

N.F. N° - 232278.0924/18-6
NOTIFICADO - LIOTECNICA TEC.
NOTIFICANTE - OSMÁRIO DA SILVA MENDONÇA
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 01.02.2021

6^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0001-06/21NF-VD

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. VENDA PARA CONTRIBUINTES LOCALIZADOS NO ESTADO. Demonstrado nos autos que os produtos do DANFE de nº. 069.416 descritos na classificação dos NCMS sob os Códigos de 2106.90.29 e 1806.90.00 são preparações para bebidas quentes, utilizadas em máquinas para chocolates e Cappuccino, diferentemente da descrição dos produtos contidos no Anexo 1 do RICMS/BA/12, não estando, portanto, sob o amparo do regime de Substituição Tributária previsto neste anexo. Instância única. Notificação Fiscal **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal, Modelo de TRÂNSITO DE MERCADORIAS, em epígrafe, lavrada em 06/09/2018, exige da Notificada ICMS no valor histórico de R\$7.483,82, mais multa de 60%, equivalente a R\$4.490,29, perfazendo um total de R\$11.974,11, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 – 55.29.01: Deixou de proceder à retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia

Enquadramento Legal: Art. 10 da Lei 7.014/96 c/c cláusulas primeira, terceira e quinta do Protocolo ICMS 14/06 e cláusulas primeira, terceira e quarta do Protocolo ICMS 107/09.

Multa prevista no art. 42, inciso II, alínea “e”, da Lei 7.014/96.

Inicialmente, cumpre sublinhar que o presente relatório atende às premissas estatuídas no inciso II do art. 164 do RPAF-BA/99, sobretudo quanto à adoção dos critérios da relevância dos fatos e da síntese dos pronunciamentos dos integrantes processuais.

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

“EM DATA, HORA E LOCAL, NO EXERCÍCIO DAS MINHAS FUNÇÕES FISCALIZADORAS CONSTATAMOS AS SEGUINTE IRREGULARIDADES: FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS, POR PARTE DO REMETENTE, EM FAVOR DO DESTINATÁRIO, PROT. 11/91, DANFE 69416.”

Anexo aos autos encontram-se, dentre outros, os seguintes documentos: o TERMO DE FIEL DEPOSITÁRIO – TFD de nº. 1805903389 datado de 06/09/2018 às 05h00min (fl. 03); documentação da transportadora e do motorista (fl. 04); o Documento Auxiliar do Conhecimento de Transporte Eletrônico – DACTE de nº. 625503, (fl. 05); o DANFE de nº. 069.416 (fl. 06), emitido pela Empresa LIOTECNICA TEC (CNPJ 061.297.784/0008-22) na data de 27/08/2018, contendo as mercadorias de NCMS 2106.90.29 e 1806.90.00 (BEBIDA CHOCOLATE GRANCOFFEE QUALIMAX BIANCO SEM AÇUCAR) e NCM 2106.90.29 (BEBIDA CHOCOLATE GRANCOFFEE QUALIMAX BIANCO COM AÇUCAR) proveniente do Estado de São Paulo para o destinatário a Empresa GRAN COFFEE COMÉRCIO, LOCAÇÃO E SERVIÇOS LTDA.

Através da memória de cálculo, o Notificante demonstra a metodologia aplicada para o cálculo do imposto devido (fl.07).

A Notificada se insurge contra o lançamento, através de representante manifestando impugnação, onde a peça de defesa consta apensada aos autos (fls. 42 e 43), protocolizada na IFMT METRO/COORD. ATEND na data de 10/10/2018.

Em seu arrazoado, a Notificada informa que os produtos contidos na Nota Fiscal de nº 069.416 não se enquadram na Substituição Tributária, sendo os mesmos, preparações para bebidas quentes, utilizadas em máquinas para chocolates e Cappuccino, não sendo bebidas hidroeletrolíticas (isotônicas) e energéticas.

Alerta que, por ser preparo para bebida, houve a interpretação possivelmente, como sendo sorvetes ou refrigerantes, todavia, os produtos em questão não têm essas características.

Complementa, fundamentando tecnicamente, que referente ao NCM 1806.90.00, só terá acordo entre SP e BA, caso seja o produto “Preparados para fabricação de sorvete em máquina”, nesse caso é aplicado o protocolo ICMS 20/05. Caso não seja esse o produto não tem acordo entre os estados, sendo assim, a venda de SP para BA será tributada apenas pela alíquota interestadual sem nenhuma aplicação de ST na operação (RICMS/BA Anexo I; Protocolo ICMS20/2005).

Consigna referente ao NCM 2106.90.29, caso se enquadre nos tipos de Bebidas indicado no Protocolo ICMS11/91 (Dispõe sobre a substituição tributária nas operações com cerveja, refrigerantes, água mineral ou potável e gelo), então será aplicado ST na SP para BA.

Finaliza solicitando, diante do exposto, a eliminação da Notificação Fiscal lavrada e que seus efeitos sejam também encerrados, não gerando prejuízos para a LIOTECNICA tecnologia em Alimentos S/A, e que este documento também seja considerado em possíveis notificações da mesma natureza.

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. 2322780922/18-3, Modelo de TRÂNSITO DE MERCADORIAS, lavrada em 06/09/2018, exige da Notificada ICMS no valor histórico de R\$7.483,82, mais multa de 60%, equivalente a R\$4.490,29, perfazendo um total de R\$11.974,11 em decorrência do cometimento da infração 55.29.01 de deixar de proceder a retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia

O enquadramento legal utilizado baseou-se no art. 10 da Lei 7.014/96 c/c cláusulas primeira, terceira e quinta do Protocolo ICMS 14/06 e cláusulas primeira, terceira e quarta do Protocolo ICMS 107/09 *mais a multa tipificada* no art. 42, inciso II, alínea “e”, da Lei 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 TRANSPORTE MANN EIRELI (fl. 03), que transportava as mercadorias de NCMS 2106.90.29 e 1806.90.00 (BEBIDA CHOCOLATE GRANCOFFEE QUALIMAX BIANCO SEM AÇUCAR) e NCM 2106.90.29 (BEBIDA CHOCOLATE GRANCOFFEE QUALIMAX BIANCO COM AÇUCAR), contidas no DANFE de nº. 069.416 (fl. 06), emitido na data de 27/08/2018 contendo as mercadorias proveniente do Estado de São Paulo para o destinatário a Empresa GRAN COFFEE COMÉRCIO, LOCAÇÃO E SERVIÇOS LTDA, localizada no município de Simões Filho no Estado da Bahia.

Verifiquei através do Sistema da Secretaria da Fazenda de Informações do Contribuinte - INC que a Empresa LIOTECNICA TEC (CNPJ 061.297.784/0008-22) não está inscrita como SUBSTITUTO/RESPONSÁVEL ICMS DESTINO.

Em sua defesa, de forma concisa, a Notificada alega que os produtos constantes no DANFE de nº. 069.416 que possuem os NCMS 2106.90.29 e 1806.90.00 não se enquadram na Substituição Tributária, sendo os mesmos, preparações para bebidas quentes, utilizadas em máquinas para chocolates e Cappuccino, não sendo bebidas hidroeletrólíticas (isotônicas) e energéticas.

Em relação aos bens e mercadorias passíveis de sujeição ao regime de Substituição Tributária ou Antecipação Total estes são os identificados, atualmente, nos Anexos II ao XXVI, do Convênio de nº.142/18, 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 Código Especificador da Substituição Tributária - CEST. No entanto, os produtos que estão na Substituição ou Antecipação Tributária, no Estado da Bahia, constam no Anexo 1 do RICMS/BA/12, aprovado pelo Decreto Estadual nº. 13.780/12. Confrontando os NCMS 2106.90.29 e 1806.90.00 neste Anexo vigente para o ano de 2018 tem-se que estes se incluem neste regime.

No entanto, averiguei que os produtos referentes ao NCM 2106.9 estão descritos no Anexo 1 do RICMS/BA/12 como sendo “Xarope ou extrato concentrado destinados ao preparo de refrigerante em máquina “pré-mix” ou “post-mix”, Bebidas energéticas e Bebidas hidroeletrólíticas todos sob a regência do Protocolo ICMS 11/91 o qual “Dispõe sobre a substituição tributária nas operações com cerveja, refrigerantes, água mineral ou potável e gelo, aplicando-se, também, às operações com xarope ou extrato concentrado”.

Neste sentido, os produtos descritos no supracitado DANFE para o mesmo NCM 2106.90.29 se referem a Pó para preparo de Bebida QUALIMAX BIANCO COM AÇUCAR e sem AÇUCAR. Assim, em consulta ao site da Empresa QUALIMAX (<https://qualimax.com.br/foodservice/produto/bebida-bianco-sem-acucar-qualimax/>) verifiquei que este produto trata-se de leite em pó (Leite em pó, soro de leite, maltodextrina, gordura vegetal, antiumectante dióxido de silício, estabilizante lecitina de soja) não sendo os mesmos produtos enquadrados sob o comando do Anexo 1 nem tão pouco do Protocolo ICMS 11/91.

Nesta continuidade, os produtos de NCM 1806.90.00 (Chocolates e outras preparações alimentícias contendo cacau, em embalagens de conteúdo igual ou inferior a 1 kg, excluídos os achocolatados em pó e ovos de páscoa de chocolate), neste Anexo vigente para o ano de 2018, estabelecem a exclusão da substituição tributária os achocolatados em pó. Por conseguinte, aferi no site da Empresa GRANCOFFEE (<https://store.grancoffee.com.br/achocolatado-gran-coffee-linha-premium-1kg/p>) que o produto do DANFE de nº. 069.416 de NCM 1806.90.00 (BEBIDA CHOCOLATE GRANCOFFEE) refere-se a um achocolatado, o qual está excluído, também, da substituição tributária.

Nesta seara, o Parecer de nº. 23324/2012, datado de 02/10/2012, da Diretoria de Legislação Tributária – DITRI da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia traz a seguinte resposta à pergunta de uma Consulente:

- 2) *Os achocolatados em pó NCM 1806.90.00 estão sujeitos à Substituição Tributária?*
(...)
- 2)- *Embora conste no item 11 do Anexo 1 do RICMS-Ba/2012, com a descrição "Chocolates e ovos de páscoa, desde que industrializados - 1806.3, 1806.9 e 1704.90.1", é entendimento desta Administração Tributária que os produtos resultantes de uma preparação contendo chocolate, constantes da NCM 1806.9, cuja descrição exemplificativa é "Achocolatados, assim entendidos os produtos à base de chocolate, em pó ou em grânulos, destinados à mistura com água ou leite", não estão enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação.*

Tem-se que o Notificante acusa a Notificada de esta ter deixado de proceder retenção de ICMS, relativo às mercadorias contidas no DANFE de nº. 069.416, e o seu consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, de mercadorias adquiridas ao amparo dos Protocolo ICMS 14/06 e 107/09, com enquadramento no art. 10 da Lei nº 7.014/96.

Observo que a lide resulta no entendimento das mercadorias acima, objeto da notificação, estarem enquadradas como produtos da Substituição Tributária pertencentes à lista do Anexo 1 do RICMS/BA/12, vigente à época do fato gerador, e que do deslindar do que foi dito, verifico que os produtos não estão enquadrados naqueles sujeitos a este regime de substituição.

Entendo que não sendo a Notificada inscrita como Substituta Tributária neste estado e não sendo mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária está caracterizado a nulidade por ilegitimidade passiva sendo este o fixado nos reiterados julgamentos do CONSEF acerca da matéria em que os lançamentos fiscais que exijam ICMS de remetentes de mercadorias estabelecidos em outras unidades da Federação são nulos de pleno direito, por ilegitimidade passiva, tendo em vista a obediência ao princípio da territorialidade, que limita a aplicação e eficácia, neste caso, da lei tributária estadual ao território da unidade federativa que lhe deu vigência. Matéria que foi objeto da Súmula CONSEF Nº 3, *in verbis*:

“SÚMULA CONSEF Nº 3 É nulo, por ilegitimidade passiva, o lançamento fiscal que exija o imposto do remetente da mercadoria, quando estabelecido em outra unidade da Federação, salvo norma expressa com determinação em contrário, a exemplo das operações sujeitas ao regime de substituição tributária por força de acordo interestadual e das importações submetidas ao princípio do destino físico.” (grifei)

Entretanto, apesar de restar clara a nulidade, com base no artigo 155, Parágrafo único, do RPAF/BA, que estabelece quando houver possibilidade de se decidir o mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. Assim na análise do mérito acolho o pronunciamento da defesa a qual alega que os produtos constantes no DANFE de nº 069.416 que possuem os NCMS 2106.90.29 e 1806.90.00 não se enquadram na Substituição Tributária, sendo os mesmos, preparações para bebidas quentes, utilizadas em máquinas para chocolates e Cappuccino, não sendo bebidas hidroelectrolíticas (isotônicas) e energéticas.

Isto posto, conforme se depreende da leitura do conjunto de normas acima, a ação fiscal realizada, que resultou na lavratura da presente Notificação Fiscal, não expressou fielmente a aplicação do conteúdo destas normas. Destarte, voto pela IMPROCEDÊNCIA da Notificação Fiscal.

RESOLUÇÃO

Acordam os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância única julgar IMPROCEDENTE a Notificação Fiscal nº 232278.0924/18-6 lavrada contra **LIOTECNICA TEC**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 21 de janeiro de 2021

JOSÉ CARLOS COUTINHO IRCCIO - PRESIDENTE/JULGADOR

EDUARDO DUTRA FREITAS - RELATOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS – JULGADOR