

N. F. Nº - 233066.0023/18-2

NOTIFICADO - ATM INDÚSTRIA, COMÉRCIO, EXPORTAÇÃO E IMPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.

NOTIFICANTE - MARINHO SILVA CERQUEIRA

ORIGEM - IFMT SUL

PUBLICAÇÃO - INTERNET: 22/01/2020

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0196-04/19NF

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTARIA TOTAL. AQUISIÇÃO ININTERESTADUAL OU DO EXTERIOR. CONTRIBUINTE NÃO PREENCHE OS REQUESITOS PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO FISCAL QUE AUTORIZA O RECOLHIMENTO APÓS A ENTRADA EM SEU ESTABELECIMENTO. FALTA DE RECOLHIMENTO. A defendant apresenta documentos que comprovam, de fato, os produto - “CARNE INDUSTRIAL – TIPO A”, SANGRIA BOV CONGELADA e “RECORTE BOV” – adquiridos através do DANFE nº 000.019.407, trata-se de produtos caracterizados como mátria prima/insumos e não para revenda, estando a operação amparada pelas disposições do § 8º, inciso III, do art. 8º, da Lei Estadual nº 7.014/1996, c/c art. 355, inc. III, do RICMS/BA, não sendo devido o recolhimento do ICMS, referente a antecipação total na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, como está posto na autuação, consubstanciado nas alíneas “a” e “d”, do inc. III, do art. 332, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012. Infração insubstancial. Notificação Fiscal IMPROCEDENTE. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal, lavrada em 09/04/2018, refere-se à exigência de R\$14.104,40 de ICMS, acrescido da multa de 60% no valor de R\$8.462,64, que perfaz o montante de R\$22.567,04, decorrente do cometimento da Infração - 54.05.10, por falta de recolhimento do ICMS, referente à antecipação tributária total, em aquisição interestadual ou do exterior, de mercadorias enquadradas pela legislação interna no regime da substituição tributária, por contribuinte não inscrito, inapto ou que não preenche os requisitos previstos na legislação fiscal, relativo a operação constante do DANFE nº 000.019.407 de emissão da TANGARÁ ALIMENTOS LTDA., estabelecida no Estado de São Paulo, com data de emissão em 05.04.2018 e saída mesma data.

Enquadramento legal: Alínea “a” e “d”, do inc. III, do art. 332 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012, c/c § 3º e inc. I, do § 4º, do art. 8º; § 6º, do art. 23; art. 32 e art. 40 da Lei nº 7.104/96, mais multa tipificada na alínea “d”, inc. II, do art. 42 do mesmo diploma legal.

O notificado apresentou impugnação, às fls. 25/33 do PAF, em que pede improcedência total da Notificação Fiscal, em tela, com a justificativa que a seguir passo a descrever:

Diz que tem como atividade empresarial principal ou preponderante a Fabricação de Produtos De Carne – CNAE 10.13-9-01, ou seja, atividade de indústria e/ou industrialização de produtos de origem animal, inclusive com autorização sanitária neste sentido (doc. anexo).

Em razão de tais atividades, adquiriu da “Tangará Alimentos Ltda.”, com sede em Guarulhos/SP, 618 sacos de produtos de origem animal (bovina), discriminado na NF 000.019.403, Série 0001, emitida em 04.04.2018, da seguinte forma: 358 sacos de carne industrial tipo A; 182 sacos de sangria bovina congelada; e 78 sacos de recorte bovino.

Registra que, quando o transportador se apresentou no Posto de Correntina, a Autoridade Fiscal apreendeu a citada mercadoria por três dias consecutivos, apesar de perecível, bem como autuou a Contribuinte, sob a alegação de não recolhimento do ICMS-ST, fundamentando sua decisão no art. 332, Inciso III, alíneas “a” e “d” do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12 e Infração Código 54.05.10.

Ressalta que os dispositivos citados pela Autoridade Fiscal são aplicados especificamente nas hipóteses de aquisição de mercadorias para revenda e não como matéria-prima para indústria, razão pela qual, diz inaplicável ao caso concreto, como pontua que será a seguir demonstrado e comprovado.

Em seguida, traz aos autos conceito de produto industrializado amparado no art. 46 do Decreto nº 7.212/2010, que trata do IPI. Em adição, traz, também aos autos, a definição do art. 3º, parágrafo único da Lei nº 4.502/64 que trata da industrialização dos produtos no âmbito Federal.

Momento seguinte, diz que as mercadorias, objeto da apreensão e autuação discriminados na NF, objeto da notificação fiscal, são produtos comestíveis resultantes do abate de gado bovino, mas especificamente da matança. No entanto, adquiridas como insumo e/ou matéria-prima na sua atividade produtiva e não para a revenda.

Ou seja, diz que as mercadorias apreendidas pelo fisco foram adquiridas como matéria-prima necessária na atividade industrial e não para serem revendidas, como equivocadamente entendeu a Digna Autoridade Fiscal, até mesmo porque são inservíveis e inadequados para revenda sem antes passarem pelo processo de industrialização.

Diz que não é intermediário-revendedor dos produtos apreendidos/autuados, e sim simples adquirente das mercadorias tipo carne industrial, sangria bovina congelada e recorte bovinos como matéria-prima para industrialização apenas.

Assim, aduz que, com fundamento no § 8º, inciso III da Lei Estadual nº 7.014/1996, alterada pela Lei nº 12.040 de dezembro de 2010, merece ser afastada a hipótese de exigibilidade da retenção do ICMS-ST no caso concreto, uma vez que o referido dispositivo de lei dispensa a antecipação tributária na hipótese de aquisição de produtos usados como matéria-prima, *in verbis*:

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 - 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; (Grifei).

Por outro lado, observa que o próprio RICMS também dispensa expressamente a retenção ou antecipação do imposto (ICMS-ST) nas aquisições de mercadorias fora do Estado, quando destinadas a estabelecimento industrial para utilização como matéria-prima e produto intermediário, sem qualquer ressalva ou exceção, nos termos do Artigo 355, Inciso III do RICMS, a seguir transrito:

Art. 355. Não se fará a retenção ou antecipação do imposto, nas operações internas e nas aquisições de fora do Estado, às quais se aplicarão as normas comuns da legislação, quando a mercadoria se destinar:

(...)

III - a estabelecimento industrial, inclusive microempresa industrial, para utilização como matéria-prima, produto intermediário ou material de embalagem;” (Grifei).

Assim, diz que é expressamente vedado ao Fisco Estadual exigir e/ou cobrar do Contribuinte a retenção ou antecipação tributária (ICMS-ST) na hipótese de aquisição de mercadorias destinadas a matéria-prima, produto intermediário ou material de embalagem pelos estabelecimentos

industriais, o que, por certo, impõe na nulidade absoluta do auto de infração ora contestado, permissa vênia.

Nesta senda, consigna que não está sujeito ao recolhimento por antecipação, em caráter de substituição tributária (ICMS-ST), pois, como já exaustivamente exposto, tem atividade fim de indústria, razão pela qual adquiriu os produtos discriminados acima como matéria-prima, inclusive posteriormente dá saída, com recolhimento do ICMS-ST, a um produto novo, com características e formato bem distintos daquele que entrou ou adquiriu.

Também destaca que, se a hipótese fosse de ICMS - ST nos termos do art. 332, Inciso III, alíneas “a” e “d” do RICMS, como entendeu a Autoridade Fiscal, por certo, ocorreria à figura do “*bis in idem*” do imposto, pois, ao dar saída da carne moída (Moidinha) a Contribuinte é compelida a proceder a retenção antecipada do ICMS-ST, na qualidade de substituta tributária do imposto, como se vê nas notas fiscais anexas, juntadas por amostragem, sob pena de autuação pelo próprio Fisco, como já ocorreu com outros contribuintes.

Por outro lado, o recolhimento antecipado do ICMS - ST encerrada a fase de tributação (Lei 7.014/96, art. 9º), logo, ficaria a Contribuinte dispensada da retenção/recolhimento do ICMS posteriormente, o que não procede, já que a Contribuinte figura, por força do próprio RICMS, como substituto tributário do ICMS-ST ao dar saída dos produtos que industrializa, em especial quanto a “*MOIDINHA*” (carne moída bovina), conforme ressaltando no item anterior, ratificado por reiteradas decisões administrativas do CONSEF sobre a tributação da carne moída, conforme ementas que destaca.

Assim, conclui que o recolhimento do ICMS-ST só é devido na ocorrência de saída do produto pronto e acabado (MOIDINHA), ou seja, “carne moída” é produto sujeito a substituição tributária do imposto (ICMS-ST) na sua saída apenas, situação bem distinta dos produtos apreendidos, usados apenas como matéria-prima, logo, isentos da tributação na entrada.

Por fim, repete que os produtos apreendidos pelo Fisco, objeto da autuação, não se destinam a revenda e sim matéria-prima destinada a estabelecimento industrial para fabricação da MOIDINHA fato que, obrigatoriamente, atrai a hipótese do disposto no art. 8º, § 8º, inciso III da Lei Estadual nº. 7.014/1996 c/c o art. 355, III do RICMS-BA acima citados, que vedam expressamente à antecipação do ICMS-ST no caso concreto. É o que requer.

Não obstante os argumentos de defesa até aqui relatado, traz à tona aspectos quanto à indevida apreensão da mercadoria pelo fisco (súmula 323 do STF). Destaca que a mercadoria foi apreendida pelo Fisco e só liberada a carga após três dias de permanência no Posto Fiscal, apesar de inadmissível e/ou ilegal a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos, nos exatos termos da Súmula 323 do Supremo Tribunal Federal, fato agravado quando se trata de mercadoria perecível e inexigibilidade do tributo na entrada, como no caso concreto.

Pede, então, a nulidade do auto/termo de apreensão, bem como seja apurada a conduta da Autoridade Fiscal, com a devida recomendação de que se abstenha de tal conduta, em obediência a citada Súmula do STF e demais dispositivos legais, sob pena de responsabilidade.

Requer, ainda, a nulidade do termo de fiel depositário, também oriundo da notificação nº. 233066.0023/18-2, exonerando o Depositário de toda e qualquer responsabilidade, em especial porque a autuação foi indevida e também porque configura excesso, já que o Fisco exigiu o depósito de toda a mercadoria, em valor bem superior ao imposto equivocadamente cobrado, além da origem e fins lícitos do produto apreendido.

Pelo exposto, requer:

- a) o recebimento da presente defesa cumprindo, assim, o prazo legal de 30 (trinta) dias para apresentação escrita acompanhada dos documentos anexos;
- b) sejam acolhidas as alegações acima apresentadas para, inevitavelmente julgar totalmente procedente a Defesa Administrativa, anulando-se o auto de infração oriundo da Notificação

Fiscal nº. 233066.0023/18-2, lavrada em 09.04.2018 as 06:10h e, por conseguinte exonerando o contribuinte de qualquer responsabilidade e/ou obrigação tributária no caso concreto.

- c) a nulidade do auto de apreensão, bem como seja recomendado a autoridade fiscal que se abstenha de toda e qualquer conduta que venha a descumprir a citada Súmula 323 do STF e demais dispositivos legais, sob pena de responsabilidade.
- d) a nulidade do termo de fiel depositário, também oriundo da Notificação Fiscal nº. 233066.0023/18-2, exonerando o Depositário de toda e qualquer responsabilidade, conforme acima fundamentado.
- e) por fim, protesta por todos os meios de prova em direito permitidos, em especial a juntada de outros documentos, se necessário for, oitiva do representante legal da Contribuinte e testemunhas, bem como seja determinada diligência no estabelecimento industrial da Contribuinte, como endereço na Av. São Desidério, nº. 3.062, Ribeirão, CEP 47.808-180, nesta cidade de Barreiras/BA, Tel. (77) 3021.3318 – 99918.1842, a fim de averiguar a veracidade dos fatos acima relatados.
- f) que as intimações e avisos de praxe sejam remetidos diretamente para o endereço da Empresa Autuada nesta cidade de Barreiras/BA, acima informado, sob pena de nulidade.

À fl. 46-v, verso, tem-se o despacho da Secretaria Administrativa do CONSEF, encaminhando o presente PAF a este Relator, para instrução e julgamento.

VOTO

A Notificação Fiscal nº 233066.0023/18-2, lavrada em 09/04/2018, refere-se à exigência de R\$14.104,40 de ICMS, acrescida da multa de 60% no valor de R\$8.462,64, que perfaz o montante de R\$22.567,04, decorrente do cometimento da Infração-54.05.10, por falta de recolhimento do ICMS, referente à antecipação tributária total, em aquisição interestadual ou do exterior, de mercadorias enquadradas pela legislação interna no regime da substituição tributária, por contribuinte não inscrito, inapto ou que não preenche os requisitos previstos na legislação fiscal, relativo a operação constante do DANFE nº 000.019.407 de emissão da TANGARÁ ALIMENTOS LTDA, estabelecida no Estado de São Paulo, com data de emissão em 05.04.2018 e saída mesma data.

Enquadramento legal: Alínea “a” e “d”, do inc. III do art. 332 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012, c/c § 3º e inc. I, do § 4º, do art. 8º; § 6º, do art. 23; art. 32 e art. 40 da Lei nº 7.104/96, mais multa tipificada na alínea “d”, inc. II, do art. 42 do mesmo diploma legal.

Neste contexto, a notificação fiscal resultou de uma ação de fiscalização realizada por Agente Fiscal lotado na Inspetoria de Fiscalização de Mercadorias em Trânsito – IFMT/Sul, em uma operação de trânsito de mercadoria, propriamente dito, no Posto Fiscal Bahia/Goiás, em que culminou na lavratura da NOTIFICAÇÃO FISCAL, em tela, tendo como indícios de falta de pagamento do ICMS – Antecipação Total, na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, referente aos produtos - “CARNE INDUSTRIAL – TIPO A”, SANGRIA BOV CONGELADA e “RECORTE BOV” - adquiridos da empresa TANGARÁ ALIMENTOS LTDA, estabelecida no Estado de São Paulo, pela autuada ATM INDUSTRIA COMERCIO EXORTAÇÃO E IMPORTAÇÃO DE ALIMENTO, através do DANFE nº 000.019.407 (fl. 5), sob a perspectiva, nos termos da acusação, de que sujeito passivo não possuía, à época do fato gerador, o Regime Especial para pagamento posterior do imposto, conforme o art. 289, § 2º, Inc. III, c/c art. 332, § 2º, do RICMS/BA.

Em sede de defesa, o notificado diz tratar-se de produtos caracterizados como matéria prima/inssumos de seu processo produtivo e não para revenda, como tal estaria amparado pelas disposições do § 8º, inciso III, do art. 8º da Lei Estadual nº 7.014/1996, alterada pela Lei nº 12.040 de dezembro de 2010, em que merece ser afastada a hipótese de exigibilidade da retenção do ICMS-ST no caso concreto, uma vez que o referido dispositivo dispensa a antecipação tributária na hipótese de aquisição de produtos usados como matéria-prima, *in verbis*:

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 - 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; (Grifos acrescidos).

Por outro lado, acrescenta que o próprio RICMS/BA também dispensa expressamente a retenção ou antecipação do imposto (ICMS-ST) nas aquisições de mercadorias fora do Estado, quando destinadas a estabelecimento industrial para utilização como matéria-prima e produto intermediário, sem qualquer ressalva ou exceção, nos termos do Artigo 355, Inciso III do RICMS, a seguir transscrito:

Art. 355. Não se fará a retenção ou antecipação do imposto, nas operações internas e nas aquisições de fora do Estado, às quais se aplicarão as normas comuns da legislação, quando a mercadoria se destinar:

(...)

III - a estabelecimento industrial, inclusive microempresa industrial, para utilização como matéria-prima, produto intermediário ou material de embalagem;” (Grifei).

Diz, também, que, as mercadorias, objeto da apreensão e autuação, de fato, são produtos comestíveis resultantes do abate de gado bovino, mais especificamente da matança. No entanto, consigna que são adquiridos como insumo e/ou matéria prima na sua atividade produtiva e não para a revenda, equivocadamente entendido pela Fiscalização, com a lavratura da presente notificação fiscal.

Para confirmar sua manifestação, junta aos autos, à fl. 37, foto da embalagem do produto “MOIDINHA – CARNE MOIDA CONGELADA DE BOVINO” que diz ser originado da sua produção, com a transformação dos produtos, objeto da presente notificação, ao passarem pelo processo de industrialização. Ademais, traz todo um descritivo, na peça de defesa, de como ocorre essa industrialização, que a seguir destaco:

“Primeiramente, vale ressaltar que, a INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 83, de 21.11.2003, expedida pelo Ministério da Agricultura (MAPA), que aprovou o REGULAMENTO TÉCNICO DE IDENTIDADE E QUALIDADE DE CARNE MOÍDA DE BOVINO estabelece que a matéria-prima para processamento de CARNE MOÍDA tem que ser resfriada e/ou congelada, permitindo a utilização de carne industrial da matança, desde que previamente escorridas e resfriadas/congeladas, além de embaladas imediatamente após a moagem em pacotes de, no máximo, 01 Kg cada, conforme itens 4.2.3.1/4.2.3.4 e 8.1 da IN 83 de 2003 (cópia anexa).

A carne de sangria bovina, carne industrial e recortes bovino, discriminados na NF 000.019.403 citada, são produtos de origem da matança de bovinos, previamente escorridas, congelados e acondicionados em embalagens de 18 Kg a 30 Kg cada, logo, pelas suas próprias características e formato são adquiridos apenas como matéria-prima, em especial nas indústrias de processamento de produtos de origem animal, como é o caso da Contribuinte. (Grifos acrescidos)

Ou seja, tais produtos são misturados, triturados, moídos, homogeneizadas, acrescidos dos ingredientes permitidos e, ato contínuo embalados em pacotes de 500 gramas cada, conf. Item 4.1 e 8.1 da referida IN 83, motivo pelo qual, são modificados e/ou transformados em um produto totalmente novo e acabado, qual seja: CARNE MOÍDA industrializada. (Grifos acrescidos)

Assim, com o regular processamento industrial, os referidos produtos (NF 019.403), são transformados em um outro produto ou produto novo, identificado pela Autuada como “MOIDINHA - carne moída congelada de bovino”, armazenada em embalagens de 500 gramas cada, contendo as características e especificações do produto, inclusive a logomarca NUTRÍSSIMO (nome de fantasia da Contribuinte), dentre outros, conf. docs. anexos.

Neste contexto, provando de que os produtos, objeto da notificação, são de fato insumo e/ou matéria prima que se dedique à atividade industrial, a operação estará amparada pelas

disposições do § 8º, inciso III, do art. 8º da Lei Estadual nº 7.014/1996, c/c art. 355, Inciso III do RICMS/BA.

Compulsando os autos, vejo que há a ocorrência apenas da interposição de defesa pelo sujeito passivo. Não há a Informação Fiscal do agente Autuante, dado as disposições do RPAF/BA, que só exige tal peça, nos processos administrativos fiscais, em relação a Auto de Infração (art. 126) e o presente lançamento decorre de Notificação Fiscal. Neste sentido, por ser a lide decorrente de prova material, vejo que poder-se-ia colocar o presente PAF em diligência fiscal a confirmar o fulcro da aquisição das mercadorias, objeto da autuação, se foram para revenda ou para industrialização.

Entretanto, dadas as documentações acostadas aos autos, inclusive o descriptivo do processo produtivo na peça de defesa, bastante elucidativo, associado à informação obtida dos dados cadastrais do defendant no Sistema INC da SEFAZ, de que tem como atividade econômica principal “1013901 – Fabricação de Produtos de Carne” e secundaria “1096100 Fabricação de Alimentos e Pratos Prontos”, não me resta dúvida de que de fato os produto - “CARNE INDUSTRIAL – TIPO A”, *SANGRIA BOV CONGELADA* e “*RECORTE BOV*” - adquiridos da empresa TANGARÁ ALIMENTOS LTDA, estabelecida no Estado de São Paulo, pela autuada ATM INDÚSTRIA COMÉRCIO EXORTAÇÃO E IMPORTAÇÃO DE ALIMENTO, através do DANFE nº 000.019.407 (fl. 5), trata-se de produtos caracterizados como matéria prima/insumos e não para revenda.

Logo, a operação, objeto da presente notificação fiscal, está amparada pelas disposições do § 8º, inciso III, do art. 8º da Lei Estadual nº 7.014/1996, c/c art. 355, Inciso III do RICMS/BA, não sendo devido o recolhimento do ICMS, referente à antecipação total na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, como está posto na autuação, consubstanciado nas alíneas “a” e “d”, do inc. III, do art. 332 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012. Desta forma voto pela insubsistência da Notificação Fiscal nº 233066.0023/18-2, em tela.

Por todo o exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA da Notificação Fiscal em tela.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em Instância ÚNICA, julgar IMPROCEDENTE a Notificação Fiscal nº 233066.0023/18-2, lavrada contra ATM INDÚSTRIA, COMÉRCIO, EXPORTAÇÃO E IMPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de novembro de 2019.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO - RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA