

A. I. Nº - 232115.0007/16-0
AUTUADO - MADEIREIRA MOREIRA CASTRO LTDA. (MADEIREIRA CASTRO) - EPP
AUTUANTE - FIRNALVON MIRANDA GUSMÃO
ORIGEM - INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 06.07.2017

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0081-01/17

EMENTA: ICMS. 1. SIMPLES NACIONAL. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO. **a.1)** SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO. Optantes pelo Simples Nacional (LC nº 123/06) efetuam recolhimento unificado de impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além da substituição tributária e a de antecipação parcial do ICMS (art. 13, § 1º, da LC nº 123/2006). O preposto fiscal procede às exclusões comprovadas de insumos utilizadas na atividade industrial do autuado. Infração subsistente em parte. **a.2)** ANTECIPAÇÃO PARCIAL. Aquisição interestadual de mercadorias para comercialização. O preposto fiscal procede às exclusões das mercadorias não adquiridas para fins de revenda. Infração subsistente em parte. **MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO.** **b)** RECOLHIMENTO A MENOR. **b.1)** SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO. O preposto fiscal procede às exclusões comprovadas de insumos utilizadas na atividade industrial do autuado. Infração subsistente em parte. **b.2)** AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. O preposto fiscal procede às exclusões das mercadorias não adquiridas para fins de revenda. Infração subsistente em parte. **c)** FALTA DE RETENÇÃO. OPERAÇÕES INTERNAS SUBSEQUENTES. VENDAS REALIZADAS PARA CONTRIBUINTES DENTRO DO ESTADO. Infração não impugnada. Rejeitado o pedido de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 13/06/2016, exige crédito tributário de ICMS no valor histórico de R\$279.812,19 em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de março e novembro de 2013, abril, agosto a dezembro 2014, janeiro, março a dezembro de 2015. Valor R\$208.036,50. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 2 - Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples

Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de janeiro e fevereiro de 2014. Valor R\$8.541,39. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 3 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, no mês de novembro de 2015. Valor R\$2.985,35. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 4 - Efetuou o recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de janeiro a maio, outubro e dezembro de 2013, janeiro, fevereiro, abril a dezembro de 2014, fevereiro a junho e agosto a outubro de 2015. Valor R\$33.465,11. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 5 - Deixou de proceder à retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. A empresa comercializou produtos de sua própria fabricação (Portas, Caixonetes, Alisares), que são materiais de construção, sujeitos à retenção do ICMS Substituição Tributária nas saídas, sem o devido destaque e consequente pagamento do imposto, nos meses de fevereiro a dezembro de 2015. Valor R\$26.783,84. Multa de 60%.

O autuado apresenta defesa, às fls. 32/38 (procuração do seu advogado, fl. 39); reproduz as infrações imputadas, alegando que tais ocorrências não merecem prosperar. Diz que, além de exercer o comércio de produtos relacionados a madeira, fabrica os seguintes itens: portas, portas semi ocas, caixonetes, alisares (vistas), rodapés, cancelas, portões etc., cujas fotografias anexa aos autos.

Destaca que em razão da industrialização dos produtos acima descritos, a empresa autuada não está obrigada a recolher o ICMS sobre os produtos utilizados para a fabricação daqueles itens; devendo recolher tributo somente se os produtos forem destinados à comercialização.

Dessa modo, as infrações 1, 2, 3 e 4, todas ligadas à substituição tributária ou antecipação parcial, na condição de Simples Nacional, não merecem prosperar. Explica que os produtos descritos nas notas fiscais utilizadas pelo Sr. Agente Fiscal para autuar o autuado são insumos que se prestam ao processo produtivo de portas, portas semi ocas, caixonetes, alisares (vistas), rodapés, cancelas, portões etc. Concluindo que o regime da substituição tributária do ICMS não se aplica, dentre outras situações, às operações que destinem mercadoria para utilização em processo de industrialização, como é o caso das infrações acima referidas.

No que diz respeito à infração 5, contesta a cobrança do Fisco de ICMS SUBSTITUTO, uma vez que no ano de 2015, as portas, caixonetes e alisares de madeira não estão no anexo 1 do RICMS. Estão inclusos no regime de substituição tributária apenas as de plástico, alumínio e aço; os produtos que a empresa industrializa estão inseridas no capítulo 44 da TIPI.

Reitera que o RICMS é claro quando aduz que a empresa, caso utilize os insumos para processo de industrialização, não fica obrigada a recolher o ICMS. Reitera que tais insumos não recolhe ICMS-ST. Reitera o fato de que quando adquire fechaduras, chapas de fibra de madeira, dobradiças, batente de porta, fecho livre, alizar, colmeia, madeira serrada de pinus, branco, angelim serrado, dentre outros produtos (insumos), o faz para que possam ser utilizados na fabricação de portas, portas semi ocas, caixonetes, alisares, rodapés, cancelas, portões etc.

Conclui que houve um equívoco do Auditor Fiscal, no que diz respeito às infrações imputas de sorte que, se realizada uma análise mais criteriosa da legislação tributária aplicável, é possível verificar que não houve o descumprimento de qualquer obrigação fiscal.

Questiona sobre a multa aplicada, que teria ido além do mínimo legal. Discorre sobre sua aplicação no ordenamento brasileiro, sobre decisões do STF, princípio do não confisco, etc.

Finaliza, pedindo provimento a presente defesa, para fins de anulação do lançamento do tributo ICMS e da multa correspondente; produção de todos os meios de provas em direito admitidos e que as publicações e intimações decorrentes do presente feito realizadas em nome do Bel. Aleksandro Lincoln Cardoso Lessa, OAB/BA nº 20.381, ou enviadas para o endereço profissional constante do rodapé desta defesa, sob pena de nulidade.

A Informação fiscal é prestada, às fls. 88/94, iniciando com a reprodução das infrações imputadas e a peça defensiva. Destaca a forma cortês no trato Fisco-contribuinte. Discorda, contudo, da alegação defensiva quanto à não incidência do ICMS substituição tributária em relação às portas de madeira maciça, as portas semi ocas, os caixonetes, os alizares, os portões e outros artefatos de madeira por ele fabricados, que estão enquadrados nos NCM,s 44182000 e 44181000, sujeitos à cobrança do ICMS-ST pelas saídas, conforme art. 8º, II da Lei nº 7.014/96.

Diz que Anexo ao regulamento de 2012, vigente em 2015, no item 24.23 destaca a inclusão de "*Obras de marcenaria ou de carpintaria para construções, incluídos os painéis celulares, os painéis montados para revestimento de pavimentos (pisos) e as fasquias para telhados "shingles e shakes", de madeiras - 4418*".

Para corroborar o retromencionado, declara que tanto as Notas Fiscais Eletrônicas de Entradas quanto as Notas Fiscais Eletrônicas de Saídas emitidas pela Autuada, atribuem ao produto "Alizar", o NCM 44182000, logo sujeitos à Substituição Tributária.

Quanto às multas, explica que apenas aplicou a legislação.

Por derradeiro, informa que após acurada observação dos argumentos textuais e de imagens trazidos aos autos, após os vários contatos verbais mantidos com a autuada, buscando esclarecimentos sobre certas mercadorias constantes nas planilhas de Antecipação Parcial e Substituição Tributária, cuja cobrança do ICMS fora impugnada, na alegação de que fariam parte do processo produtivo e, portanto, desobrigadas do pagamento do imposto, diz que onde assistia razão ao autuado, houve a exclusão das respectivas planilhas.

Para os produtos que não encontrou arrimo na legislação do ICMS, nos argumentos defensivos, manteve a autuação. Assinala que ainda teve o cuidado de intimar o autuado para que lhe apresentasse planilha ou documentos, onde se estabeleça exata correlação de nomenclaturas entre as mercadorias constantes das notas fiscais de e ou saídas com produtos apresentados em fotografia. Conclui que na empreitada, não obteve êxito.

Apresenta novas Planilhas de Cálculo do imposto, o seguinte resultado:

Infração 1 - 07.21.01 de R\$ 208.036,50 passa para R\$ 70.273,21; Infração 2 - 07.21.02 de R\$ 8.541,39 passa para R\$ 7.434,12; Infração 3 - 07.21.03 de R\$ 2.985,35 passa para R\$ 2.865,35; Infração 4 - 07.21.04 de R\$ 33.465,11 passa para R\$ 26.857,90; Infração 5 - 07.02.03 afirma que não foi atacada e suas estruturas permanecem inalteradas, no valor de R\$26.783,84.

Finaliza pela Procedência Parcial do Auto de Infração no valor de R\$134.214,42.

Intimado para conhecer do resultado da Informação Fiscal (fl. 98).

VOTO

O lançamento de ofício contempla as infrações descritas e narradas na inicial dos autos, que serão objeto da apreciação nas linhas que seguem.

Preliminarmente, o autuado questiona a anulação da autuação, da multa correspondente; a produção de provas, admitidas no direito entrega de publicações e intimações do presente processo administrativo fiscal - PAF, no endereço do advogado que indica, sob pena de nulidade.

Preliminarmente, o pedido de nulidade da autuação fiscal, não há de ser acatada, tendo em vista que o procedimento fiscal foi manejado de forma regular, em respeito ao devido processo legal; regularmente intimado do Auto de Infração, o contribuinte autuado interveio nos autos, apresentou razões, da forma e com os elementos que dispunha. O Auto de Infração contém os elementos orientadores para a sua lavratura, conforme previstos no art. 39, RPAF BA, Regulamento de Processo Fiscal do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99 e no art. 142 do Código Tributário Nacional - CTN.

O pedido para que as intimações relacionadas ao presente PAF sejam encaminhadas para endereço dos advogados indicados, de certo que não existe óbice para o seu cumprimento. No entanto, o não atendimento à solicitação, não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista no artigo 108, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – Decreto nº 7.629/99 e em perfeita sintonia com o estabelecido no Código Tributário Nacional – CTN, art. 127, a orientar, como regra, a eleição do domicílio tributário pelo sujeito passivo, desde que não elaborada de modo a prejudicar o trabalho do Fisco.

Verifico que o sujeito passivo se encontra inscrito no Cadastro de Contribuinte desse Estado, explorando, entre outras, as atividades de "*fabricação de esquadrias de madeiras e de peças de madeiras para instalações industriais e comerciais*" - CNAE FISCAL 1622/60-2, além do "*comércio de madeira e artefatos*" - CNAE FISCAL 4744/00-2.

O mencionado contribuinte de fez ainda a opção pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional. No presente caso, o autuado foi alcançado pela fiscalização pela falta de recolhimento ou recolhimento a menor do ICMS devido por substituição tributária, por antecipação parcial, na aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado ou ainda pela ausência de retenção do ICMS-ST, nas vendas efetuadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

O Simples Nacional, criado pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, é o regime de recolhimento unificado de impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, devidos pelas microempresas e empresas de pequeno porte. Entretanto, nem todo tributo será recolhido unificadamente. Algumas hipóteses de incidência foram expressamente ressalvadas, bem como o uso de determinadas técnicas de tributação, como a de substituição tributária e a de antecipação parcial do ICMS, conforme previstas no art. 13, § 1º, da LC nº 123/2006

Dessa forma, os itens 1 e 2 acusam o contribuinte de não ter recolhido por antecipação ou substituição tributária (ICMS-ST), de acordo com os demonstrativos sintéticos acostados aos autos (fls. 11/14), além da mídia CD, com os demonstrativos integrais (fl. 26), e entregue ao autuado, conforme recibo (fl. 24/25), respectivamente, nos valores de R\$208.036,50 (deixou de recolher) e R\$8.541,39 (efetuou recolhimento a menor).

Os itens 3 e 4 acusam o contribuinte de não ter recolhido ou recolhido a menor o ICMS antecipação parcial, nos termos do art. 12-A da Lei nº 7.014/96, de acordo com os demonstrativos sintéticos acostados aos autos (fls. 15/18), além da mídia CD, com os demonstrativos integrais (fl. 26), e entregue ao autuado, conforme recibo (fl. 24/25), respectivamente, nos valores de R\$2.985,35 e R\$33.465,11.

No mérito, alega o autuado que além de comercializar com produtos no ramo madeireiro, fabrica portas, portas semi ocas, caixonetes, alisares (vistas), rodapés, cancelas, portões, etc.; em razão dessa industrialização, não está obrigada a recolher o ICMS sobre insumos utilizados para a produção de tais itens, devendo recolher tributo somente quando os produtos forem destinados para a comercialização.

O preposto fiscal, em seu tempo, diz que após acurada observação das peças constantes dos autos, argumentos e diversos contatos mantidos com a autuada, buscando os esclarecimentos sobre as mercadorias discriminadas nas planilhas de Antecipação Parcial e da Substituição Tributária, providenciou as exclusões das operações, onde o direito assistia ao autuado.

Contesta, contudo, a alegação defensiva da não incidência do ICMS substituição tributária em relação às portas de madeira maciça, as portas semi ocas, os caixonetes, os alizares, os portões e outros artefatos de madeira por ele fabricados, que estão enquadrados nos NCM,s 44182000 e 44181000 e sujeitos à cobrança do ICMS-ST pelas saídas, conforme art. 8º, II da Lei nº 7.014/96.

Examinando as peças processuais, verifico que o sujeito passivo, atuando no setor madeireiro, exerce atividades consideradas de industrialização, além da atividade eminentemente de comercialização dos produtos adquiridos para revenda, sujeitando-se à incidência do ICMS antecipação parcial, desde que as aquisições sejam interestaduais.

O Estado da Bahia incluiu no regime da Substituição tributária, os produtos de materiais de construção, ficando sujeitas ao pagamento antecipado do ICMS, as mercadorias constantes no Anexo 1 de regulamento dado pelo Decreto nº 13.780/12. Mais especificamente, encontram-se listadas no item 24.23 do citado anexo *"as obras de marcenaria ou de carpintaria para construções, incluídos os painéis celulares, os painéis montados para revestimento de pavimentos (pisos) e as fasquias para telhados "shingles e shakes", de madeira – 4418"*.

Portanto, no caso, compete ao autuado, nas aquisições interestaduais de tais produtos, oriundas de unidade da Federação que não possua acordo com o Estado da Bahia atribuindo ao remetente a condição de sujeito passivo por substituição tributária.

O preposto fiscal operou diligentemente, afastando da exigência as aquisições de insumos que serviram à atividade industrial da madeireira, realização de beneficiamento industrial de peças de madeira, ou outras que assim, possam ser consideradas, no estágio em que se encontra a madeira, logo após o corte, quando ainda estão no formato de toras, definido em conformidade com o conceito industrial extraído da legislação do IPI (Decreto nº 7.212/2010 - RIPI/10).

Dessa forma, acatou as alegações da defesa, quando acompanhadas das comprovações que se faziam necessárias, reduzindo a exigência de R\$208.036,50 para R\$70.273,21 (infração 1) e de R\$8.541,39 para R\$7.434,12 (infração 2).

Com relação às infrações 3 e 4, nos termos do art. 12-A, da Lei nº 7.014/96, nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.

Nesse sentido, lavorou de igual forma o preposto do Fisco, excluindo do levantamento inicial, as operações interestaduais, que não estavam no regime da substituição tributária e foram adquiridas para fins de comercialização.

Foram feitos os ajustes devidos e a infração 3 foi modificada, passando de R\$2.985,35 para R\$2.865,35 e a infração 4, que passou de R\$33.465,11 para R\$26.857,90.

Considerando os novos demonstrativos dos itens retro mencionados anexados em mídia CD (fl. 96, entrega, intimação e conhecimento das alterações procedidas no PAF (fls. 97/101), sem novas manifestações defensivas, sou pela subsistência parcial das aludidas infrações, restando-as caracterizadas em parte, conforme consta nos demonstrativos de fl. 96.

No que tange à quinta infração, o contribuinte autuado é o responsável tributário pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido nas operações de vendas realizadas para contribuintes, nesse Estado, das mercadorias discriminadas no demonstrativo de fls. 20/23, conforme prescreve o art. 8º, II da Lei nº 7.014/96 (materiais de construção - item 24.23, Anexo I, do Regulamento de ICMS -

Decreto nº 13.780/12).

O autuado não apresentou impugnação à exigência, nem mesmo quando cientificado da sua manutenção, apos os ajustes procedidos em face aos demais itens. A infração 5 resta integralmente caracterizada, no valor de R\$26.783,84.

No tocante às multas aplicadas, apesar da irresignação do autuado, entendo acertada a sua aplicação, porque insculpidas na Lei nº 7.014/96, não sendo da alcada desta Primeira Instância de julgamento a redução de penalidade por descumprimento de obrigação principal, razão pela qual devem ser mantidas nos percentuais em que se encontram. Ressalto, ainda, que não se inclui na competência dos órgãos julgadores administrativos a declaração de inconstitucionalidade na legislação posta (art. 167 do RPAF/BA).

Diante do exposto, o Auto de Infração é **PROCEDENTE EM PARTE**, no valor de R\$134.214,42.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 232115.0007/16-0, lavrado contra **MADEIREIRA MOREIRA CASTRO LTDA. (MADEIREIRA CASTRO) - EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$134.214,42**, acrescido da multa 60%, prevista no art. 42, II, alíneas "d" e "e", da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea "a", do RPAF//99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de maio de 2017.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR