

AI. Nº - 207457.0004/12-2
AUTUADO - MATSUDA MINAS COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA.
AUTUANTE - RISALVA FAGUNDES COTRIM TELLES
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 03/04/2013

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0081-03/13

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Imputação em parte elidida. Afastada a incidência das normas de substituição tributária em relação às mercadorias que embora constantes da posição 2309 da NBM/SH não se constituam de Ração para animais domésticos Tipo “PET”, previsto no item 34 do inciso II do art. 353 do RICMS-BA/97. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 27/06/2012, exige o valor de R\$12.394,86, acrescido da multa de 60% em razão da falta de retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no estado da Bahia, nos meses de janeiro, março e junho a dezembro de 2010 e janeiro a junho de 2011.

Em sua defesa, fls. 74 a 78, depois de enfatizar a tempestividade, o impugnante alinha as ponderações a seguir sintetizadas.

Frisa que a autuante não observou os produtos relacionados nas notas fiscais alvo da autuação na interpretação dos dispositivos legais citados no Auto de Infração e a outros dispositivos legais pertinentes à matéria que por ela não foram citados, o que a levou, portanto, a uma autuação indevida e insubsistente.

Diz que a autuação se fundamentou no Protocolo ICMS 26/2004 que trata da Substituição Tributária do ICMS nas operações interestaduais com ração para animais domésticos Tipo “PET”, classificadas na posição 2309 da NCM.

Observa que a linha de produtos de sua fabricação encontra-se, dentre outros produtos, rações “PET”, mas também, rações destinadas à pecuária e aquicultura, essas últimas destinadas a fim específico de crescimento e engorda.

Esclarece que as rações PET, como pode ser observado na Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados - TIPI, cujo trecho reproduz, são classificadas na posição 2309.1000. As demais rações são classificadas nas demais posições da TIPI, sendo que utiliza a posição 2309.9090, para especificar Rações para pecuária e aquicultura que produz e comercializa.

Afirma que com exceção dos produtos relacionados na Nota Fiscal nº 7469, que de fato trata-se de Rações “PET”, todos os demais produtos relacionados em todas as outras notas fiscais alvo da autuação, apesar de também serem classificadas com a NCM da Família 2309, são produtos destinados exclusivamente para Pecuária ou Aquicultura.

Observa, que os itens comercializados no País, por conta, dentre outros fatores, da sua diversificação, não estão abarcados em sua totalidade pela TIPI/NCM e que portanto, alguns deles poderão ter uma mesma NCM ou estarem numa mesma “família”. Acrescenta asseverando que isso obriga as empresas e o Fisco a observarem que, para um produto está enquadrado na Substituição Tributária, além da sua NCM constar no diploma regulamentar, é necessário que se

guarde correlação entre o produto e sua descrição. Para corroborar seu argumento transcreve trecho dos Pareceres de nºs 2278/12, 2150/12, 6933/10, 4938/10, 7334/10 e 25804/08, todos emitidos pela DITRI em atendimento de consultas sobre esse tema.

Salienta também, que, além dessas rações não estarem enquadradas no Regime de Substituição Tributária, elas ainda estão abarcadas pela Isenção em operações internas e à redução de base de cálculo em 60% em operações interestaduais como disciplina o art. 20, inciso III e art. 79, inciso I do RICMS-BA/97 c/c à Cláusula Primeira, inciso III do Convênio ICMS 100/97. Prossegue asseverando que todos esses produtos tiveram destinação exclusiva para uso na pecuária ou aquicultura, e todas essas notas fiscais tiveram o ICMS Normal calculado com a referida redução e que no campo de “Dados Adicionais” foram apostos as observações de redução e do referido Convênio, ou seja, mesmo que a autuante tivesse se equivocado na interpretação dos itens e da aplicabilidade da Substituição Tributária, poderia ter atentado para essas observações o que a levaria a uma análise mais minuciosa dos produtos arrolados no levantamento fiscal.

Solicita que sejam analisadas as notas fiscais em especial os seus itens, com exceção da Nota Fiscal de nº 7469, bem como toda a explanação apresentada.

Diz que o Auto de Infração não pode prosperar, já que o cálculo efetuado pela autuante levou em consideração itens que não estão enquadrados na Substituição Tributária.

Sustenta que diante da existência inequívoca de todos os documentos comprobatórios e provas documentais exigidas pelo Erário, visto que foram preenchidos todos os requisitos para amparo das operações em comento, não é possível impor obrigação tributária que não existe.

Conclui assinalando que, em face da ausência de elementos probatórios que justifiquem a acusação fiscal, bem como pela legalidade e legitimidade que permearam suas operações, requer a improcedência do Auto de Infração.

A autuante ao prestar informação fiscal, fls. 81 e 82, depois de discorrer sobre os fatos que motivaram a autuação e resumir as alegações apresentadas pelo autuado, aduz os seguintes argumentos.

Esclarece que o Auto de Infração foi lavrado com base no Protocolo ICMS 26/2004 que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com rações para animais domésticos.

Assinala que o referido protocolo na sua cláusula primeira estatui que “nas operações interestaduais com rações tipo “PET”, para animais domésticos, classificadas na posição 2309 da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias/Sistema Harmonizado - NBM/SH, praticadas entre estabelecimentos situados nos estados signatários, fica atribuída ao contribuinte industrial ou importador, na qualidade de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS relativo às operações subsequentes ou à entrada destinada a consumo do destinatário.

Ressalta que o alcance do Protocolo ICMS 26/04 é amplo abrangendo todos os produtos classificados na posição 2309, não existindo qualquer ressalva ou exceção para sua aplicação, diferentemente de outros Convênios onde consta definida e explicitada eventuais exceções, a exemplo no §1º do disposto do Convênio 76/94.

Conclui requerendo a manutenção da autuação.

VOTO

O auto de infração em lide foi lavrado pela falta de retenção de ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia nos exercícios de 2010 e 2011.

Em sede defesa o autuado ponderou que, apesar das mercadorias arroladas no levantamento fiscal, fls. 07 a 09, encontrarem-se classificadas na posição 23.09 da NCM, somente as mercadorias constantes da Nota Fiscal nº 7469 são de ração “PET” para animais domésticos, já que as mercadorias discriminadas nas demais notas fiscais que compõem o levantamento fiscal são de ração destinada à pecuária e aquicultura para crescimento e engorda de animais.

A posição básica 23.09 da NCM constante da Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados - TIPI, a seguir reproduzida, é constituída de diversos itens de mercadorias dentre os quais alguns itens de mercadorias que não são taxativa e expressamente referentes a ração para animais domésticos do tipo “Pet” a exemplo da posição 2309.90.10 - Preparações à base de sal iodado, farinha de ossos, farinha de concha, cobre e cobalto. O que significa dizer que as mercadorias identificadas nesse item podem ser utilizadas indistintamente por qualquer animal e, não somente por animal doméstico do tipo “Pet”.

23.09	Preparações dos tipos utilizados na alimentação de animais.
2309.10.00	-Alimentos para cães ou gatos, acondicionados para venda a retalho
2309.90	-Outras
2309.90.10	Preparações destinadas a fornecer ao animal a totalidade dos elementos nutritivos necessários para uma alimentação diária racional e equilibrada (alimentos compostos completos)
2309.90.20	Preparações à base de sal iodado, farinha de ossos, farinha de concha, cobre e cobalto
2309.90.30	Bolachas e biscoitos
2309.90.40	Preparações contendo Diclazuril
2309.90.50	Preparações com teor de cloridrato de ractopamina igual ou superior a 2%, em peso, com suporte de farelo de soja
2309.90.60	Preparações contendo xilanase e betagluconase, com suporte de farinha de trigo
	Ex 01 - Preparações alimentícias para cães e gatos, não acondicionadas para a venda a retalho
2309.90.90	Outras
	Ex 01 - Preparações alimentícias para cães e gatos, não acondicionadas para a venda a retalho

Ao se compulsar a TIPI em seu inteiro teor verifica-se que todas as mercadorias referente a rações para animais estão classificadas exclusivamente na posição 23.09. Logo, se depreende que essa posição abriga todas as classificações de rações animais e, não somente as destinadas a animais domésticos.

Logo, inexistente alicerce e amparo fático o argumento da autuante para sustentação da acusação fiscal de que a aplicação do Protocolo ICMS 26/04 é ampla abrangendo todos os produtos classificados na posição 2309. Entendo que nesses casos a acusação fiscal somente se sustenta ocorrendo, de forma inequívoca e simultânea, a classificação da mercadoria na posição 23.09 da NCM e a destinação como alimentação para animais domésticos do tipo “Pet”.

Depois de examinar o “Demonstrativo de Apuração ICMS - ST não retido”, fls. 07 a 09, e as cópias das nf-e anexadas às fls. 10 a 67, constato que, efetivamente, foram arroladas no levantamento fiscal mercadorias que não correspondem ao constante no item 34 do inciso II do art. 353 do RICMS-BA/97, ou seja, “*rações tipo “pet” para animais domésticos classificadas na posição - NCM 2309 (Protocolo ICMS 26/04)*”. Portanto, não é cabível a retenção objeto da exigência no presente Auto de Infração.

Ademais, constato que somente as mercadorias constantes da Nota Fiscal nº 7469, fl. 78 e fls. 10 a 16, referem-se a rações para animais domésticos [“VITTAFFRESH FILHOTE” e “TIRINHAS NHAC CARNE”], consoante previsto no Protocolo ICMS 26/04, portanto, deve ser mantida a exigência no valor de R\$81,06. As demais notas fiscais arroladas no levantamento fiscal, verifico que além de não discriminarem ração para animal doméstico do tipo “Pet”, [“VIT. ENGORDA”, “SUP. MINERAL FOS 16”, ACQUAPESCA ENGO” e “VITTAFFISH ESP”], como previsto no aludido Protocolo,

condição essa que, com a respectiva posição na NCM, é imprescindível para a exigência da retenção, ora em questão.

Dessa forma, resta parcialmente caracterizada a acusação fiscal, no valor de R\$81,09, fl. 07, na data de ocorrência de 31/01/2010.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE**, o Auto de Infração nº **207457.0004/12-2**, lavrado contra **MATSUDA MINAS COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$81,09**, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, inciso II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96, e acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de abril de 2013.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

HELCÔNIO DE SOUZA ALMEIDA – JULGADOR