

PROCESSO - A. I. N° 269117.0003/14-3
RECORRENTE - G M F COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JFJ nº 0126-03/14
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 25/11/2014

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0344-11/14

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. Restou comprovado que as mercadorias objeto da autuação, adquiridas em outras unidades da Federação, não se submetem às regras previstas no Protocolo ICMS 11/91. Inexistência de previsão legal para recolhimento do imposto antes da entrada no território deste Estado ao teor do art. 332, III, “g”, “1”, do RICMS-BA/12. Infração elidida. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Auto de Infração **Improcedente**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Voluntário interposto nos termos do art. 169, I, “b” do RPAF/99, com vistas ao reexame da Decisão proferida pela 3ª JFJ, que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 12/03/14, para exigência de ICMS, no valor de R\$16.262,06, acrescido da multa de 60%, em razão da falta de recolhimento do ICMS devido por responsabilidade solidária, em aquisição interestadual de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária em virtude de Convênio ou Protocolo, em que não houve nem retenção nem recolhimento do imposto, nos meses de janeiro, março, maio e junho e outubro a dezembro de 2013.

Na Decisão proferida (fls. 46/48) foi fundamentado que:

No presente lançamento está sendo exigido crédito tributário em razão da falta de recolhimento do ICMS devido por Responsabilidade Solidária, relativo às aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária e previstas no Convênio ICMS 11/91, por não ter sido efetuado, nem retenção e nem recolhimento do imposto.

Em suas razões defensivas, o autuado refutou a acusação fiscal aduzindo que a fiscalização se equivocou, alegando que as mercadorias arroladas no levantamento fiscal são enquadradas correntemente no regime de apuração normal de ICMS, e que por isso, não houve a apropriação nem omissão de recolhimento do ICMS.

Ao compulсар os elementos que lastreiam a acusação fiscal, precipuamente as cópias das notas fiscais colacionadas às fls. 05 a 11, e arroladas no levantamento fiscal, constato que as mercadorias nelas discriminadas são bebidas não alcoólicas com NCM 22021000 de acordo com a identificação expressa na Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados - TIPI, cujo teor reproduzo a seguir.

22.02	Águas, incluindo as águas minerais e as águas gaseificadas, adicionadas de açúcar ou de outros edulcorantes ou aromatizadas e outras bebidas não alcoólicas, exceto sucos (sumos) de frutas ou de produtos hortícolas, da posição 20.09.	
202.10.00	Águas, incluindo as águas minerais e as águas gaseificadas, adicionadas de açúcar ou de outros edulcorantes ou aromatizadas	27
	Ex 01 - Refrescos	27

Verifico também que o remetente não destacou nos referidos documentos fiscais no campo próprio o imposto devido por substituição tributária e, por consequência, também não reteve, como prevê o Protocolo ICMS 11/91, que tem como signatários os Estados da Bahia e de origem Goiás (remetente), in verbis:

“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 subseqüentes.

[...]

Cláusula quarta O imposto a ser retido pelo sujeito passivo por substituição será calculado mediante aplicação da alíquota vigente para as operações internas, no Estado de destino da mercadoria, sobre o preço máximo de venda a varejo fixado pela autoridade competente, deduzindo-se, do valor obtido, o imposto devido pelo industrial, importador, arrematante ou engarrafador, ou, na hipótese da cláusula anterior, o imposto devido pelo distribuidor, depósito ou estabelecimento atacadista.

§ 1º Na hipótese de não haver preço máximo fixado por autoridade, o imposto a ser retido pelo contribuinte será calculado sobre a seguinte base de cálculo:

1. ao montante formado pelo preço praticado pelo distribuidor, depósito ou estabelecimento atacadista, incluídos o IPI, frete e/ou frete até o estabelecimento varejista e demais despesas debitadas ao estabelecimento destinatário, será adicionada a parcela resultante da aplicação dos seguintes percentuais, sobre o referido montante:

g) 70% (setenta por cento), nos demais casos, inclusive quando se tratar de água gaseificada ou aromatizada artificialmente;

[...]

§ 2º Na hipótese do item 1 do parágrafo anterior, quando o preço de partida for o praticado pelo próprio industrial, importador, arrematante ou engarrafador aplicam-se os seguintes percentuais:

1. 140% (cento e quarenta por cento), nos casos das mercadorias referidas nas alíneas "a", "c", "d", "g" e "h";

Logo, fica patente nos autos o acerto da autuação ao exigir do destinatário o recolhimento do ICMS devido por Responsabilidade Solidária, nas aquisições interestaduais de mercadoria enquadradas no regime de Substituição Tributária em virtude de Convênio ou Protocolo, em que não houve nem retenção nem recolhimento do imposto, consoante determinação expressa do art. 332 do RICMS-BA/12:

“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:

[...]

g) enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação prevista em convênio ou protocolo com a unidade federada de origem, quando:

1 - o contribuinte substituto não fizer a retenção do imposto ou efetua-la em valor inferior ao estabelecido no acordo;”

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

No Recurso Voluntário interposto (fls. 57 a 61), o recorrente inicialmente comenta a autuação, a informação fiscal e a Decisão proferida pela Primeira Instância, afirmando que acatou a tese da acusação de que as bebidas não alcóolicas estão enquadradas no regime de substituição tributária, sem considerar as exceções contidas na TIPI para a NCM 2202.1000.

No mérito, afirma que depara-se com uma insegurança jurídica dado a divergência de entendimentos entre prepostos fiscais, órgão julgador e legisladores encarregados de emitir Parecer técnico relativo à legislação do ICMS.

Afirma que segundo entendimento da GECOT e a DITRI, em resposta a consultas formuladas, para que uma mercadoria seja enquadrada no regime de ST, faz-se necessário que o produto possua a NCM descrita na legislação específica e coincida com a sua descrição e finalidade.

Diz que as mercadorias constantes das Notas Fiscais nºs 13.423, 14.398, 15.404, 16553, 18.998, 20.007 e 21.166, embora possua a NCM 22021000 traz como descrição “Bebida Mista ... Capri-Sun 200ml”, que é um suco concentrado de bebida à base de maçã, de propriedade de uma empresa alemã (WILD), introduzida no mercado em 1969 e distribuído em diversos países com o nome Capri-Sonne, tendo a Coca Cola e a Kraft Foods como principais distribuidores.

Informa que no Brasil compete com os sucos e refrescos líquidos prontos para o consumo,

comercializado em caixa padrão com 10 bolsas de folha de laminados de 200ml cada.

Transcreve o Parecer 04368/12 da GECOT/DITRI (fl. 60) no qual foi respondido que o regime de ST previsto de que trata o art. 353, II, 3.2 do RICMS/97, “alcança exclusivamente os refrigerantes propriamente ditos, aí incluídas as águas tônicas, não se aplicando a outras bebidas não alcoólicas classificadas na referida posição, tais como refrescos, laranjadas ou limonadas e néctares”.

Conclui afirmando que o autuante agiu de forma equivocada ao considerar as mercadorias objeto da autuação como submetidas ao regime de ST, o que foi acompanhado pela 3ª JF, vindo através deste Recurso ratificar as justas alegações apresentadas na peça impugnatória. Requer reforma da Decisão pela improcedência da autuação.

A PGE/PROFIS foi dispensada da emissão de Parecer, nos termos do art. 136, III, item 3, por se tratar de Recurso Voluntário em processo com valor inferior a R\$100.000,00.

VOTO

Trata-se de Recurso de Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão proferida pela 3ª JF, que julgou procedente o Auto de Infração, que acusa falta de recolhimento do ICMS devido por responsabilidade solidária, em aquisição interestadual de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária em virtude do Protocolo ICMS 11/91.

O recorrente afirma que o produto objeto da autuação “Bebida Mista - Capri-Sun 200ml”, é um suco concentrado de bebida à base de maçã, que embora possua a NCM 22021000 não está enquadrada no regime de substituição tributária.

Recorre ao Parecer 04368/12 da GECOT/GETRI que em resposta a consulta formulada, afirma que para que uma mercadoria seja enquadrada no regime de ST, faz-se necessário que o produto possua a NCM descrita na legislação específica e coincida com a sua descrição e finalidade.

Pela análise dos elementos contidos no processo verifico que consta:

- a) Na descrição dos fatos que a empresa deixou de antecipar o pagamento do ICMS-ST relativo à aquisição de mercadorias com NCM 2202.1000 – Bebidas isotônicas, pelo Protocolo ICMS 11/91.
- b) Enquadramento nos artigos 332, III, “g” do RICMS/12, cc o art. 6º e art. 34, III da Lei nº 7.014/96.
- c) As mercadorias consignadas nas Notas Fiscais nºs 13.423, 14.398, 15404, 16553, 18.998, 20.007 e 21.166, indica a NCM 22021000 - Bebida Mista ... Capri-Sun 200ml [suco concentrado... uva, laranja].

Verifico que o preâmbulo do Protocolo ICMS 11/91 descreve que “*Dispõe sobre a substituição tributária nas operações com cerveja, refrigerantes, água mineral ou potável e gelo*”, sendo que a Cláusula primeira discrimina “chope, refrigerante, água mineral ou potável e gelo, classificados nas posições 2201 a 2203”, sendo que o parágrafo primeiro acrescentado pelo Prot. ICMS 28/03, indica que se aplica, também, às operações com xarope ou extrato concentrado, classificado no Código 2106.90.10, destinado ao preparo de refrigerante em máquina pre-mix ou post-mix.

Já o § 2º acrescentado pelo Prot. ICMS 28/03, com efeitos a partir de 01.02.04, determina que:

§ 2º Para os efeitos deste Protocolo, equiparam-se a refrigerante as bebidas hidroeletrólíticas (isotônicas) e energéticas, classificadas nas posições 2106.90 e 2202.90.

Constata-se que o Protocolo ICMS 11/91 estabelece regras sobre a substituição tributária nas operações com cerveja, refrigerantes, água mineral e gelo, além de xarope concentrado para preparo de refrigerante e bebidas hidroeletrólíticas (isotônicas) que não é o caso do produto objeto da autuação, que é “*um suco concentrado de bebida à base de maçã, uva ...*”

Já o artigo 332, III, “g” do RICMS/12 determina o prazo de recolhimento do ICMS-ST devido por antecipação e o art. 6º, III da Lei nº 7.014/96 trata da responsabilidade solidária para o pagamento do imposto relativo a mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação, em virtude de convênio ou protocolo, oriundas de outra unidade da Federação,

quando o remetente não possua inscrição estadual ativa como substituto tributário, bem como o art. 34, III refere-se a obrigações do contribuinte pagar o imposto devido na forma, local e prazo previstos na legislação estadual.

Também, em se tratando de produto não submetido ao Protocolo ICMS 11/91, não há previsão da aplicação dos dispositivos indicados no RICMS/BA e na Lei nº 7.014/96 que disciplinam a cobrança do ICMS.

Pelo exposto, embora o Parecer nº 04368/2012 da GECOT/GETRI tenha se posicionado que art. 353, II do RICMS/97 (que foi revogado em abril/12 e não se aplica aos fatos geradores ocorridos nesta autuação no período de janeiro a dezembro/13), verifico que as mercadorias indicadas como enquadradas no regime de substituição tributária (itens 2 a 5 do Anexo I da Lei nº 7.014/96), coincidentes com as indicadas no Protocolo ICMS 11/91 são:

3 - bebidas não alcoólicas, a saber:

3.1 - cervejas não alcoólicas NCM 2202;

3.2 - refrigerantes - NCM 2202;

3.3 – omissis

3.4 - revogado

3.5 - bebidas energéticas e isotônicas - NCM 2106.90 e 2202.90 (Lei nº 7667/00);

4 - extratos concentrados destinados ao preparo de refrigerantes em máquinas ("pré-mix" e "post-mix"), em qualquer acondicionamento, independentemente de volume NCM 2106.90.10;

5 - águas minerais e gasosas NCM 2201.10.00 e 2202.10.00;

6 - gelo NCM 2201.90.00;

Logo, pode se concluir que embora a posição NCM 2202 englobe diversas bebidas não alcoólicas, conforme dito no mencionado Parecer *"o regime de substituição tributária ... alcança exclusivamente os refrigerantes propriamente ditos"*, além de águas minerais e gasosas, *"não se aplicando a outras bebidas não alcoólicas classificadas na referida posição"*. Portanto, não se aplica às mercadorias objeto da autuação que é um suco concentrado.

Convém ressaltar que o item 6 do Anexo I da Lei nº 7.014/96, indica como produto enquadrado no regime de substituição tributária *"Sucos de frutas em líquido industrializados, concentrados ou não"*, que se coaduna com a afirmação do contribuinte autuado que o produto é um *"suco concentrado de bebida à base de maçã"* (fl. 59). Porém, não se trata de produto submetido ao regime de substituição tributária prevista no Protocolo ICMS 11/91, como indicado na descrição dos fatos.

Por tudo que foi exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário para reformar a Decisão recorrida e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 269117.0003/14-3, lavrado contra **G M F COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de novembro de 2014.

ROSANY NUNES DE MELLO NASCIMENTO - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

MARIA HELENA DE MENDONÇA CRUZ – REPR. DA PGE/PROFIS