §3º, do Convênio 1CONFAZ/ICMS nº 52/2017;
- (ii) Caso remanesçam dúvidas por parte desta douta autoridade julgadora, requer-se a baixa dos autos em diligência a fim de que sejam esclarecidas as matérias de fato, com a devida instrução do processo.

Protesta pela juntada de novos documentos no decorrer do processo administrativo, em obediência ao princípio da VERDADE MATERIAL, e requer que todas as intimações e notificações sejam direcionadas ao seu advogado, **Dr. Fabio Augusto Chilo**, inscrito na OAB/SP 221.616, cujo endereço indicou, inclusive para se fazer presente no julgamento e realizar sustentação oral.

Na sua Informação Fiscal às 40 a 41, o autuante diz que a empresa pede a improcedência do Auto

de Infração afirmando que os produtos descritos na NF-e são insumos utilizados como matéria prima para fins de industrialização, não sendo alcançados pela antecipação parcial, uma vez que a empresa está amparada por Mandado de Segurança impetrado perante o Poder Judiciário do estado da Bahia.

Em seguida esclarece que em plantão Fiscal no Posto Benito Gama ao analisar a NF-e nº 170193 observou que a mesma acobertava as mercadorias filezinho de peito, coxa e sobrecoxa, coxa sem osso (aves) NCM 0207 e constatou que a autuada não possuía Autorização Regime Especial para que o ICMS das operações subsequentes fosse recolhido com prazo de pagamento diferenciado, conforme determina o parágrafo 2º, alínea “a” do art. 332, combinado com o artigo 289, III, do RICMS/BA.

Esclarece que a antecipação parcial é regida pelo art. 12-A da Lei nº 7.014/96, enquanto que as mercadorias descritas na NF-e autuada estão inseridas no Anexo 1, item 11.25.0, sendo alcançadas pelo regime de substituição tributária por antecipação, relativamente ao imposto correspondente às operações subsequentes, ora denominado Antecipação Total.

Desta maneira a legislação dar-lhe tratamento diferenciado quanto à sua situação tributária e impõe também o momento do pagamento do ICMS, independente da natureza da operação e os fins a que se destina, não lhe importando se para comercialização ou industrialização.

Diz que tal intenção é clara conforme o disposto no art. 289, parágrafo 2º, inciso III e ainda o art. 332, inciso III, alínea “a”, combinado com o parágrafo 2º.

Frisa que para os produtos transportados pela autuada o legislador exigiu processo específico de pedido de prazo, denominado “Regime Especial” para postergar o pagamento do ICMS, independente como citado anteriormente, das finalidades a que se destinam.

Afirma que o presente lançamento foi efetuado de acordo com o Mandado de Segurança, mantendo-se dentro dos muros legais que o comando normativo exigiu e opina pela Procedência do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, observo que não há nenhum óbice a que as intimações também sejam dirigidas ao procurador do recorrente no endereço constante na defesa, entretanto, o não atendimento a essa solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, ao teor do artigo 108 do RPAF/99.

No Auto de Infração em epígrafe, o autuado foi acusado de não ter recolhido ICMS devido por antecipação total, na qualidade de sujeito passivo por substituição, em operações de aquisições interestaduais, de cortes de frango congelado, NCM 02071400.

Na fase de defesa o autuado alega que as mercadorias objeto da acusação fiscal foram adquiridas para fins de industrialização, as quais, após um novo processamento originaria novos produtos aptos ao consumo. Portanto, no seu entendimento, por se tratar de operações de entrada, destinadas à industrialização não seria alcançada pela incidência do ICMS “Antecipação Parcial”, tal como previsto nos arts. 8º § 8º, III, e art. 12-1 da Lei 7.014/96, bem como a Clausula Nona, II e § 3º, do Convênio CONFAZ/ICMS nº 52/2017.

Assevera que a empresa conta com decisão judicial proferida pelo Poder Judiciário do Estado da Bahia, que lhe resguarda o não recolhimento do ICMS nas operações em tela.

Da análise do demonstrativo da composição da Base de Cálculo elaborado pela fiscalização, fl. 09, e descrição da infração constantes no Auto de Infração constato que o autuado, por não ser detentor do benefício de Regime especial para postergar prazo de recolhimento até o mês subsequente ao da data de emissão do MDF-e vinculado ao DANFE, foi acusado de não ter recolhido ICMS devido por antecipação total, na qualidade de sujeito passivo por substituição, em operações de aquisições interestaduais, de cortes de frango congelado, NCM 02071400. Portanto, diferentemente do afirmado pelo autuado, neste auto de Infração não se exige a falta de recolhimento do ICMS da antecipação parcial, prevista no art. 12-A da Lei nº 7014/96, e sim, repita-se, a falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação total, na qualidade de sujeito passivo

por substituição, em operações de aquisições interestaduais.

De acordo com a Nota Fiscal eletrônica nº 170193, objeto da presente exigência, cuja fotocópia encontra-se anexada à fl. 06, observo que se trata de aquisição de cortes congelados de frango - NCM 02071400.

Observo que tal produto está incluído no regime de substituição tributária, pois inserida no Anexo 1, item 11.25.0. Por outro lado, o § 2º-A do art. 289 do RICMS assim estabelece:

"Art. 289. Ficam sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação, que encerre a fase de tributação, as mercadorias constantes no Anexo 1 deste regulamento.

(...)

§ 2º-A. A Nas operações com produtos comestíveis resultantes do abate de aves e gado bovino, bufalino, suíno, ovino e caprino em estado natural, refrigerados, congelados, defumados, secos, salgados ou temperados, a retenção ou antecipação do imposto também deverá ser feita se o destinatário for industrial, salvo quando:

I - cumprir as disposições da legislação sanitária federal ou estadual;

II - apurar o imposto pelo regime de conta-corrente fiscal;

III - utilizar os produtos comestíveis resultantes do abate como insumo para fabricação de novos produtos, não se aplicando em caso de simples beneficiamento;

IV - estiver dispensado mediante termo de acordo com a Secretaria da Fazenda, representada pelo titular da Diretoria de Estudos Econômico-Tributários e Incentivos Fiscais, após vistoria realizada por preposto da inspetoria da sua circunscrição fiscal, atestando o atendimento das condições necessárias para o exercício da atividade industrial, com indicação das máquinas e equipamentos utilizados e dos produtos fabricados."

Da leitura do citado dispositivo verifica-se que há quatro requisitos a serem observados para fruição da dispensa do pagamento do imposto ora exigido. Os três primeiros não houve questionamento por parte da fiscalização, entretanto, não foi apresentado o Termo de Acordo firmado com esta Secretaria, conforme previsto no item IV do dispositivo legal acima transcrito.

Ademais, não foi apresentado MDF-e vinculado ao documento fiscal da operação, o que possibilitaria ao contribuinte postergar o pagamento do imposto para o dia 25 do mês subsequente ao da data da emissão do MDF-e, conforme disposto no § 2º do art. XIII do art. 332 do RICMS/Ba, portanto, o autuado está obrigado a recolher o imposto antes da entrada da mercadoria no território baiano, conforme disposto no art. 332, III, do mesmo dispositivo legal.

Desta forma, deve ser mantido o débito lançado no auto de infração, pois efetivamente restou demonstrado que houve infração à legislação tributária, quando o sujeito passivo não efetuou o recolhimento do imposto na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, como devido e na forma prevista na legislação acima citada.

No que diz respeito à discussão judicial citada pelo defendente observo que não alcança às operações objeto do presente lançamento, pois a mesma se refere exclusivamente à antecipação parcial prevista no art. 12-A - A da Lei 7014/96-A, o que não é o caso do presente Auto de Infração.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA Do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **152701.0384/19-6**, lavrado contra **SEARA ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$34.824,10**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, incisos II, alínea "d", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 30 de julho de 2020.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR