

A. I. Nº - 232189.0006/17-5
AUTUADO - GOLDEN LEAF TOBACCO LTDA.
AUTUANTE - SALVADOR SOUZA DE CARVALHO
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - 10/08/2018

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0114-03/18

EMENTA: ICMS. IMPORTAÇÃO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA ALÍQUOTA. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Os produtos importados NCM 2401 - fumo não manufaturado/destalado, não se enquadra como produtos submetidos à alíquota de 28% prevista para *fumos industrializados*, como definido em lei. Rejeitada a preliminar de nulidade. Exigência insubsistente. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 04/08/2017, exige crédito tributário no valor de R\$34.107,17, acrescido da multa de 60%, em razão de recolhimento a menos, decorrente de erro na determinação da base de cálculo, referente a mercadorias e ou bens procedentes do exterior. DI 17/1287511 aquisição de tabaco (fumo) destalado, triturado e seco. (Infração 56.01.05).

O autuado ingressa com defesa tempestiva fls.19/20. Diz apresentar impugnação administrativa por meio de procurador constituído (procuração em anexo), para os lançamentos de ofício constantes no auto de infração em referência. Transcreve a infração que lhe foi imputada.

Afirma que foi gerada a DI nº 17/12875118 de 03/08/2017, referente importação das mercadorias indicadas na Nota Fiscal Eletrônica de entrada nº 5115 de 04/08/2017, conforme documentos que anexa. Diz que, conforme quadro demonstrativo, a autuada calculou a base de cálculo corretamente, efetuando o pagamento do ICMS devido pela importação no montante correto.

No entanto, afirma que o auto de infração em referência, não traz nenhum demonstrativo que sustente o lançamento fiscal. Nada que demonstre a base de cálculo apurada, e, diga-se de passagem, inferior a determinada pela autuada. Aduz que o § 1º do art. 18 do RPAF/99 é taxativo em dispor sobre a nulidade do lançamento, quando não for possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário. Sendo a base de cálculo um dos pilares para a determinação do montante do débito tributário, a falta de sua determinação invalida o lançamento.

Destaca que ao descrever a infração como sendo, “*recolhimento a menos do ICMS, decorrente de erro na determinação da base de cálculo*”, o autuante conduz o lançamento fiscal à nulidade absoluta. Ressalta ter agido corretamente na apuração do ICMS devido pela importação, inclusive quanto a alíquota aplicada a cada produto.

Explica que o fumo destalado é um fumo ainda não industrializado, portanto, não está claramente enquadrado na alíquota de 28% (art. 16, VII, da Lei nº 7.014/1996). Aduz que a posição 2401 da NCM compreende “*Tabaco não manufaturado; desperdícios de tabaco*”. Sustenta que o citado produto é tabaco em estado natural, ainda que total ou parcialmente destalado. Sendo produto vegetal não manufaturado, não há de se falar em fumo industrializado.

Sustenta que somente os tabacos indicados na posição 2403 da NCM podem ser considerados fumos industrializados. A posição 2403 compreende: *outros produtos de tabaco e seus sucedâneos, manufaturados; tabaco “homogeneizado” ou “reconstituído”; extratos e molhos de tabaco*.

Aponta que outro Auto de infração semelhante foi julgado pela 4ª JJF do CONSEF, decidindo-se pela improcedência, por unanimidade, conforme Acórdão JJF nº 0003-04/14 (cópia em anexo).

Requer sejam acolhidas as razões arguidas e seja declarada a improcedência do auto de infração em referência.

Informa que receberá intimação, notificação, citação e outros da espécie, no endereço de seu escritório localizado na Alameda Salvador, 1057, Torre Europa, sala 717, Caminho das Árvores, Salvador/BA, CEP 41820-790, atendendo pelo telefone nº 71 3500-2500 e com endereço eletrônico ednilton@emeireles.adv.br. Declara ainda, nos termos da lei, que as reproduções reprográficas de documentos apenas a petição são cópias idênticas do respectivo original.

O autuante presta a informação fiscal fl.38 (frente e verso). Repete a infração imputada ao Autuado. Sintetiza os termos defensivos. Explica que o contribuinte recolheu R\$57.480,23 de ICMS Importação – Contribuinte Inscrito referente a DI nº 17/1287511-8 e apresentou planilha de cálculo conforme fl. 16, aplicando a alíquota de 18% para todas as adições. Porém, diz que a alíquota da adição 01 da referida DI é de 28% mais 2% de fundo de pobreza.

Informa que no mesmo dia do desembaraço, foram encaminhados pelo contribuinte, os valores da referida adição fl.7, e feitos os cálculos fl.08, foi apurado o valor do ICMS a recolher, no total de R\$ 65.258,39. Abatido o valor pago de R\$35.812,53, correspondente a citada adição e cobrado o ICMS importação da diferença no valor de R\$ 29.446,86, mais o valor do fundo de pobreza de R\$4.661,31. Aduz que foram encaminhados os DAES com a promessa do preposto que seria pago naquela data.

Sobre a alegação defensiva de que o produto da adição 01 se trata de fumo não industrializado, diz que o regulamento do IPI, no artigo 4º, caracteriza como industrialização, qualquer operação que modifique a natureza, o funcionamento, o acabamento, apresentação ou finalidade do produto ou o aperfeiçoe para consumo, conforme descrição detalhada da mercadoria, adição 01. Transcreve a legislação citada. Opina pela procedência da autuação.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração que registra crédito tributário referente ICMS, sob acusação de recolhimento a menos, decorrente de erro na determinação da base de cálculo, referente a mercadorias e ou bens procedentes do exterior. DI 17/1287511-8, aquisição de tabaco (fumo) destalado, triturado e seco.

O defendente afirmou que o auto de infração em referência, não traz nenhum demonstrativo que sustente o lançamento fiscal. Disse que o levantamento fiscal não demonstra a base de cálculo que foi apurada, inclusive em valor inferior àquela determinada pela própria autuada fl.16.

Analisando os elementos que compõem o presente PAF, em particular os demonstrativos que dão suporte a acusação fiscal fls.08/09, constato vício quanto ao cumprimento do devido processo legal, instituto jurídico necessário para a validade, eficácia e completude do lançamento tributário, no que diz respeito a sua legalidade.

Isto porque, o citado demonstrativo de débito, não esclarece de onde saíram os valores ali alocados. Somente após a informação fiscal, é que se tem notícia, que o levantamento elaborado pelo autuante constante à fl. 08, refere-se exclusivamente à Adição 01. Acrescente-se a isto, que não se identifica no processo, o pagamento realizado pelo Autuado no que se refere especificamente à adição 01, visto que calculou o imposto referente a todas as adições, para que se possa comparar e concluir que houve recolhimento a menos do imposto importação, no tocante a citada Adição nº 01.

Assim, a incerteza e insegurança a respeito dos valores que compuseram a base de cálculo do imposto lançado de ofício, dificultaram o exercício do contraditório e de ampla defesa do autuado, o que nos conduziria a nulidade do Auto de infração. Contudo, por haver possibilidade de se decidir o mérito a favor do sujeito passivo, a quem aproveitaria a declaração de nulidade,

conforme prevê o § único do art. 155 do RPAF/99, deixo de pronunciá-la e adentro a apreciação do mérito do Auto de Infração.

Observo que da leitura da informação fiscal, depreende-se que o ICMS - Importação exigido decorre de a empresa autuada ter aplicado alíquota de 18%, demonstrativo fl. 16, em vez de 30% [28% + 2%], demonstrativo fl.08, como fez a fiscalização, sobre a importação de fumo destalado, seco e amarrado em feixe, marca tipo Virgínia, contestando a tese defensiva de que os produtos importados não estavam submetidos à aplicação da alíquota de 28%.

Pela análise dos elementos contidos no processo constato que a fiscalização aplicou alíquota de 30% fl. 08, para apurar o ICMS importação sobre os valores de fumo com NCM 2401.20.90, produto este, que foi tributado pelo contribuinte com alíquota de 18% (fl. 16).

Sobre a matéria aqui aplicável, o art. 16 da Lei nº 7.014/96, que prevê alíquotas, assim estabelece no inciso VII:

Art. 16. Não se aplicará o disposto no inciso I do artigo anterior, quando se tratar das mercadorias e dos serviços a seguir designados, cujas alíquotas são as seguintes:

(...)

VII - 28% (vinte e oito por cento) nas operações com cigarros, cigarrilhas, charutos e fumos industrializados;

Observo que no caso concreto, o produto fumo importado, é destalado e “é um fumo ainda não industrializado”, não se aplicando a alíquota de 28% prevista no dispositivo acima transcrito.

Por sua vez o Capítulo 24 da Tabela de Incidência de IPI, indica para a posição:

CÓDIGO NCM	DESCRIÇÃO	ALÍQUOTA (%)
24.01	FUMO (TABACO) NÃO MANUFATURADO; DESPERDÍCIOS DE FUMO (TABACO)	
2401.10	- Fumo (tabaco) não destalado	
2401.10.10	Em folhas, sem secar nem fermentar	NT
2401.10.20	Em folhas secas ou fermentadas tipo capeiro	NT
2401.10.30	Em folhas secas em secador de ar quente ("flue cured"), do tipo Virgínia	NT
2401.10.40	Em folhas secas, c/conteúdo de óleos voláteis sup. a 0,2%, em peso, do tipo turco	NT
2401.10.90	Outros	NT
2401.20	- Fumo (tabaco) total ou parcialmente destalado	
2401.20.10	Em folhas, sem secar nem fermentar	NT
2401.20.20	Em folhas secas ou fermentadas tipo capeiro	NT
2401.20.30	Em folhas secas em secador de ar quente ("flue cured"), do tipo Virgínia	NT
2401.20.40	Em folhas secas ("light air cured"), do tipo Burley	NT
2401.20.90	Outros	NT
2401.30.00	- Desperdícios de fumo (tabaco)	NT
24.02	CHARUTOS, CIGARRILHAS E CIGARROS, DE FUMO (TABACO) OU DOS SEUS SUCEDÂNEOS	
2402.10.00	- Charutos e cigarrilhas, contendo fumo (tabaco)	30
2402.20.00	- Cigarros contendo fumo (tabaco)	330
	Ex 01 - Feitos à mão	30
2402.90.00	- Outros	30
	Ex 01 - Cigarros não contendo fumo (tabaco), exceto os feitos à mão	330
24.03	OUTROS PRODUTOS DE FUMO (TABACO) E SEUS SUCEDÂNEOS, MANUFATURADOS; FUMO (TABACO) "HOMOGENEIZADO" OU "RECONSTITUÍDO"; EXTRATOS E MOLHOS, DE FUMO (TABACO)	
2403.10.00	- Fumo (tabaco) para fumar, mesmo contendo sucedâneos de fumo (tabaco) em qualquer proporção	30
2403.9	- Outros	
2403.91.00	-- Fumo (tabaco) "homogeneizado" ou "reconstituído"	30
2403.99	-- Outros	
2403.99.10	Extratos e molhos	30
2403.99.90	Outros	30

Verifico que conforme DI nº 17/1287511-8 (fls. 10/11), o produto importado é fumo destalado do tipo **Virgínia** classificados nas NCMs 2401.20.90, que se enquadra na classificação internacional com a NCM 2401, ou seja, FUMO NÃO MANUFATURADO. Entretanto, a Receita Federal empregando às regras de classificação enquadrando na NCM 2401.20.90 como produtos OUTROS (*Outros fumos*

não manufaturados total/parcialmente destalado), mas contido na classificação de PRODUTO NÃO MANUFATURADO (NCM 2401).

Pelo exposto, constato que os produtos classificados na NCM 24.01, referem-se a fumo não manufaturado, portanto, produto considerado não industrializado.

Entendo que o fumo classificado na TIPI na posição internacional 24.03 – Outros produtos de fumo e seus sucedâneos *manufaturados*, homogeneizado ou reconstituído; extratos e molhos de fumo, é que se enquadram como produtos *industrializado*, como definido no art. 16, VII, da Lei nº 7.014/96.

Concluo, portanto, que o produto importado com a NCM 2401.20.90 é considerado produto *não manufaturado*, que apesar de ter sido submetido a uma atividade primária de beneficiamento (destalação), não o caracteriza como “fumos industrializados”, mesmo porque é classificado como NT (não tributado) pela legislação do IPI, como o art. 16, VII, da Lei nº 7.014/96 indica que os produtos submetidos à alíquota de 28% é o “fumo industrializado”, considero que os produtos classificados na NCM 24.01 caracteriza-se como “Fumo não manufaturado” e só seria tributado pelo ICMS na alíquota citada, se o fumo fosse classificado na NCM 24.03 que trata de “*outros produtos de fumo e seus sucedâneos manufaturados*”, ou seja “fumos industrializados”, como literalmente indicado no inciso VII, do art. 16, do citado diploma legal.

Nesse sentido, é importante registrar a decisão da CJF deste CONSEF, que apreciando idêntica matéria, sobre o Acórdão JJF nº 0003-04/14, que decidiu pela improcedência da Autuação, concluiu pelo Não Provimento do Recurso de Ofício, conforme Acórdão CJF Nº 0142-11/15.

Sendo assim, considero que o produto importado, objeto da autuação aqui discutida, não se enquadra como produto submetido à alíquota de 28%, conforme definido no art. 16, VII, da Lei nº 7.014/96. Consequentemente, também não se aplica os 2% previsto no art. 16-A da mencionada Lei.

O defendente informou que receberá intimação, notificação, citação e outros da espécie no endereço de seu escritório localizado na Alameda Salvador, 1057, Torre Europa, sala 717, Caminho das Árvores, Salvador/BA, CEP 41820-790, atendendo pelo telefone nº 71 3500-2500 e com endereço eletrônico ednilton@emeireles.adv.br.

Registro que, embora não seja obrigatória a comunicação de intimações e decisões ao advogado da empresa, mas sim, à parte envolvida na lide, no endereço constante do seu cadastro junto ao Estado, nada obsta de que seu pleito seja atendido pelo setor competente deste CONSEF, enviando as intimações sobre o presente processo no endereço indicado.

Por tudo que foi exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232189.0006/17-5**, lavrado contra **GOLDEN LEAF TOBACCO LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de julho de 2018.

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - RELATORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVEA - JULGADOR