

PROCESSO - A. I. Nº 232286.0002/14-5
RECORRENTE - LEAL & MOREIRA LTDA. (D'NALDS MOREIRA PARA SORVETERIA EMBALA) - ME
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JJF nº 0221-03/14
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 11/03/2015

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0041-12/14

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Exação caracterizada. Razões recursais insuficientes para modificar a decisão de piso. 2. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. a) FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO; b) RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. A antecipação parcial, prevista no art. 12-A da Lei nº 7.014/96, *independe do regime de apuração adotado*, sendo apurada mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição. O limite estipulado no benefício fiscal previsto no artigo 275 do RICMS está condicionado ao benefício do art. 274 do mesmo diploma legal. Itens subsistentes. Mantida a Decisão. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão da 3ª JJF, proferida através do Acórdão nº 0221-03/14, cujo Auto de Infração em lide fora lavrado para exigir o crédito tributário de R\$ 52.351,27, em razão de três irregularidades, todas objeto deste Recurso, a saber:

INFRAÇÃO 1: Recolhimento efetuado a menos do ICMS por antecipação, no valor de R\$6.087,63, acrescido da multa de 60%, na condição de empresa optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias de fora do Estado, enquadradas no regime de Substituição Tributária, nos meses de fevereiro, abril, junho a novembro de 2012; janeiro, maio, julho a setembro, novembro e dezembro de 2013.

INFRAÇÃO 2: Falta de recolhimento do ICMS relativo à antecipação parcial, no valor de R\$8.148,49, acrescido da multa de 60%, na condição de empresa optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias de fora do Estado, no mês de agosto de 2013.

INFRAÇÃO 3: Recolhimento efetuado a menos do ICMS relativo à antecipação parcial, no valor de R\$38.115,15, acrescido da multa de 60%, na condição de empresa optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias de fora do Estado, nos meses de fevereiro, março, maio, junho, agosto, outubro e dezembro de 2012; janeiro a dezembro de 2013.

A Decisão recorrida julgou Procedente o Auto de Infração, diante das seguintes considerações:

Em relação à infração 1, a JJF aduziu que o autuado apenas alegou que é optante pelo Simples Nacional, enquadrado como EPP e, com base no RICMS-BA/2012, arts. 274 e 275, para o cálculo da antecipação parcial, tem direito ao limite de 4% sobre as entradas para comercialização mais transferências ou de 4% sobre as receitas e também redução de 20% de desconto sobre o valor bruto do imposto apurado e recolhido dentro do prazo.

Contudo, a JJF salientou que, como se trata de exigência do imposto relativo à antecipação tributária e não antecipação parcial, não se aplica o disposto nos arts. 274 e 275 do RICMS-BA/2012, e não há previsão legal para redução do imposto, como entendeu o defendente.

Assim, concluiu pela procedência da infração, pois, nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto no prazo regulamentar.

Quanto à infração 2, foi consignado que o defendente alegou que em relação ao débito referente ao mês 08/2013, cujo pagamento não foi efetuado pela empresa, a base de cálculo pode ser limitada a 4% sobre as entradas sem o desconto de 20%, por não ter sido pago no prazo e de acordo com o demonstrativo está sendo calculado o imposto com a alíquota de 17% sem considerar a alíquota interestadual.

Para melhor entendimento, a JJF reproduziu os artigos 273 a 275 do RICMS-BA/2012:

*Art. 273. No caso de antecipação parcial decorrente de aquisições oriundas de estabelecimentos industriais, de produtos por eles fabricados, realizadas por contribuinte inscrito na condição de microempresa, fica concedida uma redução de 60% (sessenta por cento) do valor do imposto, na hipótese de o **contribuinte efetuar o recolhimento no prazo regulamentar**.*

*Art. 274. No caso de antecipação parcial decorrente de aquisições efetuadas por contribuintes enquadrados na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte, independentemente da receita bruta, fica concedida uma redução de 20% (vinte por cento) do valor do imposto apurado, **na hipótese de o contribuinte recolher no prazo regulamentar**, não cumulativa com a redução prevista no art. 273.*

Art. 275. Ao final de cada período de apuração, o valor total do imposto a recolher nos termos dos arts. 273 e 274, em relação a cada estabelecimento de contribuinte credenciado para pagamento no prazo previsto no § 2º do art. 332, fica limitado a 4% das receitas mais as transferências ou 4% do valor das entradas internas e interestaduais de mercadorias destinadas à comercialização, inclusive as transferências, o que for maior.

Assim a JJF, considerando a condição do autuado de empresa de pequeno porte e que o benefício estabelecido nos arts. 273 a 275 é para a hipótese de o contribuinte efetuar o pagamento do imposto no prazo regulamentar, entendeu que não se aplica ao caso em exame os dispositivos citados e manteve a exigência fiscal.

Inerente à infração 3, aduziu a JJF que o defendente apresentou a mesma alegação anterior, ou seja, que tem direito ao limite de 4% sobre as entradas para comercialização mais transferências ou de 4% sobre as receitas e também redução de 20% de desconto sobre o valor bruto do imposto apurado e recolhido dentro do prazo.

Já o autuante esclareceu que, de acordo com a planilha à fl. 12, estão demonstrados os meses em que o contribuinte optou pelo limitador de 4%. Porém, gerou diferenças a recolher em decorrência da utilização também do desconto de 20%. Na Planilha de fl. 13 constam os meses em que o recolhimento foi efetuado fora do prazo o que impossibilitou o contribuinte de usufruir da redução de 20% como também do limitador de 4%. Em relação aos documentos de fls. 182 a 190, apresentados pelo defendente, o autuante informa que esses documentos fazem prova a favor do fisco, demonstrando a maneira equivocada que o autuado calcula a Antecipação Parcial, ou seja, faz o cálculo utilizando o limitador de 4% e depois aplica o desconto de 20%.

Salienta a JJF que, conforme estabelece os arts. 274 e 275, a redução de 20% do valor do imposto apurado, na hipótese de o contribuinte recolher no prazo regulamentar, não é cumulativa com a redução prevista no art. 273, e o valor total do imposto a recolher fica limitado a 4% das receitas mais as transferências ou 4% do valor das entradas internas e interestaduais de mercadorias destinadas à comercialização.

Registra a JJF que, neste caso, conforme ressaltou o autuante, foi constatado que o defendente efetuou recolhimento fora do prazo estabelecido na legislação, o que impossibilitou a aplicação da redução de 20% e, conseqüentemente, do limitador de 4%, sendo apurado, também, que o autuado aplicou, cumulativamente, as reduções de 20% e 4%, o que não é previsto na legislação, conforme arts. 273 a 275 do RICMS-BA/2012. Assim, manteve a infração.

Irresignado com a Decisão, o sujeito passivo apresenta Recurso Voluntário, às fls. 233 a 235 dos autos, onde diz que, em relação às infrações 1 e 3, de acordo com os art. 274, a legislação concede desconto de 20% no valor do imposto pago até o dia 25 do mês subsequente, conforme o art. 332. Já o art. 275 permite o limitador de 4% das receitas mais as transferências ou 4% do valor das entradas internas e interestaduais de mercadorias para comercialização não condicionando prazo do pagamento, sendo considerada a redução de 20% só nos casos do pagamento ocorrer no prazo regulamentar descrito no art. 274.

Defende que a legislação está clara sobre os benefícios da redução de 20% para pagamento no prazo regulamentar e não exclui o limitador de 4%. Assim, os impostos pagos após o dia 25 dos meses subsequentes foram pagos sem o desconto de 20% e calculados conforme o art. 275, ou seja, no limite de 4%.

Cita resposta do Plantão Fiscal, em esclarecimento ao referido art. 275, o qual não mencionou que somente poderia utilizar o limitador de 4% no caso de pagamento no prazo e relatou ainda que no final da apuração do cálculo do ICMS antecipação parcial, aplicaria a redução de 20% de acordo com os art. 273 e 274 para pagamento no prazo regulamentar, cuja cópia transcreve:

De: Plantão Fiscal

Enviada em: quinta-feira, 21 de novembro de 2013 12:32

Para: 'zinhahm@terra.com.br'

Assunto: 2220ev2013

Bom dia,

O plantão fiscal não faz cálculos. No tocante à legislação, o art. 275 estabelece um limite para pagamento do ICMS antecipação parcial. No final do período de apuração você calcula o ICMS antecipação parcial, aplicando as reduções indicadas nos arts. 273 e 274, conforme o caso. Então você tem um valor (X.)

O art. 275 estabelece um limite, ou seja, um valor máximo para o recolhimento do ICMS antecipação parcial. Você vai comparar: o valor resultante do cálculo de 4% das receitas mais as transferências(Y) **com** o resultante da aplicação de 4% do valor das entradas internas e interestaduais de mercadorias destinadas à comercialização inclusive as transferências (Z). O seu limite, ou valor máximo a recolher, a título de antecipação parcial, será o maior desses dois valores.

Então, Valor apurado:X

Limite: Digamos que seja Y

Então você não deverá recolher valor maior que Y, mesmo que o valor apurado no final do mês(X) tenha sido maior que esse limite encontrado, podendo recolher o valor(X), ou seja, o valor apurado no fim do mês, se for menor que o limite.

O RICMS/12 dispõe:

Art. 275. Ao final de cada período de apuração, o valor total do imposto a recolher nos termos dos arts. 273 e 274, em relação a cada estabelecimento de contribuinte credenciado para pagamento no prazo previsto no § 2º do art. 332, fica limitado a 4% das receitas mais as transferências ou 4% do valor das entradas internas e interestaduais de mercadorias destinadas à comercialização, inclusive as transferências, o que for maior.

A nossa legislação está disponível no site www.sefaz.ba.gov.br> Legislação e Contencioso > Textos Legais >

Regulamentos > RICMS/Atual > Texto.

"As informações contidas nesta mensagem não produzem os efeitos do processo de Consulta Tributária previstos no art. 158 da Lei nº 3.956, de 11/12/81, regulamentada pelo Decreto nº 7.629, de 09/07/99."

Atenciosamente,

*Evanildes Bastos dos Reis
Plantão Fiscal.*

Quanto à infração "2", alega o recorrente que, quanto à antecipação total (?), as empresas Kerry do Brasil Ltda. e Duas Rodas Nordeste Ind. de Alim. Ltda. ambas possuem Pareceres Tributários, em anexo às fls. 236 e 237, que, segundo o recorrente, esclarece (sic) que determinados produtos relacionados como Substituição Tributária de acordo com o seu NCM, por eles fabricados, não são matérias primas destinadas a industrialização no preparo de sorvetes em máquinas (NCM 1806, 1901 e 2106.90) ou outro tipo de produto e sim para coberturas de bolos e outros alimentos de confeitaria. São produtos adquiridos para comercialização (revenda), logo, tais produtos não devem ser calculados como Antecipação Total em virtude da sua nomenclatura.

Aduz que outros produtos descritos na intimação de cobrança, cujas nomenclaturas estão relacionadas ao Anexo I de Mercadorias Sujeitas a Substituição ou Antecipação Tributária, são: o pó para preparo de sobremesas, classificado no NCM 1701.9 e 1701.1, Brigadeiro Algemix – pó para gelados, supreme - cobertura sabor chocolate meio amargo e ao leite (NCM 1806.32.20), Algemix Brigadeiro, Algemix Chocolate suíço (NCM 1806.90) e o amendoim na posição 38 como "*salgados industrializados: 1904.1, 1904.9; 2005.2; 2008.11 e 2008.19*", sendo que os produtos não são açúcares, não são matéria prima para fabricação de sorvetes em máquinas, nem tão pouco o amendoim é salgados industrializados, pois o mesmo é torrado sem sal ou adição de qualquer outro produto.

Assim, solicita o cancelamento da cobrança que incluiu itens não sujeitos a substituição tributária e também em virtude dos pagamentos dos impostos do mês 01/2012, 04/2012, 07/2012, 09/2012, 10/2012 e 11/2012 terem sido pagos dentro do prazo sem o benefício do desconto de 20% que resultou na restituição de parte do valor pago indevidamente. Requer anular o Auto de Infração.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão de 1ª Instância que julgou o Auto de Infração procedente.

De início, há de se registrar que o recorrente confundiu-se a enumerar as infrações em sua peça recursal, pois, quando se reporta às infrações 1 e 3, recorrendo à legislação relativa à antecipação parcial, acredito que o sujeito passivo quis se referir às infrações 2 e 3 do Auto de Infração.

Em consequência, quando se refere à segunda exação e à substituição tributária quis se referir à primeira infração, a qual trata desta matéria.

Da análise das peças processuais, relativas à infração 1, cuja imputação decorre do recolhimento a menos do ICMS por antecipação, no valor de R\$6.087,63, referente às aquisições interestaduais de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, nos exercícios de 2012 e 2013, conforme se verifica através da mídia eletrônica, à fl. 158 dos autos, tendo o recorrente alegado que:

a) as empresas Kerry do Brasil Ltda e Duas Rodas Nordeste Ind. de Alim. Ltda ambas possuem Pareceres Tributários (fls. 236 e 237) que esclarecem que determinados produtos relacionados como Substituição Tributária de acordo com o seu NCM, por eles fabricados, não são matérias primas destinadas a industrialização no preparo de sorvetes em máquinas (NCM 1806, 1901 e 2106.90) ou outro tipo de produto e sim para coberturas de bolos e outros alimentos de confeitaria. Assim, afirma o recorrente que são produtos adquiridos para comercialização (revenda), logo, tais produtos não devem ser calculados como Antecipação Total em virtude da sua nomenclatura.

Da análise dos citados pareceres, inicialmente, em relação à resposta à consulente Kerry do Brasil Ltda., se vislumbra, conforme ementa, que *“Os produtos classificados nas posições 1806, 1901 e 2106 da NBM/SH não destinados a processo instantâneo de transformação em máquinas de sorvete do tipo “soft” não estão sujeitos à antecipação do imposto nos termos do Protocolo ICMS 20/05”*. Portanto, o aludido parecer reporta-se tão-somente ao sorvete.

Contudo, consoante demonstrativo da antecipação tributária, à fl. 158 dos autos, o dito fornecedor remeteu ao recorrente “cobertura premium”, sob NCM 1704.90.10 e 1806.32.20, sendo a antecipação tributária, sob as respectivas MVA de 48,43% e 56,87%, prevista no Anexo 1, item 11, do RICMS/12, decorrente da aquisição de *“Chocolate em barras, blocos, tabletes, paus ou sob a forma de ovo de páscoa, bombons ou outras preparações de confeitaria, recheados ou não - 1806.3, 1806.9 e 1704.90.1”*.

Portanto, inaplicável o parecer relativo ao sorvete, já que a exigência trata de produtos de: confeitaria sem cacau (NCM 1704) e chocolate e outras preparações alimentícias que contenham cacau (NCM 1806), conforme Tabela do IPI, cujo fato é corroborado com a afirmação do próprio recorrente, ao expressar que *“...e sim para coberturas de bolos e outros alimentos de confeitaria.”*

Quanto à resposta à consulente “Duas Rodas Industrial Ltda.”, CNPJ nº 84.430.149/0001, em que pese tratar da mesma matéria, ou seja, sorvetes, o que já vimos que não se aplica ao caso concreto, o aludido fornecedor não consta relacionado no citado demonstrativo da antecipação tributária.

b) Inerente à alegação recursal de que outros produtos, objeto de cobrança, não são açúcares, nem matéria prima para fabricação de sorvetes em máquinas, nem tão pouco o amendoim é salgado industrializado, por se tratar de alegação sem qualquer lastro, cujos documentos probatórios de sua alegação encontram-se em posse do recorrente e poderia ter sido apensado aos autos, deixo de acolher a aludida alegação com fundamento nos artigos 123 e 142 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, pois a falta de comprovação de fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Diante de tais considerações, concluo pela subsistência da infração 1.

No tocante às infrações 2 e 3, relativas, respectivamente, à falta de recolhimento ou recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial, a tese recursal é de que a perda do benefício de 20% de redução do pagamento da antecipação parcial, ínsita no art. 274 do RICMS/12, não exclui o benefício do limite de 4%, previsto no art. 275 do RICMS/12, para o optante do Simples Nacional.

Contudo, por se tratar o aludido limite de um benefício fiscal condicionado ao *“...valor total do imposto a recolher nos termos dos arts. 273 e 274...”*, uma vez perdido o benefício do artigo 274, por falta de recolhimento do imposto no prazo regulamentar, como ocorreu no caso concreto, automaticamente, perde-se o benefício do limite estipulado no art. 275 do RICMS/12.

Ressalte-se que a regra geral do ICMS antecipação parcial, prevista no art. 12-A da Lei nº 7.014/96, estabelece a exigência da antecipação parcial *independentemente do regime de apuração adotado*, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição, logo, sem os aludidos benefícios, os quais são condicionados. Assim, não preenchidos os requisitos, a exigência reporta-se à regra geral.

Quanto à resposta do Plantão Fiscal, transcrito em seu Recurso Voluntário, às fls. 233 e 234 dos autos, observa-se que não foi objeto desta nuança, logo, não serviria de parâmetro. Ademais, não produz os efeitos do processo de consulta tributária, conforme consignado na própria peça.

Inerente ao Parecer, à fl. 238 dos autos, no qual concluiu que o recorrente faz jus à restituição de valor, por entender que o contribuinte recolheu imposto em valor maior que o devido, não vincula esta decisão. Ademais, naquele caso foi alegado que o pagamento, em valor maior que o devido, ocorreu no prazo regulamentar e não se beneficiou da redução de 20%, previsto no art. 274 do

RICMS, o que difere do caso *sub judice*, cujo recolhimento foi intempestivo.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário para manter a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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** o Auto de Infração nº **232286.0002/14-5**, lavrado contra **LEAL & MOREIRA LTDA. (D'NALDS MOREIRA PARA SORVETERIA EMBALA) - ME**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$52.351,27**, 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, 9 de fevereiro de 2015.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE/RELATOR

MARIA HELENA DE MENDONÇA CRUZ - REPR. DA PGE/PROFIS