

A. I. Nº - 206859.0038/02-8
AUTUADO - DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS DUVALLE LTDA.
AUTUANTE - VLADIMIR MÁXIMO MOREIRA
ORIGEM - INFAZ IGUATEMI
INTERNET - 08.09.03

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0330-03/3

EMENTA: ICMS. 1. CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Tal constatação indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Não comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. Infração subsistente. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. Infração comprovada. 3. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. Acusação fiscal não elidida. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infrações caracterizadas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração de 30/09/2002, exige ICMS de R\$168.061,39, em decorrência das seguintes irregularidades:

1. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor na Conta Caixa, no valor de R\$71.403,97.
2. Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, no valor de R\$65.077,65.
3. Recolheu a menor o ICMS, na condição de empresa de Pequeno Porte enquadrada no regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA), R\$6.561,10.
4. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação relacionadas nos anexos 69 e 88, no valor de R\$1.341,12.
5. Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e relacionadas nos anexos 69 e 88, no valor de R\$23. 677,55.

O autuado ingressa com defesa, fls. 1.191/1.194, e impugna em parte o Auto de Infração, informando que as parcelas relativas às infrações 1,3,4,5, foram objeto de parcelamento.

Quanto à infração 2, reclama que houve autuação em duplicidade, pois já havia sido notificada através do Auto de Infração nº 178129.05/00-8, com a mesma base de cálculo, no valor de R\$54.493,89 que inclusive foi objeto de parcelamento já liquidado, e pede a devida compensação, considerando que o “bis in idem” é inconstitucional. Aduz que a multa do Auto de Infração anterior foi de 50% e que a penalidade aplicada neste Auto de Infração foi exarcebada, pois da ordem de 150%. Requer a improcedência em parte do Auto de Infração.

O autuante presta informação fiscal, fls. 1.222/1.224, e esclarece que em 08/12/00, o auditor fiscal lavrou o Auto de Infração nº 1718129.0054/00-8, considerando que o contribuinte teria adquirido produtos sujeitos à antecipação tributária (vinho a granel), e não efetuou o devido recolhimento do ICMS. Naquela oportunidade, o autuado ainda se encontrava inscrito na condição de Micro Industrial (engarrafadora de bebidas), porém, como não estava praticando exclusivamente esta atividade, o autuante entendeu que deveria efetuar a cobrança da antecipação tributária, no valor de R\$54.493,89, mas que não possuía a mesma base de cálculo, por se tratar de operações com base de cálculo distintas.

Aduz que a infração ora contestada foi apurada mediante levantamento nos documentos fiscais (demonstrativos de fls. 102 e 103), uma vez que, por se tratar de empresa inscrita no SIMBAHIA, o contribuinte não possuía livros fiscais. Conforme demonstrado à fl. 102, o contribuinte já tinha efetuado a retenção do ICMS no valor de R\$43.440,22, provenientes das vendas praticadas no ano de 1999, e no documento de fl. 103, o contribuinte efetuou a retenção do ICMS no valor de R\$21.637,41 provenientes das vendas praticadas nos meses de janeiro a novembro de 2000, o que totalizou uma retenção sem recolhimento do imposto na ordem de R\$65.077,65. Neste Auto de Infração os valores apurados tiveram como base de cálculo as vendas apuradas, enquanto que no Auto de Infração anteriormente lavrado, a base de cálculo originou-se das próprias notas fiscais de aquisição de mercadorias. Aponta que o fato relevante na defesa é que as mercadorias que originaram as vendas e por consequência a substituição tributária efetuada e não recolhida, foram as mesmas constantes do Auto de Infração nº 178129.0054/00-8, e entende ser legítima compensação dos valores recolhidos, o que não era possível na sua esfera de atribuições.

Esta 3ª JF diligenciou à ASTEC, para que auditor estranho ao feito esclarecesse as seguintes questões:

1. Se as autuações em comento foram relativas às mesmas mercadorias;
2. Se foi correta a exigência do imposto por antecipação, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, conforme exigido no item 1 do Auto de Infração nº 17812.0054/00-8, de acordo com a situação cadastral do autuado e de sua atividade comercial.
3. Se é devido o ICMS exigido no item do presente Auto de Infração, de acordo com a situação cadastral do autuado e sua atividade comercial, com relação às notas fiscais, objeto da retenção do ICMS e discriminadas às fls. 102 e 103 do PAF.
4. Considerar os períodos de ocorrência do fato gerador dos dois Autos de Infração, para posicionar-se sobre a ocorrência de tributação em duplicidade.
5. Considerar a informação do autuante, de que as mercadorias adquiridas, objeto da substituição por antecipação (vinho a granel), seriam ou não passíveis daquela autuação, vez que poderia configurar-se como matéria-prima da “Engarrafadora Duvalle”.

6. Pede-se a atenção ao disposto nos art^{os}. 391-A, 392- A 393 A e parágrafo único do RICMS/97, para o deslinde das questões ora colocadas.

Diligente emite o Parecer ASTEC nº 0123/03, fls. 1231/1232, no qual esclarece as questões solicitadas, da seguinte forma:

1. As infrações do Auto de Infração nº 178129.0054/00-8, referem-se à antecipação de aquisições oriundas de outras Unidades da Federação de vinho e aguardente, conforme documentos anexados às fls.1238/1277, enquanto que o presente Auto de Infração através da infração 2, exige a substituição na saída de vinho, catuaba e aguardente, conforme fotocópias de Notas Fiscais nºs 1281/1298.
2. À época do fato gerador a situação cadastral da empresa era de Pequeno Porte, cuja atividade era industrialização, conforme consta na Informação Cadastral – INC, fotocópias às fls. 1237.

Como dispõe o artigo 392-A, inciso I, a empresa de pequeno porte que se dedique exclusivamente a atividade industrial está desobrigada ao pagamento antecipado das aquisições de mercadorias enquadradas na substituição tributária, procedentes de outras unidades da Federação.

3. De acordo com a situação cadastral e atividade comercial da empresa, o ICMS deveria ser exigido nas saídas através das notas fiscais constantes às fls. 102 e 103 do PAF, entretanto, vale ressaltar que, anteriormente, foi lavrado o Auto de Infração nº 178129.0054/00-8, exigindo a antecipação tributária nas aquisições de bebidas (vinho e aguardente), oriundas de outras Unidades da Federação.
4. Para apreciação da Senhora Julgadora, informamos que o Auto de Infração nº 178129/0054/00-8 e o presente Auto de Infração abrangeram o mesmo período (Exercícios de 1999/2000).
5. De acordo com o código de atividade da empresa a as notas fiscais de saídas onde consta o produto “catuaba”, derivado do vinho, a empresa tinha como atividade a industrialização daquele produto.

O autuado apresenta sua manifestação, relativa à diligência e Parecer da ASTEC nº 0112/03, e entende que o diligente deixa patente em sua inteireza, a confissão de todas as assertivas contidas na impugnação, corroborando para a improcedência total do Auto de Infração. Requer a improcedência deste Auto de Infração, até porque o autuado, consoante objeto de prova, já cumpriu com a obrigação fiscal das mesmas mercadorias no Auto de Infração nº 17829.0054/00-8, ou em outra hipótese, que se compensem os Autos de Infração em evidência, fazendo assim, a melhor justiça que o caso requer.

O autuante manifesta-se às fls. 1307/1308, e de pronto mantém a mesma posição contida na contestação. Expõe os seguintes esclarecimentos:

1. Sendo o contribuinte inscrito como microempresa industrial não há o que se falar em mesma mercadoria quando o produto sofre um processo de transformação devidamente tipificado pela legislação federal. A mercadoria adquirida pelo contribuinte foi VINHO A GRANEL, o produto vendido pelo contribuinte foi VINHO ENGARRAFADO E CATUABA.
2. Entende que houve equívoco na cobrança de parte do imposto constante do Auto de Infração nº 178129.0054/00-8, uma vez que, o fato gerador do ICMS devido pelo contribuinte ocorreu quando da saída dos produtos industrializados no ano de 1999 e parte de 2000. Naquela

oportunidade o contribuinte(estabelecimento industrial) efetuou a devida substituição tributária e deveria ter sido intimado a pagar aqueles valores retidos e não recolhidos.

3. Totalmente legítimo a cobrança do ICMS exigido no item 2 do Auto de Infração em discussão, uma vez que o período em tela foi aquele em que o contribuinte se encontrava inscrito e desenvolvendo atividades de cunho industrial. Não poderia e não seria possível se admitir que um contribuinte praticasse retenções indevidas do ICMS em nome do Estado. Não existe nenhuma dúvida de que o contribuinte sempre agiu convicto da sua situação cadastral e da sua responsabilidade tributária de contribuinte substituto.
4. Não existe semelhança entre os períodos de ocorrência do fato gerador dos dois Autos de Infração, uma vez que, o primeiro tomou como base as notas fiscais de aquisições dos produtos, enquanto que o presente Auto de Infração, considerou como período de ocorrência do fato gerador as saídas das mercadorias na forma regulamentar.
5. Configurando-se os produtos adquiridos, MATÉRIA-PRIMA da engarrafadora Duvalle (denominação anterior do contribuinte industrial), é evidente de que não há o que se falar em antecipação tributária quando das aquisições interestadual dos produtos, uma vez que a sua forma de tributação é aquela prevista na norma regulamentar.
6. Analisa os artigos 391-A, 392-A, 393-A e parágrafo único do RICMS/97, e constata a total procedência dos atos praticados pelo autuante.
7. Registra que como não tem competência para promover compensação entre imposto pago indevidamente e o devido pelo contribuinte, cabe ao CONSEF, se esse for o entendimento, efetivar a compensação, observando-se que no Auto de Infração nº 178129.0005/00-8, encontram-se lançadas notas fiscais originárias de aquisições de produtos para revenda e por consequência sujeitas à antecipação.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração no qual o autuado reconhece o cometimento das infrações 1, 3, 4 e 5, razão porque me abstenho de comentá-las.

Quanto à infração 2, esta refere-se à falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, no período de fevereiro de 1999 a novembro de 2000.

Na época de sua ocorrência, o autuado encontrava-se inscrito no regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA), na condição de empresa de pequeno porte, e por não possuir livros fiscais, a infração foi apurada através de levantamento nos documentos fiscais, conforme demonstrativo de fls. 102 e 103. Os valores apurados foram provenientes das vendas efetuadas, de mercadorias, enquadradas na substituição tributária, vinho, catuaba, conforme fotocópias de Notas Fiscais nºs 1281/1298, conforme o art. 353, II, 2 do RICMS/97.

O autuado irredimido com a autuação, informa que fora anteriormente autuado, incidindo a cobrança do ICMS sobre as mesmas mercadorias, através do Auto de Infração nº 178129.0054/00-8, e que estaria havendo duplicidade,

Face às alegações da defesa, esta 3ª JF diligenciou o PAF à ASTEC para que fiscal estranho ao feito, esclarecesse as seguintes questões:

1. Se as autuações em comento foram relativas às mesmas mercadorias;
2. Se foi correta a exigência do imposto por antecipação, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, conforme exigido no item 1 do Auto de Infração nº 17812.0054/00-8, de acordo com a situação cadastral do autuado e de sua atividade comercial.
3. Se é devido o ICMS exigido no item do presente Auto de Infração, de acordo com a situação cadastral do autuado e sua atividade comercial, com relação às notas fiscais, objeto da retenção do ICMS e discriminadas às fls. 102 e 103 do PAF.
4. Considerar os períodos de ocorrência do fato gerador dos dois Autos de Infração, para posicionar-se sobre a ocorrência de tributação em duplicidade.
5. Considerar a informação do autuante, de que as mercadorias adquiridas, objeto da substituição por antecipação (vinho a granel), seriam ou não passíveis daquela autuação, vez que poderia configurar-se como matéria-prima da “Engarrafadora Duvalle”.
6. Pede-se a atenção ao disposto nos art^{os} 391-A, 392- A 393 A e parágrafo único do RICMS/97, para o deslinde das questões ora colocadas.

O diligente emitiu o Parecer da ASTEC nº 0123/03, no qual esclareceu as questões solicitadas, da seguinte forma:

1. As autuações do Auto de Infração nº 178129.0054/00-8, referem-se à antecipação de aquisições, oriundas de outras Unidades da Federação, de vinho e aguardente, conforme documentos anexados às fls. 1238/1277, enquanto que o presente Auto de Infração através da infração 2, exige a substituição na saída de vinho, catuaba e aguardente, conforme fotocópias de Notas Fiscais nºs 1281/1298.
2. À época do fato gerador a situação cadastral da empresa era de Pequeno Porte, cuja atividade era industrialização, conforme consta na Informação Cadastral – INC, fotocópias às fls. 1237;
3. Como dispõe o artigo 392-A, inciso I, a empresa de pequeno porte que se dedique exclusivamente a atividade industrial está desobrigada ao pagamento antecipado das aquisições de mercadorias enquadradas na substituição tributária procedentes de outras unidades da Federação.
4. De acordo com a situação cadastral e atividade comercial da empresa, o ICMS deveria ser exigido nas saídas através das notas fiscais constantes às fls. 102 e 103 do PAF, entretanto, vale ressaltar que, anteriormente, foi lavrado o Auto de Infração nº 178129.0054/00-8, exigindo a antecipação tributária nas aquisições de bebidas (vinho e aguardente), oriundas de outras Unidades da Federação.
5. Para apreciação da Senhora Julgadora, informamos que o Auto de Infração nº 178129/0054/00-8 e o presente Auto de Infração abrangeram o mesmo período (Exercícios de 1999/2000).
6. De acordo com o código de atividade da empresa e as notas fiscais de saídas onde consta o produto “catuaba”, derivado do vinho, a empresa tinha como atividade a industrialização daquele produto.

Como vimos acima, o diligente informou que à época do fato gerador, a situação cadastral da empresa era de Pequeno Porte, com atividade de industrialização, pelo que concluo:

1. Sendo o contribuinte inscrito como microempresa industrial não há o que se falar em mesma mercadoria quando o produto sofre um processo de transformação devidamente tipificado pela legislação federal. A mercadoria adquirida pelo contribuinte foi VINHO A GRANEL, o produto vendido pelo contribuinte foi VINHO ENGARRAFADO E CATUABA.
2. De fato, houve equívoco na cobrança de parte do imposto constante do Auto de Infração nº 178129.0054/00-8, uma vez que, o fato gerador do ICMS devido pelo contribuinte ocorreu quando da saída dos produtos industrializados no ano de 1999 e parte de 2000.
3. Sendo os contribuintes inscritos no cadastro estadual, não poderia ter sido exigido o ICMS por substituição tributária, relativo às aquisições de vinho (conforme NF nº 3506, fl. 1249; NF 060, fl. 1285), e catuaba (NF nº 3506, fl. 1249), utilizados no processo industrial do contribuinte, eis que serviram como matéria prima, no processo de industrialização, a teor do que dispõe o art. 355, III do RICMS/97.
4. Consequentemente, o Auto de Infração nº 178129.0054/00-8, lavrado anteriormente, exigiu indevidamente o ICMS nas entradas das matérias primas adquiridas pelo autuado, em relação aos produtos vinho e catuaba.
5. Na presente autuação, está se exigindo o imposto por substituição tributária, dos produtos resultantes da industrialização, à época dos fatos geradores aqui relatados, o que está em consonância com a legislação que rege a matéria.

Dessa forma, é devido o imposto exigido neste item do Auto de Infração, entretanto, o contribuinte tem o direito de solicitar a restituição do imposto porventura recolhido, no Auto de Infração nº 178129.0054/00-8, exclusivamente em relação às aquisições de vinho em granel e catuaba.

Ademais, este Conselho de Fazenda, não tem competência para promover compensação entre imposto pago indevidamente e o devido pelo contribuinte, devendo o autuado promover o pedido de restituição do tributo, na forma prevista no Capítulo II do RPAF/99, artigo 73 a 83 do RPAF/99.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206859.0038/02-8**, lavrado contra **DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS DUVALLE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa no valor de **R\$168.061,39**, sendo R\$104.640,47, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 70% sobre R\$18.560,97, 150% sobre R\$65.077,65, 50% sobre R\$6.561,10 e 60% sobre R\$14.440,75, previstas no art. 42, III, V, "a", I, "b", item 3, II, "d", da Lei nº 7.014/96 e demais acréscimos moratórios, e mais R\$63.420,92, acrescido das multas de 70% sobre R\$52.843,00 e 60% sobre R\$10.577,92, previstas no art 42, III, e II "d" da citada Lei e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de agosto de 2003.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR