

A. I. Nº - 232340.0012/14-5  
AUTUADO - HERVAL DA FONSECA SANTOS – ME  
AUTUANTE - JOSÉ LUIZ COUTO MULLEM  
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO  
INTERNET - 09.06.2015

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0086-02/15**

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÃO INTERESTADUAL DESTINADA A CONTRIBUINTE DESCREDENCIADO, NÃO INSCRITO OU DESABILITADO, OU AUSÊNCIA DO REGIME ESPECIAL DEFERIDO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Comprovado que os produtos “Guaramix” e “Lalita” não estão sujeitos ao regime da substituição tributária, por força do Protocolo ICMS 11/91. Auto de Infração IMPROCEDENTE. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 17/07/2014, para constituir o crédito tributário no valor histórico de R\$12.012,69, em razão de: 54.05.08 - 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 ausência do regime especial deferido.

O autuado, à folha 19, impugnou o lançamento tributário alegando que o produto Refresco Guaramix NCM nº 22021000, constante das Notas Fiscais de compra nºs 13480 e 13354 discriminadas no Auto de Infração não é um produto substituto tributário. No cálculo realizado pela SEFAZ estadual foi cobrado MVA 140% sendo que foi indevido, pois será devida apenas a antecipação parcial; e de acordo com documento do Ministério da Agricultura anexo descreve que o produto é uma bebida mista (não é energético).

Ao final, aduz que demonstrada a insubsistência e improcedência da notificação (MVA indevido) espera e requer que a impugnante seja acolhida para o fim de ser excluído o débito.

O auditor autuante, fl. 26, ao prestar a informação fiscal aduz que o argumento do autuado não encontra nenhum respaldo legal, pois existe sim a antecipação parcial do ICMS que é devida por todos os contribuintes que encontram-se na situação de descredenciado.

**VOTO**

Na presente autuação foi exigido imposto pela 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 ausência do regime especial deferido.

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir ICMS em decorrência de falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária “total”, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado.

Verifico que a infração foi constatada sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação, através dos DANFE's nºs 13480 e 13354, emitidos por “MIX DO BRASIL IND E COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA.”, localizada na cidade de Três Rios – RJ.

A autuação foi embasa na planilha "MEMÓRIA DE CÁLCULO PARA ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA" acostada pela fiscalização à folha 08 dos autos, onde consta a aplicação da MVA de 140%, conforme destacado pela defesa.

Observo, ainda, no "DEMONSTRATIVO DE DÉBITO" do Auto de Infração, fl. 07, a aplicação do MVA de 140%.

Portanto, não resta dúvida de que a fiscalização caracterizou a infração como falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária "*total*".

Entretanto, a ação fiscal partiu da CENTRAL DE OPERAÇÕES ESTADUAIS – COE vinculada à Diretoria de Planejamento da Fiscalização - DPF da Superintendência de Administração Tributária – SAT, disparou o Mandado de Fiscalização COE, fl. 12, determinando à IFMT METRO efetuar diligência no estabelecimento autuado e verificar a regularidade de recolhimento das aquisições em outras Unidades da federação.

Preliminarmente, devo destacar que a Fazenda Estadual, para melhor desenvolver suas atividades, dividiu as equipes de fiscalização em dois seguimentos:

O primeiro exercendo suas atividades no trânsito de mercadorias, ou seja, no exato momento da ocorrência do fato gerador do imposto. Inclusive, a constatação imediata de uma irregularidade pode ensejar a lavratura de Auto de Infração, modelo 4, que a Secretaria de Fazenda instituiu para diferenciá-lo daquele lavrado no estabelecimento da empresa.

O segundo exerce suas atividades na busca de fatos pretéritos, portanto não mais no trânsito de mercadorias e sim no estabelecimento do contribuinte, ou mesmo, monitorando, via sistemas informatizados existentes, as suas operações comerciais já realizadas. Porém em ambos os casos, para que o contribuinte seja penalizado com a lavratura de um Auto de Infração, o fisco estadual, por dever de ofício, deve seguir, com total obediência, todo um procedimento legal (e definido no RPAF/BA) sob pena de seu ato não ter qualquer validade jurídica. E mais uma vez, corroborando tal situação, a própria Secretaria de Fazenda Estadual determina a lavratura do Auto de Infração em instrumento próprio, ou seja, modelo 3.

Ao analisar os requisitos formais do lançamento tributário de ofício em lide, observo o mesmo foi realizado através do Auto de Infração Modelo 04, previsto para o trânsito, indicando que a ação fiscal se realizou no trânsito da mercadoria, ou seja, no momento da circulação física da mesma, o que efetivamente se constata que não ocorreu, tendo em vista o simples fato de que o Termo de Apreensão consta data de 17/07/2014 e os fatos geradores estão datados de 13/05/2014. O próprio modelo do Auto de Infração, que é utilizado no trânsito, exigiu uma única data de ocorrência, conforme se verá adiante, demonstrando a sua improriedade para a constituição do presente crédito tributário.

Ressalto que não há consonância entre a data de ocorrência e as diversas datas de saída e circulação das mercadorias, ou seja, há uma única data de ocorrência e várias datas de saída e circulação das mercadorias constantes dos documentos fiscais, 28/05/2014 e 13/05/2014.

A legislação que rege a matéria alinha que, no caso de descredenciamento, conforme alegado, a data prevista para o cumprimento da obrigação principal, a que se refere à antecipação, é antes da entrada no território deste Estado. Assim, não se pode determinar que as notas fiscais emitidas, nos dias acima indicados, tenham todas as mesmas datas de ocorrência, ou seja, antes da entrada no território deste Estado.

Por se tratar de fatos pretéritos, deveria ter sido aplicado o procedimento previsto para a fiscalização de estabelecimento, com a lavratura do Auto de Infração específico (modelo 3), e não para o trânsito de mercadorias, como foi feito no caso em lide.

Entretanto, deixou de declarar a nulidade da autuação, com base no Parágrafo único, do artigo 155, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, pois, nesta situação, cabe examinar se os

produtos objeto da autuação, “Guaramix e Lolita” estão enquadrados da substituição tributária ou não.

Sobre tal questão transcrevo a Ementa do ACÓRDÃO CJF N° 0095-12/13:

**2<sup>a</sup> CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF N° 0095-12/13**

*EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO E DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO PELO SUJEITO PASSIVO. PRODUTOS “GUARAMIX” E “LALITA”. IMPROCEDÊNCIA DA AUTUAÇÃO. Representação proposta com base no art. 119, II, § 1º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), para que seja julgado improcedente o Auto de Infração, tendo em vista que os produtos “Guaramix” e “Lalita” não estão sujeitos ao regime da substituição tributária, por força do Protocolo ICMS 11/91. Representação ACOLHIDA. Decisão unânime.*

No voto o relator do acórdão acima destacou ainda que:

A essência da discussão é a determinação da classificação fiscal dos produtos "GUARAMIX" e "LALITA", isto é, se os referidos produtos estão classificados como "refrigerante" na forma que entendeu o autuante. Esclarecida a questão da classificação dos produtos, estaria, por consequência, se estabelecendo a sujeição ou não destes ao instituto da substituição tributária nos termos do Protocolo ICMS 11/91.

Como já dito, toda a questão envolve a classificação dos produtos "GUARAMIX" e "LALITA", entretanto o Parecer exarado pela DPF/GERSU, fl. 95 e 96, os definiu de maneira clara e expressa como bebida mista, com base nos registros constantes no Ministério da Agricultura (MAPA) não se enquadrando no regime da substituição tributária. Aliás, este tem sido o entendimento reiterado deste CONSEF, a exemplo das decisões consignadas através dos Acórdãos nºs 368-12/11, 360-11/11, 323-11/11, 283-12/11, 233-12/11, 081-11/11 e 050-12/11, dentre outros.

Em conclusão, tratando-se de matéria fática, cujas dúvidas foram incontestavelmente elucidadas, voto no sentido de ACOLHER a Representação interposta pela PGE/PROFIS para que seja julgado IMPROCEDENTE o presente Auto de Infração.

Portanto, entendo não restar dúvida de que os produtos “Guaramix” e “Lalita” não estão sujeitos ao regime da substituição tributária, por força do Protocolo ICMS 11/91.

Diante do acima exposto, entendo que o Auto de Infração é IMPROCEDENTE.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232340.0012/14-5**, lavrado contra **HERVAL DA FONSECA SANTOS – ME**.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de maio de 2015.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR