

N. F. Nº - 099883.0664/19-8
NOTIFICADO - DPR TELECOMUNICAÇÕES LTDA
NOTIFICANTE - DARIO PIRES DOS SANTOS
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 06.11.2020

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0343-06/20NF-VD

EMENTA: ICMS. AQUISIÇÃO DE PRODUTOS DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PARA USO E CONSUMO
Trata-se de aquisição de produtos do Regime de Substituição Tributária constantes no Anexo 1 do RICMS/BA/12. Notificante não se ateve que os produtos se destinavam ao uso e consumo da adquirente e estabeleceu seus cálculos em relação ao produtos para comercialização em acordo com a cláusula décima primeira, inciso III, do Convênio 142/18, enquanto que o cálculo correto seria em acordo com a cláusula décima segunda deste Convênio tratando-se de operação interestadual com bens e mercadorias ao regime de substituição tributária, destinados a uso, consumo ou ativo imobilizado do adquirente, conforme efetuado pela Notificada. Infração insubsistente. Instância única. Notificação Fiscal **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal em epígrafe, lavrada em 26.08.2019, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$ 15.070,32, mais multa de 60%, no valor de R\$ 9.042,19, totalizando o montante de R\$ 24.112,51 em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 - 55.34.02 – Proceder a retenção a menor do ICMS e o consequente recolhimento, no sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas para contribuinte localizado no Estado da Bahia.

Enquadramento Legal: Art. 10 da Lei nº 7.014/96 c/c cláusulas terceira e quarta dos Protocolos ICMS 104/09 e 26/10.

Multa prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

Na peça acusatória o Notificante descreve os fatos que se trata de:

“Em hora e data acima referido constatamos as seguintes irregularidades: Recolheu a menor o ICMS, da substituição tributária total, das mercadorias listadas no Anexo Único do RICMS/BA, NCM/SH 3919990, Prot. ICMS 104/09, constante do DANFE de nº 9797, e DACTE nº 002508197. Lançamento referente ao TFD de nº 1905993592, lavrado para a transportadora TERMACO-TERMINAIS MARITIMOS DE CONTAINERS E SERVIÇOS ACESSÓRIOS LTDA., Inscrição Estadual: 064.251.680”

Anexo aos autos encontra-se, dentre outros documentos: o Termo de Fiel Depositário – TFD de nº 1905993592, (fl. 03); documento do motorista e seu crachá da transportadora TERMACO (fls. 04 e 05); cópia do DANFE de nº 9797, emitido pela Empresa DPR TELECOMUNICAÇÕES LTDA na data de 19.08.2019, proveniente do Estado de São Paulo para o destinatário OI MÓVEL SA localizado em Salvador (fls. 07 e 08), NCM 3919.90.90 (FITA ADES PVC IMPRES PORT), cópia do Documento Auxiliar do Conhecimento de Transporte Eletrônico – DACTE de nº 2508197; documento Dados do Contribuinte, onde consta Contribuinte Credenciado para Antecipação Tributária).

Através de Memória de Cálculo, o Notificante demonstra a metodologia aplicada para o cálculo do imposto devido (fl. 06).

A Notificada se insurge contra o lançamento, através de advogado, manifestando impugnação, através de peça defensiva apensada aos autos (fls. 45 a 49), e documentação comprobatória às folhas 50 a 83, protocolizada na CORAP METRO/PA SALVADOR SHOP na data de 03.10.2019 (fl. 44).

Em seu arrazoado, na descrição DOS FATOS, preliminarmente a Notificada salienta que a OI MÓVEL S.A. adquiriu a mercadoria mencionada na NF para USO E CONSUMO. Acontece que equivocadamente, a DPR TELECOMUNICAÇÕES LTDA, ora Notificada, fez constar no campo das Informações Complementares, da NF em tela, “PEDIDO PARA Cons. Final”.

Acrescenta, que sem a devida observância e levada pelo erro formal mencionado, a Autoridade Fazendária deu tratamento tributário diverso da finalidade da transação comercial ali envolvida, admitindo como Venda de Mercadoria da Substituição Tributária, sujeita ao Protocolo 104/09.

Salienta, entretanto, que numa detida análise dos fatos e do documento fiscal em comento, percebe-se que o produto ali contido (FITA ADESIVA PVC – NCM 87090172), pela natureza das atividades da OI MÓVEL S.A. (adquirente), não pode ser objeto de uso diverso senão de USO E CONSUMO, ou seja, o tratamento tributário a essa circulação de mercadoria dever-se levar em conta essa finalidade.

Registra que desse desiderato, a própria OI MÓVEL S.A. faz declaração de que essa determinada compra é para o seu USO E CONSUMO, conforme documento anexo.

Acentua, sendo assim, ficar claro que a DPR TELECOMUNICAÇÕES LTDA procedeu os cálculos e recolhimentos de forma correta, dando o tratamento tributário adequando para essa venda de mercadoria, não estando no alcance dos termos constantes na Notificação Fiscal supramencionada, tão pouco deu causa a lavratura de do Auto de Infração em comento, restando desde logo impugnadas tais penalidades e lançamentos de créditos tributários oriundos dessa atividade fiscalizadora.

Profere em seu MÉRITO a INEXISTÊNCIA DO FATO GERADOR, sendo que, não obstante do quanto já exposto, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do contribuinte ou responsável, em se tratando de mercadoria ou bem, relativamente ao pagamento da diferença de alíquota, deve-se observar o estabelecimento destinatário da mercadoria ou bem para uso, consumo ou ativo permanente, na hipótese do inciso XV (que é o caso) do *caput* do art. 4º, da Lei Estadual n.º 7.014/96:

Art. 4º. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

(...)

XV- da entrada ou da utilização, conforme o caso, efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual ou de serviço cuja prestação tenha sido iniciada em outra unidade da Federação, quando a mercadoria ou bem forem destinados ao seu uso, consumo ou ativo permanente ou quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subsequentes alcançadas pela incidência do imposto.

Ensina que de acordo com essa regra, a DIFAL devida nas aquisições de material de uso ou consumo passa a ser calculada sobre o valor total do documento fiscal e, então, expurga-se o ICMS da alíquota do estado de origem (contidos os acréscimos dispostos no § 1º do artigo 13º da Lei Complementar n.º 87/96), e com tributação final do Estado da Bahia (imposto calculado por dentro, com aplicação da alíquota interna da Unidade Federada de destino).

Destaca ainda, que a Notificada fez a devida retenção na NF do ICMS Diferencial de Alíquota (DIFAL) bem como procedeu com o devido destaque no mesmo documento fiscal.

Enfatiza que no caso em tela a DPR TELECOMUNICAÇÕES LTDA seguiu rigorosamente o quanto disposto na norma tributária estadual vigente, apesar do erro formal de discriminação nas Informações Gerais, o que foi sanado pela Declaração da adquirente da mercadoria (OI MÓVEL S.A.), bem como por tudo o quanto explicitado nessa peça.

Finaliza solicitando que seja declarada a nulidade do lançamento fiscal da Notificação Fiscal nº 099830664/19-8, de 26/08/2019 em desfavor da DPR TELECOMUNICAÇÕES LTDA, bem como o seu arquivamento; e a nulidade e a imediata suspensão do crédito tributário concernente ao Auto de Infração ora impugnado, tornando-os extinto, inclusive juros, multa, acréscimos moratórios.

Verificado não haver informação fiscal. Distribuído o Processo Administrativo Fiscal - PAF para esta Junta, fiquei incumbido de apreciá-lo. Entendo como satisfatórios para formação do meu convencimento os elementos presentes nos autos, estando o PAF devidamente instruído.

É o relatório.

VOTO

A Notificação Fiscal nº 099830664/19-8, lavrada em 26.08.2019, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$ 15.070,32, mais multa de 60%, no valor de R\$ 9.042,19, totalizando o montante de R\$ 24.112,51 em decorrência do cometimento da infração (55.34.02) de proceder a retenção a menor do ICMS e o consequente recolhimento, no sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas para contribuinte localizado no Estado da Bahia.

O enquadramento legal baseou-se no art. 10 da Lei nº 7.014/96 c/c cláusulas terceira e quarta dos Protocolos ICMS 104/09 e 26/10 e multa prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

A presente Notificação Fiscal resultou de uma ação de fiscalização realizada por Agente Fiscal do POSTO FISCAL HONORATO VIANA, através da abordagem de veículo da TERMACO SÃO PAULO (fl. 10), que transportava as mercadorias da Empresa DPR TELECOMUNICAÇÕES LTDA, proveniente do Estado de São Paulo, para o destinatário OI MÓVEL S/A localizado em Salvador (fls. 07 e 08), de NCM 3919.90.90 (FITA ADES PVC IMPRES PORT) motivo da autuação.

Na síntese da impugnação da Notificada, esta alega que os produtos constantes no DANFE de nº 9797, apesar de tipificados, neste documento, na NCM de nº 3919.9090 que pertencem à listagem do ANEXO 1 do RICMS/BA/12, sob o descritivo “FITA ADESIVA PVC”, na realidade, pertencem ao NCM de nº 8709.0172, tendo sido dado tratamento equivocado pela Notificada quando da emissão do referido DANFE. Ademais, acrescenta que esses produtos não são para comercialização e sim para uso ou consumo em detrimento do cliente da Notificada cotejada na Notificação Fiscal ser a empresa OI MÓVEL S.A. e não ser a comercialização deste produto o negócio desta empresa.

Acrescentou que por ser aquisição de material de uso ou consumo o imposto a ser recolhido está baseado no DIFAL e explica que este é calculado sobre o valor total do documento fiscal e, então, expurga-se o ICMS da alíquota do estado de origem (contidos os acréscimos dispostos no § 1º do artigo 13º da Lei Complementar nº 87/96), e com tributação final do Estado da Bahia (imposto calculado por dentro, com aplicação da alíquota interna da Unidade Federada de destino).

Destaca ainda, que a Notificada fez a devida retenção na NF do ICMS Diferencial de Alíquota (DIFAL) bem como procedeu com o devido destaque no mesmo documento fiscal.

Do apanhado da impugnação passo às minhas considerações.

O Convênio 142/18 que dispõe sobre os regimes de substituição tributária e de antecipação de recolhimento do ICMS, trata em sua Cláusula sétima que os bens e mercadorias passíveis de sujeição ao regime de substituição tributária são os identificados nos Anexos II ao XXVI deste Convênio, de acordo com o segmento em que se enquadrem, contendo a sua descrição, a classificação na Nomenclatura Comum do Mercosul baseada no Sistema Harmonizado (NCM/SH) e um CEST.

Este Convênio faz a ressalva, no § 1º desta citada cláusula, que na hipótese de a descrição do item não reproduzir a correspondente descrição do Código ou Posição utilizada na NCM/SH, o regime de substituição tributária em relação às operações subsequentes será aplicável somente aos bens e mercadorias identificados nos termos da descrição contida neste Convênio.

A Notificada alega que as mercadorias constantes no DANFE de nº 9797, “FITA ADESIVA PVC” pertencem ao NCM de nº 8709.0172 ao invés do NCM de nº 3919.90.90. Entretanto em consulta do NCM de nº 8709.0172 no Site da Receita Federal <https://receita.economia.gov.br/orientacao/aduaneira/classificacao-fiscal-de-mercadorias/ncm> verifiquei que os dois primeiros dígitos 87 pertencem à Seção XVII – MATERIAL DE TRANSPORTE, especificamente Veículos automóveis, tratores, ciclos e outros veículos terrestres, suas partes e acessórios, classificado na posição 8709 - Veículos automóveis sem dispositivo de elevação, do tipo utilizado em fábricas, armazéns, portos ou aeroportos, para transporte de mercadorias a curtas distâncias; carros-tratores do tipo utilizado nas estações ferroviárias; suas partes, não se referindo portanto à fita adesiva.

Em consulta ao site da Empresa DPR TELECOMUNICAÇÕES LTDA (<https://www.dpr.com.br/fita-adesiva-impressora-dymo-24mm.html>) verifiquei nas especificações técnicas do produto “FITA ADESIVA PVC” que se trata de “Fitas Adesivas PVC com uma face preparada para impressão e outra face revestida com adesivo acrílico protegido por papel especial retirado no momento de sua aplicação.”

O Convênio 142/18 identifica em seu anexo o NCM de nº 3919.90.00, no segmento MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO E CONGÊNERES, como Fitas, tiras, adesivos, autocolantes, de plástico, refletores, mesmo em rolos; placas metálicas com película de plástico refletora, próprias para colocação em carrocerias, pára-choques de veículos de carga, motocicletas, ciclomotores, capacetes, bonés de agentes de trânsito e de condutores de veículos, atuando como dispositivos refletivos de segurança rodoviários.

Cotejando-se este NCM nos produtos constantes da Substituição Tributária por Antecipação, no Estado da Bahia, em seu Anexo 1, para o ano de 2019, tem-se que se incluem neste Regime de apuração Classificado no Segmento de MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO E CONGÊNERES: Chapas, folhas, tiras, fitas, películas e outras formas planas, autoadesivas, de plásticos, mesmo em rolos, para uso na construção.

Neste mesmo sentido encontra-se no supracitado Site da Receita Federal que esta classificação encontra-se na Seção VII – PLÁSTICO E SUAS OBRAS, BORRACHA E SUAS OBRAS, no Capítulo 39 – Plástico e suas obras, na posição 39.19 – Chapas, folhas, tiras, fitas, películas e outras formas planas, auto-adesivas, de plástico, mesmo em rolos, englobando os policloreto de vinilo comumente conhecidos como PVCS.

À face do exposto, a mercadoria “FITA ADESIVA PVC” não poderia ter-se outra classificação a não ser a do NCM de posição nº 39.19, diferentemente daquele indicado pela Notificante em sua peça de impugnação.

Uma vez esclarecido o regime ao qual pertencem as mercadorias necessário se faz aferir se a aquisição foi feita com intuito de comercialização ou se para uso e consumo. Tem-se que a empresa adquirente é a Empresa OI MÓVEL S.A. em cuja Atividade Econômica Principal está envolta sob o CNAE 6120501 – Telefonia móvel celular.

Segundo o site do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, órgão gestor da CNAE, esta classificação corresponde às atividades de serviço móvel celular - SMC, exploradas como serviços de telecomunicações móveis terrestres, de uso individual, que utilizam sistemas de radiocomunicações com técnica celular, interconectadas à rede pública de telecomunicações e acessadas por meio de terminais portáteis, transportáveis ou veiculares, não fazendo portanto alusão à comercialização, varejista ou atacado, das mercadorias no DANFE de nº 9797.

Ademais, em consulta às especificações do produto “FITA ADESIVA PVC” no site da Empresa DPR TELECOMUNICAÇÕES LTDA, averigui tratar-se de produto tipicamente utilizado para identificação de Redes de Telecomunicações na identificação de elementos ativos e passivos de telecomunicações, instalados na rede interna (estação telefônica e ambiente do cliente) ou na

rede externa aérea ou subterrânea, ou seja, um produto tipicamente para uso e consumo.

A despeito do analisado, o NCM de nº. 3919.90.90 está sob o regulamento do Protocolo ICMS 104/09 (ANEXO 1 do RICMS/BA/12) o qual dispõe, em sua Cláusula primeira, sobre a substituição tributária nas operações com materiais de construção, acabamento, bricolagem ou adorno, nas operações interestaduais sendo signatários os Estados da Bahia e de São Paulo de onde originaram as mercadorias deste estado para aquele.

Assim sendo, o § 1º da Cláusula Primeira deste protocolo, abarca as operações e prestações que destinem bens e serviço a consumidor final (uso ou consumo) estabelecido na definição do Diferencial de Alíquota – DIFAL trazido pela regra geral do art. 155 da Constituição Federal:

“Protocolo ICMS 104/09

Cláusula primeira Nas operações interestaduais com as mercadorias listadas no Anexo Único deste Protocolo, com a respectiva classificação na Nomenclatura Comum do Mercosul/Sistema Harmonizado - NCM / SH , destinadas ao Estado da Bahia ou ao Estado de São Paulo, fica atribuída ao estabelecimento remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, 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.

§ 1º O disposto no caput aplica-se também à diferença entre a alíquota interna e a interestadual sobre a base de cálculo da operação própria, incluídos, quando for o caso, os valores de frete, seguro, impostos, e outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, na hipótese de entrada decorrente de operação interestadual, em estabelecimento de contribuinte, de mercadoria destinada a uso ou consumo.”

Embora o Protocolo ICMS 104/09 apresenta-se em seu trato inicial tanto às mercadorias sujeitas à substituição tributária destinadas ao uso ou consumo do contribuinte, ou seja, aquelas referentes ao diferencial de alíquota por excelência, quanto àquelas na qual se envolve a mercancia subsequente das mercadorias, atribuindo-se ao sujeito passivo a obrigatoriedade do recolhimento substituto da posterior revenda do adquirente, acrescentando-se a margem de valor agregado, este instrumento somente dispõe dos cálculos referentes a esta última substituição, sendo omissos em relação ao DIFAL.

Neste sentido, o Convênio de nº. 142/18 (que dispõe sobre os regimes de substituição tributária e de antecipação) integra em seu corpo as duas modalidades supracitadas uma estabelecida pela cláusula décima primeira a qual envolve a mercancia subsequente das mercadorias adquiridas, e a outra, na cláusula décima segunda a qual é dedicada aos bens e mercadorias destinados a uso, consumo ou ativo imobilizado do adquirente, conforme expostas a seguir:

“Convênio de nº. 142/18

Cláusula décima primeira Inexistindo o valor de que trata a cláusula décima, a base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária em relação às operações subsequentes, nos termos do art. 8º da Lei Complementar nº 87/96, corresponderá, conforme definido pela legislação da unidade federada de destino, ao:

I - Preço Médio Ponderado a Consumidor Final (PMPF);

II - preço final a consumidor sugerido pelo fabricante ou importador;

III - preço praticado pelo remetente acrescido dos valores correspondentes a frete, seguro, impostos, contribuições e outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, adicionado da parcela resultante da aplicação sobre o referido montante do percentual de Margem de Valor Agregado (MVA) estabelecido na unidade federada de destino ou prevista em convênio e protocolo, para a mercadoria submetida ao regime de substituição tributária, observado o disposto no §§ 1º a 3º desta cláusula.

(...)

Cláusula décima segunda - Tratando-se de operação interestadual com bens e mercadorias submetidos ao regime de substituição tributária, destinados a uso, consumo ou ativo imobilizado do adquirente, a base de cálculo do imposto devido será o valor da operação interestadual adicionado do imposto correspondente à

diferença entre a alíquota interna a consumidor final estabelecida na unidade federada de destino para o bem ou a mercadoria e a alíquota interestadual.”

Desta forma, desembaraçado o Convênio 142/18, existem formas distintas quanto ao trato do cálculo para as modalidades citadas. O Notificante em sua peça acusatória entendeu tratar-se as mercadorias constantes no DANFE de nº 9797, sob o jugo do Regime de Substituição Tributária, no entanto, para comercialização, dispondo em sua memória de cálculo, equivocadamente os cálculos estabelecidos para esta situação, utilizando-se MVA ajustada, para a alíquota de 4% de produtos importados, no percentual de 81,64%, estabelecendo-se assim os valores a serem cobrados à Notificada na Notificação Fiscal em epígrafe.

De forma adversa, e correta, a Notificada, estabeleceu-se os cálculos das mercadorias sob o jugo do Regime de Substituição Tributária adquiridas para uso e consumo, realizando-se o preceito da antecipação como substituto sob os cálculos estabelecidos na Cláusula décima segunda do Convênio de nº 142/18, para o Diferencial de Alíquota disposto no § 1º da Cláusula Primeira deste Convênio.

Isto posto, entendo que a ação fiscal realizada pelo Notificante, não seguiu o que estabelece a legislação fiscal uma vez que não se ateuve que as mercadorias adquiridas sob o Regime da Substituição Tributária se destinavam ao uso e consumo e não à comercialização, estabelecendo seus cálculos erroneamente em relação aos preceitos desta última destinação.

Assim sendo, acolho o provimento ao recurso impugnado, e julgo pela IMPROCEDÊNCIA a Notificação Fiscal em epígrafe.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE**, em instância única, a Notificação Fiscal nº **099883.0664/19-8**, lavrada contra **DPR TELECOMUNICAÇÕES LTDA**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 29 de outubro de 2020

JOSE CARLOS COUTINHO RICCIO - PRESIDENTE/JULGADOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS - JULGADOR

EDUARDO DUTRA FREITAS - RELATOR