

PROCESSO - A. I. Nº 211841.0269/13-1.
RECORRENTE - DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS SALVADOR NEWS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0092-04/14
ORIGEM - IFMT – DAT/SUL
INTERNET - 20/08/2014

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0228-12/14

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS (BALAS, CHICLETES E PIRULITO). DESTINATÁRIO DESCREDENCIADO. FALTA DE PAGAMENTO DO TRIBUTO ANTES DA ENTRADA NESTE ESTADO. Fato demonstrado nos autos. Excluídas as mercadorias que não se enquadram no regime da Substituição Tributária. Pagamento efetuado após a autuação e com dados que não coincidem com a operação autuada. Mantido parcialmente o lançamento. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de um Recurso Voluntário contra Decisão proferida pela 4ª JJF – Junta de Julgamento Fiscal proferida em 07/05/2014 que julgou, por unanimidade, Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 29/07/2013, com o objetivo de exigir da ora recorrente crédito tributário, no valor histórico de R\$ 33.640,78 (trinta e três mil seiscentos e quarenta reais e setenta e oito centavos), em decorrência do cometimento de 01 (uma) infração.

Infração 01. – 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 da Federação, por contribuinte descredenciado, não inscrito ou desabilitado, ou sem destinatário certo.

O autuado apresentou defesa administrativa face o Auto de Infração em epígrafe (fls.22/28), alegando o enquadramento equivocado das mercadorias objeto da infração no regime de Substituição Tributária por antecipação, frisando que o ICMS que era de fato devido fora corretamente recolhido antes da lavratura do termo de apreensão, conforme documentação anexada aos autos. Protestou, ainda, pela utilização de todos os meios de prova em direito admitidos.

O autuante apresentou informação fiscal face à defesa apresentada pelo contribuinte (fls.51/52), concluindo pelo afastamento das alegações do contribuinte, de forma amanter a totalidade do Auto de Infração. No entanto, argumenta que os pagamentos comprovados pelo autuado se prestam a um início de quitação, devendo, se possível, serem apropriados e abatidos do valor total reclamado no auto em epígrafe.

A instrução foi concluída e os autos remetidos à apreciação pela 4ª JJF que entendeu por bem, julgar, por unanimidade, procedente em parte o Auto de Infração nº 211841.0269/13-1, determinando que o autuado fosse intimado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$7.622,69, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, o que fez nos seguintes termos:

VOTO

Preliminarmente, constato que o presente processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF/99, tendo sido o imposto, a multa e sua base de cálculo indicados no lançamento, bem como os valores do débito, os quais se encontram contidos no demonstrativo, com menção clara do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo, além da referência aos dispositivos da legislação infringidos.

No mérito, constato que o demonstrativo de débito elaborado (folha 07), bem como os DANFEs acostados ao presente processo pelo autuante (folhas 12 a 13), evidenciam, com clareza, o surgimento da obrigação tributária principal, traduzida como o dever legal de antecipar o imposto incidente nas operações subsequentes, conforme descriptivo constante da peça inaugural do lançamento.

Desincumbiu-se, assim, do seu ônus processual em provar os fatos constitutivos do seu direito de exercer a prerrogativa do cargo, ou seja, o lançamento de ofício.

O autuado não contesta a aquisição das mercadorias objetos da autuação. Nega, contudo, o enquadramento das balas, chicletes e pirulitos no regime da substituição tributária, conforme se pode extrair pela leitura de trecho da sua impugnação, abaixo reproduzido:

“... tal imputação ocorreu de maneira equivocada, já que pretende a Ilustre Autoridade Fiscal através do Auto de Infração ora impugnado é exigir o recolhimento do ICMS por antecipação nos casos de mercadorias que NÃO SE SUJEITAM AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA.”

Em sua informação fiscal, o autuante esclarece que as mercadorias adquiridas enquadraram-se na antecipação tributária interna, conforme trecho destacado a seguir:

“... trata-se, obviamente, de antecipação parcial, que se confunde com a total pelo fato das mercadorias adquiridas estarem enquadradas na antecipação interna sendo aplicável ao caso o MVA.”

A primeira questão a ser resolvida é, portanto, aquela relativa ao enquadramento, ou não, das mercadorias no regime da substituição tributária.

Analisando o DANFE nº 89825 (folha 12), é possível constatar que as mercadorias apreendidas possuem o NCM “1806.9000” (BALA BUT TOP CHOCOLATE ...), “1704.9020” (BALA BUT TOP COCO, BALA BUT TOP MARACUJÁ e BALA BUT TOP PACO AMOR ...) e “1704.9010” (BALA BUT TOP CHOC BRAN ...). Já o DANFE 89826 (folha 13) revela que o NCM das mercadorias é “1704.1000” (CHICLE BBIG HUEV MORAG ... e CHICLE PLUT ELETRIC ...) e “1704.9090” (PIR BBIG MORANGO).

A relação das mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária tem sua previsão no caput do art. 289 do RICMS/12, cujo teor vai a seguir:

“Art. 289. Ficam sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação, que encerre a fase de tributação, as mercadorias constantes no Anexo I deste regulamento.”

O Anexo I do regulamento prevê em seu item “11” o regime de ST para as mercadorias descritas como “Chocolates e ovos de páscoa, desde que industrializados” cujo NCM seja “1806.3”, “1806.9” ou “1704.90.1”.

Assim, somente há previsão de enquadramento no regime ST para as mercadorias cujos códigos NCM são “1806.9000” (BALA BUT TOP CHOCOLATE ...), e “1704.9010” (BALA BUT TOP CHOC BRAN ...), ambas constantes do DANFE nº 89825, não sendo possível cobrar o ICMS antecipação tributária relativamente às mercadorias com código NCM “1704.9020” (BALA BUT TOP COCO, BALA BUT TOP MARACUJA e BALA BUT TOP PACO AMOR ...), ambas relacionadas no DANFE 89825, bem como não se pode cobrar o imposto citado em relação às mercadorias cujo código NCM é “1704.1000” (CHICLE BBIG HUEV MORAG ... e CHICLE PLUT ELETRIC ...) e “1704.9090” (PIR BBIG MORANGO), estas relacionadas no DANFE 89826.

Quanto ao prazo para recolhimento do tributo, é aquele definido no art. 332, inciso III, “a”.

“Art. 332. O recolhimento do ICMS será feito:

...
III - antes da entrada no território deste Estado (grifo acrescido), de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação ou do exterior, observado o disposto nos §§ 2º e 3º deste artigo:

a) enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação, relativamente ao imposto correspondente à operação ou operações subsequentes;
...”

Conclui-se, assim, que a regra geral aplicável às aquisições de mercadorias sujeitas ao regime ST é o recolhimento antes da entrada no território deste Estado, salvo para aqueles contribuintes credenciados, cujo prazo seria até o dia 25 do mês subsequente, prazo que não se aplica à empresa impugnante, já que se encontrava descredenciada, conforme afirma o autuante e admite a próprio autuado em trecho extraído da sua impugnação, às folhas 26 e 27, abaixo reproduzido.

“Primeiramente, frise-se que a época da Autuação, este Contribuinte encontrava-se descredenciado do benefício do CAD-ICMS. Por conseguinte, encontrava-se impossibilitado de se utilizar do seu benefício fiscal de recolher o ICMS por antecipação até o dia 25 do mês subsequente nos moldes do art. 332, § 2º, inciso II do RICMS/BA.”

Estando, portanto, resolvida a questão relativa ao surgimento do dever legal de pagar o imposto, resta

enfrentar a alegação do autuado, atinente à sua quitação mediante o DAE nº 1304020444, cuja cópia se encontra à folha 41. Ou seja, a sua alegação relativa à ocorrência de fato extintivo da obrigação tributária principal.

Contrapondo-se à impugnante, o autuante afirma que o pagamento do DAEs se deu após a apreensão da mercadoria, momento em que a espontaneidade já se encontrava inibida.

Examinando os autos do processo, pode-se constatar que a apreensão das mercadorias ocorreu às 10:41h do dia 29/07/2013, conforme se pode depreender da leitura do Termo de Apreensão à folha 04, no quadro “Dados da Lavratura”.

Cotejando os dados da lavratura com aqueles relativos ao pagamento, constata-se que a quitação do ICMS da operação somente ocorreu às 13:32h desse mesmo dia, ou seja, quase três horas após a apreensão das mercadorias no Posto Fiscal Benito Gama, conforme extrato do sistema “INC” à folha 53, linha “Data de Processamento”.

Ora, os dados acima referidos são reveladores de que a quitação do imposto somente se deu após a lavratura do termo de apreensão, momento a partir do qual a espontaneidade já se encontrava inibida, conforme art. 26, inciso I do RPAF, abaixo transcrito.

“Art. 26. Considera-se iniciado o procedimento fiscal no momento da:

I-apreensão ou arrecadação de mercadoria, bem, livro ou documento;
...”

Estando inibida a espontaneidade, é forçoso admitir que qualquer pagamento que venha a ser realizado a partir de então, deverá sê-lo onerado pela multa de ofício e pelos demais acréscimos moratórios.

Ademais, o exame do documento de quitação, à folha 53, é revelador de que o código de receita não coincide com aquele relativo ao imposto devido na operação autuada, pois o tributo devido se refere à antecipação tributária e não à antecipação parcial.

Assim, entendo restar caracterizada a infração, devendo subsistir a autuação apenas, e tão somente, para as mercadorias cujos códigos NCM são “1806.9000” (BALA BUT TOP CHOCOLATE ...), e “1704.9010” (BALA BUT TOP CHOC BRAN ...), ambas constantes do DANFE nº 89825.

Diante do exposto, julgo PROCEDENTE EM PARTE o presente Auto de Infração, conforme demonstrativo abaixo:

DESCRIÇÃO MERCADORIA	NCM	VALOR + IPI	MVA	BASE CÁLCULO	ICMS	CRÉDITO	ICMS DEVIDO
BALAS BUT TOP CHOCOLATE 8X750G	1806.9000	R\$ 14.502,80	56,87%	R\$ 22.750,54	R\$ 3.867,59	R\$ 1.000,09	R\$2.867,50
BALAS BUT TOP CHOC BRAN 8X750G	1704.9010	R\$ 24.081,34	56,87%	R\$ 37.776,40	R\$ 6.422,00	R\$ 1.666,81	R\$4.755,19
TOTAL							R\$7.622,69

Como se pode inferir da leitura do voto acima reproduzido, a 4ª JJF assim se posicionou em relação aos argumentos aduzidos pela então impugnante, ora recorrente:

- No que concerne à alegação de que os produtos objeto da infração não se enquadrariam no regime de Substituição Tributária por antecipação, entendeu a junta por dar razão parcial ao ora recorrente, mantendo, no entanto, a infração em relação aos produtos de NCM de nº 1806.9000 e de nº 1704.9010;
- Quanto ao argumento de que o pagamento devido fora feito antes da lavratura do termo de apreensão, julgou pela falta da espontaneidade do autuado, pois quando do pagamento, o termo já havia sido lavrado, devendo o mesmo ser onerado com a multa e os acréscimos legais.

Intimado acerca do resultado do julgamento, o sujeito passivo interpôs **Recurso Voluntário** (fls. 72/77) em relação à Decisão da junta, reiterando todos os argumentos suscitados na peça defensiva. Basicamente aduz que:

- As mercadorias mantidas no lançamento tratam-se incontestavelmente de “Balas”, que estariam fora do enquadramento da substituição tributária, afirmando que o Item 11 do RICMS/12 manteve na substituição tributária tão somente para Chocolates;
- Aduz ainda que “Balas”, “Drops” e “Pirulitos” foram retirados do rol de produtos na

substituição tributária desde 01/01/2009.;
c. Em face disso, requer seja julgado totalmente improcedente o presente lançamento.
Após, os autos foram remetidos para o CONSEF para apreciação do Recurso.

VOTO

Basicamente, neste momento, o cerne do Recurso Voluntário resume-se à discussão se as mercadorias cujos códigos NCM são “1806.9000” (BALA BUT TOP CHOCOLATE ...), e “1704.9010” (BALA BUT TOP CHOC BRAN ...), ambas constantes do DANFE nº 89825, devem ser mantidas no presente lançamento.

Verifico que, os julgadores de piso tiveram trabalho detalhado de analisar cada NCM das mercadorias constantes do lançamento originário, concluindo que, *somente há previsão de enquadramento no regime ST para as mercadorias cujos códigos NCM são “1806.9000” (BALA BUT TOP CHOCOLATE ...), e “1704.9010” (BALA BUT TOP CHOC BRAN ...), ambas constantes do DANFE nº 89825, não sendo possível cobrar o ICMS antecipação tributária relativamente às mercadorias com código NCM “1704.9020” (BALA BUT TOP COCO, BALA BUT TOP MARACUJA e BALA BUT TOP PACO AMOR ...), ambas relacionadas no DANFE 89825, bem como não se pode cobrar o imposto citado em relação às mercadorias cujo código NCM é “1704.1000” (CHICLE BBIG HUEV MORAG ... e CHICLE PLUT ELETRIC ...) e “1704.9090” (PIR BBIG MORANGO), estas relacionadas no DANFE 89826.*

Analizando as razões recursais, verifico que o recorrente permanece se insurgindo quanto à manutenção dos NCMs 1806.9000 e 1704.9010. Sua alegação, basicamente, é de que, como a própria descrição do produto deixa claro, os mesmos tratam-se de “Balas” e não chocolates, entretanto, não questiona nem aduz erro em que o recorrente enquadrou as respectivas mercadorias.

Da fato, para análise da subsunção de determinado produto à substituição ou não, necessário se faz analisar o NCM da mesma, e não a descrição ou nomenclatura. Não fosse assim, bastaria denominar o produto de forma diversa para se fugir de enquadramentos fiscais.

O NCM significa "Nomenclatura Comum do Mercosul" e trata-se de um código de oito dígitos estabelecido pelo Governo Brasileiro para identificar a natureza das mercadorias e promover o desenvolvimento do comércio internacional, além de facilitar a coleta e análise das estatísticas do comércio exterior.

Qualquer mercadoria, importada ou comprada no Brasil, deve ter um código NCM na sua documentação legal (nota fiscal, livros legais, etc.), cujo objetivo é classificar os itens de acordo com regulamentos do Mercosul.

Assim, para deslinde do feito, cumpre tão somente analisar se as mercadorias cujos códigos NCM são “1806.9000” (BALA BUT TOP CHOCOLATE ...), e “1704.9010” (BALA BUT TOP CHOC BRAN ...), ambas constantes do DANFE nº 89825 estão no rol de produtos sujeitos à antecipação tributária, pouco importando a sua denominação.

Da análise do Item 11 do Anexo 1 do RICMS/12 verifico que a sua redação original, vigente à época dos fatos dispunha a inclusão na substituição tributária de: “*Chocolates e ovos de páscoa , desde que industrializados – 1806.3, 1806.9 e 1704.90.1*”.

Da análise do DANFE 89825 verifico que, os produtos mantidos pela JJF efetivamente estão enquadrados nas NCMs 1806.9000 e 1704.9010, razão pela qual inseridos no rol da substituição tributária, pouco importando a denominação dos mesmos.

Para contestar tal fato, a única forma de tornar insustentável tal infração, seria alegar ou comprovar que o enquadramento do NCM realizado pelo fornecedor do recorrente estava incorreto, entretanto, isto sequer fora alegado pelo Recorrente.

Assim, entendo ter agido com acerto a JJF, razão pela qual mantenho a Decisão recorrida e, voto

pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 211841.0269/13-1, lavrado contra **DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS SALVADOR NEWS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar no valor de **R\$7.622,69**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de julho de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

DANIEL RIBEIRO SILVA – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS