

**A. I. Nº** - 128863.0027/18-0  
**AUTUADO** - ATM INDÚSTRIA, COMÉRCIO, EXPORTAÇÃO E IMPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.  
**AUTUANTE** - ANTONIO CARLOS DE SOUZA CARVALHO  
**ORIGEM** - IFMT SUL  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 02/08/2019

#### **4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF Nº 0088-04/19**

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS REALIZADA POR CONTRIBUINTE QUE NÃO PREENCHE OS REQUISITOS PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO FISCAL. FALTA DE PAGAMENTO ANTES DA ENTRADA NO TERRITÓRIO DESTE ESTADO. Acusação insegura e não demonstrada nos autos. Apesar da presença de vícios procedimentais no lançamento adentrou-se ao mérito da autuação, com fundamento no parágrafo único do art. 155 do RPAF/BA. Comprovado que o autuado exerce a atividade industrial descabendo a exigência fiscal. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em referência teve sua expedição ocorrida no dia 03/05/2018 através de preposto vinculado à IFMT Sul objetivando reclamar crédito tributário no valor de R\$39.498,47, em decorrência da seguinte acusação: *“Falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação parcial, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outras unidades da Federação, por contribuinte que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal”*.

A título de descrição dos fatos consta: *“Falta de recolhimento do ICMS relativo às entradas neste estado da Bahia, das mercadorias relacionadas nos Documentos Fiscais: Resumo para Constituição de Crédito Tributário, Anexo ao Termo de Fiscalização - Constatação de Eventos do Trânsito de Mercadorias, em razão de Antecipação Parcial e ou Antecipação Total do ICMS das operações subsequente. Operação de circulação de mercadorias constatada nesta data por verificação fiscal que identificou os eventos de trânsito de mercadorias preconizadas no Ajuste SINIEF 05 de Março de 2012 (Ciência da Operação e Confirmação da Operação). Eventos identificados no Termo de Ocorrência Fiscal e no Termo de Fiscalização. Tendo em vista ausência de elementos que possam identificar a data da real entrada no estado das citadas mercadorias, e seguindo o Princípio de Direito “in dubio pro reo” foi considerada como data da ocorrência do fato gerado a data da Constatação dos Eventos. MANDADO Nº 18818257000110-2018423” (sic).*

Cientificado do lançamento o autuado por intermédio de sua patrona, ingressou com a Impugnação de fls. 06 a 23 onde preliminarmente informa que a Nota Fiscal nº 19.407 de 05.04.2018 emitida pela empresa Tangará Alimentos Ltda., foi emitida em substituição a Nota Fiscal nº 19.403 de 04.04.2018 para fim de correção do nome do transportador, fato este que só tomou conhecimento posteriormente.

Acrescentou que em *“abril passado”* foi surpreendido com a apreensão e posterior Notificação Fiscal nº 233066.0023/18-2 que tem como objeto a Nota Fiscal nº 19.403 tendo apresentado defesa conforme Processo SIPRO nº 141428/2018-5, todos anexos a presente peça defensiva.

Por este motivo requer de imediato a exclusão da Nota Fiscal nº 19.407 do presente lançamento.

Em seguida ingressou no tópico que denomina de Considerações Iniciais onde explica que tem como atividade principal ou preponderante a atividade de indústria e/ou industrialização de produtos, inclusive com autorização sanitária, para fabricação de produtos de origem animal.

Assim é que, em razão de tais atividades, adquiriu os produtos relacionados nas notas fiscais integrantes do presente Auto de Infração, as quais discriminaram, tendo sido, em razão disto, autuado para pagamento no valor histórico de R\$39.498,47 sob a alegação de que não houve o pagamento da antecipação parcial na entrada desses produtos, com fundamento no Art. 332, inciso III, alínea “b” do RICMS/BA.

Pontua que o enquadramento legal que fundamentou a autuação é aplicado nas hipóteses de aquisições de mercadorias para comercialização e não como matéria-prima para indústria, razão pela qual considera inaplicável ao presente caso.

Passou a se reportar ao conceito de produto industrializado e sobre os produtos adquiridos como matéria-prima para efeito de industrialização, os quais são modificados e/ou transformados em um novo produto acabado e destinado ao consumo direto fato este que por si só é suficiente para comprovar a inequívoca industrialização que realiza.

No tópico seguinte advoga que em razão do que expôs restou demonstrado que não é intermediário revendedor dos produtos adquiridos e autuados, e sim simples adquirente das mercadorias a título de matéria-prima para industrialização. Nesta senda e após explicar como se apresentam as embalagens desses produtos, reporta-se ao § 8º, inciso III da Lei nº 7.014/96 para também afastar a hipótese de exigibilidade da retenção do ICMS-ST no caso concreto uma vez que o referido dispositivo legal dispensa a antecipação tributária nas aquisições de produtos a título de matéria-prima.

Refere-se também ao art. 355, III do RICMS/BA que de forma expressa dispensa a retenção ou antecipação do imposto ainda que parcial nas aquisições interestaduais de mercadorias a serem empregadas como matéria-prima, sem qualquer ressalva ou exceção, destacando, ainda, se porventura a hipótese fosse de ICMS-ST por certo ocorreria à figura do *bis in idem*, pois ao dar saída da carne moída é compelido a proceder à retenção antecipada do imposto na qualidade de substituto tributário, citando a este respeito reiteradas decisões deste órgão julgador administrativo, e de forma mais específica o Acórdão nº 0160-01/16.

Em conclusão pugnou pela Improcedência do Auto de Infração e da conversão do PAF em diligência em seu estabelecimento para efeito de averiguação da veracidade dos seus argumentos.

O autuante prestou a Informação Fiscal de fl. 57 onde acolheu o argumento defensivo em relação à exclusão da Nota Fiscal nº 19.407, reduzindo a exigência fiscal para o patamar de R\$26.949,15, mantendo a exigência fiscal em relação às demais aquisições com base no art. 289, § 2º do RICMS/2012.

## VOTO

Analizando os presentes autos constatei que algumas considerações importantes sobre o ponto de vista da formalização do lançamento necessitam ser aventadas e comentadas.

Em primeiro lugar apesar do Auto de Infração indicar que tais ocorrências se verificaram no trânsito de mercadorias, não foi isto que ocorreu. A SAT, através da Central de Operações Estaduais – COE, emitiu o Mandado de Fiscalização nº 18818257000110-2018423, fl. 09, intitulado “Monitoramento Vies de Risco Sonegação Fiscal” e o encaminhou à Infaz Barreiras requerendo que fosse cumprida a Ordem de Serviço através do Regime Sumário de Apuração do ICMS previsto pelo Art. 318 do RICMS/BA. Portanto, diferentemente do quanto foi colocado pelo autuante, os fatos apurados não ocorreram no trânsito de mercadorias, antes da entrada do território deste Estado, e sim, em decorrência do desenvolvimento de uma ação fiscal posterior aos fatos que deram margem à autuação.

Nesta condição e considerando que o autuado é inscrito como empresa de pequeno porte e optante pelo regime do Simples Nacional o autuante se encontrava apto a executar a fiscalização, entretanto deveria exercitá-la mediante expedição de intimação prévia ao contribuinte com

concessão de prazo para apresentação dos livros e documentos fiscais necessários a realização dos trabalhos (Termos de Intimação e de Início de Fiscalização).

No caso presente tem-se que o autuante não preencheu qualquer papel de trabalho e não executou qualquer tipo de cálculo para efeito do lançamento, limitando-se a anexar aos autos listagens oriundas do COE. Vê-se, também que essas listagens indicam diversas notas fiscais emitidas no decorrer do mês de abril/18 enquanto que o autuante considerou apenas uma única data de ocorrência e de vencimento como sendo 03/05/18 (idênticas) sob a justificativa de que **tendo em vista ausência de elementos que possam identificar a data da real entrada no estado das citadas mercadorias, e seguindo o Princípio de Direito “in dubio pro reo” foi considerada como data da ocorrência do fato gerador a data da Constatação dos Eventos.**

Isto é inadmissível já que data de ocorrência não pode ser presumida e sim apurada, ou seja, a efetiva. Na situação sob análise, o autuante fez constar da peça de acusação que a exigência do imposto por antecipação parcial foi realizada tendo em vista que o contribuinte não preenche os requisitos previstos pela legislação, sem indicar ou pontuar quais os requisitos não foram preenchidos. Ademais em se tratando de antecipação parcial o prazo para pagamento do imposto de acordo com o § 2º do Art. 332 do RICMS/BA é até o dia 25 do mês subsequente ao da data de emissão do MDF-e vinculado ao documento fiscal, ao tempo em que, no caso presente o vencimento foi consignado como sendo 03/05/2018 para todas as aquisições ocorridas no mês de abril/18 e constantes deste lançamento.

Menciona ainda o autuante na descrição dos fatos a existência de Termo de Fiscalização o qual não se encontra nos autos, enquanto que o Termo de Ocorrência Fiscal, emitido pelo COE e não pelo autuante, fl. 04, está datado de 08/05/2018 data posterior ao lançamento que ocorreu em 03/05/2018, portanto nenhum procedimento a título de pré-lançamento foi efetuado pelo autuante que pudesse consubstanciar o Auto de Infração.

Outra questão importante é de que a acusação reporta-se claramente a exigência de imposto por falta de pagamento do ICMS antecipação parcial antes da entrada das mercadorias no território deste estado, entretanto os demonstrativos elaborados pelo COE, únicos juntados aos autos, referem-se à antecipação tributária total, diferentemente, portanto, daquilo que foi autuado.

Com todo o respeito que merece o autuante entendi necessário tecer os comentários acima visto que tais fatos se revestem de vícios que conduzem o lançamento à nulidade. Entretanto, valho-me da regra inserta pelo Parágrafo único do art. 155 do RPAF/BA para adentrar ao mérito da autuação.

Conforme já dito linhas atrás, a exigência fiscal relaciona-se a falta de pagamento de ICMS a título de antecipação tributária parcial, com enquadramento no Art. 12-A da Lei nº 7.014/96. Toda linha argumentativa do autuado está centrada na sua condição de estabelecimento industrial, cujos produtos adquiridos destinaram-se à industrialização, situação esta não contestada pelo autuante.

De fato o autuado está cadastrado na SEFAZ com a “Atividade Econômica Principal 1013901 - Fabricação de produtos de carne” e todos os elementos constantes nos autos confirmam essa condição. Não existe qualquer ocorrência comprovando que as mercadorias adquiridas se destinaram à comercialização, situação esta que afasta a exigência do imposto por antecipação tributária parcial. Aliás, esta é uma situação que poderia ser facilmente observada pelo autuante no curso da ação fiscal.

Também e apesar de não ser esta a acusação, não pode ser exigido o imposto a título de antecipação tributária total ante a condição do autuado de ser um estabelecimento industrial e sujeito passivo por substituição nas operações de saídas subsequentes dos produtos que industrializa, conforme preconiza o § 8º, o inciso III, Art. 8º da Lei nº 7.014/96.

De maneira que, ante o acima exposto, considero desnecessário tecer considerações a respeito da exigência que recaiu sobre a Nota Fiscal nº 19.407 citada pelo autuado, a qual é realmente indevida, e voto pela IMPROCEDÊNCIA do presente Auto de Infração.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **128863.0027/18-0**, lavrado contra **ATM INDÚSTRIA, COMÉRCIO, EXPORTAÇÃO E IMPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de junho de 2019.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA