

A. I. Nº - 300449.0305/21-0
AUTUADO - TOPFRIOS DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.
AUTUANTE - ANTÔNIO FERNANDO CAMPOS PEDRASSOLI
ORIGEM - DAT SUL / IFMT
PUBLICAÇÃO- INTERNET 11/05/2023

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0077-02/23NF-VD**

EMENTA: ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA TOTAL. FALTA DE RECOLHIMENTO. TRÂNSITO MERCADORIAS. Contribuinte alega que o responsável pela retenção e recolhimento da ST é o remetente da mercadoria. Protocolo ICMS 26/04 estabelece que nas transações interestaduais o responsável pela retenção e recolhimento da ST é o remetente da mercadoria. Caracterizado como ilegitimidade passiva. Infração insubsistente. Auto de Infração **NULO** conforme Art.18, inciso IV, b do RPAF/BA. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se do Auto de Infração, lavrado em 20/10/2021, no Posto Fiscal Benito Gama, em que é exigido o ICMS no valor de R\$ 28.265,23, mais multa de 60% pelo cometimento da seguinte infração.

Infração **01 055.026.003** Deixou de proceder à retenção do ICMS, e ao 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, segunda, terceira e quarta do Protocolo ICMS 26/04.

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

Consta na capa do Auto de Infração a seguinte descrição dos fatos:

“FALTA DE RECOLHIMENTO DA ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA TOTAL NA AQUISIÇÃO DE RAÇÃO, PROCEDENTE DE OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO, POR CONTRIBUINTE DESCRENCIADO, CONFORME DANFE (S) 2385 E 2386.

Está anexado ao processo: I) Termo de Ocorrência Fiscal nº 1294831235/21-3 (fl. 5); II) cópia dos DANFES 2385 e 2386 (fls.07 09); III) cópia do documento do veículo e CNH do motorista (fl.13); IV) cópia do DACTE nº1365(fl.11).

O Notificado apresenta peça defensiva através de advogados com anexos, às fls. 17/47.

Inicia sua defesa fazendo um breve resumo dos fatos que ensejaram sua lavratura e afirmando a tempestividade da impugnação. Ressalta a ocorrência de um equívoco técnico por parte do fisco, que mesmo antes de intimar o contribuinte, tornou-o revel, exigindo o tributo antes mesmo da sua defesa administrativa, este fato foi inclusive, informado à Secretaria da Fazenda em 26/07/2022.

No tópico DA NULIDADE DE AUTO DE INFRAÇÃO- Informa que a Autoridade autuante, entendeu que o contribuinte cometeu irregularidade ao deixar de reter e recolher o imposto sujeito a substituição tributária. Analisando os fatos e o auto de infração, nota-se que existe um equívoco de qualificação e tipificação da infração. Primeiro, porque o contribuinte autuado não é o sujeito passivo por substituição, e sim o contribuinte substituído, o qual foi obrigado a pagar o imposto juntamente com os produtos adquiridos. Desta forma, acredita que o auto deveria ter sido dirigido para o vendedor, no caso, a empresa Nestle do Brasil LTDA. Esta não foi a única operação desta natureza, pois são comercializados dezenas de toneladas de produtos toda semana e a operação segue os mesmos padrões, sem que jamais fossem questionados qualquer irregularidade. Desconsiderando o equívoco no direcionamento do auto de infração para o sujeito passivo equivocado, há de ressaltar, que mesmo na remota hipótese de se considerar o autuado o responsável pelo recolhimento do tributo, o mesmo já foi devidamente pago no documento fiscal, onde pode ser observado no campo próprio, “VALOR ICMS SUBSTI. ” Na nota fiscal n.2.385, o valor constante de R\$ 12.960,62, e na nota fiscal n. 2.386, o valor de R\$ 15.304,64, totalizando o valor de R\$ 28.265,26, que vem a ser o mesmo valor apurado pelo fisco.

Diz que, não há que se falar em irregularidade no recolhimento do imposto, tendo em vista que o mesmo foi pago por ocasião da compra, ficando a cargo da empresa vendedora a retenção e recolhimento do tributo, não cabendo a empresa substituída recolher em duplicidade, não procedendo a alegação de que a empresa está descredenciada junto a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, para recolhimento do tributo. Desta alegação não foi colacionado no auto de infração nenhuma prova.

Diante do exposto requer-se:

- a) O recebimento da presente impugnação, uma vez que tempestiva e pertinente;
- b) Que seja cancelado totalmente o Auto de Infração, conforme infração citada acima, em razão das irregularidades acima apontadas, visto que o tributo já se encontra devidamente recolhido.
- c) Que, a critério da autoridade tributante, se por acaso assim entender, seja direcionado a cobrança do tributo para o Substituto tributário, no caso a Nestle do Brasil LTDA;
- d) Que seja reconhecida a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, enquanto estiver em discussão administrativa o presente Auto de Infração, conforme dispõe o artigo 151, III, do CTN.

Não consta Informação Fiscal no processo.

É o relatório.

VOTO

O Auto de Infração em epigrafe, no modelo Fiscalização de Trânsito de Mercadorias, lavrado em 20/10/2021, formaliza a exigência de crédito tributário no valor histórico de R\$ 28.265,23, decorrente da infração (055.026.003) de deixar o contribuinte, de proceder à retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

O enquadramento legal utilizado baseou-se no artigo 10 da Lei 7.014/96 C/C cláusulas primeira, segunda, terceira e quarta do protocolo ICMS 26/04 e a multa tipificada no artigo 42, inciso II, alínea “e” da Lei 7.014/96.

Em sua impugnação, o sujeito passivo suscita a nulidade do Auto de Infração por entender, após analisar os fatos que ensejaram a sua lavratura, nota-se que existe um equívoco de qualificação e tipificação da infração. Primeiro, porque o contribuinte autuado não é o sujeito passivo por substituição, e sim o contribuinte substituído, o qual foi obrigado a pagar o imposto juntamente

com os produtos adquiridos. Desta forma, acredita que o auto deveria ter sido dirigido para o vendedor, no caso, a empresa Nestle do Brasil LTDA.

Na análise dos documentos anexados pelo Autuante, verifico tratar-se de uma ação fiscal realizado no Posto Fiscal Benito Gama, com o objetivo de cobrar o ICMS de substituição tributária, de mercadorias sujeitas ao ST, ração animal para PET, oriunda do Estado de São Paulo enviada pela empresa Nestle Brasil LTDA., para o destinatário na Bahia a empresa TOPFRIOS Distribuidor de Produtos Alimentícios Ltda. Dessa forma foi lavrado o Termo de Ocorrência Fiscal nº 1294831235/21-3 e depois o Auto de Infração em julgamento, contra a empresa destinatária da mercadoria.

A empresa remetente das mercadorias, emitiu duas notas fiscais para acobertar o trânsito dessas mercadorias de nºs 2.385 e 2.386 onde além destacar o ICMS normal, calculou e fez a retenção do ICMS ST, cobrando do destinatário este valor retido.

As mercadorias denominadas de “Ração Animal para PET”, tem um tratamento especial na legislação tributária da Bahia, são produtos sujeito a Substituição Tributária e o Estado da Bahia é signatário do Acordo interestadual Protocolo ICMS 26 de 18/06/2004 que regulamenta as transações interestaduais das referidas mercadorias.

O referido Protocolo estabelece na sua cláusula primeira, que nas operações interestaduais dessas mercadorias, 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 ICMS, relativo às operações subsequentes:

RAÇÕES PARA ANIMAIS DOMÉSTICOS: 14.1 22.001.00 2309 Ração tipo “pet” para animais domésticos Prot. ICMS 26/04 – Todos – exceto GO e SC 70,93% (Alíq. 4%) 65,59% (Alíq. 7%) 56,68% (Alíq. 12%) 46%;

Protocolo ICMS nº 26 de 18/06/2004

1 - Cláusula primeira. 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.

Desta forma, entendo que o Impugnante está coberto de razão, de acordo com a legislação vigente, o responsável pela retenção e recolhimento do ICMS ST é a empresa remetente e não a empresa destinatária das mercadorias. Tendo sido lavrado o Auto de Infração para a empresa destinatária, fica caracterizado como ilegitimidade passiva a sua lavratura, ensejando a nulidade, conforme estabelece o artigo 18, inciso IV, “b” do RPAF/BA Decreto 7.629/99:

Art. 18. São nulos

IV - o lançamento de ofício:

b) em que se configure ilegitimidade passiva

Diante do exposto, acolho as argumentações defensivas e resolvo julgar NULO o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

Acordam os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO, o Auto de Infração nº 300449.0305/21-0, lavrada contra TOPFRIOS DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.

Sala Virtual das sessões do CONSEF, 26 de abril de 2023

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO – RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – JULGADOR

