

A. I. N° - 124157.0796/09-7  
AUTUADO - PL MENDONÇA COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.  
AUTUANTE - ANTÔNIO JOSÉ  
ORIGEM - IFMT/METRO  
INTERNET - 20.10.2010

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0275/02-10**

**EMENTA: ICMS.** NULIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA E RELACIONADAS NO ANEXO 86 DO RICMS/97. A operação estava sujeita à retenção do imposto pelo remetente, nos termos dos artigos 10 e 11 da Lei n° 7.014/96 e em consonância com o Protocolo ICMS n° 20/2005, celebrado entre a Bahia e o Estado de origem das mercadorias. É indevida a exigência do imposto do destinatário, por ilegitimidade passiva – a responsabilidade deve recair sobre o substituto tributário. A obrigatoriedade por parte do destinatário surge apenas quando esgotadas todas as possibilidades de exigência do tributo do remetente, circunstância que deverá ser comprovada formalmente. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

### **RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, lavrado em 23/12/2009, diz respeito à falta de recolhimento de ICMS no valor de R\$32.783,15, na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, neste Estado, relativamente a mercadorias adquiridas para comercialização, elencadas no Anexo 88 do RICMS/97, procedentes de outro Estado e destinadas à contribuinte “descredenciado”, conforme Termo de Apreensão e Ocorrências, e documentos às fls.05 a 18.

Consta na descrição dos fatos: “*Aquisição de mercadorias tributadas (preparo p/sorvetes, por contribuinte DESCRENDICIADO, ref. DanfeS n° 4355/4356/4806/4807/4808 e 4809, (cópias anexas), sem o comprovante de pagamento do ICMS devido pela operação na primeira repartição fiscal do trajeto, conforme preceitos do RICMS/BA, Decreto n° 6.284/97.*”

O autuado em sua defesa às fls.27 a 31, inicialmente reprimir a infração, e esclareceu que é empresa comercial atacadista que atua no comércio de gêneros alimentícios para revenda diretamente ao consumidor.

Impugnou o presente lançamento tributário, argüindo que a fiscalização classificou indevidamente as mercadorias como “PREPARO PARA SORVETES”, conforme Protocolo ICMS 20/2005 e item 8, do Anexo 88, do RICMS/97., porém que tais produtos são classificados como “MERCADORIAS PARA REVENDA”.

Salienta que a natureza da mercadoria é identificada pela natureza da operação realizada pelo sujeito passivo das obrigações tributárias e pelo objeto social da empresa. Entende que classificar uma mercadoria como sendo preparo para sorvete ou mercadoria para revenda, é fazer uma ligação direta entre a atividade industrial ou a atividade atacadista, o que também influencia para a espécie de tributação, com as respectivas alíquotas e bases de cálculo.

atividade, não utiliza insumos, matéria-prima para transformá-los em sorvete, como faz a indústria.

Em seguida, alega que nas suas operações interestaduais, é beneficiária do regime de antecipação parcial, quando recolhe a diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, e que isso também é aplicável para quem está descredenciado.

Além disso, informa que é beneficiário do Termo de Acordo nº 7799/00, para a redução da base de cálculos de 41,176% nas vendas internas das mercadorias adquiridas para revenda, havendo uma diminuição da carga tributária de 17% para 10%.

Com esse argumento, assevera que as mercadorias adquiridas dos Estados do nordeste com a alíquota interestadual de 12%, fica dispensado de recolher o imposto por antecipação parcial, por entender que a carga tributária que é de 10% na saída é inferior à alíquota interestadual de 12%, o que levaria a estornar de sua escrita fiscal o excedente de 2%, como consequência do Termo de Acordo 7.799/00.

Argumenta ainda que as mercadorias objeto da lide não estão enquadradas no regime de substituição tributária, e desobrigado de fazer a antecipação parcial por força do Termo de Acordo supra citado.

Concluindo que as mercadorias são para revenda e não se tratam de preparados para sorvete, requer a improcedência do Auto de Infração.

Na informação fiscal às fls.41 a 45, o autuante esclareceu que o motivo da autuação diz respeito a operação mercantil de compras interestaduais de mercadorias tributadas pelo ICMS, através dos DANFES nº 4355/4356/4806/4807/4808 e 4809, contemplando diversas caixas de produtos utilizados na preparação de sorvetes, procedentes de Estância no Estado de Sergipe, descumprindo exigência da legislação pertinente, pelo fato, de na data da autuação, encontrar-se na condição de DESCREDENCIADO (fls.09/10 do processo), e deixar de efetuar o pagamento do ICMS devido na operação, na primeira repartição fazendária da divisa ou do percurso, sobre mercadorias adquiridas com intuito comercial, conforme exige os artigos 125, inciso II, alínea "f", e o § 7º; o artigo 352-A, e o § 3º; 911 e 915, todos do RICMS/97.

O autuante chama a atenção de que o autuado no momento da autuação se encontrava Descredenciado por motivo de restrição de crédito-Dívida Ativa (folha 09/10 do PAF), quando efetuou uma operação comercial cuja natureza descrita nos Danfe's supra mencionados é "Venda Produção do Estabelecimento", e que o simples fato de a impugnante adquirir produtos para elaboração de sorvetes, não a coloca como fabricante.

Quanto ao benefício da redução da base de cálculo previsto no Termo de Acordo nº 7.799/00, destinados aos contribuintes atacadistas em dias com as suas obrigações tributárias, argüiu que, embora o autuado alegue ter direito de usufruir os benefícios contidos no Termo de Acordo (Atacadista) celebrado com a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, em ato assinado pelo Diretor de Administração Tributária para adoção de redução de base de cálculo do ICMS, nos termos do Decreto nº 7.799 de 09/05/2000, chama a atenção para os pré-requisitos contidos no parágrafo único do mesmo.

Por conta disso, o preposto fiscal rebate o argumento defensivo de que se tratam de mercadorias destinadas à revenda sob o manto da antecipação parcial com benefícios respaldado no Termo de Acordo supra referido, dizendo que sua situação no momento da operação mercantil, onde o RICMS/97 exige seja feita a antecipação do imposto para os contribuintes que se encontrem com a situação cadastral (Descredenciado) perante a SEFAZ.

Ressalta que em momento algum da defesa o autuado tratou do seu ~~Descredenciamento na SEFAZ~~

fato que motivou à lavratura do Auto de Infração, situação que o obriga, ao adquirir mercadorias para comercialização, inclusive oriundas de Transferências, a efetuar o recolhimento do ICMS devido pela operação, no primeiro Posto Fiscal do trajeto (art.352-a), e apenas aqueles contribuintes credenciados possuem prazo para recolhimento do imposto até o dia 25 do mês subsequente, como previsto no parágrafo 7º do art.125 do RICMS/97.

Conclui pela manutenção de sua ação fiscal.

## VOTO

Pelo que está descrito no corpo do Auto de Infração, a acusação fiscal diz respeito à falta de recolhimento do ICMS por antecipação tributária, na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias elencadas no Anexo [88] do RICMS/97 (preparo para sorvete), adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado.

Cumpre lembrar que as operações interestaduais com mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária reger-se-ão pelas normas previstas em Acordos, Protocolos e Convênios, nos termos do artigo 9º da Lei Complementar nº 87/96.

O Protocolo ICMS 20/2005 dispõe sobre a substituição tributária nas operações com sorvetes e com preparados para fabricação de sorvete em máquina, cuja Cláusula primeira do referido acordo, *in verbis*:

*Cláusula Primeira. Nas operações interestaduais com sorvetes de qualquer natureza e com preparados para fabricação de sorvete em máquina. Realizada entre estabelecimentos localizados em seus territórios, fica atribuída ao estabelecimento industrial ou importador, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nos termos e condições deste protocolo, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devido pelas subsequentes saídas, realizadas por estabelecimento atacadista ou varejista.*

*§ 1º O disposto nesta cláusula aplica-se:*

*I – aos sorvetes de qualquer espécie, inclusive sanduíches de sorvetes, classificados na posição NCM 2105.00;*

*I – aos preparados para fabricação de sorvete em máquina, classificados na posição 2106.90 da NCM.*

Analizando os DANFEs nº 4355/4356/4806/4807/4808 e 4809, que acobertavam o transportes das mercadorias, verifico que neles estão contempladas diversas caixas de produtos utilizados na preparação de sorvetes, procedentes de Estância no Estado de Sergipe, mais precisamente, “Selecta Top Doce de Leite”; “Algémix...”; Super Liga Neutra”; “Cob./Tacas...” - NCM 2106.90.29 e 2106.90.90.

Portanto, tomando-se por base as NCMS especificadas nos DANFEs, não há dúvida que realmente as mercadorias objeto da autuação estão enquadradas no regime de substituição tributária. Contudo, embora o autuado em momento algum de sua defesa tenha suscitado sua ilegitimidade passiva para figurar no polo passivo da obrigação tributária nas operações objeto da lide, e o autuante em sua informação fiscal tenha argüido indevidamente que a exigência fiscal diz respeito a antecipação tributária parcial, passo analisar tal questão por dever de ofício e em estrita obediência à estrita legalidade do lançamento tributário levando em conta qual o responsável pelo recolhimento do imposto nas operação em questão.

Consoante a Cláusula primeira do Protocolo ICMS 20/2005, acima transcrito, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devido pelas subsequentes saídas na operação interestadual

das mercadorias objeto, é do remetente e não do destinatário, uma vez que o Estado Sergipe é signatário do referido acordo interestadual.

Ou seja, nas operações interestaduais realizadas por contribuinte localizado no Estado de Sergipe com as mercadorias a que se referem o Protocolo ICMS 20/2005, a ele fica atribuída a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto em favor do Estado destinatário, na qualidade de sujeito passivo por substituição, somente sendo devido exigir do autuado, na condição de destinatário das mercadorias, após esgotadas todas as possibilidades de exigência do tributo do responsável por substituição, circunstância esta que deverá ser declarada ou demonstrada formalmente nos termos do § 1º, I do art. 125 do RICMS/BA.

Por tudo que foi exposto, concluo que mesmo restando caracterizada o cometimento da infração, haja vista que não existe a comprovação do recolhimento do imposto devido, a imputação deve ser atribuída ao remetente das mercadorias, nos termos do Protocolo ICMS 20/2005.

Desta forma, concluo que a autuação foi feita em nome de pessoa ilegítima para figurar na relação jurídica tributária, haja vista que a operação estava sujeita à retenção do imposto pelo remetente, nos termos dos artigos 10 e 11 da Lei nº 7.014/96 e em consonância com o Protocolo ICMS 20/2005, com a alteração introduzida pelo Protocolo ICMS 31/2005, celebrado entre a Bahia e o Estado de origem das mercadorias, sendo indevida a exigência do imposto do destinatário, por ilegitimidade passiva, cuja responsabilidade, deve recair sobre o substituto tributário, no caso sobre o remetente, impondo a nulidade do presente lançamento tributário por ilegitimidade passiva, consoante o art. 18, inciso IV, alínea “b” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99.

Com base no artigo 156, do RPAF/99, represento à autoridade administrativa competente da circunscrição fiscal do contribuinte, para instaurar novo procedimento fiscal para verificação fiscal junto ao remetente das mercadorias localizado no Estado Sergipe, indicado nos documentos fiscais, para averiguação do cumprimento das obrigações acessória e principal em relação às operações objeto desta autuação fiscal.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

#### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 124157.0796/09-7, lavrado contra **PL MENDONÇA COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA**.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de outubro de 2010.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO – JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR