

A. I. N° - 124157.0718/12-6
AUTUADO - DANONE LTDA.
AUTUANTE - ANTONIO JOSÉ DOS SANTOS
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO (POSTO FISCAL HONORATO VIANA)
INTERNET - 18/10/2013

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0167-05/13

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO NA QUALIDADE DE SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. PROTOCOLO ICMS NÃO APLICÁVEL AO CASO CONCRETO. Equiparação inadequada. Infração insubsistente por ausência de norma. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração decorrente de atividades de fiscalização no trânsito de mercadorias, lavrado em 24/05/2012, reclama ICMS no valor de R\$81.151,83, acrescido de multa de 60%, apurado mediante acusação de *“Deixou de proceder a retenção do ICMS, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia”*. Na espécie, as mercadorias foram enviadas para empresa Tecnovida Comercial Ltda., CICMS n° 62.452.815, na SEFAZ/BA.

O autuado apresenta resposta (fls. 16/32), com documentos para impugnar a mencionada acusação referente ao DANFE n° 000043976, de 16/05/2012. Junta aos autos, além da resposta, fichas técnicas dos produtos relacionados nesse DANFE (fls. 18/32), instrumentos de procuração, inclusive, com outorga de poderes à Sra. Sandra Regina da Cruz Amorim, válida até 10/07/2012 (fls. 33/35), contrato social, bem como a 23ª alteração (fls. 36/45), cópia do mencionado documento fiscal (fls. 46/47).

Alega que, os produtos relacionados no citado DANFE, apesar de possuírem a NCM n°s 2106.90.30, 2106.90.90 e 3505.10.00, não se enquadram no § 2º do Protocolo ICMS 11/91. Para confirmar seu entendimento, junta fichas técnicas dos produtos para a devida avaliação. Pede, enfim, a improcedência do auto de infração para liberação das mercadorias.

O autuante informa, de plano, na descrição dos fatos, a realização da *“operação interestadual com Mercadorias Tributáveis elencadas na Substituição Tributária de acordo preceitos contido no Protocolo ICMS 11/91, através DANFE de n° 43976, contemplando bebidas energéticas com NCM 2106.90.90 em embalagens diversas, originadas do Estado de São Paulo (Estado signatário do Protocolo ICMS 11/91), e destinadas a contribuinte do ICMS no Estado da Bahia”*.

Afirma a inadimplência da legislação pertinente, pelo fato de ter o sujeito passivo deixado de proceder à retenção do ICMS-ST e/ou efetuar o pagamento do imposto devido pela operação, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária relativa às operações subseqüentes, conforme exige o “Diploma Legal”.

Quanto ao enquadramento alegado pelo contribuinte, esclarece: *“que o ICMS, foi instituído pela Lei n° 7.014/96 e aprovada pelo Decreto n° 13.780/12 de 01/04/2012 e, com o cuidado de defender os interesses do Erário Estadual, assim, assevera que procedeu à lavratura do Auto de Infração ora discutido, com base nos preceitos Legais, após identificar a ilegalidade enquadrando do ilícito fiscal”*. Transcreve dispositivos da legislação tributária pertinente à lide.

Conclui ao afirmar a ausência de juntada, pelo sujeito passivo, de quaisquer elementos para inibir a presente ação fiscal. Reafirma infringência de *“normas legais, especialmente as contidas no Protocolo ICMS 11/91, cujo alcance atinge os produtos comercializados pelo defendente”*.

Reitera o descumprimento da obrigação tributária, cujo entendimento, para o autuante, é pacífico no Conselho de Fazenda Estadual - CONSEF.

Encerra sua participação ao relatar, novamente, a falta de atendimento à exigência fiscal no tocante à Substituição Tributária sob a égide da legislação vigente, caracterizando o ilícito fiscal cometido pelo sujeito passivo. Pede, por fim a procedência do Auto de Infração.

Na fl. 57, os autos foram encaminhados à inspetoria (IFMT METRO), no intuito de intimar o contribuinte, solicitando cópia do arquivo de defesa, fls. 16 a 32, em arquivo magnético em texto editável (Word), conforme dispõe 8º, § 3º do RPAF/99, no prazo de 10 (dez) dias. À fl. 60, encontra-se a respectiva intimação para o sujeito passivo.

Nas fls. 64/67, consta o Requerimento de Transferência de Depositário Fiel, de 15/06/2012, juntamente com a cópia do instrumento de procuração, válido até 02/09/2012. Pedido aceito pela SEFAZ/BA naquela data.

VOTO

O comando do art. 150, da CF/88, em § 7º, estabelece a possibilidade, através de lei, “de atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária, a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido”.

O art. 155, incisos II, parágrafo 2º e XII, alínea “b”, da CF/88, vincula, à lei complementar, a disposição sobre substituição tributária. E, assim, a Lei Complementar nº 87/96, estabelece:

(...)

Art. 5º Lei poderá atribuir a terceiros a responsabilidade pelo pagamento do imposto e acréscimos devidos pelo contribuinte ou responsável, quando os atos ou omissões daqueles concorrerem para o não recolhimento do tributo.

Art. 6º Lei estadual poderá atribuir a contribuinte do imposto ou a depositário a qualquer título a responsabilidade pelo seu pagamento, hipótese em que assumirá a condição de substituto tributário.

§ 1º A responsabilidade poderá ser atribuída em relação ao imposto incidente sobre uma ou mais operações ou prestações, sejam antecedentes, concomitantes ou subseqüentes, inclusive ao valor decorrente da diferença entre alíquotas interna e interestadual nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, que seja contribuinte do imposto.

§ 2º A atribuição de responsabilidade dar-se-á em relação a mercadorias, bens ou serviços previstos em lei de cada Estado.

Art. 7º Para efeito de exigência do imposto por substituição tributária, inclui-se, também, como fato gerador do imposto, a entrada de mercadoria ou bem no estabelecimento do adquirente ou em outro por ele indicado.

Art. 8º A base de cálculo, para fins de substituição tributária, será:

(...)

II - em relação às operações ou prestações subseqüentes, obtida pelo somatório das parcelas seguintes:

a) o valor da operação ou prestação própria realizada pelo substituto tributário ou pelo substituído intermediário;

b) o montante dos valores de seguro, de frete e de outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço;

c) a margem de valor agregado, inclusive lucro, relativa às operações ou prestações subseqüentes.

(...)

Art. 9º A adoção do regime de substituição tributária em operações interestaduais dependerá de acordo específico celebrado pelos Estados interessados.

A Lei nº 7.014/96, no art. 10, impõe condição para adotar o Regime de Substituição Tributária:

Art. 10. Nas operações interestaduais, a adoção do regime de substituição tributária dependerá de acordo específico para este fim celebrado entre a Bahia e as unidades da Federação interessadas.

Visando a prática do dispositivo aludido, o Regulamento do ICMS – RICMS/12, aprovado pelo Decreto nº 13.780, de 16 de março de 2012, estabelece:

Art. 295. Nas operações interestaduais, a substituição tributária reger-se-á conforme o disposto nos convênios e protocolos para esse fim celebrados entre a Bahia e as demais unidades da Federação interessadas.

§ 1º O imposto retido pelo sujeito passivo por substituição deverá ser recolhido por meio da Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais (GNRE), em agência de banco credenciado pela unidade federada interessada, situada na praça do estabelecimento remetente, em conta especial, a crédito do governo em cujo território se encontrar estabelecido o adquirente das mercadorias.

(...)

Art. 332. O recolhimento do ICMS será feito:

(...)

III - antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação ou do exterior, observado o disposto nos §§ 2º e 3º deste artigo:

a) enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação, relativamente ao imposto correspondente à operação ou operações subseqüentes;

(...)

§ 2º Poderá efetuar o recolhimento do imposto por antecipação de que tratam as alíneas “a”, “b”, “c” e “g” do inciso III, até o dia 25 do mês subseqüente ao da entrada da mercadoria no estabelecimento, exceto em relação às operações com açúcar e às operações de importação de combustíveis derivados de petróleo, o contribuinte regularmente inscrito no Cadastro de Contribuinte do ICMS do Estado da Bahia (CAD-ICMS) que preencha, cumulativamente, os seguintes requisitos:

(...)

XIV - no tocante ao imposto retido, devido a este estado por contribuinte localizado em outra unidade da federação e inscrito no cadastro na condição de substituto, no prazo previsto no convênio ou protocolo, sendo que, se não for previsto prazo de recolhimento, o tributo será recolhido até o dia 9 do mês subseqüente ao da operação;

(...)

§ 8º Na hipótese prevista no inciso XIV, quando o sujeito passivo por substituição não estiver inscrito no cadastro de contribuinte deste estado, o recolhimento deverá ser efetuado antes da saída da mercadoria de seu estabelecimento, por meio da GNRE, emitindo guia distinta para cada um dos destinatários, constando no campo informações complementares o número da nota fiscal a que se refere o respectivo recolhimento, devendo uma via acompanhar o transporte da mercadoria.

(...).

No caso em tela, houve a aplicação do § 2º da Cláusula Primeira do Protocolo ICMS 11/91, do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com cerveja, refrigerantes, água mineral ou potável e gelo, tendo como Estados-Membros signatários a Bahia e São Paulo, dentre outras unidades da Federação, em face do autuado – contribuinte não inscrito na SEFAZ/BA. Dessa forma, surge, com o lançamento, a constituição do crédito tributário.

Contudo, tal acordo não é aplicável à operação descrita, no DANFE de nº 000043976, de 16/05/2012, fls. 46/47, de NCM n^{os} 2106.90.30, 2106.90.90. Apesar de pertencerem ao grupo de código 2106, as respectivas mercadorias descritas nesse documento são “preparações alimentícias não especificadas nem compreendidas noutras posições” da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias, Sistema Harmonização - NBM/SH. Assim, não devem ser equiparadas a refrigerante, por não se caracterizarem como bebidas hidroeletrólíticas (isotônicas) e energéticas, conforme o seguinte excerto do Protocolo ICMS 11/91:

(...)

Nova redação dada à cláusula primeira pelo Prot. ICMS 04/98, efeitos a partir de 26.03.98.

Cláusula primeira. Nas operações interestaduais com cerveja, inclusive chope, refrigerante, água mineral ou potável e gelo, classificados nas posições 2201 a 2203 da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias, Sistema Harmonização - NBM/SH, entre contribuintes situados nos seus territórios, fica atribuída ao estabelecimento industrial, importador, arrematante de mercadorias importada e apreendida ou engarrafador de água, na qualidade de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de

Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) relativo às operações subsequentes.

Renumerado o parágrafo único da cláusula primeira para § 1º pelo Prot. ICMS 28/03, efeitos a partir de 01.02.04

§ 1º O disposto nesta cláusula aplica-se, também, às operações com xarope ou extrato concentrado, classificado no Código 2106.90.10 da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias, Sistema Harmonização - NBM/SH, destinado ao preparo de refrigerante em máquina pre-mix ou post-mix.

Acrescido o § 2º à cláusula primeira pelo Prot. ICMS 28/03, efeitos a partir de 01.02.04

§ 2º Para os efeitos deste Protocolo, equiparam-se a refrigerante as bebidas hidroeletrólíticas (isotônicas) e energéticas, classificadas nas posições 2106.90 e 2202.90 da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias, Sistema Harmonização - NBM/SH. (grifo acrescido).

(...)

Do exposto, as razões aduzidas pelo impugnante, no sentido da equiparação das mercadorias, elencadas, no mencionado DANFE, são pertinentes, visto que não há enquadramento no regime de substituição através do citado Protocolo ICMS, dadas as características de preparações alimentícias, conforme fichas técnicas acostadas, às fls. 18/32, que afastam a pretendida acusação fiscal.

Nessa senda, embora existam produtos do grupo 2106, v.g, misturas à base de ascorbato de sódio e glucose próprias para embutidos, gomas de mascar, sem açúcar, caramelos, confeitos, pastilhas e produtos semelhantes, sem açúcar, verifica-se que a equiparação promovida pela norma, em destaque exposta, ocorre **exclusivamente** para bebidas hidroeletrólíticas (isotônicas) e energéticas do subgrupo 2106.90 da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias, Sistema Harmonização - NBM/SH a refrigerante, o que não se aplica ao caso concreto sob análise.

Dessarte, a operação com as mercadorias constantes do DANFE de nº 000043976 não está submetida ao regime de substituição tributária adotado pelo Protocolo ICMS 11/91 e, por conseguinte, a exação fiscal é insustentável.

No que tange a operação com a mercadoria de código NCM 3505.10.00, a imposição fiscal não deve, também, prosperar, pelo motivo exposto, qual seja a falta de norma com intuito de promover o enquadramento ao regime de substituição tributária.

Destarte, é insubsistente a acusação fiscal.

Portanto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração em questão.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **124157.0718/12-6**, lavrado contra **DANONE LTDA.**

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de outubro de 2013.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOWAN DE OLIVEIRA ARAÚJO - RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – JULGADOR