

A. I. N.º - 112889.0405/07-9
AUTUADO - DOCILE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - CARLOS RIZÉRIO FILHO e OSVALDO CEZAR RIOS FILHO
ORIGEM - IFMT- DAT SUL
INTERNET. - 08/08/2007

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0248-03/07

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. Constatado nos autos que a mercadoria apreendida não estava submetida ao regime da substituição tributária. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 07/04/2007, reclama ICMS no valor de R\$947,28, com aplicação da multa de 60%, pela falta de retenção do ICMS, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

O autuado, inconformado, apresenta impugnação, tempestivamente, (fls. 17/24), através de advogado legalmente habilitado, discorrendo inicialmente sobre a infração imputada e os dispositivos legais infringidos. Diz que a empresa é do ramo da indústria de produtos alimentícios em geral, com atividade básica na área química, produzindo balas de goma, pastilhas e refrescos em pó, com sede em Lajeado- RS. Assevera que os autuantes confundiram a abreviação “Refr”, correspondente a refresco com refrigerantes, gerando, por conseqüência, o Auto de Infração, ora impugnado. Aduz que segundo entendimento da fiscalização, o código constante da nota fiscal de nº 0120860, exigiria o recolhimento do imposto por substituição tributária, sendo que o autuado comercializa refrescos e não refrigerantes. Acrescenta que está acostando aos autos contrato social da empresa, comprovando os produtos comercializados, e que se tratando de refrescos não cabe a aplicação do regime de substituição tributária, reproduzindo a cláusula primeira, parágrafo primeiro do Protocolo ICMS 04/98. Diz que o refresco comercializado pelo defendente não é considerado xarope ou extrato concentrado, como também, não se destina ao preparo de refrigerante em máquina pré-mix ou post-mix, por isso, deve ser anulado o Auto de Infração. Sustenta que, também, não pode ser aplicado ao caso concreto o disposto no § 2º, da cláusula primeira, do Protocolo ICMS 11/91, uma vez que pó para refresco não se equipara a refrigerante ou bebida hidroeletrólíticas e energéticas, classificadas nas posições 2106.90 e 2202.90 da NBM/SH, transcrevendo o teor do referido diploma legal. Entende que não se aplica, igualmente, a cláusula quarta, §1º do referido acordo interestadual, tendo em vista que o refresco em pó não se equipara a nenhum dos produtos referidos no dispositivo legal, reproduzindo seu teor. Destaca que o Decreto 4.542/02, que traz a Tabela de Incidência do IPI- TIPI, traz uma classificação ampla, enquadrando todos os produtos da classe,

enquanto o Protocolo ICMS 11/91, restringe-se a alguns produtos, apresentando na folha 22 parte da referida Tabela. Diz que o refresco em pó produzido pela Docile, segue especificações técnicas da Portaria nº 544/98, transcrevendo os seus termos. Conclui, requerendo a improcedência da autuação.

A informação fiscal foi prestada pelo Auditor Fiscal Silvio Chiarot de Souza (fls. 35/36), com base no artigo 127 § 2º do RPAF, discorrendo inicialmente sobre a autuação e alegações defensivas. Diz que o parágrafo primeiro, da cláusula primeira, do Protocolo ICMS 11/91, inclui entre os produtos sujeitos à sua regulamentação os abrangidos pelo código NBM/SH 2106.90.10, mas especifica apenas os xaropes ou extratos concentrados destinados ao preparo de refrigerantes em máquina "pré-mix ou post-mix". Entende que os produtos constantes da nota fiscal objeto da contestada ação fiscal têm o mesmo código dos que estariam sujeitos à substituição tributária, sendo refrescos em pó, destinados ao preparo de forma semelhante aos refrigerantes de máquina, e, por isso, foram classificados neste código; entretanto não são os produtos ali especificados. Assevera que não parece ter sido alvo do ânimo tributário do referido protocolo, cujo objetivo é a antecipação sobre xaropes para o preparo de refrigerantes em máquinas, e neste aspecto, a legislação exige o conhecimento do produto e da intenção tributária do protocolo, resultando em erros como ocorreu no presente lançamento de ofício.

VOTO

Inicialmente, com relação ao pedido de nulidade suscitado pelo autuado relativo ao presente Auto de Infração, constato a não existência de ilegitimidade passiva, que resultaria em extinção da relação processual, vez que estabelecida sobre quem não é parte da relação jurídico tributária, pois, havendo acordo interestadual para mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devido recai sobre o remetente da mercadoria, na qualidade de sujeito passivo por substituição, o que se verifica no caso em apreço. Com relação à alegação de que o produto não se destina ao preparo de refrigerantes, por ser questão de mérito, será apreciada neste voto.

No mérito, o Auto de Infração em lide, reclama a falta de retenção do ICMS, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Da análise das peças processuais, verifico que a autuação originou-se do Termo de Apreensão de nº 112889.0405/07-9, lavrado em 07/04/2007 (fl. 05), mercadoria relativa à nota fiscal de nº 0120860 (fl. 04), emitida pela Docile Alimentos Ltda, estabelecida em Lajeado-RS.

Com relação à mercadoria apreendida, o autuado alega que se trata de pó para refrescos classificados na posição NCM 2106.90.10, fato este reconhecido pelo Auditor Fiscal estranho ao feito, na sua informação fiscal. Observo que o aludido produto estava sujeito ao regime de substituição tributária até 30/09/2005, nos termos do artigo 353, II item 3.2, por conseguinte, não há que se falar em exigência do imposto por antecipação do sujeito passivo, neste processo. Entendo que na hipótese de mercadoria enquadrada no regime da substituição tributária deverá sempre ser observado a descrição do produto analisada conjuntamente com o código NCM, para exigência do imposto, e no caso em apreço, apesar do código indicado na nota fiscal também compreender extratos concentrados destinados ao preparo de refrigerantes em máquinas ("pré-mix" e "post-mix"), em qualquer acondicionamento, independentemente de volume – NCM 2106.90.10, a descrição dos produtos não se amolda à previsão regulamentar, uma vez que a mercadoria "pó para refrescos", também está inserida no referido código NCM.

Ante o exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do lançamento de ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **112889.0405/07-9**, lavrado contra **DOCILE ALIMENTOS LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de julho de 2007.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA - RELATOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA