

N. F. Nº - **300449.0383/21-0**
NOTIFICADO - **CMP DE FARIA EIRELI**
NOTIFICANTE - **ANTÔNIO FERNANDO CAMPOS PEDRASSOLI**
ORIGEM - **DAT SUL / IFMT**
PUBLICAÇÃO - **INTERNET 27/02/2023**

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0027-02/22NF-VD**

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA TOTAL AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Falta de recolhimento do ICMS de substituição Tributária de produtos comestíveis derivados do abate de suínos. Obrigatório o recolhimento do ICMS de ST nas operações interestaduais de produtos destinados a empresa industrial, conforme Art. 289, § 2º, inc. III do RICMS/BA. Rejeitada a preliminar de nulidade. Notificação Fiscal **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Notificação Fiscal, lavrada em 16/11/2021, no Posto Fiscal Benito Gama, em que é exigido o ICMS no valor de R\$ 12.454,86, multa de 60% no valor de R\$ 7.472,92, perfazendo o total de R\$ 19.927,78, pelo cometimento da seguinte infração.

Infração 01 – 54.05.10 Falta de recolhimento do ICMS ref. à antecipação tributária total, em aquisição interestadual ou do exterior, de mercadorias enquadradas pela legislação interna no regime de substituição tributária, por contribuinte não inscrito, inapto ou que não preencha os requisitos previstos na legislação fiscal.

Enquadramento Legal: Alínea “a” e “d” do inciso III do art. 332 do RICMS, aprovado pelo Dec. 13.780/12, c/c § 3º e inciso I do § 4º do art. 8º, § 6º do art. 23, art. 32 e art. 40 da Lei 7.014/96.

Tipificação da Multa: Alínea “d”, inciso II do art. 42 da Lei 7.014/96.

Consta anexado ao processo: I) Termo de Ocorrência Fiscal nº 2105931021/21-7 (fls. 4/5); II) Cópia do DANFE 224.514 (fl. 6); III) cópia do DACTE nº 10090 (fl.9); IV) cópia do documento do veículo e CNH do motorista (fls. 11/12); v) DAMDFE 4375 (fl.10).

A Notificada se insurge contra o lançamento, através de advogado manifestando impugnação, onde a peça de defesa juntamente com a documentação comprobatória, consta apensada aos autos às folhas 14 a 47.

Inicia sua peça defensiva destacando sua atividade de fabricação de produtos de carne e preparação de subprodutos do abate, de acordo com o contrato social da empresa. Assim, o contribuinte autuado firmou contrato de compra e venda de produtos resultantes do abate suíno com fornecedor localizado em outro estado da Federação, onde adquiriu insumos para seu processo industrial, relativo à compra de Espinhaço de Suíno, Rabo Extra Congelado de Suíno.

Salienta que o Agente de Trânsito está impedido por lei de auditar a empresa, ressalvada fiscalização de trânsito, o que não ocorreu na espécie a toda evidência, sendo certo que a notificação fiscal fora lavrada após ingresso das mercadorias na sede da indústria, o que torna a notificação fiscal nula de pleno direito.

Ressalta que, conforme o disposto no art. 42 do RPAF, o Agente de Tributos não detém competência para auditar o contribuinte optante pelo lucro real, 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 do julgado, Acordão JJF nº 0044-05/19 da 5ª Junta de Julgamento Fiscal.

Vê-se, com isso, que o caso nos autos é vício insanável na medida que o Agente de Tributos identificou a emissão do DANFE no sistema SEFAZ desacompanhado do pagamento da antecipação tributária e lançou o tributo dias depois como se tivesse “flagrado” uma operação de trânsito.

Informa que, o CTN galgou à condição de legislação federal os Convênios firmados entre si pelos Estados da Federação, conforme seu artigo 100, fundamentado em tal permissivo legal, os Estados editaram o Convênio ICMS 142/18, cujo teor segue abaixo transrito, o que interessa aos casos dos autos (copia a Cláusula nona do Convênio).

Para reforçar seu entendimento cita e copia o artigo 8º da Lei nº 7.014/96, Acordão nº 0118-06-06 /19NF da 6ª Junta de Julgamento Fiscal, informativo do site da SEFAZ sobre a não incidência da antecipação parcial sobre mercadorias adquiridas para industrialização e o Parecer nº 6985/2015, também sobre a não incidência da antecipação parcial sobre mercadorias destinadas a industrialização.

Solicita que, para corroborar as alegações desse arrazoado, seja o feito baixado em diligência fiscal para que a Autoridade Fazendária possa dirigir-se à sede da indústria para analisar o processo produtivo e constatar que os produtos adquiridos são resultantes do abate suíno.

Em face de todo exposto, requer:

- (i) Seja declarada a nulidade da notificação fiscal, haja vista o vício insanável na medida em o Agente de tributos identificou a emissão do DANFE no sistema da SEFAZ desacompanhado do pagamento da antecipação tributária – indevida no caso de aquisição de insumos para industrialização - e lançou o tributo dias depois como se tivesse “flagrado” uma operação de trânsito, o que fere de morte o disposto no art. 42 do RPAF.
- (ii) 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 na saída interestadual de produtos decorrentes do abate de suíno, bem como em razão da inexistência de fato gerador da obrigação tributária referente à antecipação tributária do ICMS para insumos destinados à indústria autora, nos termos do quanto disciplinado pelo Convênio ICMS 142/18 e na Lei Estadual nº 7.014/96, o que torna a presente notificação fiscal manifestamente improcedente.

Não consta informação fiscal.

Este é o relatório.

VOTO:

A Notificação Fiscal em exame acusa o Notificado do cometimento da Infração (54.05.10) de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária total, em aquisição interestadual ou do exterior, de mercadorias enquadradas pela legislação interna no regime de substituição tributária, por contribuinte não inscrito, inapto ou que não preencha os requisitos da legislação fiscal, exigindo do Notificado ICMS no valor histórico de R\$ 12.454,86.

Em preliminar, o Impugnante argui a nulidade da Notificação Fiscal alegando completa ilegalidade e abuso de poder de fiscalização, o Agente de Trânsito auditou a empresa e lançou a presente Notificação Fiscal – Trânsito de Mercadorias, cabe salientar que o Agente de Trânsito está impedido por lei de auditar a empresa, ressalvada fiscalização de trânsito, o que não ocorreu

na espécie a toda evidência, sendo certo que a notificação fiscal fora lavrada após ingresso das mercadorias na sede da indústria o que torna a notificação fiscal nula de pleno direito.

Diz também que adquiriu insumos para seu processo industrial onde a referida mercadoria chegou à sede da indústria, e que o Agente de Tributos identificou no sistema da SEFAZ emissão do DANFE e lançou o tributo dias depois como se tivesse “flagrado” uma operação de trânsito.

Analizando a documentação anexada ao processo pelo Notificante verifico que carece de fundamentação lógica e jurídica este argumento. Conforme consta nos autos a ação fiscal ocorreu no Posto Fiscal Benito Gama onde foi emitido o Termo de Ocorrência Fiscal nº 2105931021/21-7 pelo Agente de Tributo plantonista, que anexou cópia do DANFE nº 224.514, o DACTE nº 10090 emitido pela BMG Vicenzi Transportes LTDA. e o DAMDFE também emitido pela transportadora, cópia do documento do veículo e da habilitação do motorista e depois enviou essa documentação para o Auditor Fiscal que lavrou a Notificação Fiscal.

Vale ressaltar que o motorista que conduzia a mercadoria assinou o Termo de Ocorrência Fiscal no dia 15/11/2021.

Esta documentação anexada ao processo, prova sem nenhuma dúvida, tratar-se de ação fiscal do trânsito de mercadorias, derrubando de vez as argumentações anulatórias.

Rejeitada a preliminar de nulidade.

No mérito a presente Notificação Fiscal resultou de uma ação de fiscalização realizada por Agente Fiscal do POSTO FISCAL BENITO GAMA, através da abordagem de veículo da Empresa BMG Vicenzi Transporte Ltda que transportava congelados derivados do abate de suínos (Espinhaço suíno NCM 0203.29.00 e Rabo Extra Congelado NCM 02064900), acobertado pelo DANFE citado, referente à falta de recolhimento do ICMS relativo ao Regime de Antecipação Tributária Total, sem fazer-se acompanhar do Documento de Arrecadação Estadual – DAE.

Em relação aos bens e mercadorias passíveis de sujeição ao regime de Substituição Tributária ou Antecipação Total estes são os identificados, atualmente, nos Anexos II do inciso XXVI, do Convênio de nº 142/18, de acordo com o segmento em que se enquadrem, contendo a sua descrição, a classificação na Nomenclatura Comum do Mercosul baseada no Sistema Harmonizado (NCM/SH).

Nesse diapasão os produtos que estão na Substituição Tributária ou Antecipação Total, no Estado da Bahia, constam no Anexo 1 do RICMS/BA/12, aprovado pelo Decreto Estadual nº 13.780/12.

Confrontando o NCM 0203.29.00 e o NCM 0206.49.00 neste Anexo vigente para o ano de 2021 tem-se que se incluem neste Regime sob a descrição: “Carnes e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, em salmoura, simplesmente temperados, secos ou defumados, resultantes do abate de suínos”.

Para estes produtos, o recolhimento do imposto deverá ser feito antes da entrada no território deste Estado de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação sendo *estes enquadrados na exceção de que se trata o §2º do art. 332 do RICMS/2012* o qual não poderá efetuar o recolhimento até o dia 25 do mês subsequente ao da data de emissão do MDF-e vinculado ao documento fiscal:

“§ 2º O contribuinte regularmente inscrito no Cadastro de Contribuinte do ICMS do Estado da Bahia - CADICMS, que preencha cumulativamente os requisitos indicados a seguir, poderá efetuar o recolhimento do imposto por antecipação de que tratam as alíneas “a”, “b” e “c” e o item 2 da alínea “g” do inciso III do caput deste artigo, até o dia 25 do mês subsequente ao da data de emissão do MDF-e vinculado ao

documento fiscal, exceto em relação às operações de importação de combustíveis derivados de petróleo e as operações com açúcar, farinha de trigo, mistura de farinha de trigo, trigo em grãos, charque, jerked beef, enchidos (embutidos) e produtos comestíveis resultantes do abate de aves e gado bovino, bufalino, suíno, caprino e ovino”.

Isto posto, o recolhimento do ICMS atribuído à Notificada dever-se-ia ter sido realizado antes da entrada no território deste Estado em acordo com o que estabelece art. 332, inciso III do RICMS/BA.

A questão, ora em lide, abordada pela Notificada, refere-se ao entendimento da aplicabilidade do art. 271 e § 1º do RICMS/BA/12, que trata da dispensa do lançamento e o pagamento do imposto em relação a estabelecimento abatedor, ou seja, o estabelecimento que promove o abate, às saídas internas e interestaduais, atendendo a requisitos da legislação sanitária. Entendo não ser a particularidade no devido caso concreto, visto que as mercadorias adquiridas pela Notificada já são produtos resultantes de abate (SUÍNOS). Ademais, ressalta-se, por oportuno, conforme os registros do Sistema de Informações do Contribuinte que a Notificada está estabelecida, atuante neste Estado, como Frigorífico de *abate de bovinos* (Atividade Econômica Principal sob CNAE 1011201–Frigorífico – abate de bovinos).

Art. 271. Fica dispensado o lançamento e o pagamento do imposto referente às saídas efetuadas de estabelecimento abatedor que atenda a legislação sanitária estadual ou federal e as operações internas subsequentes com os produtos comestíveis, inclusive embutidos, resultantes do abate de aves e gado bovino, bufalino, suíno, equino, caprino, ovino, asinino e muar, bem como o referido relativo às aquisições dos animais vivos.

§ 1º Na saída interestadual dos produtos resultantes do abate de aves e gado bovino, bufalino, suíno, equino, caprino, ovino, asinino e muar, o estabelecimento abatedor que atenda a legislação sanitária estadual ou federal emitirá nota fiscal com destaque do imposto apenas para creditamento do imposto pelo destinatário, mas sem ônus tributário para o emitente.

Registre-se que em consulta ao Sistema de Controle de Pareceres Tributários, verifiquei que a Notificada já havia realizado consulta (Parecer de nº 39811/2017 na data de 2/12/2017) em relação à aplicabilidade da Antecipação Total nas aquisições interestaduais de produtos resultantes do abate de gado bovino, bufalino, ovino e suínos para industrialização, dada a dubiedade na interpretação da legislação estadual que regulamenta a matéria, em especial em razão das inúmeras lavraturas de notificações fiscais no Posto Fiscal de Vitória da Conquista de mercadorias adquiridas, cuja resposta, transcrita a seguir, fora respondida, na data de 24/01/2018, informando-a da Inteligência do comando prescrito na Lei nº 7.014/96, art. 8º, inciso VIII, § 2º, c/c o RICMS-BA, art. 289, § 2º, inciso III.

“O regramento contido no art. 8º, § 8º, III da Lei nº 7.014/96, que dispõe que não se fará a retenção ou antecipação do imposto quando a mercadoria se destinar a estabelecimento industrial, para utilização como matéria-prima, é regra genérica, sendo que o próprio texto da lei relativiza a aplicação conforme haja previsão regulamentar.

Conforme esclarece o § 8º do Art. 8º do referido diploma legal transscrito 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.

Registre-se que o RICMS-BA, art. 289, § 2º, inciso III, abaixo transcrito, que disciplina a substituição tributária especificamente para as operações de aquisição interestaduais de produtos comestíveis resultantes do abate de gado, estabelece a obrigatoriedade de antecipação do imposto no momento da entrada no território deste Estado, nos seguintes termos:

"Art. 289. Ficam sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação, que encerre a fase de tributação, as mercadorias constantes no Anexo I deste regulamento.

(...)

§ 2º Nas operações com as mercadorias a seguir indicadas, a retenção ou antecipação do imposto deverá ser feita ainda que se trate de transferência entre estabelecimento da mesma empresa ou que o destinatário seja industrial ou considerado sujeito passivo por substituição em relação à mesma mercadoria:

(...)

III - 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."

Portanto, quando da entrada das mercadorias no Estado da Bahia em decorrência de operação interestadual de compra ou transferência, a Consulente deverá sim efetuar o recolhimento do ICMS".

Esclarecida a obrigatoriedade do recolhimento, por conseguinte, na ação fiscal ocorrida, o Notificante constatou corretamente que a Notificada não recolheu o ICMS da Antecipação Total, conforme está estabelecido no art. 289, § 2º, inciso III do RICMS/BA e lavrou a Notificação Fiscal.

Concluo, portanto, que a lavratura da Notificação Fiscal está baseada na legislação fiscal vigente, sendo devido a cobrança do ICMS na substituição tributária, considero **PROCEDENTE** a Notificação Fiscal em demanda.

RESOLUÇÃO

Acordam os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade julgar **PROCEDENTE**, em instância ÚNICA, a Notificação Fiscal nº **300449.0383/21-0**, lavrada contra **CMP DE FARIA EIRELI** devendo ser intimada a notificada para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 12.454,86**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "d" da Lei nº 7.014/96, e os acréscimos legais.

Sala Virtual das sessões do CONSEF, 08 de fevereiro de 2023

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO - RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - JULGADOR