

PROCESSO - A. I. Nº 279696.0004/12-2  
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RECORRIDO - CHICO DO GALETO ABATEDOURO DE AVES LTDA. (BAHIA ALIMENTOS)  
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 2ª JJF nº 0059-02/13  
ORIGEM - INFAS VALENÇA  
INTERNET - 02/08/2013

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0221-12/13

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Nas remessas de aves vivas para abate, não é possível exigir do remetente de outro Estado o ICMS-ST, conforme o disposto no artigo 353, § 5º I do RICMS/97, porque não há convênio ou protocolo, e a substituição tributária ocorre apenas nas operações internas. Ademais, a legislação não prevê substituição tributária sobre operações com aves vivas e, sim, na saída dos produtos resultantes do abate. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso de Ofício interposto pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal - 2ª JJF, em relação à Decisão proferida através do Acórdão nº 0059-02/13 que julgou Parcialmente Procedente a infração 1 do presente Auto de Infração, assim posta: *"Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 88 e 89. Ver demonstrativo de débito - fls. 07 a 10"*. Foi lançado ICMS no valor de R\$109.061,13, com multa de 60% prevista no art. 42, II "d" da Lei nº 7.014/96 com enquadramento da infração nos arts. 371 e 125 II "b", c/c art. 61 todos do RICMS/BA-1997.

De acordo com o teor do relatório elaborado pelo julgador da instância de piso o recorrido abordou, em síntese, os seguintes pontos em sua defesa:

- que o levantamento fiscal (DEMONSTRATIVO DE DÉBITO ICMS – EXERCÍCIO 2011 – ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – AQUISIÇÃO DE AVES DE OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO), relaciona notas fiscais de aquisição de “frango vivo”, “cortes congelados de frango” e alguns “CTRC” (conhecimento de transporte rodoviário de carga), estes fretes, referentes a aquisição do frango vivo, entretanto este levantamento, encontra-se com valores indevidos.
- transcreveu o artigo 353, inciso II, item 9, do RICMS/97, e observa que o citado artigo trata de “**contribuinte alienante neste Estado, das mercadorias**”, e, em se tratando da impugnante, que exerce atividade unicamente industrial (CNAE 1012-1/01 – Abate de Aves) o frango vivo adquirido, possui classificação fiscal/contábil como aquisição de matéria prima, confirmando-se com isso um dos motivos da desobrigatoriedade da antecipação do frango vivo. Além disso, frisa que esse dispositivo cita em seu conteúdo inicial “**produtos comestíveis resultantes do abate de aves...**”, sendo que nem em outro item deste artigo é citado “frangos vivos para abate”.
- transcreve o § 5º, I e II, § 6º, do artigo 353, para argüir que estes parágrafos, dispensam o recolhimento da antecipação por substituição, bem como das operações próprias dos produtos resultantes do abate, caso este ocorra em estabelecimento situado neste Estado.

- reconhece a falta do recolhimento da antecipação do ICMS em aquisições que efetuou de “cortes de frango”, e apresentou demonstrativo de cálculo, fls. 33 a 35, procedendo a compensação com os recolhimentos realizados no período, conforme DAEs em anexo.

Já o autuante manteve a autuação com a seguinte fundamentação, em síntese:

- que o imposto da infração 1 foi reclamado com base na regra legal do artigo 353, inciso II, item 9, do RICMS/97, que inclui os produtos comestíveis resultantes do abate de aves como sujeitos a antecipação tributária.
- que o autuado usufruiu indevidamente do benefício previsto no artigo 353, parágrafo 5º do RICMS/97, pois o produto (frango vivo) objeto da autuação foi adquirido em outra unidade da Federação. Ressalta que o referido benefício alcança apenas as operações internas, conforme previsto no parágrafo 6º-A do citado dispositivo regulamentar, razão porque foi exigido o imposto sobre remessa de aves destinadas ao abate, considerando o disposto no parágrafo 5º combinado com o artigo 371 do RICMS/97.
- concordou com a defesa no sentido de que os CTRCs apontados referem-se ao valor do transporte dos frangos vivos e compõem a base de cálculo da antecipação tributária (art. 61, II).
- com relação a pretensão do autuado para diferir mercadoria de matéria-prima, esclareceu que independentemente da terminologia, “aves destinadas ao abate” ou “frangos vivos para abate”, são mercadorias ou produtos sujeitos à antecipação tributária, prevista no parágrafo 6º-A e no inciso I do parágrafo 5º, e no item 32.2 do Anexo 88.
- que este benefício do não lançamento e recolhimento do imposto é apenas para operações internas, e no caso foi reclamado na infração 01 a antecipação para “frango vivo” adquiridos em outras unidades da Federação.

A 2ª JJF decidiu a lide com fundamento no Voto abaixo transscrito:

"(...)

*No item 01, foi exigido o ICMS lançado no valor de R\$109.061,13, que deixou de ser recolhido 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 do RICMS/97, nos meses de janeiro, março, junho, agosto a dezembro de 2011, conforme demonstrativos às fls. 07 a 10.*

*Neste caso, o sujeito passivo esclareceu que exerce atividade unicamente industrial (CNAE 1012-1/01 – Abate de Aves), e impugnou o lançamento sob o fundamento de que o frango vivo adquirido, possui classificação fiscal/contábil como aquisição de matéria prima, confirmando-se com isso um dos motivos da desobrigatoriedade da antecipação do frango vivo, e sobre as demais aquisições admite por se tratar de produtos comestíveis resultantes do abate de aves, é devido o pagamento da antecipação tributária, reconhecendo o débito referente a tais mercadorias.*

*Pelo que se vê, a questão é saber se as mercadorias (frangos vivos), adquiridos em outras unidades da Federação (Minas Gerais, São Paulo, Goiás e Espírito Santo), e se os produtos resultantes do abate (cortes, etc.), encontravam-se ou não submetidos ao regime da antecipação tributária e, por consequência, se o autuado está obrigado a recolher tal imposto.*

*Observo que constam no enquadramento legal como dispositivos da legislação infringidos, os artigos 371 e 125, inciso II, alínea “b”, combinados com o artigo 61, do RICMS/97.*

*Na defesa o autuado deixa entender que a aquisição de frango vivo para abate está sujeita ao regime do diferimento, questão que é tratada no RICMS/97 nos artigos art. 343, II, combinado com o art. 344, § 1º, XII.*

*O RICMS/97, no Título III – DOS SISTEMAS ESPECIAIS DE TRIBUTAÇÃO, Capítulo XIII trata das operações relativas a aves, gado e produtos do seu abate, ou seja, frangos vivos, objeto da autuação, possui apuração especial do imposto, conforme dispositivos a seguir transcritos:*

*Art. 444. É diferido o lançamento do ICMS incidente:*

*I – nas sucessivas saídas de aves vivas, gado bovino, bufalino, suíno, eqüino, asinino e muar em pé, efetuadas para dentro do Estado, para o momento em que ocorrer:*

*...*

*b) a entrada em estabelecimento abatedor ou industrializador, do próprio adquirente, situado neste Estado;*

*Art. 445. Ressalvado o disposto no § 1º do artigo 446, são responsáveis pelo lançamento e pelo pagamento do imposto cujo lançamento tinha sido diferido, nas operações com aves e gado de qualquer espécie ou com produtos decorrentes do abate, aos termos do artigo anterior:*

....  
*II – o abatedor ou industrializador, na entrada em seu estabelecimento para abate ou industrialização por sua conta;*

*A ressalva que a legislação aponta (§ 1º do art. 446 do Regulamento) diz respeito a dispensa do lançamento e pagamento do imposto, relativamente às entradas, quanto o estabelecimento estiver submetido à inspeção sanitária, quer estadual ou federal. Neste caso, é vedado o uso do crédito fiscal e que a mercadoria esteja acompanhada, entre outras exigências, da Guia de Trânsito Animal – GTA (art. 97, III e art. 347, § 3º, IX do citado Regulamento).*

*Portanto, diante das determinações acima transcritas, aves vivas, objeto da autuação, são mercadorias enquadradas no regime do diferimento e o momento do pagamento do imposto é na entrada do estabelecimento adquirente (abatedor ou industrializador), salvo se este estiver sob inspeção sanitária e calculado através de pauta fiscal, conforme disposições do art. 348, § 2º do RICMS/97.*

*Art. 348. O contribuinte em cujo estabelecimento ocorrer qualquer das situações previstas no artigo anterior (mercadorias enquadradas no regime do diferimento - grifo) efetuará o recolhimento do imposto por ele lançado, inclusive o correspondente às operações anteriores, na condição de responsável por substituição.*

*§ 2º Ressalvado o disposto no § 1º do artigo 446, nas operações com aves e gado, observar-se-á, especialmente, o seguinte:*

*c) no prazo previsto para pagamento do ICMS relativo às operações próprias, devido pelo responsável, com o qual se confunde o imposto cujo lançamento tenha sido diferido, quando o termo final do diferimento for a entrada da mercadoria no estabelecimento, para abate ou industrialização por conta do destinatário, adotando-se como base de cálculo a pauta fiscal, se houver;*

*No entanto, a hipótese do fato gerador do imposto se configura com a entrada das aves vivas no estabelecimento do abatedor ou industrializador e o prazo de recolhimento do imposto é aquele previsto às operações próprias, quando da entrada das aves vivas no estabelecimento e não, no trânsito da mercadoria como realizado, quer seja em Posto Fiscal de fronteira ou mesmo intermediário.*

*Quantos às mercadorias relativas a cortes de frangos congelados, o próprio contribuinte reconheceu que é devido o pagamento da antecipação tributária, conforme previsto no artigo 353, II, “9”, do RICMS/97.*

*Assim, ficam mantidos os débitos referentes a corte de frangos, subsistindo em parte este item da autuação, alterando a planilha constante às fls. 07 a 10 para a planilha abaixo:*

*(...)*

*Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração valor de R\$41.432,05, ficando demonstrativo de débito da infração 01 modificado segue:(...)"*

Da Decisão acima, a 2ª JJF recorreu de ofício para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal 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 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

## VOTO

A questão que envolve a parcela da exoneração do débito ora sob apreciação diz respeito a falta de recolhimento do imposto por antecipação, nas aquisições em outras unidades da federação de **frangos vivos para abate**. O recorrido é inscrito tendo como atividade econômica principal o código 1012101 - Abate de Aves, em unidade produtiva e não consta no cadastro o exercício de atividade secundária.

Quando da autuação, o autuante enquadrou o ato infracional no art. 371 do RICMS/97, *verbis*:

*Art. 371. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas pela legislação deste Estado no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo entre a Bahia e a unidade da Federação de origem que preveja a retenção do imposto, bem como nas importações e nas arrematações de mercadorias importadas e apreendidas ou abandonadas, o pagamento do ICMS devido pelo adquirente, relativo às suas próprias*

*operações e às subsequentes com as referidas mercadorias, será efetuado por antecipação, ressalvadas as hipóteses do art. 355, nos prazos previstos no art. 125.*

Entretanto, quando da informação fiscal o autuante cita que a infração 1 deste Auto de Infração, objeto do Recurso de Ofício sob apreciação, "foi reclamado com base na regra geral do art. 353, que no seu II, item 9 que inclui os produtos comestíveis resultantes do abate de aves como sujeitos a antecipação tributária", abaixo reproduzidos:

*Art. 353. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado:*

(...)

*II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias abaixo relacionadas, exceto na hipótese de já tê-las recebido com o imposto antecipado:*

(...)

*9 - produtos comestíveis resultantes do abate de aves e de gado bovino, bufalino, e suíno, em estado natural, refrigerados, congelados, defumados, secos, salgados ou temperados, exceto charque - NCM 0201, 0202, 0203, 0206, 0207, 0209.00 e 0210 (Lei nº 7.753/00);*

Inicialmente observo que houve equívoco por parte da Junta de Julgamento em relação a fundamentação da sua Decisão, ao considerar que as operações de aquisições interestaduais de frangos vivos para abate se enquadram na hipótese do diferimento, visto que, a substituição tributária por diferimento só ocorre nas operações internas, a não ser que haja convênio ou protocolo específico para este tipo de operação interestadual, o que não é o caso.

Por outro ângulo, a legislação tributária pertinente a matéria sob análise, os §§ 5º e 6º do mencionado art. 353 do RICMS/BA/97 dispõem o seguinte:

*§ 5º Tratando-se de produtos comestíveis resultantes do abate de aves e de gado bovino, bufalino e suíno:*

*I - fica atribuída ao contribuinte que efetuar a remessa de aves vivas e gado bovino, bufalino e suíno destinado para o abate, a responsabilidade pela antecipação do ICMS relativo às operações internas subsequentes com os produtos comestíveis resultantes do abate, sendo que o imposto relativo à antecipação tributária englobará o devido na operação com os animais vivos.*

*II - se o abate ocorrer em estabelecimento situado neste Estado que atenda às disposições da legislação sanitária federal e estadual, observado o disposto no § 8º do art. 347:*

*a) fica dispensado o lançamento e o pagamento do imposto relativo às operações internas, próprias e subsequentes;*

*Redação anterior dada ao § 6º-A do art. 353 pela Alteração nº 100 (Decreto nº 10984, de 26/03/08, DOE de 27/03/08), efeitos de 27/03/08 a 19/12/11:*

*"§ 6º-A. Tratando-se de remessa de aves destinadas ao abate em estabelecimento localizado neste Estado, excepcionalmente, até 31 de dezembro de 2011, para fruição do benefício da dispensa do lançamento e do pagamento do ICMS referente às operações internas, próprias e subsequentes com os produtos comestíveis resultantes do abate, não serão exigidas as condições previstas nos incisos II do § 5º e III do § 6º, ambos deste artigo."*

Da análise dos dispositivos regulamentares acima transcritos, se depreende que a legislação prevê uma dispensa no lançamento e pagamento do ICMS nas remessas de aves destinadas ao abate em estabelecimento situado no território baiano, dispensando, inclusive, o atendimento às normas da legislação sanitária. Desta maneira, entendo que não é possível, nas remessas de aves vivas para abate, exigir do remetente de outro Estado o ICMS-ST, conforme o disposto no artigo 353, § 5º I do RICMS/97, porque não há convênio ou protocolo e a substituição tributária ocorre apenas nas operações internas. Ademais, a legislação não prevê substituição tributária sobre operações com aves vivas e, sim, na saída dos produtos resultantes do abate.

Em conclusão, tratando-se do recorrido de um estabelecimento inscrito como industrial, entendo que deve ser aplicada a regra do artigo 355, II do RICMS/97, devendo ser feita a retenção do imposto no momento da saída dos produtos comestíveis resultantes do abate.

Isto posto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279696.0004/12-2, lavrado contra **CHICO DO GALETO ABATEDOURO DE AVES LTDA. (BAHIA ALIMENTOS)**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$37.298,37**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória valor de **R\$4.133,68**, prevista nos incisos IX e XI do citado dispositivo legal, com os acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9837/05, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de julho de 2013.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE / RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS