

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 2º JJF nº 0059-02/13
ORIGEM - INFAZ VALENÇA
INTERNET - 02/08/2013

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF 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 CTCs 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 JF decidiu a lide com fundamento no Voto abaixo transcrito:

“(…)

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 e 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.

Observe 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.

Quanto 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 conforme 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 subseqüentes 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 subseqüentes 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 subseqüentes 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 subseqüentes;

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 subseqüentes 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 transcrito, 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 2ª 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