

A. I. N° - 211841.0269/13-1
AUTUADO - DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS SALVADOR NEWS LTDA.
AUTUANTE - CARLOS LUIZ DA LUZ EVANGELISTA
ORIGEM - IFMT – DAT/SUL
INTERNET - 14.05.2014

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0092-04/14

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. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 29/07/2013, exige ICMS no valor de R\$ 21.025,49 mais multa, além dos acréscimos moratórios, em decorrência da seguinte infração:

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.

Constam dos autos: Termos de Ocorrência Fiscal (folhas 04 a 06 e 07 a 09); Demonstrativos de Débito (folhas 07 e 11); DANFES (folhas 12 e 13); Intimação ao sujeito passivo para pagamento do Auto de Infração ou apresentação de defesa, e respectivo AR (folhas 17 a 18); Impugnação (folhas 21 a 47); informação fiscal (folhas 50 a 52).

A autuada apresenta impugnação às folhas 21 a 47, contestando o presente lançamento, fundamentada nas razões a seguir.

Assinala que, conforme a descrição da Infração constante no Auto de Infração n° 211841.0269/13-1, imputa-se a este contribuinte a suposta conduta ilegal de deixar de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, estando a Impugnante na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, referente a mercadorias procedentes de outros Estados da Federação.

Alega, contudo, que, como restará demonstrado, a mencionada infração não merece prosperar, devido ao enquadramento equivocado das mercadorias no regime de Substituição Tributária. Ademais frisa que o ICMS que era de fato devido já havia sido recolhido antes mesmo da lavratura do Auto de Infração aqui impugnado, tudo conforme documentação que diz anexar.

Assevera que se verifica, conforme a legislação pátria, que a Substituição Tributária no ICMS tem matriz constitucional no artigo 150, parágrafo 7º, da Constituição Federal de 1988, sendo devidamente delineada pela Lei Complementar n° 87/96. Da análise dos referidos diplomas jurídicos, infere que a Substituição Tributária pode acontecer de 02 (duas) formas, a saber: i) em operações anteriores; ii) ou em operações subseqüentes. Na primeira hipótese, ocorre o deferimento do pagamento do tributo, uma vez que a legislação atribui o dever legal de seu recolhimento relativo às operações anteriores a determinado substituto tributário subseqüente - o estabelecimento comercial que vende a mercadoria ao consumidor final. Na segunda hipótese, tem-se a operação inversa. O recolhimento do tributo dá-se por antecipação das operações relativas às cadeias subseqüentes, até a sua saída ao consumidor final da cadeia. Nesse segundo caso, o fabricante das mercadorias é o responsável legal pela retenção, recolhimento e repasse do ICMS.

Defende que, no caso em análise, foi autuado pela suposta conduta de deixar de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a mercadorias procedentes de outros estados da Federação. Imputa-se, portanto, a esta Autuada a Infração de ter deixado de recolher o ICMS referente a venda de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação, conforme deduz. Alega que 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.

Analizando as Notas Fiscais que são objeto do Auto de Infração impugnado (Danfe 089825 e 089826), afirma ser possível perceber que as mercadorias referentes a essas Notas Fiscais são balas, chicletes e pirulitos (Doc. 03). Afirma que, uma breve análise do artigo 353, inciso II, do RICMS/97 permite a conclusão de que bombons, balas, caramelos, confeitos, pastilhas e dropes, não se submetem ao regime de Substituição Tributária desde 01/01/2009, conforme art. 353, inciso II, item 8.3, cujo texto transcreve para apoiar a idéia de que a previsão normativa de retenção do imposto foi revogada desde 31/10/08, com efeitos a partir de 01/01/09.

Diante da análise das informações transcritas, infere que as referidas mercadorias mencionadas, estão fora do regime de substituição tributária desde 01/01/09 (não configurando atualmente hipótese de recolhimento de ICMS por antecipação). Deduz, portanto, que o mencionado produto não se enquadra no regime de substituição tributária, não havendo que se falar assim, na responsabilidade deste contribuinte de recolher ICMS por antecipação no que concerne ao mesmo.

Somente por não estarem discriminados na lista de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária é que, explica, deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação de tais produtos. Arremata, assim, afirmando que o fato de o Auditor Fiscal ter lhe imputado a obrigação de recolher ICMS por antecipação de algumas mercadorias que na verdade não estão incluídas no Regime de Substituição Tributária macula o Auto de Infração ora impugnado, dando azo à exigência de valores que não são devidos. Destarte, forçoso concluir que a infração imputada não merece prosperar, posto que manifestamente eivada por vício decorrente da exigência de valores manifestamente indevidos.

Somente para que não remanesça qualquer dúvida acerca da sua boa-fé, ressalta que o imposto que era realmente devido no presente caso, restou devidamente pago antes da lavratura do Auto de Infração, consoante documentação que diz acostar.

Primeiramente, frisa 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.

Em seguida, destaca que o Auto de Infração ora impugnado é referente às mercadorias constantes nas Notas Fiscais identificadas por Danfe 089825 e Danfe 089826, datadas de 27/07/2013 (todo conforme pag. 01 do Auto de Infração nº 211841.0269/13-1). Nesse sentido, observa que as referidas Notas Fiscais - Danfe 089825 e Danfe 089826 (Doc. 03) – foram emitidas no sábado, dia 27/07/2013. Por tratar-se de dia em que não há expediente bancário, o pagamento do Imposto de ICMS devido só pode ser efetuado no próximo dia útil subsequente, qual seja segunda feira, dia 29/07/2013 (Doc. 04). Veja-se que apesar de não conseguir recolher o ICMS devido no dia de emissão das referidas Notas Fiscais (27/07/2013) por tratar-se de um sábado, logo no dia útil subsequente (segunda feira 29/11/2013), a empresa providenciou o recolhimento do imposto devido (Doc. 04).

Informa que, depois de devidamente pago o tributo, foi lavrado o Auto de Infração ora impugnado, que imputou a este contribuinte, a suposta conduta ilegal de deixar de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, estando esta impugnante na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às mercadorias procedentes de outras unidades da Federação.

Informa que, no item anterior, deixou claro que a infração que lhe foi imputada não merece prosperar, pois as mercadorias que são objeto do Auto de Infração não estão sujeitas ao Regime de Substituição Tributária. Neste tópico, assevera comprovar também que o ICMS que era de fato devido fora corretamente recolhido, inclusive antes da lavratura do Auto de Infração impugnado, tudo conforme comprovantes bancários em anexo (Doc. 04).

Arremata, afirmando ser forçoso concluir que a Infração imputada não merece prosperar, posto que decorre da exigência de valores manifestamente indevidos.

Diante de tudo quanto exposto, pugna pela total improcedência do Auto de Infração tombado sob o nº 211841.0269/13-1, devido à constatação das irregularidades e ilegalidades apontadas.

Em tempo, protesta pela utilização de todos os meios de prova em direito admitidos, em especial a posterior juntada de documentos bem como a perícia contábil, sob pena de cerceamento de defesa.

Nesses termos, pede deferimento.

O autuante presta informação fiscal às folhas 50 a 52, tecendo as considerações a seguir.

Afirma que a defendant se equivoca ao entender que a autuação se deu pela ausência de pagamento do ICMS por substituição tributária interestadual, pois como esta clarificado no auto de infração, informa que a exigência tributária decorre da aquisição de mercadorias para comercialização, em operação interestadual, por contribuinte com a inscrição descredenciada, sem o recolhimento do ICMS devido, antes da entrada das mercadorias no território baiano.

Informa tratar-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.

Conclui, portanto, que todo o arrazoado despendido na defesa acerca da substituição interestadual se torna inaplicável ao presente caso, já que este não foi o motivo ensejador da autuação.

Quanto à alegação de já haver efetuado o pagamento do tributo devido, juntando às fls. 41 a 44 cópias dos DAEs e comprovantes de pagamento, assevera que tais pagamentos se configuram em verdadeira confissão do fato alegado no auto de infração, qual seja, que a empresa, à época da autuação se encontrava com a sua inscrição descredenciada, fato aliás jamais negado e até confirmado na peça defensiva.

Explica que os pagamentos foram efetuados após a ação fiscal, como se pode observar do extrato de pagamento anexado. É que apesar de serem do mesmo dia 29/07/2013 o auto de infração foi lavrado às 10:54 h, ao passo que o pagamento somente se deu às 13:32:30, portanto, quando não mais existia para o contribuinte a espontaneidade.

Argumenta, todavia, que tais pagamentos se prestam a um início de quitação, devendo, se possível, serem apropriados e abatidos do valor do total reclamado no presente auto de infração.

Isto posto, rechaça a defesa em todos os seus pontos, e pugna pela procedência do presente auto de infração.

Esse é o relatório.

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.

A autuada 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 enquadram-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.

Analizando 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 ELETTRIC ...) 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 1 deste regulamento.”

O Anexo 1 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 ELETTRIC ...) 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 própria autuada 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 da autuada, 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 transscrito.

“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
BALA 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
BALA 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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 211841.0269/13-1, lavrado contra **DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS SALVADOR NEWS LTDA.**, no valor de **R\$ 7.622,69**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de maio de 2014.

PAULO DANILO REIS LOPES - PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JUNIOR – JULGADOR