

A. I. Nº - 128984.0148/21-6
AUTUADO - CMP DE FARIAS EIRELI - EPP
AUTUANTE - RUI ALVES DE AMORIM
ORIGEM - DAT SUL / IFMT / POSTO FISCAL BENITO GAMA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 10.11.2022

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0199-05/22-VD

EMENTA. ICMS. ANTECIPAÇÃO TOTAL. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS. FALTA DE REGIME ESPECIAL. LANÇAMENTO NO TRÂNSITO DE MERCADORIAS. Produtos comestíveis, congelados, resultante do abate de suínos. Mercadoria destinada a beneficiamento/industrialização, contribuinte com CNAE principal Frigorífico. Situação cadastral do contribuinte regular à época do lançamento. Apuração do imposto pelo regime de conta corrente fiscal (débito vs. crédito). Contribuinte amparado nas normas de exceção que afastam a obrigação de retenção e pagamento antecipado ICMS na etapa de entrada dos insumos no território baiano. Rejeitadas as preliminares de nulidade por incompetência da autoridade fiscal para proceder ao lançamento fiscal e a alegação defensiva de que a ação fiscal não foi executada pela fiscalização no trânsito das mercadorias. No mérito: Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado no trânsito de mercadorias, em 04/09/2021, no valor histórico principal de **R\$ 28.111,21**, contendo a seguinte imputação fiscal:

Infração 01 – 054.001.002 – Mercadorias enquadradas no Regime de Substituição Tributária no RICMS-Ba, procedentes de outros Estados, sem recolhimento do ICMS antes da entrada no território deste Estado. Fato gerador: 04/09/2021. Exigência fiscal acrescida da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.

Contribuinte não possui regime especial para pagamento posterior, deixando de recolher o imposto no ingresso das mercadorias no território baiano, conforme prevê o art. 289, § 2º, inc. IV do RICMS-Ba. Produtos acobertados pelo DANFE 217998. TAO 441452.1030/21-5.

Documentos juntados na peça acusatória: Demonstrativo de Apuração do imposto (fl. 04); Termo de Apreensão, assinado em 02/09/2021 (fls. 05/06); instrumento de representação conferido a procurador para representar os interesses do contribuinte perante a SEFAZ-Ba (fl. 07); dados cadastrais do contribuinte (fls. 08/10verso); cópia reprográfica do DANFE nº 217.998 e do correspondente Conhecimento de Transporte Eletrônico de Cargas – DACTE (fls. 12 a 16); documentos de identificação do motorista da carga (fl. 17); termo de intimação do A.I. enviado através do DT-e - Domicílio Tributário Eletrônico (fl. 18).

Contribuinte ingressa com DEFESA ADMINISTRATIVA, peça protocolada em 29/03/2022, subscrita por advogados e inserida nos autos entre as fls. 20 a 27.

Discorreu inicialmente que exerce atividade de **fabricação de produtos de carne e preparação de subprodutos do abate**, conforme se infere do contrato social juntado na peça defensiva (doc. fls. 29 a 35).

Na sequência informou ter firmado contrato de compra e venda de produtos resultantes do abate suíno com fornecedor localizado em outro estado da Federação (Santa Catarina). As aquisições se referiam a insumos para seu processo industrial, acobertados pelo DANFE 217.998, emitido no dia 26/08/2021, compreendendo a compra de Espinhaço Congelado de Suíno, Recorte de Costela Congelada de Suíno, Rabo Extra Congelado de Suíno e Miúdos Congelados de Suíno, conforme se extrai dos documentos em anexo (fl. 36).

A mercadoria chegou à sede da indústria no dia seguinte à aquisição, ou seja, no dia 27/08/2021. No entanto, segundo a defesa, em completa ilegalidade e abuso de poder de fiscalização, procedeu a Auditoria lançamento do ICMS, no Trânsito de Mercadorias, apesar da autoridade fiscal está impedida por lei de auditar a empresa. Disse que a ação fiscal, não ocorreu efetivamente no trânsito de mercadorias, sendo o imposto lançado após o ingresso dos produtos na sede da indústria, o que torna a “notificação fiscal” nula de pleno direito.

Transcreveu as disposições do art. 42 do RPAF, *in verbis*:

Art. 42. A função fiscalizadora será exercida pelos auditores fiscais e pelos agentes de tributos estaduais, sendo que;

II - compete aos agentes de tributos estaduais a constituição de créditos tributários decorrentes da fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional.

Nessa perspectiva, infere-se que o autuante não detém competência para auditar o contribuinte optante pelo lucro presumido, ressalvada a ocorrência de efetiva fiscalização de trânsito, o que não ocorreu na espécie.

Pontuou mais à frente que a referida ilegalidade tem sido rechaçada pelas Juntas de Julgamento Fiscal do CONSEF, vez que não se trata de fiscalização de trânsito e sim auditoria realizada por preposto desprovido de competência para tanto, conforme se extrai da decisão proferida pela 5ª JF, no Acórdão nº 0044-05/19, Relatoria do Consº. Vladimir Miranda Morgado, a seguir transcrito (doc. 03 – fls. 38 a 42).

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JF Nº 0044-05/19

EMENTA: ICMS: ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRIBUINTE CREDENCIADO.

AUTO DE INFRAÇÃO DE TRÂNSITO DE MERCADORIAS. AÇÃO FISCAL PROMOVIDA POR AGENTE PÚBLICO INCOMPETENTE DESCUMPRINDO FORMALIDADES ESSENCIAS PARA O LANÇAMENTO DE OFÍCIO. VÍCIO INSANÁVEL. DECRETAÇÃO DE NULIDADE:

Caracterizada a nulidade do lançamento quando o procedimento fiscal é desenvolvido por preposto fiscal com atribuições para atuar na fiscalização de mercadorias em trânsito, para qualquer tipo de contribuinte, ou na fiscalização de comércio, somente para contribuintes optantes pela pagamento de ICMS com base na sistemática do “Simples Nacional”, mas, na verdade, a ação empreendida é típica de fiscalização de comércio e a autuada é empresa optante pelo regime do conta corrente fiscal do imposto. Autuação enseja vício formal irrecuperável, proporcionando a nulificação do ato.

Auto de Infração NULO de pleno direito. Decisão unânime.

Em outro tópico, a defesa passou a discorrer acerca da **NÃO INCIDÊNCIA DE ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA NA AQUISIÇÃO DE INSUMO PARA INDÚSTRIA.**

Afirmou que o Código Tributário Nacional galgou à condição de legislação federal os Convênios firmados entre si pelos Estados da Federação, conforme se extrai do dispositivo legal abaixo transcrito:

Art. 100 - São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos:

IV —os convênios que entre si celebram a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Fundamentado em tal permissivo legal, os Estados editaram o Convênio ICMS 142/18. Fez a defesa referência à cláusula nona da referida norma convencional que apresenta redação cujo teor segue abaixo transcrito ao que interessa ao caso dos autos:

CONVÊNIO ICMS 142/18, DE 14 DE DEZEMBRO DE 2018

Cláusula nona Salvo disposição em contrário, o regime de substituição tributária não se aplica:

I- às operações interestaduais que destinem bens e mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária a estabelecimento industrial fabricante do mesmo bem e mercadoria;

II - às transferências interestaduais promovidas entre estabelecimentos do remetente, exceto quando o destinatário for estabelecimento varejista;

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;

IV - às operações interestaduais que destinem bens e mercadorias a estabelecimento localizado em unidade federada que lhe atribua a condição de substituto tributário em relação ao ICMS devido na operação interna;

V - às operações interestaduais com bens e mercadorias produzidas em escala industrial não relevante, nos termos deste convênio.

No mesmo sentido é a legislação estadual que regulamenta a matéria, cujo dispositivo legal estampado no art. 8 da Lei estadual nº 7.014/2006, é assente em afirmar que a antecipação tributária do ICMS não é devida quando a mercadoria é destinada à indústria, conforme transcrição abaixo:

Art. 8º. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados:

§ 8º. Salvo disposição em contrário prevista em regulamento, não se fará a retenção ou antecipação do imposto 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;

Em caso idêntico ao dos autos, o CONSEF assentou a seguinte decisão:

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF NP 0118-06-06/19NF

EMENTA. ICMS. ANTECIPAÇÃO TOTAL. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE

MERCADORIAS. FALTA DE REGIME ESPECIAL. (NCM 02032900 E 02064900) Produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, secos ou temperados, resultados do abate de aves, leporídeos, e gado bovino, bufalino, caprino, ovino e suínos. Aplicável com a tributação do Convênio 89/05. Mercadoria destinada para beneficiamento/industrialização, contribuinte com CNAE principal Frigorífico abate de bovinos.

NOTIFICAÇÃO FISCAL IMPROCEDENTE. Decisão unânime.

Destacou a existência de informativo no site da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia constando expressamente a não incidência de antecipação tributária na aquisição de insumos para a indústria (doc. 03 – fl. 43 a 47), conforme abaixo transcrito:

"ANTECIPAÇÃO PARCIAL

8. Em quais situações o contribuinte, também, não deverá recolher o ICMS a título de antecipação parcial?

Quando adquire mercadorias destinadas ao ativo permanente da empresa ou, para uso ou consumo do estabelecimento; também quando as mercadorias sejam adquiridas para fazer parte do processo de industrialização como matéria-prima, produto intermediário ou material de embalagem; também quando sejam adquiridas para uso na prestação de serviços, sem incidência de ICMS previsto na Lei Complementar nº 116/2003."

https://sefaz.ba.gov.br/contribuinte/tributacao/duvidas/antecipacao_parcial.pdf

No mesmo sentido é o entendimento assentado no Parecer nº 6985/2015 em consulta fiscal formulada junto à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, abaixo transcrito:

ICMS. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. Na hipótese de aquisição interestadual de mercadoria destinada a emprego em processo que possa efetivamente ser caracterizado como uma industrialização, não será devida a antecipação parcial do imposto. Por outro lado, havendo apenas um processo de beneficiamento, sem alteração da natureza do produto, será devida a antecipação parcial disciplinada no art. 12-A da Lei nº 7.014/96.

Parecerista: CRISTIANE DE SENA COVA

GECOT/Gerente: 07/04/2015 - CRISTIANE DE SENA COVA

DITRI/Diretor: 07/04/2015 - JORGE LUIZ SANTOS GONZAGA

Assim, infere-se que a antecipação tributária do ICMS não se aplica às mercadorias adquiridas pela autuada para utilização no processo industrial em seu parque fabril, vez tal mercadoria ser insumo no processo produtivo da indústria, nos termos do quanto estampado no Convênio ICMS 142/18 e na Lei estadual 7.014/2006.

Nas considerações finais da peça defensiva o contribuinte pede que o presente feito seja baixado em diligência fiscal para que a Autoridade Fazendária possa dirigir-se à sede da indústria para analisar o processo produtivo da mesma e constatar que os produtos adquiridos são resultantes do abate de gado.

Ao finalizar a peça defensiva o contribuinte formula os seguintes requerimentos:

- (i) Que seja declarada a nulidade do Auto de Infração, haja vista o vício insanável na medida em que “Agente de Tributos” identificou a emissão de DANFE no sistema da SEFAZ desacompanhado do pagamento da antecipação tributária — indevida no caso de aquisição de insumos para industrialização — e lançou o tributo cerca de 10 (dez) dias depois como se tivesse “flagrado” uma operação de trânsito, o que fere de morte o..... disposto no art. 42 do RPAF.
- (ii) Que seja declarada a improcedência do auto de infração em epígrafe, vez que não há falar em antecipação tributária por força do art. 271 do RICMS/BA, que dispensa o recolhimento do ICMS na saída interestadual de produtos decorrentes do abate de suíno, o que torna a presente autuação manifestamente improcedente.

Informação Fiscal prestada em 21/09/2022, através da peça processual juntada ao PAF entre as fls. 57/58.

Declarou a Autoridade Fiscal que a empresa foi autuada por Auditor Fiscal por estar descredenciada para efetuar o pagamento da antecipação tributária nos prazos estipulados na legislação tributária em vigor. Portanto, a lavratura ocorreu em momento em que a empresa se encontrava descredenciada e o pagamento do ICMS Antecipação Tributária não foi recolhido antes do ingresso dos produtos no território baiano. Em razão dos fatos expostos sustenta o pedido de procedência integral do ato de lançamento tributário.

Em despacho exarado à fl. 59 deste PAF, datado de 14/10/2022, após avaliação dos elementos existentes neste processo, concluí que o mesmo se encontra em condições de ser inserido na pauta de julgamento.

Apresento na sequência o meu voto.

É o relatório.

VOTO

O Auto de Infração em lide, lavrado no trânsito de mercadorias, em 04/09/2021, é composto de uma única imputação fiscal, relacionada à cobrança do ICMS a título de antecipação total (ICMS-ST) de contribuinte que não se encontrava credenciado, através de Regime Especial, para recolhimento do imposto nos prazos estabelecidos na legislação de regência.

Suscitou a defesa uma preliminar de nulidade sustentada no argumento de que o Auto de Infração foi lavrado por autoridade fiscal incompetente para auditar as atividades da empresa e que o lançamento não se verificou no posto fiscal (trânsito de mercadorias) indicado na peça acusatória.

As razões defensivas para a anulação do lançamento não merecem acolhimento, considerando que o Auto de Infração foi lavrado por Auditor Fiscal, que mesmo no trânsito de mercadorias, possui competência plena para a prática do ato administrativo ora impugnado pelo contribuinte.

A questão tornou-se pacificada após a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), publicada em 04/03/2021, na ADI nº 4233, que declarou a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei nº 11.470/2009 que transferiu atribuições que eram privativas dos Auditores Fiscais do Estado da Bahia para os ocupantes do cargo de Agentes de Tributos Estaduais, especialmente a lavratura de Autos de Infração no trânsito de mercadorias e perante contribuintes inscritos no Simples Nacional.

Por outro lado, a ação fiscal foi efetivamente desenvolvida no trânsito de mercadorias visto que a ocorrência de passagem da mercadoria no posto fiscal foi registrada através Termo de Apreensão lavrado em 02/09/2021 com a subsequente formalização do Auto de Infração em data próxima, em 04/09/2021, dois dias após.

Preliminares de nulidade rejeitadas.

Passaremos doravante a enfrentar as questões de mérito apresentadas na peça defensiva.

Não se verifica aqui a necessidade de conversão do feito em diligência considerando que a base documental existente nos autos é suficiente para o deslinde das questões suscitadas pelo contribuinte na peça defensiva, conforme será melhor detalhado mais à frente.

As mercadorias objeto da cobrança lançada no A.I. são cortes de suíno congelados, cuja operação de aquisição foi acobertada pelo DANFE/NF-e nº 217.998, emitido em 26/08/2021 (doc. fl. 12), operação interestadual originária de fornecedor localizado no Estado de Santa Catarina. A autoridade fiscal enquadrou o fato infracional nas disposições do art. 8º, § 4º, inc. I, da Lei nº 7.014/96 c/c o art. 289, § 2º-A e art. 332, inc. III, alínea “a”, do RICMS-Ba.

Os produtos cuja operação de aquisição foi acobertada pelo DANFE/NF-e acima referenciado, estão enquadrados no regime de substituição tributária, nas operações internas, por força das disposições contidas no art. 289, e seu § 2º-A, do RICMS/Ba e correspondente Anexo I (**item 11.25.1**). Os dispositivos citados apresentam a redação a seguir transcrita:

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 - atenda às disposições da legislação sanitária federal ou estadual;

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

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

IV - esteja autorizado 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.”

No caso específico dos autos, o estabelecimento autuado, por ocasião da ação fiscal, iniciada em 02/09/2021, com a lavratura do Termo de Apreensão nº 4414521030/21-5, se encontrava com a sua situação cadastral ativa perante a Fazenda Pública Estadual, conforme atesta o Termo juntado ao PAF (fls. 62 a 65), contendo o histórico da situação no CAD-ICMS, extraído do sistema interno da SEFAZ-Ba, denominado INC -Informações do Contribuinte.

Somente em 15/12/2021 houve intimação ao sujeito passivo acerca da sua condição de “inapto”, em decorrência do mesmo se encontrar omissos de entrega de DMA (descumprimento de obrigação acessória).

Além da circunstância acima apontada, o estabelecimento empresarial, regularmente inscrito no cadastro do ICMS da Bahia, à época da lavratura do Auto de Infração, exercia atividade de Frigorífico, constituindo uma unidade produtiva, vinculada à IPEP Indústria, com apuração do imposto pelo regime de conta corrente fiscal, conforme consta das informações juntadas ao PAF às fls. 10/11.

Nessas condições, considerando as disposições regulamentares acima transcritas, está o contribuinte amparado nas normas de exceção que afastam a obrigação de retenção e pagamento antecipado ICMS na etapa de entrada dos insumos no território baiano, ficando a obrigação de recolhimento do tributo transferida para as etapas subsequentes, quando das saídas dos produtos resultantes da industrialização.

Improcede, portanto, a cobrança do ICMS no trânsito de mercadorias, devendo a ação fiscal ser renovada pela fiscalização de estabelecimento, visando verificar o correto cumprimento das obrigações tributárias, acessória e principal, relacionadas a entrada dos produtos na unidade produtiva e a posterior saída das mercadorias resultantes do processo de fabricação.

Considerando o acima exposto o voto é pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração lavrado no trânsito de mercadorias.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **128984.0148/21-6**, lavrado no trânsito de mercadorias contra a empresa **CMP DE FARIAS EIRELI**.

Recomenda-se a renovação da ação fiscal pela Unidade de Fiscalização a que estiver vinculado contribuinte, através da aplicação dos roteiros de Auditoria de Estabelecimentos.

Sala Virtual de Sessões do CONSEF, 27 de outubro de 2022.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – JULGADOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR