

A. I. Nº - 210603.0013/13-1
AUTUADO - ULIANA COSTA SOARES
AUTUANTE - SIBENON MUNDURUCA DE ALMEIDA
ORIGEM - IFMT - DAT/NORTE
INTERNET - 13/05/2014

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0070-05/14

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA INTEGRAL E PARCIAL. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO NA PRIMEIRA REPARTIÇÃO FAZENDÁRIA. MERCADORIAS PROCEDENTES DE OUTROS ESTADOS, ENQUADRADAS E NÃO ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Trata-se de nota fiscal que consta endereço do adquirente no estado da Bahia quanto na verdade está localizado em Maceió/Alagoas, bem como o transportador é o remetente, conforme CRV anexado aos autos, e não o constante na nota fiscal que é MC Lunardi Transportes Ltda. As informações incorreta nos aludidos documentos fiscais o tornam imprestáveis para os fins a que se destinam, portanto, inidôneos, cabendo a exigência tributária ao transportador, que se encontrava na posse da mercadoria no momento de sua circulação. Assim, a exigência tributária deveria ser atribuída ao transportador e não ao adquirente indicado no documento fiscal, conforme art. 6º, III, “c” da Lei nº 7014/96, o que torna o presente Auto de Infração nulo por ilegitimidade passiva. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 25/09/2013, para exigir ICMS no valor de 12.837,84, acrescido da multa de 60%, relativo à falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária- parcial ou total, conforme o caso, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade federativa, por contribuinte descredenciado, não inscrito ou desabilitado, ou sem destinatário certo.

O autuado, às fls. 32 a 37 dos autos, apresenta impugnação afirmando inicialmente estar juntando comprovante de inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, para comprovar a correção do nosso endereço. Isto porque, na peça acusatória, consta como nosso endereço Av. Tancredo Neves, 2915, Caminho das Árvores, Salvador – BA, endereço este que não pode ser nosso porque a legislação brasileira não permite que uma pessoa jurídica se instale em dois endereços diferentes.

Afirma que a identificação irregular do autuado também não traz segurança na determinação do sujeito passivo. Certamente não estávamos de posse das mercadorias quando da sua circulação no território baiano.

Diante do fato exposto, considera o Auto de Infração é duplamente nulo de pleno direito tanto por identificação irregular do sujeito passivo quanto por ilegitimidade passiva do autuado, nos termos do artigo 18, IV, do RPAF/BA.

Afirma que as mercadorias estão depositadas em contribuinte baiano, identificado no termo de Ocorrência Fiscal, que recebe as mercadorias através da Nota Fiscal Avulsa nº 782169 emitida

pela SEFAZ/BA.

Alude que o termo de Ocorrência Fiscal também não identifica corretamente o transportador atribuindo esta atividade ao emitente da nota fiscal quando o transportador está corretamente identificado nos documentos fiscais que acobertavam o transporte da mercadoria.

Afirma que, tendo em vista que a empresa depositária S&E Comercio de Alimentos Ltda.-ME, também é parte envolvida com o débito tributário e por estar a mesma sediada em Salvador, solicita que todas as intimações relativas ao presente Auto de Infração sejam enviadas ao endereço abaixo:

Rua Everton Visco, n.º 90, Loja 01, Edf. Boulevard Side Residencial, Bairro Caminho das Árvores, CEP 41.820-022, Salvador Bahia.

No que alude ao mérito, afirma que o auto tem como objetivo exigir o pagamento do ICMS por antecipação tributária e antecipação tributária parcial, sobre os seguintes produtos: NCM 21069029 – MIX DE AÇAÍ COM BANANA, COM GUARANÁ OU COM MORANGO; NCM 20098990 – POLPA DE AÇAÍ.

Relata que o autuante classifica o primeiro produto como preparado para a fabricação de sorvete, enquadrado no regime de substituição tributária e o segundo, como produto tributado normalmente para venda no território baiano, sujeito à antecipação parcial do imposto.

Entende que nesta classificação, o autuante cometeu um sério erro quanto ao primeiro produto.

O Anexo 1, do RICMS/BA vigente classifica como produto enquadrado no regime de substituição tributária, no seu item 39:

39	Sorvete de qualquer espécie, inclusive sanduíches de sorvetes e picolés, - 2105	Prot. ICMS 20/05- AC, AL, AM, AP, BA, DF, ES, MG, MS, MT, PA, PB, PE, PI, PR, RJ, RN, RO, RR, RS, SC, SE, SP e TO	Quando não houver preço de tabela: 90,48% (Aliq.7%) 80,24% (Aliq. 12%)	Quando não preço de tabela: 90,48% (Aliq.7%) 80,24% (Aliq. 12%)	Quando não houver preço de tabela: 70%
	Preparados para fabricação de sorvetes em máquinas 1806,1901 e 2106	Prot. ICMS 20/05 - AC, AL, AM, AP, BA, DF, ES, MG, MS, MT, PA, PB, PE, PI, PR, RJ, RN, RO, RR, RS, SC, SE, SP e TO	379,57% (Aliq.7%) 353,78% (Aliq. 12%)	379,57% (Aliq.7%) 353,78% (Aliq. 12%)	328%

O capítulo 21 da TIPI corresponde as “Preparações alimentícias diversas”. No caso do código 21.06 as preparações não especificadas. O sub item 21.06.90 refere-se a “Outras mercadorias”. Todas as preparações contidas na norma não se relacionam com “sorvete”.

21.06	Preparações alimentícias não especificadas nem compreendidas noutras posições.
2106.90	- Outras
2106.90.10	Preparações dos tipos utilizados para elaboração de bebidas
	Ex 01 - Preparações compostas, não alcoólicas (extratos concentrados ou sabores concentrados), para elaboração de bebida da posição 22.02, com capacidade de diluição superior a 10 partes da bebida para cada parte do concentrado
	Ex 02 - Preparações compostas, não alcoólicas (extratos concentrados ou sabores concentrados), para elaboração de bebida refrigerante do Capítulo 22, com capacidade de diluição de até 10 partes da bebida para cada parte do concentrado
2106.90.2	Pós, inclusive com adição de açúcar ou outro edulcorante, para a fabricação de pudins, cremes, sorvetes, flans, gelatinas ou preparações similares
2106.90.21	Para a fabricação de pudins, em embalagens imediatas de conteúdo inferior ou igual a 1 kg
2106.90.29	Outros

Argumenta que, embora o produto seja enquadrado na NCM 2106, açaí misturado com outra fruta, não é preparado para fabricação de sorvete em máquina. Ainda, o produto objeto da apreensão já era acabado, pronto para consumo, não se classificando sequer como sorvete.

Consigna que é um alimento, tipo um suco, com grande densidade, parecido creme, pronto para consumo, mas não na forma de sorvete. Nada mais é do que a polpa de uma fruta (açaí) pouco diluída, misturada com pedaços de outras frutas (no caso, morango, banana ou guaraná).

Destaca que, para dirimir qualquer dúvida a respeito do produto anexa imagens dos mesmos,

retiradas do site da empresa produtora: <http://www.belaiaca.com>, acessado em 17/10/13.

Argui que, caso não ultrapassada a alegação de nulidade, comungando com o entendimento do fisco, que os produtos sejam destinados a comercialização no território baiano, e tendo em vista a falta de recolhimento espontâneo antes da entrada no território do estado do imposto devido por antecipação tributária, ainda mais considerando que o destinatário não apresenta as condições previstas para recolhimento após a entrada no estabelecimento, contidas na legislação estadual, deve ser retificado o demonstrativo de apuração do débito, para imputar a cobrança apenas da antecipação tributária parcial, conforme a seguir transcrito:

Nesta hipótese, o valor da infração ficaria reduzida para R\$ 2.199,67, resultando na declaração da procedência em parte do exigido no presente lançamento.

NF/PRODUTO	QTD	VALOR TOTAL	ALIQ %	ICMS DEVIDO	ICMS CRÉDITO	ICMS A PAGAR	MULTA 60%	TOTAL
10940 NCM 20098990	210	1.239,00	17%	210,63	148,68	61,95	37,17	99,12
10940 NCM 20098990	200	940,00	17%	159,80	112,80	47,00	28,20	75,20
10940 NCM 21069029	100	240,00	17%	40,80	28,80	12,00	7,20	19,20
10940 NCM 21069029	50	262,50	17%	44,63	31,50	13,13	7,88	21,00
10941 NCM 21069029	100	240,00	17%	40,80	28,80	12,00	7,20	19,20
10941 NCM 21069029	50	262,50	17%	44,63	31,50	13,13	7,88	21,00
10941 NCM 21069029	1.924	7.984,60	17%	1.357,38	958,15	399,23	239,54	638,77
10941 NCM 21069029	481	3.607,50	17%	613,28	368,10	245,18	147,11	392,28
10941 NCM 21069029	481	6.031,74	17%	1.025,40	723,81	301,59	180,95	482,54
10941 NCM 21069029	481	2.837,90	17%	482,44	340,55	141,89	85,14	227,03
10941 NCM 21069029	84	441,00	17%	74,97	52,92	22,05	13,23	35,28
10941 NCM 21069029	32	976,00	17%	165,92	117,12	48,80	29,28	78,08
10941 NCM 21069029	481	2.260,70	17%	384,32	271,28	113,04	67,82	180,86
10944 NCM 21069029	16	488,00	17%	82,96	58,56	24,40	14,64	39,04
10944 NCM 21069029	6.003	14.886,00	17%	2.530,62	1.786,32	744,30	446,58	1.190,88
Totais		42.697,44		7.258,56	5.058,89	2.199,67	1.319,80	3.519,48

O autuante, às fls. 51 a 54, apresenta informação fiscal aduzindo que em local, data e horário, no exercício de suas funções fiscalizadoras, detectou a seguinte irregularidade: falta do recolhimento do ICMS referente à antecipação parcial/total, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da federação, através dos DANFES n^{os} 10940, 10941 e 10994, emitidos pela empresa Bela Iaca Polpas de Frutas Industria e Comercio Ltda, para contribuinte não Inscrito no Cadastro da Sefaz-Ba, documentos anexos.

Afirma que a defesa apresentada alega irregularidade na identificação do autuado, bem como na determinação do sujeito passivo, anexando comprovante de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica. Que não estava de posse das mercadorias quando da circulação das mesmas, observa o Artigo 18, Inciso IV, do RPAF/BA, e que as mercadorias estão depositadas em contribuinte Baiano identificado no Termo de Ocorrência Fiscal, que o mesmo não identifica corretamente o transportador atribuindo esta atividade ao remetente das mesmas. E que está com a empresa depositária relacionada no Termo de Ocorrência Fiscal no endereço Rua Everton Visco, nº 90, Loja 01, Edif. Boulevard Side Residencial, Caminho das Arvores, Salvador Ba. Cita que o Auto tem como objetivo exigir o pagamento do ICMS por antecipação tributaria Parcial/Total, NCMSH 20098990 – Polpa de Açaí e 21069029 Mix de Açaí c/banana, c/guaraná ou com morango, sendo este como preparado para fabricação de sorvete e o outro como tributado normalmente para venda no território baiano, sujeito a antecipação parcial do imposto, e que o autuante cometeu erro de classificação. Insere fotos de vasilhames. Relata do possível débito anexando uma planilha.

Reproduz os fatos afirmando que a Autuada em sua defesa, nas páginas anexas ao processo fls. 32 a 38, descreve as alegações citadas acima:

Reproduz o que diz Lei nº 7014/96:

Art. 12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de

apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.

Art. 13. O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do contribuinte ou responsável, é:

I - tratando-se de mercadoria ou bem:

a) o do estabelecimento onde se encontre, no momento da ocorrência do fato gerador;

Art. 14. Para os efeitos desta Lei, estabelecimento é o local, privado ou público,

edificado ou não, próprio ou de terceiro, onde pessoa física ou jurídica exerça suas atividades em caráter temporário ou permanente, bem como onde se encontrem armazenadas mercadorias.

§ 1º Na impossibilidade de determinação do estabelecimento, considera-se como tal o local em que tenha sido efetuada a operação ou prestação, encontrada a mercadoria ou constatada a prestação.

§ 2º É autônomo cada estabelecimento do mesmo titular.

Art. 40. Constitui infração relativa ao ICMS a inobservância de qualquer disposição contida na legislação deste tributo, especialmente das previstas no art. 42 desta Lei.

Art. 348 – Nas operações a serem realizadas no território deste Estado, de mercadorias provenientes de outra unidade da Federação, sem destinatário certo ou destinadas a contribuinte não inscrito, o imposto sobre o valor acrescido será recolhido antes da entrada neste Estado. Do RICMS/2012.

Protocolo ICMS nº 20/05;

Na aquisição interestadual de preparado para sorvetes, seja de estado signatário ou não signatário do Protocolo ICMS nº 20/05, o ICMS substituição Tributária será recolhido por retenção ou por antecipação, de forma que as operações internas subseqüentes com os referidos produtos estarão desoneradas de tributação.

LC 87/96

Art. 11. O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é:

I - tratando-se de mercadoria ou bem:

a) o do estabelecimento onde se encontre, no momento da ocorrência do fato gerador;

Entende que a alegação de nulidade da ação fiscal não procede, tendo em vista a presente ação fiscal contem os elementos suficientes para determinar a infração e o infrator. Sendo Disciplina o CTN Art. 124, 123 e 127, CTE Artigos do 3º ao 24º que trata da responsabilidade por solidariedade, e do Art. 5º, 6º, 7º e 8º da LC 87/96, o Art. 348 do RICMS/Ba e Súmula 03 do CONSEF, "a lei poderá atribuir a terceiros a responsabilidade pelo pagamento do imposto e acréscimos devidos pelo contribuinte ou responsável, quando os atos ou omissões concorrerem para o não recolhimento de tributos".

Argumenta que disciplina o RPAF no Art. 19. *Que a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.*

Assegura que a ação fiscal foi feita dentro das normais legais atinentes aos Princípios Tributários Constitucionais. Não havendo nenhuma afronta aos Princípios da Administração Pública e de acordo com o Art. 108 e 112 do CTN, não havendo nenhuma dúvida quanto à operação ocorrida em comento

Alega que é notório e explicitado no RICMS/BA a obrigatoriedade da antecipação Tributária parcial e ou total, nas entradas de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuintes regulares e irregulares e não inscrito no CAD/ICMS pelo Decreto nº 13.780/2012, em conjunto com a Lei nº 7014/96, LC 87/96, Protocolo ICMS 20/2005, e demais cominações em seus Artigos mencionados acima.

Conclui que não existe qualquer irregularidade na determinação do autuado bem como do sujeito passivo, em virtude de estar inserido no Danfe o endereço do mesmo, inclusive o número do telefone, que ao ser acionado foi atendido pelo autuado, afirmando serem produtos usados para

fabricação de sorvetes em máquinas, confirmado também pelo motorista. As imagens das embalagens inserida na defesa, foi retirada do site da empresa, como podemos verificar no demonstrativo de débito, os itens acrescidos de MVA foram os constantes do NCMSH 2106, confirmados como sendo preparado para sorvetes, quanto ao NCMSH 2009, não sofreram acréscimo indevidamente.

Quanto à divergência do transportador argüida pelo autuado, afirma que ao verificar que o inserido no Danfe é tão fictício quanto ao endereço do destinatário como demonstra o anexo da folha nº 38, pertence à outra unidade da Federação, ou seja, Alagoas-AL e não a Bahia. Como se pode verificar que o transportador de fato é a própria emitente do DANFE por ser a proprietária do veículo conforme o CRLV anexo, sendo pelo Decreto Lei nº 2.848 de 07/12/1940, em seu artigo nº 299, tem previsão de punição para declaração falsa.

Pede pela Procedência do Auto de Infração.

VOTO

O presente lançamento de ofício, lavrado no trânsito de mercadorias, é relativo à falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária parcial ou integral com substituição tributária, conforme o caso, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade federativa, por contribuinte descredenciado, não inscrito ou desabilitado, ou sem destinatário certo.

Quanto à análise das questões relativas à validade formal da presente exigência tributária, verifico que se trata de nota fiscal que consta endereço no estado da Bahia, quando na verdade está localizada em Maceió, Estado de Alagoas, bem como o transportador, conforme CRV anexado aos autos, não é o constantes na nota fiscal que é MC Lunardi Transportes Ltda. As informações incorreta nos aludidos documentos fiscais o tornam imprestáveis para os fins a que se destinam, portanto, inidôneos, cabendo a exigência tributária ao transportador, que se encontrava na posse da mercadoria no momento de sua circulação. Assim, a exigência tributária deveria ser atribuída ao transportador e não ao adquirente indicado no documento fiscal, conforme art. 6º, III, “c” da Lei nº 7014/96, o que torna o presente Auto de Infração nulo por ilegitimidade passiva.

Verifico, ainda, que o autuante classifica o primeiro produto, NCM 21069029 – MIX DE AÇAÍ COM BANANA, COM GUARANÁ OU COM MORANGO, como preparado para a fabricação de sorvete, enquadrado no regime de substituição tributária e o segundo, NCM 20098990 – POLPA DE AÇAÍ, como produto tributado normalmente para venda no território baiano, sujeito à antecipação parcial do imposto.

Cabe destacar, adicionalmente, que mesmo se fosse o autuado o sujeito passivo da presente ralação obrigacional, caberia ser examinado de ofício o fato de que foram, em uma única infração, imputadas, simultaneamente ao autuado, duas exigências tributárias distintas. Foi atribuída ao autuado a condição de sujeito passivo responsável por substituição, por falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação sobre a aquisição de mercadoria codificada sob a NCM 21069029 – MIX DE AÇAÍ COM BANANA, COM GUARANÁ OU COM MORANGO, bem como a condição de contribuinte, relativa a antecipação parcial do ICMS concernente ao produto de NCM 20098990 – POLPA DE AÇAÍ. Tal imputação se verifica no campo “Infração”, onde se exige do autuado o *“ICMS referente à antecipação tributária- parcial ou total, conforme o caso, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade federativa, por contribuinte descredenciado, não inscrito ou desabilitado, ou sem destinatário certo.”*

Assim, foram imputadas infrações de natureza distintas e, portanto, com repercussões jurídico-tributárias diferentes, ou seja: apesar de as duas infrações coincidirem quanto ao descumprimento da obrigação de antecipar (parcial ou integralmente) o pagamento do imposto, com base em um fato gerador presumido, diferem, nitidamente, quando uma faz constar, no pólo

passivo da relação jurídica-tributária, o sujeito passivo na condição de “contribuinte” - sujeição passiva direta, que é o caso da antecipação parcial, pois antecipa o imposto cuja exigência tributária deverá satisfazer integralmente na condição de contribuinte no momento da saída das mercadorias - e a outra no pólo passivo indireto, que é antecipação com substituição tributária, fazendo constar um “responsável” – que é o substituto tributário dos demais contribuintes que eventualmente realizarão as operações subsequentes.

O lançamento de ofício que traz no cerne essa dubiedade - a antecipação parcial e a antecipação com substituição (substituição tributária para frente), em uma única infração -, é nulo por não determinar com segurança qual a infração atribuída ao autuado, conforme alínea “a” inciso IV do art. 18 do RPAF/BA.

Diante do exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração, com base no art. 18, IV, “b” do RPAF/BA.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **210603.0013/13-1**, lavrado contra **ULIANA COSTA SOARES**.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de abril de 2014.

ANGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO – PRESIDENTE/RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – JULGADOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO - JULGADOR