

PROCESSO - A. I. Nº 281078.0010/02-6
RECORRENTE - VINÍCOLA SÃO JORGE IND. COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JFJ nº 0158-03/04
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 17/12/2004

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0439-11/04

EMENTA: ICMS. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. 1. DESENQUADRAMENTO DE OFÍCIO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO DEVIDO NA CONDIÇÃO DE EMPRESA ENQUADRADA NO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO DO ICMS. Legítimo o desenquadramento do SimBahia, de ofício, face ao não recolhimento do imposto por 3 (três) meses consecutivos ou 6 (seis) meses alternados, de conformidade com o Parágrafo único do artigo 22 da Lei nº 7.556, de 20/12/99, efeitos a partir de 01/01/00. Infração comprovada. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. Infração comprovada. **b)** IMPOSTO RETIDO A MENOS. Infração comprovada. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte contra a Decisão da 3ª JFJ, que julgou Procedente o Auto de Infração em tela, o qual exige ICMS no valor de R\$863.948,02 em razão das seguintes irregularidades:

1. A empresa foi desenquadrada do Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia), em virtude de reter e não recolher o ICMS Substituição Tributária, conforme determina o art. 408 L, inciso V;
2. Deixou de recolher ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado;
3. Reteve a menos o ICMS na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

Sustenta a Decisão da 3ª JFJ, ora recorrida:

- inicialmente quanto às alegações preliminares suscitadas pelo recorrente, entendeu não haver nulidade por cerceamento de defesa, aplicando o disposto no § 1º do artigo 18 do RPAF/99, posto que as irregularidades apontadas na peça defensiva foram saneadas e os demonstrativos foram entregues ao recorrente, sendo ainda reaberto o prazo de defesa de 30 dias, para que pudesse, adequadamente, exercer seu direito de defesa.
- no mérito, quanto à infração 1 aduz que consta a exigência da diferença entre o ICMS que fora recolhido sob o Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia), e o ICMS

relativo à apuração normal mensal, vez que o recorrente foi desenquadrado daquele regime, através de ato do Inspetor Fazendário.

- sustenta que o desenquadramento do SimBahia ocorreu de ofício, face ao não recolhimento do imposto por 3 (três) meses consecutivos ou 6 (seis) meses alternados ou incorrer na prática de infrações de natureza grave, de conformidade com o Parágrafo único do artigo 22 da Lei nº 7.556, de 20/12/99, efeitos a partir de 01/01/00.
- desta forma, encontra-se ultrapassada a questão da motivação do desenquadramento pela autoridade fazendária competente, vez que seu ato está legalmente autorizado pela Lei nº 7.556/99, sendo legítima a exigência fiscal contida na infração 1.
- verificou, ainda, que no levantamento de fl. 40, Anexo 3, encontram-se, apurados, mensalmente, os valores do recolhimento a menos do ICMS apurado pelo regime normal de tributação, correspondendo ao quantum exigido nesta infração.
- observa que o presente procedimento fiscal encontra amparo no art. 408-S combinado com o art. 408 L, IX do RICMS/97, em que constatada qualquer das situações previstas no 408 L, caso presente, o imposto será exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos que derem causa ao desenquadramento.
- em relação à infração 2, verificou que a atividade do recorrente, conforme inscrição no cadastro estadual da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, é a de código 1591101, e consiste na *“fabricação, retificação, homogeneização e mistura de aguardente de cana de açúcar.”*
- observa que o inspetor fazendário ao prestar os esclarecimentos quanto ao desenquadramento do SimBahia, esclareceu que *“o autuado tem dentro do seu ramo de atividades a compra de insumos para produção e venda de vinhos enriquecidos com álcool, mercadorias enquadradas na substituição tributária, a teor do que dispõe o art. 353, II, 2.1 do RICMS/97.”*
- desta forma, deveria o recorrente, na qualidade de sujeito passivo, recolher o imposto devido por substituição tributária, código de receita 1006, tendo em vista a realização de vendas de produtos enquadrados na substituição tributária, nos anos de 2001, 2002 e 2003.
- coadunando com este entendimento, o próprio recorrente asseverou que embora não fabricasse vinho a partir de uvas frescas, bagaço ou mosto de uvas, conforme prevê o inciso II, alínea “b” do art. 51 do RICMS/97, apenas dilui e engarrafa concentrado adquirido de outro Estado, o que consiste em processo de fabricação.
- assim, deve ser aplicado o disposto no artigo 393-A do RICMS/97, posto que, não resta dúvida de que desenvolve atividade industrial.
- sustenta que o tratamento simplificado de apuração do imposto não se aplica ao pagamento de ICMS nas operações sujeitas à antecipação ou substituição tributária, conforme a leitura do art. 5º da Lei nº 7.357/98, devendo, no presente caso, ser aplicada a alíquota de 25% prevista no art. 51, inciso II, alínea “b” do RICMS/97.
- os demonstrativos de fls. nºs 23/39, Anexo 2, relacionam as operações efetuadas cujo imposto foi retido, mas não repassado ao Erário.
- nos demonstrativos mencionados na infração 2, também se encontram os dados da infração 3, cujo imposto foi retido a menos, pelo sujeito passivo, na qualidade de substituto tributário.

- entendeu que configurada a infração, estando os valores do imposto corretamente apurados pelo autuante.

Concluiu pela Procedência do Auto de Infração.

Insatisfeito com a Decisão supra o contribuinte interpôs Recurso Voluntário, no qual alega as seguintes razões:

- fez a antecipação tributária das mercadorias na entrada, sendo o ICMS apurado pelas notas fiscais de entradas, desta forma, não é pertinente a cobrança de ICMS na saída, posto que com a antecipação já estaria encerrada a fase de tributação.
- sustenta que não houve prejuízo algum ao Erário com a alegada retenção de tributos, pois o imposto devido já foi antecipado.
- sustenta não ser cabível a aplicação do disposto no art.357 do RICMS/BA, posto que se dedica não somente à industrialização, mas também à comercialização e representação.

A representante da PGE/PROFIS, na sua manifestação, sustenta que as razões recursais não são suficientes para descaracterizar a infração, pois a legislação do SimBahia exclui expressamente desse regime de apuração o pagamento do ICMS nas operações sujeitas à antecipação.

Em razão disso, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Após análise dos autos verifico que não assiste razão ao recorrente, devendo, portanto, subsistir a autuação. Explicamos.

Em relação à infração 1, observo, inicialmente, que restou demonstrado nos autos que o recorrente foi motivadamente desenquadrado do SimBahia.

Da mesma forma, ficou evidenciado nos autos (levantamento de fl. 40, Anexo 3) o recolhimento a menos de ICMS apurado pelo regime normal de tributação, correspondente ao quantum exigido, nos termos do art. 408-S combinado com o art. 408-L, IX, do RICMS/97.

Assim, entendo que a infração 1 deve ser mantida.

Quanto à infração 2, partilho do entendimento da 3ª JJF no sentido de que uma vez comprovado o caráter industrial do recorrente, deveria este, na qualidade de sujeito passivo, recolher o imposto devido por substituição tributária, tendo em vista a realização de vendas de produtos enquadrados naquele regime nos anos de 2001, 2002 e 2003.

Outrossim, o tratamento simplificado de apuração do imposto não se aplica ao pagamento de ICMS nas operações sujeitas à antecipação ou substituição tributária, conforme a leitura do art. 5º da Lei nº 7.357/98, devendo, no presente caso, ser aplicada a alíquota de 25% prevista no art. 51, inciso II, alínea “b” do RICMS/97.

Por fim, no que diz respeito à infração 3, como bem ressaltou a Decisão recorrida, nos demonstrativos mencionados na infração 2, também se encontram os dados da infração 3, cujo imposto foi retido a menos, pelo sujeito passivo, na qualidade de substituto tributário. Logo, resta também configurada a infração, estando os valores do imposto corretamente apurados pelo autuante.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter, na íntegra, a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 **281078.0010/02-6**, lavrado contra **VINÍCOLA SÃO JORGE INDÚSTRIA COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$863.948,02** acrescido da multa de 60% sobre R\$527.432,12 e 150% sobre R\$336.515,90, previstas no art. 42, II “f”, “e”, V, “a”, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 7 de dezembro de 2004.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

MARCOS ROGÉRIO LYRIO PIMENTA – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS