

A. I. Nº - 281078.0007/14-9
AUTUADO - NESTLÉ BRASIL LTDA.
AUTUANTE - CLÁUDIA AZEVEDO SILVA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 26.08.2015

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0145-05/15

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDAS PARA CONTRIBUINTE LOCALIZADOS NO ESTADO DA BAHIA. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. A regulamentação geral normatizada no Convênio ICMS 81/93, estabelece na Cláusula quinta, II, que não se aplica a substituição tributária às transferências para outro estabelecimento, exceto varejista, do sujeito passivo por substituição, hipótese em que a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto recairá sobre o estabelecimento que promover a saída da mercadoria com destino a empresa diversa. Subsiste em parte a autuação. Negado o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 09/12/2014, exige ICMS no valor de R\$ 1.089.626,56 e multa de 60%, através da seguinte infração: 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 contribuintes localizados no Estado da Bahia. A empresa deixou de proceder a retenção e o conseqüente recolhimento nas operações de transferências, CFOP 6152 realizadas para contribuintes filiais atacadistas neste Estado e também nas operações com CFOP 6910 e 6911, remessa em bonificação, doação ou brinde e em remessa de amostra grátis, com o produto ração para animais de estimação, infringindo o que dispõe o Protocolo ICMS 26/04, conforme demonstrado no Anexo 1. Exercícios de 2012 e de 2013.

O contribuinte, por meio de patrono legalmente constituído, ingressa com defesa, fls. 49 a 60, na qual relata os fatos e pede a improcedência da autuação. Desse modo raciocina pela não aplicação da sistemática de substituição tributária nas operações de transferências entre estabelecimentos da mesma empresa, posto que a impugnante é um centro de distribuição, localizado em Ribeirão Preto/SP, que efetua vendas e transferências para diversas Unidades da Federação, inclusive para os estabelecimentos atacadistas da Impugnante no Estado da Bahia. Os produtos referidos são rações para animais de estimação, cuja regulação acerca da substituição tributária do ICMS está disciplinada no Protocolo ICMS 26/2004 (doc. 10).

Contudo, este mesmo Protocolo não menciona expressamente a aplicação (ou não) da sistemática da substituição tributária, nas operações de transferência entre estabelecimentos de um mesmo contribuinte. Ante a ausência de regulamentação específica da substituição tributária para rações para animais de estimação, faz-se necessário buscar a regulamentação geral da ST do ICMS, veiculada pelo Convênio ICMS 81/1993 (doc. 11).

Em sua cláusula quinta, o Convênio mencionado estabelece que não se aplica a ST nas transferências para outro estabelecimento, exceto varejista, do sujeito passivo por substituição, hipótese em que a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto recairá sobre o estabelecimento que promover a saída da mercadoria com destino a empresa diversa. Não aceita que se diga que deve ser aplicada a cláusula primeira do Protocolo ICMS 26/2004, a qualquer tipo de operação. Isto porque, em situações semelhantes, o legislador deixou expressamente consignada a necessidade ou não de aplicar a substituição tributária para as transferências. Ademais, mesmo no caso de ausência de regulamentação específica, a interpretação não deve ser arbitrária pelo aplicador da norma, mas sim, vinculada à regulamentação geral, existente para a matéria, como é o caso do Convênio ICMS 81/93. Ainda que assim não se entenda, destaca que o

imposto em questão não deixou de ser recolhido, quando da saída das mercadorias do seu estabelecimento atacadista baiano com destino aos seus clientes varejistas neste Estado. Pede a improcedência da autuação, mormente quando não houve prejuízo ao erário.

Quanto às operações de remessa de mercadorias em bonificação, doação, brinde ou amostra grátis, aduz que remete para estabelecimentos filiais no Estado da Bahia, mas o imposto foi devidamente recolhido quando da saída das mercadorias dos estabelecimentos atacadistas para seus clientes varejistas no Estado da Bahia.

Assevera que a multa aplicada não tem cabimento posto que não cometeu a infração a qual está sendo acusado. Outrossim, a multa deve ser integralmente afastada haja vista o seu caráter confiscatório, haja vista a ausência de razoabilidade e proporcionalidade do valor da multa aplicada ao caso em análise. Cita a doutrina e traz posicionamento do STF, e pede que esta seja reduzida a patamares razoáveis, 20% do valor do imposto. Pede a realização de diligência, bem como juntada de documentos adicionais.

Por fim requer que todos os avisos e intimações relativos a este processo sejam realizados exclusivamente em nome do advogado João Alberto P. Lopes Júnior, OAB/BA nº 11.972, com endereço profissional na Avenida da França. 164, Ed. Futurus, 7º andar, Comércio, Salvador , Bahia, CEP 40.010.000.

A autuante presta a informação fiscal, fls. 98 a 102, e aduz que anexou aos autos CD gravado com todos os demonstrativos de débito, bem como as notas fiscais do arquivo XL, tendo em vista que a empresa possui notas fiscais eletrônicas. Lembra que o contribuinte autuado é uma empresa inscrita como substituto tributário no Estado da Bahia, com o código de Atividade Econômica nº 4639701 – Comércio Atacadista de produtos alimentícios em geral.

Depois de explanar as razões trazidas pela defesa, as acata, e exclui do levantamento de débito as operações de transferências exigidas na infração 1, referente ao CFOP 6152, (planilhas de fls. 104 a 114). Ressalta que em relação às remessas a título de bonificações, doações, **brindes** ou amostra grátis, CFOPs 6910 e 6911, não procedem as argumentações da impugnante, tendo em vista que as operações não se destinam a filiais atacadistas e que é devida a substituição tributária nas remessas a título de bonificações, doações ou brindes. Com relação a brindes a norma específica encontra-se nos arts. 388 e 389 do Decreto nº 13.780/12. Anexa ao PAF um novo demonstrativo.

Salienta que a multa aplicada tem previsão no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96 e lembra que as multas aplicadas podem ser reduzidas conforme art. 45 desta Lei. Pede a procedência parcial da autuação.

O autuado após ser cientificado da informação fiscal, manifesta-se, fls. 124 a 127 e reafirma todos os argumentos explanados em sua defesa. Pede a exclusão de todas as parcelas exigidas sob o código de operações – CFOPs 6910 e 6911, posto que o imposto foi devidamente recolhido quando da saída dos estabelecimentos, das mercadorias remetidas em forma de bonificação, doação, brinde ou amostra grátis. Caso assim não se entenda, requer ao menos seja cancelado parcialmente o lançamento, nos termos da informação fiscal, excluindo-se a cobrança relativa ao CFOP 6152.

VOTO

Inicialmente nego o pedido de diligência formulado pelo defendente, haja vista que todos os elementos constantes dos autos são suficientes para o meu convencimento acerca da autuação, consoante o disposto no art. 147, I do RPAF/99.

Constato que o presente Auto de Infração foi lavrado com obediência aos ditames do art. 39 do RPAF/99, e encontra-se apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais.

Na infração está sendo exigido ICMS em razão da não retenção e recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. As operações objeto da acusação fiscal têm o CFOP 6152 (operações de transferência de Ração para animais) e CFOP 6910 e 6911 (remessa em bonificação, doação ou brinde e em remessas de amostra grátis com o produto ração para

animais de estimação). Tais operações estariam infringindo o que dispõe o Protocolo ICMS 26/04.

O Protocolo ICMS 26/04, com adesão dos Estados de Alagoas, Amapá, Bahia, Ceará, Distrito Federal, Espírito Santo, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rondônia, Sergipe e Tocantins, dispõe sobre a substituição tributária nas operações com rações para animais domésticos.

Estabelece na cláusula primeira 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 contribuintes 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 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 ou à entrada destinada a consumo do destinatário.”*

Contudo, como a operação em questão foi realizada pelo Centro de Distribuição, localizado em Ribeirão Preto, São Paulo, que promoveu transferências para o estabelecimento atacadista da impugnante, no Estado da Bahia, e este Protocolo não menciona expressamente a aplicação da sistemática da substituição tributária, nas operações de transferência entre estabelecimentos de um mesmo contribuinte, deve ser aplicada a legislação subsidiária, norma geral, sobre a substituição tributária do ICMS, contida no Convênio ICMS 81/1993.

Dita regulamentação geral da substituição tributária normatizada no Convênio ICMS 81/93, estabelece na cláusula quinta, II, que não se aplica às transferências para outro estabelecimento, exceto varejista, do sujeito passivo por substituição, hipótese em que a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto recairá sobre o estabelecimento que promover a saída da mercadoria com destino a empresa diversa.

É o caso dos autos, fato inclusive reconhecido pelo autuante, que excluiu as operações com CFOP 6152 da autuação, ocasião em que elaborou novos demonstrativos que se encontram nas fls. 104 a 114 do PAF.

Quanto às operações de remessa em bonificação, doação ou brinde, e em remessa de amostra grátis, com o produto ração para animais de estimação, com infração ao que dispõe o Protocolo ICMS 26/04, os argumentos trazidos pela defendente não podem ser acolhidos, haja vista que as operações não se destinam a filiais atacadistas e é devida a substituição tributária nas remessas a título de bonificações, doações ou brindes.

Verifico nas planilhas relativas à autuação que os destinatários são empresas diversas, tais como Agrocape Agropecuária Caça e Pesca; Dissulba Distribuidora de Produtos Ali; Globo Logística e Distribuição de Alimentos; dentre outras, portanto não foram realizadas cumprindo as determinações do Protocolo do ICMS 26/04, consoante planilhas fls. 14 a 39.

Quanto aos brindes, a remessa dos mesmos encontra-se normatizada nos arts. 388 e 389 do Decreto nº 13.780/12. Nos moldes ali estabelecidos, considera-se brinde ou presente a mercadoria que, não constituindo objeto normal da atividade do contribuinte, tiver sido adquirida para distribuição gratuita a consumidor ou usuário final.

Mesmo neste caso, havendo distribuição direta a consumidor ou usuário final, o art. 389, regulamenta os procedimentos que devem ser adotados pelo contribuinte que adquirir brindes para distribuição direta a consumidor ou usuário final, dentre elas, fazendo constar, no local destinado à indicação do destinatário, os mesmos dados do emitente da nota fiscal, bem como a seguinte expressão no corpo do documento fiscal: *“Emitida nos termos do art. 389 do RICMS”*.

Outrossim, amostras grátis devem ser em quantidades estritamente necessárias para dar a conhecer a sua natureza, espécie, e qualidade. As saídas deverão ser feitas a título de distribuição gratuita, com indicação da gratuidade do produto em caracteres impressos com destaque.

Ademais, as quantidades não poderão exceder de 20% do conteúdo ou do número de unidades da menor embalagem de apresentação comercial do mesmo produto, para venda ao consumidor.

Diante destas razões contato que as mercadorias em que a defendente tentou enquadrar em tais

situações, não restou comprovado que efetivamente dessas espécies se tratavam, e, portanto devem permanecer na autuação.

Portanto, quanto às operações CFOP 6910 e 6911, não restaram comprovadas as afirmações da defesa, e devem permanecer na autuação, tal como o autuante o fez, nos demonstrativos de fls. 104 a 114.

Concluo que a infração fica procedente em parte, tal como no demonstrativo de débito abaixo, em consonância com as planilhas de fls. 104 a 114, do que resulta para o exercício de 2012, o ICMS de R\$ 2.911,13 e para o exercício de 2013, o valor de R\$ 17.292,35, abaixo:

DATA OCORR	DATA VENC	BASE DE CÁLCULO	ALÍQ.	ICMS
31/03/2012	09/04/2012	5.816,88	17%	988,87
30/04/2012	09/05/2012	4.494,88	17%	764,13
31/05/2012	09/06/2012	388,94	17%	66,12
30/06/2012	09/07/2012	532,41	17%	90,51
30/07/2012	09/08/2012	1.606,06	17%	273,03
30/09/2012	09/10/2012	1.268,47	17%	215,64
31/10/2012	09/11/2012	1.336,35	17%	227,18
30/11/2012	09/12/2012	1.152,00	17%	195,84
31/12/2012	09/01/2013	528,29	17%	89,81
28/02/2013	09/03/2013	266,12	17%	45,24
31/03/2013	09/04/2013	51.252,18	17%	8.712,87
30/04/2013	09/05/2013	910,41	17%	154,77
31/05/2013	09/06/2013	2608,59	17%	443,46
30/06/2013	09/07/2013	39.183,12	17%	6.661,13
31/07/2013	09/08/2013	569,35	17%	96,79
31/08/2013	09/08/2013	5.763,18	17%	979,74
30/09/2013	09/10/2013	1.166,76	17%	198,35
TOTAL				20.203,48

Quanto à multa, está prevista na Lei nº 7.014/96, além do que este órgão julgador não tem competência para apreciar questões de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo.

Ressalto, consoante requerimento do patrono da sociedade empresária, que todos os avisos e intimações relativas a este processo sejam realizadas exclusivamente em nome do advogado João Alberto P. Lopes Júnior, OAB/BA nº 11.972, com endereço profissional na Avenida da França. 164, Ed. Futurus, 7º andar, Comércio, Salvador, Bahia, CEP 40.010.000.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281078.0007/14-9**, lavrado contra **NESTLÉ BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$20.203,48**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

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, 04 de agosto de 2015.

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATORA

TOLSTOI SEARA NOLASCO – JULGADOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR