

A. I. N° - 298950.0020/05-1
AUTUADO - DISBRENG – DISTRIBUIDORA E ENGARRAFADORA DE BEBIDAS LTDA.
AUTUANTE - DENNIS ALVIM ALVES SANTOS
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO
INTRENET - 15/05/06

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0159-03/06

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 subsequentes realizadas pelos adquirentes neste Estado. Mantido o lançamento. 2. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. a) FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infração comprovada. b) RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. Refeitos os cálculos por Auditor Fiscal estranho ao feito, concluiu-se pela inexistência de débito a ser recolhido. c) 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. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 29/12/2005, refere-se à exigência de R\$305.609,00 de ICMS, acrescido das multas de 50%, 60% e 70%, tendo em vista que foram constatadas as seguintes infrações:

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.
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.

O autuado apresentou impugnação à fl. 37, alegando que em relação à primeira infração, a exigência fiscal não tem base legal, tendo em vista que, com a edição do Decreto nº 7.466/98, efeitos a partir de 01/01/99, não deve ser feita retenção do ICMS nas operações internas e nas aquisições interestaduais, quando a mercadoria se destinar a estabelecimento industrial, inclusive microempresas industriais, para utilização como matéria prima, produto intermediário ou material de embalagem. Diz que utiliza álcool etílico e vinho seco para fabricação do coquetel de vinho, produto que é devidamente registrado no Ministério da Agricultura, Regional de Salvador, sob a NM 06.213 00010-3, conforme rótulo que anexou aos autos e notas fiscais emitidas quando das saídas dos mencionados produtos.

Quanto à infração 02, diz que foi efetuado o pagamento do imposto, em 27/01/2006, conforme DAE que acostou ao PAF.

Em relação à infração 03, alega que a exigência fiscal também não tem base legal, de acordo com os arts. 54 e 55, I, do RICMS/97, tendo em vista que foi considerado como faturamento o valor da nota fiscal incluindo a substituição tributária e o IPI.

Referente à infração 04, o defendente alega que também foi adicionado ao valor da receita bruta o imposto substituído, constatado no demonstrativo elaborado pelo autuante.

A informação fiscal foi prestada às fls. 60/61, pelo Auditor Fiscal Frederico Augusto S. R. da Costa, com base no art. 127, § 2º do RPAF/99, que opinou pela procedência parcial da autuação, dizendo que, em relação à primeira infração, é descabida a alegação do autuado, tendo em vista que “o imposto que está sendo cobrado refere-se ao ICMS devido por substituição tributária quando das operações de venda do contribuinte, pois a empresa qualificada na inicial trabalha com fabricação de bebida alcoólica, e conforme previsto no art. 353, inciso II, 2.1 devemos efetuar a cobrança do ICMS”.

Infração 02: Salienta que o contribuinte reconhece a procedência do valor exigido, ao alegar que recolheu o débito total em 27/01/2006. Entretanto, ressalta que foi dada ciência do Auto de Infração em 03/01/2006, e foi cobrado o valor de R\$460,00, referente ao imposto devido pelo Regime Simplificado de Apuração (SIMBAHIA), e o DAE apresentado pelo contribuinte se refere ao pagamento de TPP – Auto de Infração. Por isso, opina pela manutenção desta infração.

Infração 03: Reconhece que o autuante, quando da elaboração da planilha de cálculo para apuração da receita bruta mensal e acumulada, inadvertidamente, não levou em consideração os abatimentos referentes ao IPI e ao ICMS Substituição Tributária, e por isso, opina pela exclusão da exigência fiscal desta infração, tendo em vista que ao refazer os cálculos, chegou à conclusão de que não existe cobrança de ICMS a ser feita.

Infração 04: Com base nos esclarecimentos do item anterior, o Auditor Fiscal que prestou a informação fiscal diz que opina pela exclusão deste item do Auto de Infração, considerando que os valores corrigidos 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.

Finaliza opinando pela procedência parcial do presente Auto de Infração.

Intimado a tomar conhecimento da informação fiscal, o autuado apresentou nova manifestação à fl. 66, reafirmando a alegação referente à infração 01, de que o produto por ele fabricado não está relacionado entre as mercadorias, que, de acordo com o código NCM, são passíveis de substituição tributária, como mostra o rótulo do produto acostado aos autos.

VOTO

A primeira infração, trata da retenção e recolhimento a menos do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativamente às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

Na impugnação inicial, o autuado alegou que não é devido o imposto exigido, quando se trata de retenção do ICMS nas operações internas e nas aquisições interestaduais, porque as mercadorias se destinam a estabelecimento industrial. Diz que utiliza álcool etílico e vinho seco para fabricação do coquetel de vinho, produto que é devidamente registrado no Ministério da Agricultura.

Entretanto, não se trata de exigência de imposto relativo às aquisições de matérias primas, produto intermediário ou material de embalagem, como entendeu o autuado, mas sim, em relação às vendas por ele realizadas para contribuintes localizados neste Estado, considerando a sua condição de estabelecimento industrial, como fabricante de do coquetel de vinho.

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).

Na manifestação apresentada após a informação fiscal, o defendente alega que o produto por ele fabricado não está relacionado entre as mercadorias, que, de acordo com o código NCM, são passíveis de substituição tributária, por se tratar de bebida alcoólica, mercadoria que foi retirada da antecipação tributária.

Entretanto, tal alegação não pode ser acatada, tendo em vista que somente a partir de 01/10/2005 foi retirada da antecipação tributária a bebida alcoólica, que passou a ter tributação normal, consoante o Decreto nº 9.547, de 20/09/2005, e a exigência fiscal se refere ao período de julho de 2003 a dezembro de 2004.

Saliento 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. Mantida a exigência fiscal desta infração.

A infração 02, trata da falta de recolhimento do 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.

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.

A infração 03, se refere ao recolhimento efetuado a menos, na condição de Empresa de Pequeno Porte, enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA), no período de setembro de 2003 a novembro de 2004, tendo sido alegado pelo defendente que o autuante incluiu na apuração da receita bruta e acumulada, os valores referentes ao IPI e à substituição tributária.

O fiscal estranho ao feito que prestou a informação fiscal, diz que constatou o equívoco apontado pelo contribuinte, tendo informado 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”. Diz 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 Auditor Fiscal estranho ao feito, que prestou a informação fiscal, concluo pela improcedência desta infração.

Infração 04: 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 II, alínea “b”, do RICMS/97, sujeitando-se ao desenquadramento previsto no art. 406-A, inciso IV, do citado Regulamento.

O Regime Simplificado de Apuração do ICMS – SIMBAHIA, foi instituído pela Lei 7.357, de 04/11/98, regime que consiste no tratamento tributário diferenciado e simplificado aplicado a categorias de contribuintes do ICMS, como microempresa, empresa de pequeno porte e ambulantes, sendo exigido que os interessados em adotar este tratamento tributário, se enquadrem nas condições e limites fixados na lei, implicando renúncia expressa à utilização de quaisquer créditos fiscais.

O desenquadramento do Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA) pode ocorrer em consequência dos seguintes fatos:

- a) opção manifesta do contribuinte, retornando à sistemática anterior de apuração do imposto;
- b) em decorrência de inclusão indevida do contribuinte no regime;
- c) quando o contribuinte extrapola os limites de faturamento fixados na lei, que garantem a fruição do tratamento tributário diferenciado;
- d) quando o contribuinte comete infrações definidas na legislação que determinem o desenquadramento do regime.

Vale salientar, que o desenquadramento ou exclusão de ofício do regime SIMBAHIA, deve ser efetuado por meio de ato administrativo, ou seja, deve ser comunicado ao contribuinte o desenquadramento determinado de ofício pela autoridade administrativa.

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. Assim, entendo que é insubsistente a exigência fiscal desta infração.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme demonstrativo abaixo:

INFRAÇÃO Nº	DECISÃO DA JJF	IMPOSTO
01	PROCEDENTE	233.557,56
02	PROCEDENTE	460,00
03	IMPROCEDENTE	
04	IMPROCEDENTE	
TOTAL	-	234.017,56

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **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 autuado 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 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre, de ofício, desta decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, 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.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de maio de 2006.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA - JULGADOR