

PROCESSO - A. I. Nº 298950.0020/05-1
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e DISBRENG – DISTRIBUIDORA E ENGARRAFADORA DE BEBIDAS LTDA.
RECORRIDOS - DISBRENG – DISTRIBUIDORA E ENGARRAFADORA DE BEBIDAS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0159-03/06
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
INTERNET - 01/11/2006

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0370-12/06

EMENTA: ICMS. 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSTO RETIDO E RECOLHIDO A MENOS. A legislação vigente à época dos fatos, atribui ao autuado a responsabilidade pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, ficando obrigado a fazer a retenção do imposto nas operações de saídas, para fins de antecipação do tributo relativo às operações subseqüentes realizadas pelos adquirentes neste Estado. Mantido o lançamento. 2. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. **a)** RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. Refeitos os cálculos por Auditor Fiscal estranho ao feito, concluiu-se pela inexistência de débito a ser recolhido. **b)** DESENQUADRAMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO COM BASE NO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO. Não subsiste o desenquadramento efetuado através do lançamento de ofício, pois, comprovado por Auditor Fiscal estranho ao feito que não ocorreu o motivo indicado para o desenquadramento no exercício fiscalizado. Infração não caracterizada. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata de Recursos de Ofício apresentado Tendo em vista a sucumbência parcial da Fazenda Pública Estadual a 3ª JJF recorre, de ofício, desta Decisão, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00. O mesmo faz o contribuinte que por sua vez interpõe um Recurso Voluntário.

O lançamento de ofício refere-se à exigência de ICMS, acrescido das multas de 50%, 60% e 70%, decorrente da constatação das seguintes infrações:

1. Reteve e recolheu a menos o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, no período de julho de 2003 a dezembro de 2004. Valor do débito: R\$233.557,56.
2. Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares, na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia), referente ao mês de julho de 2003. Valor do débito: R\$460,00.
3. Recolhimento do ICMS efetuado a menos, na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia), referente ao período de setembro de 2003 a novembro de 2004. Valor do débito: R\$22.413,63.
4. Deixou de recolher, nos prazos regulamentares, o ICMS referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios. Contribuinte inscrito como EPP, a partir de agosto de 2004 ultrapassou o limite de 20% estabelecido no art. 405-A, inciso I, alínea “b”, do RICMS/97,

sujeitando-se ao desenquadramento previsto no art. 406-A, do citado Regulamento. Valor do débito: R\$49.177,81.

Em seu voto o Sr. relator na JJF após breve relato sobre as infrações. Quanto à infração descrita no item 1 afirma que apesar do entendimento do autuado, *“não se trata de exigência de imposto relativo às aquisições de matérias primas, produto intermediário ou material de embalagem, mas sim, em relação às vendas por ele realizadas para contribuintes localizados neste Estado, considerando a sua condição de estabelecimento industrial, como fabricante do coquetel de vinho”*. Reafirma que *“a legislação vigente à época dos fatos, atribui ao autuado a responsabilidade pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, ficando obrigado a fazer a retenção do imposto nas operações de saídas, para fins de antecipação do tributo relativo às operações subsequentes realizadas pelos adquirentes neste Estado (art. 353, Inciso II, item 2.1, do RICMS/97)”*.

A alegação do contribuinte que o produto por ele fabricado não está relacionado entre as mercadorias passíveis de substituição tributária, por se tratar de bebida alcoólica, mercadoria que foi retirada da antecipação tributária não pode ser acatada. Somente a partir de 01/10/2005 foi retirada da antecipação tributária a bebida alcoólica e a exigência fiscal se refere ao período de julho de 2003 a dezembro de 2004 (Decreto nº 9.547, de 20/09/2005). Salientou que *“no levantamento fiscal efetuado, foram deduzidos os valores do ICMS Substituição Tributária recolhidos, e apurado o imposto devido, conforme demonstrativo às fls. 08 a 22, e os cálculos não foram questionados pelo defendente”*. Manteve a exigência fiscal decorrente desta infração.

Quanto à infração 2 o Sr. relator afirma que o autuado *“reconhece a procedência do valor exigido e alega que efetuou o pagamento débito em 27/01/2006, conforme DAE que acostou à fl. 43. Entretanto, a comprovação apresentada pelo defendente não se refere ao presente lançamento, haja vista que não tem o mesmo valor exigido, e no campo destinado à especificação da receita consta a seguinte informação: “TPP AUTO DE INFRAÇÃO – DEMAIS SEC E ORGÃOS”. Além disso, no campo 17 do mencionado DAE, o número do documento não é o mesmo deste Auto de Infração. Logo, não é acatada a alegação defensiva de que já recolheu o imposto exigido no presente PAF. Infração subsistente”*.

No que diz respeito à infração 3, a alegação do contribuinte que o autuante incluiu na apuração da receita bruta e acumulada, os valores referentes ao IPI e à substituição tributária foi constada por fiscal estranho ao feito que diz ter constatado o equívoco apontado pelo contribuinte. Este funcionário fiscal informou que o autuante, *“quando da elaboração da planilha de cálculo para a receita bruta mensal e acumulada, inadvertidamente levou em consideração os valores totais dos documentos fiscais”*. Acrescenta ainda *“que refez o levantamento fiscal, e não apurou qualquer imposto a ser exigido, conforme planilha às fls. 62/63 dos autos”*. Acatando as conclusões apresentadas pelo informante concluiu pela improcedência desta infração.

Em relação à infração descrita no item 4, o Sr. relator comenta a respeito do SimBahia salientando que o desenquadramento ou exclusão de ofício deste regime *“deve ser efetuado por meio de ato administrativo, ou seja, deve ser comunicado ao contribuinte o desenquadramento determinado de ofício pela autoridade administrativa”*. Entendeu que *“no presente processo além de o contribuinte não ter sido comunicado, ficou comprovado pelo Auditor que prestou a informação fiscal que os valores corrigidos nos demonstrativos da infração anterior indicam que só excluem o autuado da condição de SimBahia no mês 12/2004, devendo passar à condição de contribuinte normal a partir de janeiro de 2005”*. Concluiu pela insubsistência da exigência fiscal deste item e consequentemente pela procedência parcial do lançamento e elaborou um demonstrativo.

No prazo legal o contribuinte impetra um Recurso Voluntário onde limita-se a defender-se novamente contra a imposição que lhe foi feita no item 1 *“reteve e recolheu a menos o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, no período de julho de 2003 a dezembro de 2004. Valor do débito: R\$233.557,56. O seu argumento é de que de acordo com o “art. 353, II, 2, subitem 2.1 ao 2.10 do RICMS, o seu produto – coquetel de vinho e suco de uvas de NCM nº 2208.90.00, não está relacionado nas mercadorias cujo NCM são passivos de substituição*

tributária, como mostra a nomenclatura do produto discriminado no rótulo e citado na Nota fiscal anexa. Informa que existe um pedido de restituição de todos os recolhimentos feitos a título de “substituição do ICMS”.

A Sra. procurador em Parecer opinativo conclui que : “ *da análise dos autos, verifico que os fatos geradores ocorreram antes da alteração legislativa promovida pelo Decreto nº 9.547 de 20/09/2005 e portanto até então , o art. 353, II, item 2 do RICMS estabelecia que os produtos comercializado pelo contribuinte com o NCM 2208.90.00 estava incluído na substituição tributária, precisamente no sub item 2.6*” Opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Vistos e analisados os presentes autos passo a manifestar-me sobre os Recursos de Ofício e Voluntário. Inicialmente em relação ao Recurso de Ofício entendo que o mesmo NÃO DEVE SER PROVIDO, pois em relação à infração 3 o próprio autuante, como bem frisou o Sr. relator na JJF, quando da elaboração da planilha de cálculo para a receita bruta mensal e acumulada, inadvertidamente levou em consideração os valores totais dos documentos fiscais porém os cálculos foram refeitos e não apurou qualquer imposto a ser exigido (fls. 62/63) improcedente portanto a exigência. Em relação à infração descrita no item 04 acompanhamos também a Decisão da JJF, pois de acordo com a legislação em vigor o desenquadramento ou exclusão de ofício do regime do SimBahia “*deve ser efetuado por meio de ato administrativo, ou seja, deve ser comunicado ao contribuinte o desenquadramento determinado de ofício pela autoridade administrativa*”. Acontece que “*no presente processo além de o contribuinte não ter sido comunicado, ficou comprovado pelo Auditor que prestou a informação fiscal que os valores corrigidos nos demonstrativos da infração anterior indicam que só excluem o autuado da condição de SimBahia no mês 12/2004, devendo passar à condição de contribuinte normal a partir de janeiro de 2005*”. Correto, portanto, o entendimento esposado pela JJF quanto a improcedência dos itens 3 e 4.

Quanto ao Recurso Voluntário, o contribuinte traz como argumento único, o fato de que seu produto de acordo com o art. 353, II, 2, subitem 2.1 ao 2.10 do RICMS, – coquetel de vinho e suco de uvas de NCM nº 2208.90.00, não está relacionado nas mercadorias cujo NCM são passivos de substituição tributária, como mostra a nomenclatura do produto discriminado no rótulo e citado na Nota fiscal anexa. Ocorre, como bem colocou a Sra. procuradora, que os fatos geradores ocorreram antes da alteração legislativa promovida pelo Decreto nº 9.547 de 20/09/2005 e, portanto, até então , o art. 353, II, item 2 do RICMS estabelecia que os produtos comercializados pelo recorrente com o NCM 2208.90.00, estavam incluídos na substituição tributária, precisamente no subitem 2.6”. Desta forma sentimos que carece de fundamento a argumentação apresentada e o Recurso Voluntário NÃO DEVE SER PROVIDO.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298950.0020/05-1**, lavrado contra **DISBRENG - DISTRIBUIDORA E ENGARRAFADORA DE BEBIDAS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$234.017,56**, acrescido das multas de 50% sobre R\$460,00 e 60% sobre R\$233.557,56, previstas, respectivamente, no art. 42, incisos I, “b”, item 3 e II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores comprovadamente pagos.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de setembro de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

HELCONIO DE SOUZA ALMEIDA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS