

A. I. N° - 108529.0011/18-8
AUTUADO - BRF S. A.
AUTUANTE - GILMÁRIO MACEDO LIMA
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 16/11/2022

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0238-04/22-VD**

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME EM VIRTUDE DE CONVÊNIO OU PROTOCOLO. FALTA DE RETENÇÃO PELO REMETENTE. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO DO DESTINATÁRIO. Restou caracterizado que as operações objeto da autuação se referem a material de escritório, materiais de manutenção, materiais de publicidade, brindes, dentre outras, todas elas para consumo interno, inexistindo operações subsequentes em relação a estas aquisições, descabendo a exigência do imposto a título de antecipação tributária. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em referência teve sua expedição ocorrida em 14/12/2018 para exigir crédito tributário no montante de R\$ 156.355,70 mais multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, em decorrência da seguinte acusação: “*Deixou de proceder o recolhimento do ICMS, referente às aquisições de outra unidade da federação de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária em virtude de Convênio ou Protocolo, não tendo sido feita a retenção. Falta de recolhimento do ICMS por solidariedade – operações com produtos da substituição tributária*”.

O autuado, por intermédio de seus Patronos, ingressou com Impugnação ao lançamento, fls. 17 a 32, onde transcreveu os fatos relacionados a autuação, e em preliminar passou a arguir a nulidade do Auto de Infração por violação aos termos do Art. 142 do CTN e ao princípio da busca pela verdade material. Neste sentido pontuou que antes de rebater o mérito, passará a expor questões preliminares que, certamente, levarão ao reconhecimento de nulidade do lançamento, com o seu consequente cancelamento.

Assim é que, após interpretar o constante na norma formulada pelo referido artigo, destacou que está sendo cobrado, na qualidade de responsável solidário, pelo pagamento do ICMS-ST que deixou de ser recolhido pelos remetentes, já que, na visão do fiscal, as mercadorias objeto da autuação estariam sujeitas ao regime da substituição tributária (antecipação do ICMS), entretanto, pontuou que basta uma breve análise das mercadorias envolvidas no Auto de Infração para verificar que todas elas foram adquiridas na qualidade de consumidor final, hipótese na qual não é possível se exigir o pagamento de ICMS-ST, sustentando que o autuante não analisou as operações fiscalizadas na sua completude, pois, se assim tivesse feito, teria verificado que não deixou de recolher ICMS-ST (por antecipação) na aquisição das mercadorias listadas na planilha anexa ao Auto de Infração, já que as mercadorias não foram adquiridas com intuito de revenda.

Desta maneira sustentou que essa situação é totalmente incompatível com o comando do já citado art. 142 do CTN e com o princípio da busca pela verdade material, que obriga o sujeito ativo a fazer um levantamento completo, a partir de fatos indiscutíveis, inquestionáveis e bem definidos, não de meras presunções para a produção de autos de infração sem a correta descrição dos fatos geradores e da determinação da matéria tributável, na expectativa que o sujeito passivo

a determine na impugnação.

Em seu socorro citou o Art. 2º do RPAF/BA e, com base do Art. 18, IV, “a” do mesmo Regulamento, suscitou a nulidade do Auto de Infração por vício material e falta de segurança na apuração dos fatos geradores e na determinação da matéria tributável.

No tópico seguinte voltou a arguir a nulidade do Auto de Infração, desta vez por ausência de indicação do fundamento que ensejaria a aplicação do regime da substituição tributária, isto porque, a única motivação do autuante para lavrar o Auto de Infração foi a suposta constatação de que teria deixado de recolher ICMS-ST no regime de antecipação, porém, não há indicação no Auto de Infração dos fundamentos legais que dão suporte para tal afirmação, citando os dispositivos legais considerados pelo autuante no lançamento dizem respeito à responsabilidade solidária (art. 6º, XV, da Lei nº 7.014/96) e à multa aplicada (Artigo 42, inciso II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96), acrescentando que não há qualquer demonstração de que as mercadorias objeto do lançamento estão incluídas no regime da substituição tributária antecipada, quando deveria haver a indicação, segregada por NCM, de quais dispositivos do RICMS/BA fundamentam a exigência fiscal nesse quesito.

Concluiu este tópico sustentando que o que se verifica no presente caso é um Auto de Infração lavrado sem a devida fundamentação legal, devendo ser reconhecida a sua nulidade por insegurança na determinação da infração, nos termos do art. 18, IV, “a” do Decreto nº 7.629/99, com flagrante vício material.

A título de terceira preliminar de nulidade, citou ausência de responsabilidade solidária, posto que está sendo exigido, na condição de responsável solidário, pelo pagamento de ICMS-ST, nos moldes do art. 6º, XV, da Lei nº 7.014/96.

Destacou que esta hipótese de responsabilidade solidária diz respeito ao pagamento do ICMS-ST quando o remetente da mercadoria não efetua o recolhimento por não possuir inscrição estadual no Estado da Bahia, entretanto, as mercadorias objeto do Auto de Infração não estão sujeitas ao regime da substituição tributária, já que foram adquiridas na qualidade de consumidor final, além de que, o autuado não demonstrou se todos os remetentes das mercadorias adquiridas realmente não possuem inscrição estadual como substituto tributário no Estado da Bahia, o que evidencia ainda mais que o lançamento foi feito com base em presunção, em contradição ao comando do art. 142, do CTN, e do art. 18, IV, “a” do RPAF/BA aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Desta maneira, sustentou que deve ser reconhecida a nulidade e o consequente cancelamento do lançamento impugnado por falta de segurança na apuração dos fatos geradores e na determinação da matéria tributável, já que: *(i)* as mercadorias objeto do Auto de Infração não estão sujeitas ao regime do ICMS/ST e *(ii)* não há comprovação de que os remetentes das mercadorias não estão inscritos no Estado da Bahia como substitutos tributários.

Ao ingressar ao mérito da autuação, passou a arguir a improcedência do Auto de Infração visto que, as mercadorias objeto da autuação foram adquiridas na qualidade de consumidor final, inexistindo aquisição para revenda, citando que tem como atividade o comércio atacadista de produtos cárneos, laticínios e outros tipos de alimentos, e por conta da natureza de sua atividade, a maioria das mercadorias adquiridas tem finalidade de revenda, porém, nem todas as mercadorias por ela adquiridas são destinadas ao comércio.

Neste sentido passou a demonstrar que as mercadorias objeto do Auto de Infração foram adquiridas na qualidade de consumidor final, já que não tem relação direta com a sua atividade econômica, ou seja, não foram adquiridas com a finalidade de revenda.

Isto posto, passou a demonstrar que tais mercadorias tiveram por finalidade: brindes e doações destinadas aos funcionários, (a exemplo de Jogo Wiki, Carrinho da Hello Kitty, Caminhão de Brinquedo da Hot Wheels, Guitarra Infantil Monster High); material de escritório (adesivos), materiais de manutenção das máquinas e equipamentos, materiais de uso publicitário, além de outras discriminadas na planilha constante do doc. 04, todas adquiridas na qualidade de

consumidor final, não sendo possível a exigência de ICMS-ST sobre elas.

Após discorrer a respeito da impossibilidade de se exigir ICMS-ST quando se trata de operação com mercadoria destinada a consumidor final, concluiu pugnando que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

Passou a arguir efeito confiscatório na multa aplicada no percentual de 60%, requereu baixa dos autos em diligência ou produção de prova pericial, para concluir requerendo preliminarmente: *(i)* nulidade do Auto de Infração por vício material com o cancelamento da integralidade do crédito tributário, tendo em vista que não há segurança na determinação dos fatos geradores e da matéria tributável, bem como pela ausência da necessária fundamentação legal; e *(ii)* reconhecer a ausência de responsabilidade solidária da Impugnante pelo pagamento do crédito tributário, eis que: *a*) o remetente da mercadoria não tinha a obrigação de pagar o imposto cobrado no Auto de Infração impugnado; e *b*) não restou comprovado que os remetentes das mercadorias não estão inscritos perante o Estado da Bahia.

No mérito, requereu que o Auto de Infração seja julgado Improcedente, haja vista que não adquiriu as mercadorias objeto da autuação para revenda, já que é consumidor final de tais bens, requerendo, ainda, caso não se entenda pela improcedência total ou parcial do Auto de Infração, *(i)* seja afastada a multa em percentual de 60% do valor do tributo exigido, tendo em vista que tal penalidade afronta o princípio da vedação de tributação com efeitos confiscatórios, ou, quando menos, sua redução, tendo em vista a sua patente inconstitucionalidade/illegalidade, *ii)* que seja determinado a baixa dos presentes autos em diligência/perícia, a fim de que sejam realizadas as investigações necessárias, bem como seja oportunizada a realização de prova pericial, a fim de que seja alcançada a verdade material dos fatos, nos termos do Capítulo II, art. 123, § 3º do Decreto Estadual nº 7.629/99 (RPAF/BA).

Protestou, ainda, pela realização de sustentação oral na respectiva sessão de julgamento, devendo, portanto, serem intimados os procuradores da parte com antecedência, em atenção ao princípio da ampla defesa e do devido processo legal, requerendo, para tanto, que as intimações expedidas no presente processo administrativo sejam direcionadas para o endereço dos patronos do Impugnante, qual seja: Rua Eurípedes Garcez do Nascimento, 1281, Ahú, Curitiba/PR, CEP nº 80.540-280.

O autuante ingressou com a Informação Fiscal de fls. 119 a 121, tendo inicialmente apresentado uma síntese dos argumentos defensivos e, em seguida, passou a contestá-los.

Esclareceu, inicialmente, que todos os demonstrativos foram elaborados através dos arquivos SPED/EFD, de acordo com o art. 247 do RICMS/BA. Pontuou que em relação ao pedido de nulidade o mesmo não merece prosperar tendo em vista o constante no art. 18, § 1º do RPAF/BA.

No mérito disse que após analisar as alegações defensivas afirmou que as mesmas não procedem posto que, em conformidade com o que preceitua o art. 6º, XV, da Lei nº 7.014/96, e, como os remetentes das mercadorias não possuem inscrição ativa junto a SEFAZ/BA, cabe ao destinatário efetuar o pagamento.

No tocante a multa aplicada afirmou que ela obedece ao que determina o art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96 e concluiu pugnando pela Procedência do presente Auto de Infração.

Em 13 de dezembro de 2019, o presente PAF foi convertido em diligência à Infaz de origem/autuante, fls. 124, nos seguintes termos:

“A acusação que versa nos presentes autos é de que o sujeito passivo “Deixou de proceder o recolhimento do ICMS, devido em razão de responsabilidade solidária, referente às aquisições de outras unidades da federação de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária em virtude de Convênio ou Protocolo, não tendo sido feita a retenção. Falta de recolhimento do ICMS por solidariedade – operações com produtos da substituição tributária”.

Em sua Impugnação o autuado questionou a responsabilidade solidária que lhe foi atribuída através do lançamento contestado, ao argumento de que as mercadorias objeto do Auto de Infração não estão sujeitas ao ICMS/ST e que não há comprovação de que os remetentes das mercadorias não estão inscritos no Estado

da Bahia como substitutos tributários.

Também requereu a improcedência do Auto de Infração pelo fato de que, segundo o mesmo, as mercadorias foram adquiridas na condição de consumidor final, portanto não destinadas à revenda, destacando sua condição de comércio atacadista de produtos cárneos, laticínios e outros tipos de alimentos, enquanto que as mercadorias adquiridas se destinaram para brindes e doações a seus funcionários, material de escritório, materiais de manutenção, materiais de uso publicitário, dentre outras mercadorias indicadas na mídia eletrônica, doc. 04, fl. 115.

O autuante, quando da informação fiscal, pontuou que não procede a alegação da defesa, pois de acordo com o Art. 6º, inciso XV da Lei nº 7.014/96, são solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto pelo contribuinte de direito o contribuinte destinatário de mercadorias enquadradas no regime de ST por antecipação, em virtude de Convênio ou Protocolo, oriundos de outras unidades da Federação, quando o remetente não possua inscrição estadual ativa como substituto tributário.

Em vista disto, decidiu esta 4ª Junta de Julgamento Fiscal, em sessão de Pauta Suplementar realizada nesta data, por converter o presente PAF em diligência à Infaz de origem no sentido de que o autuante, analise todos os argumentos apresentados pelo autuado em sua peça defensiva, consoante previsão no Art. 127, § 6º do RPAF/BA (§ 6º A informação fiscal deverá ser prestada com clareza e precisão, abrangendo todos os aspectos da defesa com fundamentação), especialmente as aquisições das mercadorias constantes do CD de fl. 115, esclarecendo qual a destinação atribuídas a estas mercadorias pelo autuado.

Após esta providência o autuado deverá ser cientificado deste pedido de diligência, cuja cópia lhe deverá ser entregue juntamente com o resultado apurado na diligência pelo autuante, ora solicitada, oportunidade em que lhe deverá ser concedido o prazo de 30 (trinta) dias para se pronunciar a respeito da mesma.

Ao final o PAF deverá retornar ao CONSEF para efeito de continuidade da instrução e posterior julgamento".

Em atendimento a solicitação de diligência supra, auditor fiscal estranho ao feito, em 22/07/2020, conforme Processo SIPRO 057774/2020-6, fl.128-A, apresentou suas conclusões a respeito da questão envolvida na presente autuação, conforme fls. 129 a 138, onde passou a analisar de forma individual os pedidos de nulidade que foram suscitados pela defesa, afixando uma série de telas para demonstrar que os remetentes das mercadorias não eram inscritos no cadastro da SEFAZ.

No que diz respeito ao mérito da autuação esclareceu que apesar das mercadorias adquiridas pelo autuado não possuírem a finalidade de revenda, a alegação defensiva não deve prosperar, visto que o art. 3º da Lei nº 7.014/96, que trata da não incidência do imposto, não existe previsão legal para o não pagamento do ICMS-ST quando as mercadorias listadas no Anexo I do RICMS/BA são adquiridos por contribuinte do imposto na qualidade de consumidor final.

Disse que, conforme esclarecido no item II.1, o ICMS incide nas operações e prestações interestaduais que destinem mercadorias, bens e serviços a consumidor final localizado neste Estado, contribuinte ou não do imposto, conforme previsto no art. 2º, inciso IV.

Concluiu mantendo o pedido de procedência do Auto de Infração.

Em 07/12/2020, conforme intimação expedida através do DT-e, fl. 142, o autuado foi cientificado do inteiro teor da Informação Fiscal, o qual se manifestou em 07/01/2021, fls. 141 a 151, onde efetuou uma breve síntese dos fatos, inclusive dos argumentos já citados através da peça defensiva anterior, ratificando serem improcedentes os argumentos expostos pelo autuante.

No que diz respeito as preliminares de nulidade, disse que o autuante alega não haver nulidade do lançamento, já que: (i) mesmo que as mercadorias sejam destinadas a consumidor final, incide o ICMS nas operações interestaduais; (ii) a infração foi fundamentada nos arts. 6º, XV, e 42, II, "e", da Lei nº 7.014/96; (iii) as mercadorias objeto do lançamento estariam enquadradas no regime da substituição tributária, conforme Anexo I do RICMS/BA, e que todos os remetentes das mercadorias autuadas não estão inscritos no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia.

Contudo, afirmou que tais argumentos não procedem, visto que: quanto ao primeiro argumento (i), equivoca-se a fiscalização, porque, no presente processo, discute-se a incidência de ICMS-ST e não de ICMS. Portanto, o argumento de que há incidência de ICMS em operações interestaduais, inclusive quando as mercadorias forem destinadas a consumidor final, em nada fundamenta a possibilidade da cobrança de ICMS-ST, sustentando que para haver a incidência do imposto na modalidade de substituição tributária, deve necessariamente haver uma operação subsequente a

ser tributada, logo, quando as mercadorias são destinadas para consumidor final, como ocorreu no caso dos autos, encerra-se a cadeia de circulação de mercadorias, não havendo que se falar em cobrança antecipada do imposto por inexistir operação posterior a ser tributada.

Com relação ao segundo e terceiro argumentos (*ii e iii*), citou que em nada adianta a fiscalização esclarecer que o lançamento está pautado nos arts. 6º, XV, e 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96 e no Anexo I do RICMS/BA, pois nesses dispositivos: *a*) existe previsão genérica de cobrança de ICMS-ST quando houver mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária enviadas por contribuintes não escritos no cadastro de contribuintes da Bahia (art. 6º, XV, da Lei nº 7.014/96); *b*) há previsão de aplicação de multa de 60% do valor do imposto não recolhido (art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96); e *c*) existe uma tabela de 22 páginas com a previsão de que diversas mercadorias estão sujeitas ao regime da substituição tributária (Anexo I do RICMS/BA).

Com isso, disse perceber que o autuante não apontou quais os fundamentos legais que suportam a sua afirmação de que as mercadorias objeto do Auto de Infração estão sujeitas ao regime da substituição tributária, quando deveria haver a indicação, segregada por NCM, de quais itens do Anexo I do RICMS/BA fundamentam a exigência fiscal nesse quesito.

Neste sentido sustentou que o autuante não fez tal discriminação porque, na realidade, as mercadorias em questão NÃO estão sujeitas ao regime da substituição tributária, indicando, a título exemplificativo, as seguintes mercadorias apontadas na planilha anexa ao Auto de Infração:

- a) NCM 40169300:** constam diversos tipos de Anel Teflon (material de manutenção) na planilha anexa ao Auto de Infração. Ocorre que tal NCM sequer consta no Anexo I do RICMS/BA;
- b) NCM 39095019:** constam diversos tipos de Rodas para Transpaleteira (material de manutenção) na planilha anexa ao Auto de Infração. Ocorre que tal NCM sequer consta no Anexo I do RICMS/BA;
- c) NCM 39269090:** constam na autuação: Baldinho de Praia Verão 2015 Sadia (brinde), Aparador Institucional Moderno (material publicitário), Testeira Nova Linha de Cortes Perdigão (material publicitário), Display Redondo Leve Perdigão (material publicitário), Cartaz Campanha Interna (material publicitário) e etc.

No Anexo I do RICMS/BA, apesar de constar a NCM 39269090 nos itens 8.20 (materiais de construção) 9.16 (medicamentos e produtos farmacêuticos) e 12.6 (artigos de escritório), a descrição contida nesses itens não tem relação alguma com as mercadorias acima mencionadas, conforme abaixo:

8.20	10.020.00	3926.9	Outras obras de plástico, para uso na construção	Prot. ICMS 104/09 – BA e SP Prot. ICMS 26/10 – AP, BA, ES, MG e RJ	69,76% (Aliq. 4%) 64,45% (Aliq. 7%) 55,61% (Aliq. 12%)	45%
9.16	13.016.00	3926.90.9 9018.90.99	Contraceptivos (dispositivos intrauterinos - DIU) - neutra	Conv. ICMS 234/17 - AC, AL, AP, BA, ES, MA, MS, MT, PA, PB, PE, PI, PR, RJ, RN, RS, SC, SE e TO Prot. ICMS 105/09: BA e SP	65,52% (Aliq. 4%) 60,35% (Aliq. 7%) 51,72% (Aliq. 12%)	41,38%
12.6	19.006.00	3926.90.9	Prancheta de plástico	Prot. ICMS 109/09 – BA e SP Prot. ICMS 28/10 – BA e MG	113,35% (Aliq. 4%) 106,69% (Aliq. 7%) 95,57% (Aliq. 12%)	82,24

Desta maneira, afirmou que não pode haver cobrança do ICMS-ST sobre tais itens, uma vez que a descrição das constantes no Anexo I para a NCM em questão não tem qualquer relação com as mercadorias objeto do lançamento impugnado.

- d) NCM 48119090:** constam as seguintes mercadorias com esta NCM: Lâmina Coringa (material de uso publicitário), Cartaz Verão (material de uso publicitário), Broaside Freezer (material de uso publicitário), Display com Pedestal (material de uso publicitário); Haste para Freezer (material de uso publicitário), etc.

No Anexo I do RICMS/BA, a descrição relativa a essa NCM não tem relação alguma com as mercadorias acima descritas, já que diz respeito apenas a Bobinas para Fax:

12.7	19.007.00	4802.20.9 4811.90.9	Bobina para fax	Prot. ICMS 109/09 – BA e SP Prot. ICMS 28/10 – BA e MG	74,19% (Aliq. 4%) 68,75% (Aliq. 7%) 59,68% (Aliq. 12%)	48,79%
------	-----------	------------------------	-----------------	---	--	--------

Disse que o autuante se nega a apontar de forma pormenorizada os itens do Anexo I do RICMS/BA que fundamentam a cobrança do ICMS-ST sobre as mercadorias objeto do Auto de Infração porque, na realidade, elas sequer estão sujeitas ao regime da substituição tributária, o que, ao seu entender, torna completamente nulo o lançamento por ausência da correta fundamentação legal e especialmente porque, como visto, não há efetiva comprovação pela autoridade fiscal de que as mercadorias estão enquadradas no regime da substituição tributária.

No que diz respeito ao apontamento de que alguns dos remetentes das mercadorias não estão inscritos no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia, o que, em tese, justificaria a aplicação da responsabilidade solidária prevista no art. 6º, XV, da Lei nº 7.014/96, também não assiste razão ao autuante, primeiro porque tal hipótese de responsabilidade só se aplica quando as mercadorias estiverem enquadradas no regime de substituição tributária, o que, como visto, não foi demonstrado pela fiscalização.

Segundo, porque não houve a correta análise da inscrição estadual de todos os remetentes das mercadorias objeto do lançamento. A título de exemplo, o remetente de CNPJ 01.838.723/0162-01 possui inscrição estadual nesse Estado (IE nº 169.678.150 – comprovante de inscrição anexo – Doc. 03), fato esse que deixou de ser visto pela fiscalização, já que, na imagem de fls. 131 dos autos, consta como se esse CNPJ não fosse inscrito perante o Estado da Bahia.

Com isso afirmou que se verifica no presente caso ser um Auto de Infração lavrado sem a devida fundamentação legal, devendo ser reconhecida a sua nulidade por insegurança na determinação da infração, nos termos do art. 18, IV, “a” do RPAF/BA aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Quanto ao mérito, apontou que o autuante defende que deve ser mantida a cobrança de ICMS-ST, pois, mesmo que as mercadorias não terem sido adquiridas com finalidade de revenda, deve ser mantida a cobrança do imposto no regime de substituição tributária, por inexistir previsão de não incidência do imposto nessa hipótese no art. 3º da Lei nº 7.014/96, o que também não procede.

Neste sentido afirmou que mais uma vez se faz confusão entre ICMS e ICMS-ST, pois o art. 3º da Lei nº 7.014/96 trata das hipóteses de não incidência do ICMS e não do ICMS-ST, sendo inaplicável, portanto, ao caso dos autos.

Destacou que conforme já explicado, para que seja possível a exigência do ICMS-ST na modalidade antecipada, a primeira exigência é que haja uma cadeia de circulação de mercadorias com operações subsequentes, posto que, a lógica da substituição tributária antecipada é que o contribuinte substituto pague, de forma adiantada, o tributo que seria devido pelo próximo comerciante da cadeia de circulação de mercadorias, sendo que, tal raciocínio decorre da própria redação do art. 150, §7º, da CF/88, e do art. 8º, II, alíneas “a” a “c”, da LC 87/96, transcritos, observando que, ainda neste sentido, o que reflete o art. 23, II, da Lei nº 7.014/96:

Observou que quando há uma operação com mercadoria destinada a consumidor final, exatamente o caso dos autos, é evidente que não se pode exigir o ICMS-ST, já que não existem operações subsequentes para que se possa antecipar o recolhimento do imposto devido nas etapas seguintes, citando consultas relacionadas ao tema, oriundas de outros Estados.

Por fim, destacou que o próprio autuante reconheceu que as mercadorias objeto do lançamento foram adquiridas sem intuito de revenda, ou seja, foram destinadas na qualidade de consumidor final, suscitando a improcedência do Auto de Infração, reportando-se e reiterando os demais argumentos já apresentados na peça defensiva anterior.

Finalmente, em 11/08/2022, o autuante apresentou nova Informação Fiscal, fl. 237, nos seguintes termos:

“Contribuinte na rotina de suas operações adquire mercadorias, tais como: material de escritório, materiais de manutenção, materiais de publicidade, brindes, dentre outras e todas elas para consumo interno. Essa aquisição serve para consumo próprio na reforma e manutenção das suas máquinas e equipamentos da sua unidade comercial. A antecipação tributária tem como princípio o encerramento da tributação das saídas subsequentes das mercadorias pertencentes à substituição tributária. No caso dessas mercadorias, não houve a revenda delas, já que a entrada se deu para consumo interno do contribuinte. Entendemos que a finalidade dessas aquisições está perfeitamente explicada pelo contribuinte com destaque de que não houve circulação dessas mercadorias com operações subsequentes. Concluímos afirmando que no nosso entendimento não cabe a aplicação da antecipação tributária na aquisição dessas mercadorias, pois que o contribuinte foi consumidor final delas, sem revenda alguma. Esperamos ter esclarecido e atendido ao pedido da 4ª Junta de Julgamento Fiscal”.

Por fim, em 11/08/2022 o PAF retornou ao CONSEF, fl. 238, para fim de prosseguimento da instrução processual.

Registro o comparecimento à sessão de julgamento virtual realizada nesta data do representante legal do autuado, Dr. Fernando Solá Soares, OAB/PR nº 66.275, para fim de efetuar sustentação oral dos argumentos defensivos.

VOTO

A acusação que versa nos presentes autos para exigir crédito tributário no montante de R\$ 156.355,70 mais multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, está posta nos seguintes termos: *“Deixou de proceder o recolhimento do ICMS, referente às aquisições de outra unidade da federação de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária em virtude de Convênio ou Protocolo, não tendo sido feita a retenção. Falta de recolhimento do ICMS por solidariedade – operações com produtos da substituição tributária”*, com enquadramento legal no Art. 6º, inciso XV da Lei nº 7.014/96, o qual assim se apresenta:

“Art. 6º São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito:

(...)

XV - o contribuinte destinatário de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação, em virtude de convênio ou protocolo, oriundas de outra unidade da Federação, quando o remetente não possua inscrição estadual ativa como substituto tributário”.

Em preliminar o autuado suscitou a nulidade do Auto de Infração sob três vertentes: *i*) por violação aos termos do Art. 142 do CTN e ao princípio da busca pela verdade material; *ii*) por ausência de indicação do fundamento que ensejaria a aplicação do regime da substituição tributária e *iii*) por ausência de responsabilidade solidária.

Analizando tais argumentos vejo que a rigor, de acordo com as alegações defensivas postas, considero que assiste razão ao autuado em seus três argumentos. Entretanto, pelo fato deles se amoldarem com os próprios argumentos relacionados ao mérito que foram apresentados, isto é, que as mercadorias adquiridas, objeto da autuação, não se destinaram à revenda, e, sim, tiveram por finalidade: brindes e doações destinadas aos funcionários, (a exemplo de Jogo Wiki, Carrinho da Hello Kitty, Caminhão de Brinquedo da Hot Wheels, Guitarra Infantil Monster High); material de escritório (adesivos), materiais de manutenção das máquinas e equipamentos, materiais de uso publicitário, além de outras discriminadas na planilha constante do doc. 04, todas adquiridas na qualidade de consumidor final, não sendo possível a exigência de ICMS-ST sobre elas, faço a análise conjuntamente com o mérito da autuação, com sustentáculo no Parágrafo único do Art. 155 do RPAF/BA.

Isto posto observo que a autuação não encontra qualquer respaldo na legislação tributária pertinente a matéria posta, na medida em que não existe dúvida nos autos que as aquisições das mercadorias objeto da autuação não estavam sujeitas a exigência do imposto por antecipação tributária, por responsabilidade solidária, não se submetendo, portanto, ao enquadramento no art.

6º, XV da Lei nº 7.014/96, tomado por base pelo autuante para efeito do lançamento.

Isto porque, como não houve operações de saídas tributadas subsequentes, o Art. 23, II, da Lei nº 7.014/96, é taxativo no sentido de que a antecipação tributária ocorre nos casos da existência de operações tributáveis subsequentes:

“Art. 23 - Para fins de substituição tributária, inclusive a título de antecipação, a base de cálculo é:

(...)

II - em relação às operações ou prestações subsequentes, a obtida pelo somatório das parcelas seguintes:

a) o valor da operação ou prestação própria realizada pelo substituto tributário ou pelo substituído intermediário;

b) o montante dos valores de seguro, frete, IPI e outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço;

c) a margem de valor adicionado, inclusive lucro, relativa às operações ou prestações subsequentes”.

Neste sentido entendo desnecessário maiores considerações a respeito da questão, sobretudo ao considerar e acolher o posicionamento do auditor fiscal estranho ao feito que se manifestou em sede de conclusão da diligência realizada no sentido de que:

“Contribuinte na rotina de suas operações adquire mercadorias, tais como: material de escritório, materiais de manutenção, materiais de publicidade, brindes, dentre outras e todas elas para consumo interno.

Essa aquisição serve para consumo próprio na reforma e manutenção das suas máquinas e equipamentos da sua unidade comercial.

A antecipação tributária tem como princípio o encerramento da tributação das saídas subsequentes das mercadorias pertencentes à substituição tributária.

No caso dessas mercadorias, não houve a revenda delas, já que a entrada se deu para consumo interno do contribuinte.

Entendemos que a finalidade dessas aquisições está perfeitamente explicada pelo contribuinte com destaque de que não houve circulação dessas mercadorias com operações subsequentes.

Concluímos afirmando que no nosso entendimento não cabe a aplicação da antecipação tributária na aquisição dessas mercadorias, pois que o contribuinte foi consumidor final delas, sem revenda alguma”.

Em conclusão e por não restar dúvida no sentido de que em relação as operações envolvidas na presente autuação não estão submetidas a sistemática da substituição tributária, portanto indevida a exigência do imposto, razão pela qual voto pela Improcédência 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 **108529.0011/18-8**, lavrado contra **BRF S.A.**

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 13 de outubro de 2022.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE / RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR