

A.I. Nº - 196900.0004 /18-9
AUTUADO - GOLD INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE SUCOS E ENERGÉTICOS LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ MARIA MATOS MONTALVAN ESTEVES
ORIGEM - INFAZ JEQUIÉ
PUBLICAÇÃO - INTERNET 17/11/2020

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0160-02/20-VD

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA TOTAL. FALTA DE RECOLHIMENTO. Conforme art. 8º, II, da Lei 7014/96, a obrigação de reter e recolher o imposto devido por antecipação do imposto incidente sobre as subseqüentes operações dos contribuintes substituídos e adquirentes de mercadorias indicadas no Anexo 1 do RICMS-BA, independe do regime de contribuição do contribuinte substituto. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Lavrado em 30/03/2018, o Auto de Infração formaliza a exigência de ICMS no valor total de R\$62.495,18, em decorrência da seguinte infração:

01 – 07.02.03. Deixou de proceder à retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Valor: R\$62.495,18. Período: Junho 2015 a Dezembro 2017. Enquadramento legal: Art. 8º, II, da Lei 7.014/96 C/C art. 289, do RICMS-BA/2012. Multa: 60%, conforme previsto na alínea “e” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Consta da descrição: Conforme “Demonstrativo 1ª – Substituição Tributária – Saídas (Memória de Cálculos”); “Demonstrativo 1ª.1 – Pagamento e Créditos Relativos à Antecipação Tributária – Saídas”; “Demonstrativo 1ª.2 – Antecipação Tributária – Saídas (ICMS Não Retido e Não Recolhido), em mídia ótica anexa ao PAF.

O autuado apresenta Defesa às fls. 48-50). Após reproduzir a infração diz que o débito é indevido e teve origem na não retenção de ICMS ST nas operações de vendas de “energéticos 24 horas energy Dreink”, produto considerado no regime de ICMS ST, conforme demonstrativos autuados, sendo que o fiscal não observou que a empresa é optante do Simples Nacional, tendo como atividade principal a fabricação de bebidas não alcoólicas e atividades secundarias a fabricação de refrigerantes, bebidas isotônicas, energéticas, sucos e refrescos, sendo dispensado a retenção de ICMS ST nas vendas desses produtos, considerando que recolhe o ICMS normalmente pelo Simples Nacional através da guia DAS, conforme declarado e demonstrado no extrato PGDAS mensal.

Aduz que o fiscal se equivocou no enquadramento legal, observando o art. 8º, II, da Lei 7014/96 e o art. 289 do RICMS-BA, pois não se menciona a cobrança de ICMS ST para empresa optante do Simples Nacional que fabrica produtos enquadrados no Anexo I, conforme textos reproduzidos.

Concluindo, pede: a) anulação da Infração, pois pagou o ICMS na guia do Simples Nacional; b) que a cobrança seja analisada e decidida com motivação dentro do princípio do contraditório e ampla defesa; c) que as decisões sejam encaminhadas ao endereço do representante legal do autuado; d) que o CONSEF julgue a improcedência do AI.

O autuante presta Informação Fiscal às fls. 55-58. Após resumir a Impugnação diz que o próprio Impugnante afirma que a empresa autuada é fabricante de produtos enquadrados na ST, conforme constam nos demonstrativos suporte da autuação (fls. 16-35 e CD de fl. 41) e constantes do Anexo 1 do RICMS-BA, pelo que resta esclarecer o tratamento a ser aplicado nas vendas desses produtos

para outros contribuintes, realizada por optante pelo SIMPLES NACIONAL fabricante desses produtos.

Afirma dúvida não pairar quanto à ocorrência dos fatos narrados no AI e descritos no texto da infração.

Seguindo, reproduz os arts. 12, 13, VII e § 1º, “a”, da LC 123/2006; o art. 8º, II, da Lei 7014/96; arts. 289, 319 e 321, I, do RICMS-BA, para demonstrar que a ação fiscal se subsume ao determinado na legislação de referência, de modo que a operação de venda de mercadoria elencada no Anexo I, do REICMS-BA, no caso, bebida energética, para outros contribuintes do ICMS, o estabelecimento industrial, independentemente do seu regime de tributação, na condição de substituto tributário está obrigado a reter o ICMS relativo às operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes.

Assim, diz, sendo optante pelo SIMPLES NACIONAL, haverá incidência de ICMS na seguinte forma: 1) sobre o valor relativo às suas próprias operações: Nesse caso, deverá declarar esse faturamento no sistema PGDASD e pagará o ICMS dentro do Regime do SIMPLES NACIONAL junto aos demais tributos relacionados a esse regime; 2) sobre o valor relativo às operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes (substituídos tributários): deverá reter e recolher o ICMS da substituição tributária seguindo memória de cálculo exposta no DEMONSTRATIVO 1A.

Por fim, dizendo que o autuado se limitou a recolher o ICMS do SIMPLES NACIONAL, motivo pelo qual lavrou o Auto de Infração, conclui pedindo a procedência do Auto de Infração.

VOTO

Conforme acima relatado, o AI processado exige o valor de R\$62.495,13, acusando falta de retenção e recolhimento de ICMS na qualidade de substituto tributário por venda internas de produtos constantes do Anexo I do RICMS-BA a outros contribuintes do imposto (Infração 07.02.03).

Examinando os autos constato estar o PAF consoante com o RICMS-BA e com o RPAF-BA/99, pois o lançamento resta pleno dos essenciais pressupostos formais e materiais e os fatos geradores do crédito tributário constam claramente demonstrados.

Assim, considerando que: a) conforme documentos de fl. 43, bem como o teor da manifestação defensiva citando os demonstrativos suporte e a compreensão da acusação fiscal, cópia do Auto de Infração e dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto foram entregues ao contribuinte; b) na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto nos artigos 15, 19, 26, 28, 38, 39 (em especial quanto ao inciso III e § 1º), 41, 42, 44, 45 e 46, do RPAF; c) o processo se conforma nos artigos 12, 16, 22, 108, 109 e 110 do mesmo regulamento; d) as infrações estão claramente descritas, corretamente tipificadas e têm suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais (fls. 04-40 e CD de fl. 41); e) a infração está determinada com segurança, bem como identificado o infrator, constato não haver vício a macular o PAF em análise.

Tratando-se de contribuinte optante do Simples Nacional, a exação fiscal decorre de obrigação tributária liquidada por Autoridade Fiscal então competente do Ente tributante (COTEB: art. 107, §3º), mediante regular procedimento administrativo, cujos elementos determinantes previstos no art. 142 do CTN (ocorrência do fato gerador; determinação da matéria tributável, cálculo do montante do tributo devido, identificação do sujeito passivo e multa proposta) constam claramente identificados nos autos.

Ressalto tratar-se de tributo originalmente sujeito a lançamento por homologação (CTN: art. 150) em que a legislação atribui ao sujeito passivo a prática de todos os atos de valoração da obrigação tributária, inclusive o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, cabendo a esta apenas homologar os atos de natureza fiscal do contribuinte no prazo decadencial. Nesse caso, ainda que sobre a obrigação tributária não influam quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, em sendo praticados, os

atos são, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação (§§ 2º e 3º do artigo 150 do CTN).

Vê-se nos autos que, sem objetivamente contestar os dados das infrações e os demonstrativos suportes em que as NFs objeto da autuação estão identificadas (fls. 12-40 e arquivos no CD fl. 41), a exação fiscal se refere a falta de retenção e recolhimento de ICMS ST relativo às operações de vendas da bebida denominada “ENERGÉTICO 24 HORAS ENERGI DRINK” fabricada pelo contribuinte autuado, conforme o DEMONSTRATIVO 1 A – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – SAÍDAS no qual se identifica e detalha os cálculos da exação, valores, inclusive, não contrariados na Impugnação, já que ela se limita a pedir a anulação e improcedência do AI sob o argumento de que sendo contribuinte optante pelo SIMPLES NACIONAL teria cumprido toda sua obrigação tributária nas guias de recolhimento de todos os tributos do regime de tributação (inclusive ICMS), conforme declarado no PGDAS e que nem o art. 8º, II, da Lei 7014/96 nem o art. 289 do RICMS-BA, menciona a cobrança de ICMS ST para empresa optante do Simples Nacional que fabrica produtos enquadrados no Anexo I.

Contudo, considerando a legislação que rege a matéria frente às provas autuadas, especialmente a Lei Complementar nº 123/2006 que institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, a razão instalada no contraditório neste PAF desfavorece ao Impugnante, senão vejamos:

LC 123/06

Art. 12. Fica instituído o Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional.

Art. 13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições:

I - Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ;

II - Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, observado o disposto no inciso XII do § 1º deste artigo;

III - Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL;

IV - Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, observado o disposto no inciso XII do § 1º deste artigo;

V - Contribuição para o PIS/Pasep, observado o disposto no inciso XII do § 1º deste artigo;

VI - Contribuição Patronal Previdenciária - CPP para a Seguridade Social, a cargo da pessoa jurídica, de que trata o art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, exceto no caso da microempresa e da empresa de pequeno porte que se dedique às atividades de prestação de serviços referidas no § 5º-C do art. 18 desta Lei Complementar;

VII - Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS;

VIII - Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISS.

§ 1º O recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:

(...)

a) nas operações sujeitas ao regime de substituição tributária, tributação concentrada em uma única etapa (monofásica) e sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto com encerramento de tributação, envolvendo combustíveis e lubrificantes; energia elétrica; cigarros e outros produtos derivados do fumo; bebidas; ...

Art. 21. Os tributos devidos, apurados na forma dos arts. 18 a 20 desta Lei Complementar, deverão ser pagos:

I - por meio de documento único de arrecadação, instituído pelo Comitê Gestor;

Lei 7014/96

Art. 8º São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados:

(...)

II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias constantes no Anexo I desta lei, exceto na hipótese de tê-las recebido já com o imposto antecipado;

Anexo 1 da Lei 7014/96

5 Bebidas energéticas, isotônicas, iogurtes e outras bebidas alimentares à base de leite ou de cacau, néctares e refrescos;

RICMS-BA

Art. 289. Ficam sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação, que encerre a fase de tributação, as mercadorias constantes no Anexo I deste regulamento.

Art. 319. O Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional obedecerá ao disposto na Lei Complementar Federal nº 123, de 14/12/2006, às resoluções do Comitê Gestor de Tributação das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte e, no que couber, as normas da legislação do ICMS.

Art. 321. O recolhimento na forma do Simples Nacional não exclui a incidência do ICMS devido:

I - nas operações ou prestações sujeitas ao regime de substituição tributária;

Anexo 1 2015

Item 6. Bebidas energéticas e isotônicas – 2106.9 e 2202.9

Anexo 1 2016 EFEITOS DE 10/03/2016 A 31/01/2017

3.10 03.013.00 2202.9 Bebidas energéticas em embalagem com capacidade inferior a 600ml

3.11 03.014.00 2202.9 Bebidas energéticas em embalagem com capacidade igual ou superior a 600ml

Anexo 1 2017

3.10 03.013.00 2106.9 2202.9 Bebidas energéticas em embalagem com capacidade inferior a 600ml

3.11 03.014.00 2106.9 2202.9 Bebidas energéticas em embalagem com capacidade igual ou superior a 600ml

Da legislação acima há de perceber que mesmo optante pelo SIMPLES NACIONAL, nas operações objeto da ação fiscal, o contribuinte autuado, na condição de fabricante e substituto tributário quando das vendas internas a outros contribuintes, é devedor por duas distintas situações: **a)** ICMS próprio por suas vendas pagando o imposto na parcela relativa conforme o faturamento que declara no sistema PGDASD dentro do Regime de Tributação do SIMPLES NACIONAL, que não integra a auditoria do presente caso; **b)** ICMS ST devido pela antecipação das operações subsequentes dos seus adquirentes, como substituto tributário, valor que deve reter e recolher ao Erário - o que não fez -, cuja formulação consta indicada no Demonstrativo 1 A (fls. 16-35) e que constitui a exação desta lide administrativa que, por nada ter que reparar, tenho como inteiramente subsistente.

Voto, pois, pela **PROCEDÊNCIA** do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **196900.0004/18-9**, lavrado contra **GOLD INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE SUCOS E ENERGÉTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$62.495,13**, acrescido da multa de 60% prevista na alínea “e”, do inciso II, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF à Distância, 26 de agosto de 2020.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ ADELSON MATOS RAMOS – JULGADOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR