

A. I. Nº - 232151.0004/16-7
AUTUADO - FN COMÉRCIO E DECORAÇÕES DE MÓVEIS LTDA. EIRELI
AUTUANTE - RUBEM FRANCELINO DE SOUZA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 06.11.2019

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0194-02/19

EMENTA: ICMS. 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ENTRADAS DE MERCADORIAS EM OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE RECOLHIMENTO. Comprovado que as operações arroladas na autuação, ou não se referiam a mercadorias listadas no Anexo 1 ao RICMS/12, ou a responsabilidade do recolhimento do imposto competia ao vendedor, por força de Protocolo ICMS, a infração não subsiste. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. É devido o pagamento a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização, não enquadradas no regime da substituição tributária. O sujeito passivo não trouxe argumentos capazes de elidir a infração. Negada a conversão da multa, como requerido, por falta de base legal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 22 de março de 2016 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$279.286,71 bem como multa de 60%, pela constatação da seguinte infração:

Infração 01. **07.21.01**. 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, no total de R\$51.359,90, ocorrência constatada nos meses de fevereiro, abril, junho a dezembro de 2014, janeiro a maio, setembro, novembro e dezembro de 2015.

Infração 02. **07.21.03**. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por 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 montante de R\$227.926,81, para fatos verificados em janeiro, fevereiro, abril a dezembro de 2014, janeiro a outubro de 2015.

A empresa autuada através de seus advogados apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 140 a 166, onde argumenta que a mídia que acompanhou a notificação e concedeu prazo para apresentação de defesa prévia, não apresenta nenhum arquivo, razão pela qual devolve a mesma a fim de verificar tal constatação, requerendo, também, que seja devolvido o prazo para apresentação de defesa, para que sejam observados os supostos dados e arquivos que deveriam estar ali inseridos, tudo sob pena de nulidade processual, em razão da violação ao contraditório, ampla defesa e devido processo legal.

Aborda, a seguir, que a legislação baiana do ICMS (Lei nº 7.014/96) foi modificada pela Lei nº 8.967/03, que incluiu no seu texto o artigo 12-A (transcrito), instituindo a figura da antecipação parcial do ICMS na entrada de produtos adquiridos de outras unidades da Federação no Estado da Bahia, cujo objetivo da modificação empreendida seria o pagamento, pelo próprio adquirente, de parte do tributo devido na operação subsequente, quando os produtos tenham a finalidade de comercialização dentro do território baiano, entretanto, ocorre que, no caso em apreço as mercadorias não seriam destinadas a comercialização dentro do território baiano.

Menciona que no Regulamento do ICMS (Decreto nº 13.780 de 16/03/2012), a matéria está disciplinada da forma reproduzida, e, em termos práticos, a antecipação parcial do ICMS ocorre da seguinte forma: supondo-se que uma mercadoria seja adquirida do Estado de São Paulo por adquirente contribuinte do ICMS domiciliado no Estado da Bahia, com alíquota interestadual de 7% e interna de 17%. Valor da mercadoria: R\$99,00 Valor total da nota fiscal: R\$100,00 (base de cálculo) ICMS destacado na Nota Fiscal (7%): R\$7,00 Valor devido na antecipação parcial: 17% (alq. int.) x R\$100,00 (vl. op.) = R\$17 - R\$7 (vl. Destacado) = R\$10 (ICMS antecipado).

Denota, da leitura do dispositivo que o instituto guarda relação com a antecipação parcial do imposto sem substituição, pois o contribuinte é o próprio adquirente, sendo exigido o ICMS, que somente seria cobrado na saída da mercadoria do seu estabelecimento, e com frequência, o Estado da Bahia vem autuando empresas adquirentes de mercadorias de outros Estados da Federação por ausência de recolhimento do ICMS antecipação parcial as quais infelizmente não observam a natureza da operação, a atividade comercial do adquirente e a finalidade do artigo 12-A da LICMS, acarretando em lançamentos e imposição de pesadas multas para contribuintes que não se enquadram na determinação legal de antecipação do imposto.

Aduz que os citados artigos, que veiculam o mesmo comando normativo, dispõem que ocorre a antecipação parcial do ICMS nas entradas interestaduais de mercadorias destinadas à comercialização, sendo evidente que a norma referida é direcionada àqueles contribuintes que adquirem mercadorias provenientes de outras unidades da Federação para posterior revenda, de forma que antecipam parte do tributo, pagando o restante quando da efetiva ocorrência do fato gerador de sua operação de venda, sem que realmente ocorra o encerramento da fase de tributação.

Elucida a aplicação do enunciado prescritivo com o seguinte exemplo: adquirente de grãos do Estado do Mato Grosso que os compre para revenda em seu atacado distribuidor situado no Estado da Bahia. O caráter da operação demonstra nitidamente que haverá uma operação posterior de revenda dentro do território do Estado em seguimento à cadeia de tributação pelo ICMS, enquadrando-se no quanto disposto no artigo 332, inciso III, b, do RICMS (entradas interestaduais de mercadorias destinadas à comercialização).

Indica ser a situação diversa a do adquirente de produtos para uso, consumo ou incorporação ao seu ativo imobilizado, sendo insofismável que alguns jamais retornarão ao comércio jurídico, o que tem como consequência a antecipação do imposto de uma operação (fato gerador) que jamais irá ocorrer a exemplo tal como verificado com a empresa autuada.

Mostra ser diversa também a situação do adquirente de produtos que serão usados (transformados) para compor seu produto final, este sim a ser comercializado, uma vez que não há comercialização direta, a exemplo do que ocorre no caso presente.

Nesta situação em voga garante não ter sido acionado o antecedente da regra de incidência, uma vez que ditas aquisições não têm a finalidade de comercialização direta, como dito no artigo 12-A da Lei 7.014/96, mas sim de aquisição para transformação em bem de consumo que, pela sua natureza e pelo processamento que sofrem, se tornam um produto totalmente dissociável daqueles adquiridos anteriormente.

No primeiro ponto acima tratado (aquisição de produtos para uso ou incorporação ao ativo imobilizado da empresa) assevera não haver controvérsia quanto à não incidência do ICMS na forma antecipada e a fundamentação é lógica: como o próprio nome já menciona, a antecipação

parcial do ICMS é uma forma de arrecadação em que é cobrado o imposto na entrada de mercadorias de outros Estados antes da ocorrência do seu fato gerador, presumindo o legislador que ocorrerá comercialização do produto; momento em que será cobrado o seu montante, excluído o valor já antecipado. Assim, não há que se falar em adequação da operação ao enunciado prescritivo do artigo 12-A da LICMS, uma vez que jamais haverá fato gerador do ICMS na operação principal, que é de revenda dentro do Estado, o que torna despicienda a exigência da parte antecipada do tributo não devido, eivando de ilegalidade e inconstitucionalidade a sua cobrança.

Invoca que sobre o tema, o próprio Conselho Estadual de Fazenda do Estado da Bahia já se manifestou e vem julgando improcedentes os Autos de Infração lavrados para exigir ICMS de Antecipação Parcial, conforme se depreende do ACÓRDÃO JF 0372-02/10, cuja ementa copia.

Nos demais casos, ou seja, de aquisição de produtos para transformação e posterior revenda, assevera também não há que se falar em obrigação de recolhimento do ICMS por antecipação, pois a venda do produto para o adquirente encerra a fase de tributação, dando início a operação diversa, com produtos diversos, apesar de compostos em sua essência por aqueles adquiridos de outros Estados.

Trata, portanto, de produto novo, não havendo que se falar em aquisição para fins de comercialização direta, tendo em vista que foi encerrada a fase de tributação, não estando preenchido o requisito exigido pela legislação baiana no já transcrito artigo 12-A.

Registra que o Tribunal de Justiça da Bahia já se manifestou sobre a matéria, ao julgar o caso de uma empresa franqueada de *fast food*, caso semelhante ao que se discute nos autos ficando consignado no Acórdão da Apelação Cível 33445-5/2005, Relatora Rosita Falcão de Almeida Maia, data do julgamento 04/04/06, reproduzida em pequeno trecho.

Ainda que se argumente que a atividade desenvolvida no sentido de utilizar-se dos bens adquiridos para compor seu produto final, pode ser enquadrada através de uma interpretação extensiva no referido mandamento legal, o ordenamento jurídico pátrio veda tal forma de aplicação da legislação tributária, diante do comando do artigo 150, I, da Constituição Federal, artigo 9º, I e artigo 97, I e III, do CTN, encabeçando o princípio da tipicidade cerrada, vedam a interpretação extensiva da norma fiscal impositiva de obrigação pecuniária, pondera.

Por tais motivos, entende dever ser decretada a nulidade do Auto de Infração, bem como que seja julgado insubsistente o mesmo, julgando-o improcedente, isentando-a do pagamento de multa, além de determinar o respectivo arquivamento.

Frisa que quando devidos o tributo afeto ao ICMS foi devidamente quitado, conforme se infere dos documentos que afirma anexar, ademais não estava sendo respeitado o princípio da não-cumulatividade do ICMS, já que não fora abatido na apuração do imposto no lançamento de ofício, o montante recolhido pela forma normal (ICMS normal).

No caso em apreço assevera não ter sido observado o quanto acima fundamenta, tendo aplicado a alíquota de 17% para todos os recolhimentos, o que viola o quanto fundamentado acima, razão pela qual requer que, em caso de manutenção do quanto aventado no Auto de Infração seja reduzida a alíquota para 7%, em atenção ao princípio da eventualidade.

Da análise do lançamento, denota haver nulidade do mesmo, eis que lavrado sem a obediência dos ditames legais, uma vez não ter sido respeitado o princípio da não-cumulatividade do ICMS, já que não foi abatido na apuração do imposto no lançamento de ofício, o montante recolhido pela forma normal (ICMS normal).

A seguir, aborda o fato de, ao seu entender, de maneira abusiva e ilegal, sem que fosse notificada sob qualquer fato, a sua inscrição estadual foi declarada inapta no âmbito da SEFAZ do Estado da Bahia, de forma abusiva e arbitrária, violando direito líquido e certo.

Argui que após diversas tentativas na esfera administrativa, não se apresentam sequer os motivos ensejadores do decreto da inaptidão da parte Autora, o que viola todos os princípios basilares do

Direito Administrativo, não havendo sequer processo administrativo aberto, apenas um cadastro no sistema que é intitulado “Consulta Ampliada ao Cadastro do ICMS da Bahia”, onde foi constatada a sua inaptidão.

Antes da consulta realizada no sistema da SEFAZ, somente soube que estava como inapta, ao tentar emitir uma nota fiscal, sendo certo que foi impedida e buscou saber o que tinha ocorrido, jamais tendo sido notificada de tal ato e não sabendo as razões que ensejaram o ato arbitrário e abusivo, alega.

Assevera acostar prova de que quanto à Receita Federal, ainda se encontra ativa, ou seja, obedece e cumpre os requisitos dos artigos 2º, 10, 30, 37, 27, 32, 38, 39, 40 a 44, da Instrução Normativa RFB 1470, de 30 de maio de 2014, que seguem abaixo transcritos, pelo que não há que se falar na manutenção da situação cadastral de inaptidão, consoante transcrição.

Fala ser a inaptidão da inscrição estadual, como na hipótese, sem o conhecimento do contribuinte, como forma de sanção compatível à morte civil da empresa, vez que esta não mais poderá expedir notas fiscais, passando a funcionar de modo irregular ou cessará suas atividades, sendo medida drástica, que deve ser aplicada com razoabilidade, em razão da função social e do princípio da preservação da empresa, ínsito no artigo 170 da Constituição Federal, reproduzido.

Entender ser o ato abusivo e arbitrário, acima descrito, praticado com violação aos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa, do livre exercício da atividade econômica, devido processo legal, da publicidade e da efetividade dos atos, e assim, faz-se necessário a suspensão do ato ilegal e arbitrário impugnado, determinando o imediato restabelecimento da sua inscrição estadual.

Após copiar o teor do artigo 23 do Decreto 70.235/1972 (Processo Administrativo Fiscal), o qual estabelece que a intimação do contribuinte deva ser pessoal, o que não ocorreu no presente caso, invoca, de igual forma, o artigo 131 da Lei Estadual 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia) assim dispõe, bem como os artigos 108 e 152 do RPAF/99, igualmente transcritos, garantindo que, na situação em comento, verifica que não houve sua intimação pessoal ou via postal.

Como se percebe, nas hipóteses de procedimento administrativo fiscal, as intimações do sujeito passivo devem ser realizadas pessoalmente, em consonância com o artigo 23 do Decreto nº 70.235/1972 e o artigo 108 do Decreto Estadual nº 7.629/99, visto que não existe qualquer outra legislação fazendo previsão de forma diversa, como tenta fazer crer o Impetrado.

Logo, diante da ausência de intimação pessoal ou postal, vê carecer de fundamento fático legal para imposição da inaptidão, e em face da ilegalidade perpetrada pela autoridade coatora, não pode exercer plenamente o seu direito de defesa, visto que ficou impossibilitada de ter ciência dos fundamentos que ensejaram a sua inaptidão, bem como de exercer o seu direito de ampla defesa e do contraditório, o que viola frontalmente os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório e uma violação inaceitável do devido processo legal, garantia esta constitucionalmente assegurada.

Pontua não se conceber a existência, validade e eficácia de ato administrativo de qualquer natureza, sem que estejam presentes os pressupostos e requisitos para tanto, a exemplo da motivação e a sua notificação ao administrado, nos termos da legislação específica, o que, definitivamente, não ocorreu no caso concreto, encontrando-se a empresa em situação de grande perplexidade e insegurança, na medida em que, está impossibilitado de exercer suas atividades empresariais.

Tem que a atuação da autoridade coatora, nos termos acima aduzidos, sem a observância do devido processo legal – que inclui, dentre outros, a necessidade motivação do ato, bem como de notificação do administrado para que adote eventuais providências necessárias na esfera administrativa – viola o direito líquido e certo de que, em qualquer circunstância, lhe sejam

assegurados a ampla defesa e o contraditório, nos termos previstos na Constituição Federal (artigo 5º, LV), transcrito.

Assim, diante da inegável abusividade e ilegalidade do ato de inaptidão, bem como diante do evidente *periculum in mora*, fala não lhe restar alternativa senão a de requerer que seja reconhecido e assegurado seu direito líquido e certo de somente sofrer qualquer ato inaptidão depois de percorridos os trâmites legais e administrativos, em estrita observância ao princípio constitucional do devido processo legal, sendo de direito, portanto a concessão de efeito suspensivo ativo ao processo para que seja concedida a liminar no sentido de suspender o ato ilegal e arbitrário impugnado, determinando o imediato restabelecimento da sua inscrição estadual, até que devidamente cumpridas todas as exigências legais atinentes ao referido princípio do devido processo legal.

Explicita terem a Constituição Federal de 1988 e o Novo Código Civil dado importante status jurídico à função social da empresa, motivado pela alteração do perfil político, ideológico e econômico neles introduzido, sendo a função social da empresa introduzida no Novo Código Civil como uma cláusula geral.

Aduz que doutrinadores entendem que a função social da propriedade é diferente da função social da empresa na medida em que a empresa não é objeto do direito, mas sujeito do direito, de acordo com os artigos 967 e 985 do Código Civil. Assim sendo, a empresa não seria propriedade do empresário mas sim sujeito do direito, agindo por vontade própria (Código Civil artigo 47), responsabilizando-se pessoalmente por seus atos (Código Civil artigo 1.022) e empregados (Código Civil artigo 932, inciso III), sendo esta a ação que deve se subordinar à função social.

Depreende que a função social da empresa é alcançada quando ela observa a solidariedade (CF/88, artigo 3º, inciso I), promove a justiça social (CF/88, artigo 170, *caput*), livre iniciativa (CF/88, artigo 170, *caput* e artigo 1º, inciso IV), dignidade da pessoa humana (CF/88, artigo 1º, inciso III), observa os valores ambientais (CDC, artigo 51, inciso XIV), além dos demais princípios constitucionais e infraconstitucionais, sendo que zelar pela saúde e continuidade da empresa é papel primordial do Estado e de seus agentes.

Argumenta que, no domínio econômico, isto é feito, respeitando-se a capacidade contributiva da empresa, sendo que o respeito à capacidade contributiva da empresa promove a justiça tributária e, por decorrência, a justiça social, na medida em que possibilita a empresa cumprir sua função social, sendo mais do que reconhecida a necessidade de balizamento proporcional na aplicação de penalidades. E se entre as penalidades existe proporcionalidade, dentro de uma multa, que nada mais é do que penalidade, também haverá de existir.

Salienta que o princípio da proporcionalidade é elemento balizador máximo das penalidades previstas, e desta forma, diante de todas as manifestações acima colacionadas, não há dúvida que o ato de tornar a empresa inapta, viola o princípio da proporcionalidade e da função social.

Invoca o fato de os princípios da ampla defesa e do contraditório se encontrarem consagrados no inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal, o qual estabelece que “*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*”, sendo tais princípios corolários de um princípio mais amplo, a saber, o princípio do devido processo legal, prescrito no inciso LIV, do artigo 5º da CF, segundo o qual “*ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*”.

Invoca doutrina, no ensinamento de Alberto Xavier, quanto ao “*direito do administrado de conhecer os fatos e o direito invocado pela autoridade, o direito de ser ouvido pessoalmente e de apresentar provas e, ainda, de confrontar as posições dos adversários*”.

Indica não ter isso ocorrido no caso vertente, porque, como já salientado, tomou conhecimento do ato da sua inaptidão, ocasionalmente, e a despeito de ser possível tal ato, nos termos da legislação de regência deste regime, isso não significa que tal ato possa ser desprovido de

motivação, nem, muito menos, que dele não seja notificado o contribuinte afetado diretamente pelo ato. E nem poderia ser diferente, sob pena de afronta direta ao Texto Constitucional.

Aborda que, de acordo com a mais abalizada doutrina administrativista brasileira, todo ato administrativo, para existir e ser válido deve preencher determinados pressupostos. Importam, para o presente caso, os pressupostos de validade do ato administrativo, mais especificamente aquele que diz respeito à sua motivação.

Traz ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, em relação aos pressupostos de validade do ato administrativo: subjetivos (sujeito), objetivos (motivo e requisitos procedimentais), teleológico (finalidade), lógico (causa) e formalístico (formalização), sendo que a ausência de qualquer deles implica, por consequência, na nulidade do ato administrativo.

No caso em tela, constata ser a verdadeira ausência de motivação do ato que decretou a inaptidão, quer dizer, da exposição dos motivos, da fundamentação na qual são enunciados: a regra de Direito habilitante, os fatos em que o agente se estribou para decidir e, muitas vezes, obrigatoriamente, a enunciação da relação de pertinência lógica entre os fatos ocorridos e o ato praticado; ou, ao menos, de motivação validamente notificada.

Garante que, ante a ausência de motivação, ou, ao menos, de motivação validamente notificada ao Impetrante, encontra-se, também, cerceada no seu direito de defesa, na medida em que não tem conhecimento, até a presente data, do motivo que ensejou a prática do ato de inaptidão.

Após reproduzir o artigo 18, do RPAF/99, tem-se que, portanto, por qualquer ângulo que se analise a questão, a ausência de motivação do ato administrativo de exclusão inquina-o de nulidade, retirando-lhe a força para produção de quaisquer efeitos jurídicos, arremata.

Ainda que tenha havido, nos trâmites internos da SEFAZ/BA, alguma motivação para a sua exclusão, fato é que não houve a devida notificação de tal ato, a qual somente tomou conhecimento no momento em que tentou emitir uma nota fiscal, conforme narrado acima, e o fato de haver a previsão legal de inaptidão não implica, como já foi dito, que seja prescindível a sua notificação. Muito pelo contrário. A própria lei estabelece que deva a autoridade notificar.

No caso em tela, como se constata, para os seus responsáveis nunca foi enviada notificação ou houve cientificação do ato que ensejou a inaptidão, ao revés, foi ela própria que tomou ciência quando tentou emitir uma nota fiscal, pelo que deverá ser declarada a nulidade do ato administrativo, cujo reconhecimento é mister por este Juízo.

Solicita, pois, seja suspenso o ato ilegal e arbitrário que decretou a inaptidão da situação cadastral, determinando o imediato restabelecimento da sua inscrição estadual até o provimento jurisdicional final que conceder a segurança nos autos do processo 0521127-60.2016.8.05.0001, haja vista a evidente nulidade e ilegalidade praticada pela Autoridade Coatora.

Em conclusão, requer seja suspenso o ato ilegal e arbitrário que decretou a inaptidão da situação cadastral, determinando o imediato restabelecimento da sua inscrição estadual, haja vista a evidente nulidade e ilegalidade praticada pela Autoridade Coatora, frente ao seu entendimento de ter agido nos estritos termos do quanto lhe faculta a legislação vigente, razão pela qual inexistente qualquer irregularidade.

Requer, ainda, seja convertida a autuação em orientação e advertência para cumprimento da legislação, observando-se, sempre, o critério da dupla visita (artigo 23 do Decreto 4.552/2002, e Lei 7.855/89, artigo 6º, § 3º), sendo julgado insubsistente o presente Auto de Infração, isentando-a do pagamento de multa, bem como decretada a nulidade do mesmo, além de determinar o respectivo arquivamento.

Requer, por fim, que seja observado ter aplicado a alíquota de 17% para todos os recolhimentos, o que viola o quanto fundamentado acima, razão pela qual requer que, em caso de manutenção do quanto aventado no auto de infração que seja reduzida a alíquota para 7%, em atenção ao princípio da eventualidade, e sejam compensados os valores quitados e comprovados na forma dos documentos que garante anexar).

Informação fiscal constante às fls. 184 a 187 esclarece que as alegações da empresa não encontram amparo no campo da verdade real, vez que todos os demonstrativos e documentos requeridos pela norma regulamentar lhes foram entregues, mediante recibo, por ocasião da assinatura do Auto de Infração, juntamente com os livros e notas fiscais utilizados na auditoria.

A respeito do CD, as alegações defensivas são improcedentes, vez que a mídia ofertada ao autuado estava devidamente gravada e testada, além disso, não se trata de documento prescrito no RPAF/99, sendo entregue mediante uma simples cortesia para propiciar possíveis verificações.

Diante do exposto e devidamente fundamentado, solicita a procedência do lançamento.

Distribuído para julgamento, o feito foi convertido em diligência em 28 de setembro de 2016, a fim de que fosse entregue ao sujeito passivo em endereço bem como ao seu advogado cópia da mídia contendo os dados que embasaram a autuação, com reabertura do prazo de defesa de sessenta dias (fl. 198).

Em atenção ao quanto solicitado, foi intimado o advogado da empresa através de Aviso de Recebimento dos Correios (fls. 204 e 205), tendo sido apensada informação cadastral dando conta de que o sujeito passivo se encontrava na condição de “inapto”, diante de sua não localização no endereço informado (fls. 202 e 203), tendo sido apresentada nova defesa às fls. 208 a 226, na qual, o contribuinte repete os mesmos e exatos termos da defesa anteriormente apresentada.

Retornando ao autuante para manifestação, este (fls. 245-A e 246), após historiar os procedimentos adotados, inclusive com entrega de cópia da mídia solicitada, entende cumprida a diligência. Anexa planilhas de fls. 249 a 362.

Consta à fl. 363 a intimação aos advogados da empresa, para se manifestar acerca dos termos da nova informação fiscal, sendo a mesma também encaminhada para o endereço comercial da autuada, sido devolvida pelos Correios com observação acerca das tentativas de entrega sem sucesso (fl. 364, 365 e 366).

Em nova diligência solicitada, foi o processo encaminhado para a repartição de origem, a fim de que, nos termos do artigo 108 e seguintes do RPAF/99, fosse intimado o contribuinte por edital (fl. 369), o qual foi publicado em 20 de junho de 2019, à fl. 18 do Diário Oficial do Estado (fl. 371). Ainda assim, foi realizada intimação pessoal do patrono da empresa, Gustavo Alvarenga de Miranda, o qual, de acordo com informação constante à fl. 372 se recusou a receber a mesma, sob o argumento de não mais representar o contribuinte, tendo fornecido o instrumento particular de distrato de prestação de serviços de assessoria (fls. 373 a 378).

De igual forma, foi tentada a intimação pessoal no endereço da empresa constante no cadastro da Secretaria da Fazenda, porém o funcionário fiscal responsável atestou não mais funcionar a mesma no local (fl. 380).

De igual modo, foi tentado pela via postal, o encaminhamento de intimação pela via postal para as sócias da empresa autuada, contudo, os funcionários dos Correios informaram não mais residirem nos endereços indicados, por motivo de mudança (fls. 387 e 389).

VOTO

O lançamento constitui-se em duas infrações arroladas pela fiscalização, objeto de defesa por parte da empresa autuada.

O autuante, quando do lançamento, descreveu com precisão as infrações cometidas, apontando as condutas praticadas pelo contribuinte, os artigos infringidos, a previsão legal da multa, os prazos para interposição de defesa, ou usufruto do benefício de redução dos percentuais de multa, além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida no artigo 39 do RPAF/99.

Por esta razão, existem questões preliminares a ser apreciadas, qual seja a de não observância ao princípio da não cumulatividade, e não observância aos ditames legais. Em relação a não

cumulatividade, observo que o autuante, quando da elaboração dos demonstrativos que compõem o lançamento, abateu dos valores tidos como devidos o imposto destacado na operação, atendendo rigorosamente este princípio, ao passo que, como firmado em parágrafo anterior, o regramento legal acerca da lavratura do Auto de Infração foi plenamente obedecido, motivo pelo qual não procedem as alegações defensivas a respeito.

Ainda que inicialmente tenha sido alegado pela defesa que a mídia que acompanhava as peças do lançamento se encontrava em branco, o que motivou a conversão do feito em diligência, a fim de que os demonstrativos fossem devidamente entregues ao sujeito passivo, em mídia a ser aberta em sua presença, com reabertura de prazo de defesa.

A propósito, esclareço que, diante da afirmação do autuante, de que tal entrega se constituiria em *“uma simples cortesia para propiciar possíveis verificações”*, não ser verdade, frente aos princípios do contencioso, do devido processo legal e da ampla defesa.

E justifico: se trata de um dever de lealdade do Fisco para o contribuinte o pleno esclarecimento acerca do lançamento, a sua origem, forma de cálculo, apuração, demonstração, enfim, todos os elementos que indiquem como foram apurados os resultados contidos naquele instrumento legal, e dando conhecer em sua inteireza a acusação, para melhor se defender da mesma, o que não vem a se constituir em favor, cortesia e muito menos concessão, mas obrigação, frente ao disposto na própria Constituição Federal, ao assegurar no seu artigo 5º, inciso LV *“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”*.

Isso proporcionou a apresentação de nova defesa pela empresa, a qual sanou eventual motivação para a nulidade de qualquer ato ou mesmo do feito em si.

Quanto às considerações defensivas acerca do ato de inaptidão de sua inscrição estadual, o qual, inclusive, tomou a maior parte de suas intervenções no processo, esclareço que sua apreciação foge à competência deste Conselho, na forma de seu Regimento Interno, aprovado pelo Decreto 7.592/1999, artigo 2º:

“Art. 2º. O Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF), que integra a estrutura administrativa da Secretaria da Fazenda, é o órgão competente para, no âmbito administrativo, originariamente, julgar os litígios decorrentes de lançamentos de tributos e de aplicação de penalidades por infrações à legislação tributária e as impugnações e recursos do sujeito passivo, interpostos a qualquer medida ou exigência fiscal, obedecendo aos princípios do contraditório, da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito”.

O ato de inaptidão não decorre de lançamento de tributo, sequer de aplicação de penalidade por infração à legislação, e desta maneira, tal apreciação deverá ser feita pelo órgão administrativo da jurisdição do sujeito passivo, a quem deve requerer.

No mérito, a acusação está centrada em duas infrações: A falta de recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária e falta de recolhimento do ICMS por antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime do Simples Nacional.

Os demonstrativos das infrações, inclusive os analíticos se encontram às fls. 11 a 129, sendo indicados o mês, data de emissão, número da nota fiscal, base de cálculo, MVA, alíquota, crédito fiscal concedido em abatimento ao valor apurado, vez que destacado nas notas de origem dos produtos, imposto devido, imposto a recolher, valores pagos e produtos.

De igual modo, consta mídia à fl. 130, contendo não somente as planilhas elaboradas, como, igualmente, as imagens dos DANFES arrolados na autuação.

Como já mencionado, se tratando de empresa optante do Simples Nacional, a própria Lei Complementar 123/06 determina que as operações relativas a antecipação e substituição tributária devem ser consideradas fora da sistemática daquele regime, conforme veremos mais adiante.

A matéria das infrações trata de falta de recolhimento da substituição tributária (infração 01), e falta de recolhimento da antecipação tributária parcial (infração 02), pela aquisição em operação interestadual, de mercadorias destinadas a comercialização, respectivamente.

A base legal para a substituição tributária encontra-se no artigo 8º, inciso II, da Lei 7.014/96:

“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”.

Quanto a antecipação tributária parcial, a legislação tributária do Estado, estabelece como regra geral, que nas entradas de mercadorias no território da Bahia, os contribuintes possuem a obrigação de recolher a título de antecipação tributária, o ICMS. Esta regra está insculpida no artigo 12-A da já mencionada Lei n.º 7.014/96:

“Art. 12-A. 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”.

Por outro lado, o artigo 17 da mesma Lei, determina que a base de cálculo para o recolhimento do imposto é o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle, bem como o valor correspondente a seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição; frete, caso o transporte seja efetuado pelo próprio remetente ou por sua conta e ordem e seja cobrado em separado, e em relação ao IPI, o parágrafo 2º do mencionado artigo 17, estipula que não integra a base de cálculo do ICMS o montante do Imposto sobre Produtos Industrializados, quando a operação, realizada entre contribuintes é relativa a produto destinado a comercialização, industrialização, produção, geração ou extração, configurar fato gerador de ambos os impostos.

O fato de a autuada encontrar-se na condição de empresa optante pelo Simples Nacional me leva a fazer algumas observações adicionais:

Tal regime se caracteriza pelo recolhimento dos tributos abrangidos mediante documento único de arrecadação, o denominado DASN, bem como pelo fato de haver disponibilização às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte de sistema eletrônico para a realização do cálculo do valor mensal devido, geração do DASN, exigindo a apresentação de declaração única e simplificada de informações socioeconômicas e fiscais, sendo concedido prazo para recolhimento do DAS até o dia 20 do mês subsequente àquele em que houver sido auferida a receita bruta.

Pertinente mencionar o fato de que a implementação de tal sistema se deu através da promulgação da Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006, passando a produzir os seus efeitos a partir de 01 de julho de 2007.

A mesma determina no artigo 13 anteriormente mencionado, como deve ser efetivado pelo contribuinte inscrito no SIMPLES NACIONAL o seu recolhimento:

“Art. 13:

(...)

§ 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:

(...)

XIII - ICMS devido:

(...)

g) nas operações com bens ou mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, nas aquisições em outros Estados e Distrito Federal:

- 1. com encerramento da tributação, observado o disposto no inciso IV do § 4º do art. 18 desta Lei Complementar;*

2. sem encerramento da tributação, hipótese em que será cobrada a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sendo vedada a agregação de qualquer valor”.

Esta é a base legal para que o Estado da Bahia possa, através de sua fiscalização tributária, realizar a cobrança de antecipação tributária total ou parcial para as empresas optantes daquele regime de tributação.

Ou seja: em relação à substituição tributária, e antecipação parcial, incide a regra geral de apuração e recolhimento de todos os contribuintes, independentemente do regime pelo qual optaram, obedecendo à legislação posta, especialmente os artigos 8º e 12-A da Lei 7.014/96, já mencionados e transcritos linhas acima.

De tal inteligência se constata que os valores recolhidos a título de Simples Nacional não podem nem dever ser considerados para fins de antecipação ou substituição tributária.

Da mesma forma, a antecipação tributária no sentido amplo, não incide sobre ramo de atividade exercido pela empresa, e sim, sobre produtos, inclusive na sua regulação, sempre se indica a NCM dos produtos a ela sujeitos, o que vem a ser praxe.

Igualmente, como já visto acima, o fato de ter optado pela sistemática de apuração do Simples Nacional, não impediria a empresa de recolher antecipação tributária, total ou parcial acaso devidas.

Na infração 01, foi imputado ao contribuinte o recolhimento de imposto relativo à substituição tributária, no entender do Fisco.

Verificando o levantamento inserido na mídia acostada aos autos, bem como o demonstrativo impresso de fls. 249 a 362, constato terem sido arrolados produtos como tapetes, mostruário de tecidos, mesas, capas de couro, estrutura de poltronas, cama box, espelho, prateleira de plástico, poltrona, dentre outros.

O trabalho do julgador, então, é verificar cada nota fiscal, constatar a NCM de cada produto, sua descrição, e comparar com o Anexo 1 ao RICMS/12, vigente nos períodos autuados (2014 e 2015), a fim de constatar estar ou não sujeito a substituição tributária, e sua adequação na inclusão no lançamento, o que passo a fazer.

Assim, no mês de fevereiro, foi listada a nota fiscal 1446, a qual foi emitida por Arte Objeto Ltda. ME, empresa localizada em Itu, São Paulo, em 04/02/2014, com as mercadorias MESA DE CENTRO VITORIA REGIA e MESA DE CENTRO VITORIA REGIA – P, ambas com NCM 44209000, sendo que tal NCM de raiz se encontra no item 27.42 do Anexo 1 ao RICMS/12, para as mercadorias descritas como “Estojo escolar; estojo para objetos de escrita – 3926.1; 4420.9; 4202.3” as quais não se confundem como mesas de centro, razão para descaber qualquer substituição tributária, ainda mais se considerarmos que o item 27 do mencionado Anexo trata de antecipação tributária total para produtos de papelaria, que definitivamente não é o caso presente, não fazendo qualquer sentido a manutenção de tal cobrança no lançamento em tela.

Em abril de 2014, a nota fiscal 1518, emitida em 29 de abril de 2014, por MM Organização e Desenvolvimento de Pessoal, consta como descrição da mercadoria PLANNER ANUAL C/ CAPA STANDARD, com NCM/SH 48202000. No Anexo 1 ao RICMS/12 tal produto não se encontra listado, muito menos a NCM acima.

Em junho de 2014, a nota fiscal 4106, emitida em 18/06/2014 por Punto e Filo Indústria e Comércio de Tapetes Ltda., empresa localizada em São Paulo, Capital, comercializou com a autuada o produto TAPETE AO499 2,6000 x 3,6000 10mm, NCM 5703.9000, tendo no referido documento fiscal sido retido e destacado o imposto devido por substituição tributária, não cabendo, pois, à destinatária/autuada, qualquer outro recolhimento a este título, o que, também concorre para a exclusão do produto do levantamento realizado.

Mesma situação das notas fiscais 4123 e 4131, emitidas em 25/06/2014 e 27/06/2014, respectivamente, igualmente por tal empresa (Punto e Filo Indústria e Comércio de Tapetes Ltda.), também

relativas a comercialização de tapetes (NCM 5703.9000), com destaque do imposto retido e a ser recolhido por substituição tributária, por aquele contribuinte e não a empresa autuada.

Quanto ao mês de julho, foi arrolada pelo autuante a nota fiscal 31.266, emitida em 18/07/2014 por Estofados Germânia Ltda., no estado do Rio Grande do Sul, constando a mercadoria MOSTRUARIO TECIDO, com natureza de operação “Remessa de mostruário”, e NCM 9404.9000. No Anexo 1 ao RICMS/12 vigente em 2014, consta no grupo 15 (colchoaria), com NCM relativa a Colchões (9404.2), diversa, pois daquela constante na nota fiscal arrolada no demonstrativo. No item 15.3 constam como sujeitos à substituição tributária os produtos travesseiros e pillow (9404.9), ao passo que no item 15.4 estão os protetores de colchões (NCM 9404.9), diversos do remetido para a empresa autuada.

Neste caso, se tratando de operação de remessa de mostruário, também não incidiria, caso fosse a hipótese, a substituição tributária.

Também consta neste mês, a nota fiscal 1612, emitida por Arte Objeto Ltda. ME, empresa localizada no estado de São Paulo, com a mercadoria MESA DE JANTAR BI - 2,10M, de NCM/SH 44209000, cuja situação é a mesma já analisada e relatada acima no mês de fevereiro.

Em agosto de 2014, a nota fiscal 582, de 06/08/2014, emitida por Vitra do Brasil Comercial Ltda., no estado de São Paulo, teve lançado no demonstrativo da infração as mercadorias CAIXA PARA FERRAMENTAS LINHA WORKIT COR PRETA e CAIXA PARA FERRAMENTA LINHA WORKIT COR BRICK, de NCM 3926.1000. No Anexo 1 ao RICMS/12 então vigente, constava a substituição tributária para os produtos “Outras obras de plástico, para uso na construção civil” no item 24.14 de NCM 3926.9, diversa, pois, da autuada, no item 27.6, “Prancheta - 4421.9 e 3926.90.9”, igualmente diferentes do inserido no lançamento, no item 27.19 (papelaria), “Artigos de escritório e artigos escolares de plástico e outros materiais - NCM 39.01 a 39.14, exceto estojos, de NCM 3926.1”, no item 27.42, ainda nos produtos de papelaria “Estojo escolar; estojo para objetos de escrita - 3926.1; 4420.9; 4202.3” e por fim, no item 32 (produtos farmacêuticos e medicamentos), em 32.1 “contraceptivos - dispositivos intrauterinos - DIU - 3926.90.9”.

Note que nenhum dos produtos acima mencionados guarda qualquer correlação com o autuado, o que justifica a sua exclusão.

Ainda neste mês, temos as notas fiscais 4247 e 4256, emitidas por Punto e Filo Indústria e Comércio de Tapetes Ltda., relativas a tapetes, na mesma situação já descrita acima para notas do mesmo remetente, qual seja, destaque do imposto devido por substituição tributária, o que inviabiliza a cobrança.

Ao seu turno, as notas fiscais 6210 e 6262, emitidas por Stofato Indústria Comércio de Estofados Ltda., localizada no estado de Minas Gerais, têm a mesma mercadoria: AYA ALMOFADA RETANGULAR 0,67x0,40 TEC FOR 01 e AYA ALMOFADA RETANGULAR 1,03x0,50 TEC FOR 01 as quais possuem a NCM 9404.9000, a qual consta no Anexo 1 ao RICMS/12 no item 15 (colchoaria), em 15.3 “Travesseiros e pillow - 9404.9” e “Protetores de colchões - 9404.9”, diversos de almofadas, o que faz com que sejam tais documentos retirados do lançamento.

Para setembro, temos a nota fiscal 4329, relativa a aquisição de tapetes pela autuada junto à empresa Punto e Filo Indústria e Comércio de Tapetes Ltda., em operação “Venda Prod.Estab, Subst.Tributaria, Contribuinte Substituto”, com destaque do ICMS devido a título de substituição tributária, no documento fiscal, já analisado anteriormente.

A nota fiscal 1668 também se refere à situação já vista, analisada e excluída do lançamento: o produto MESA DE CENTRO VITORIA REGIA, NCM 44209000.

Mesma situação da nota fiscal 32.542 referente a operação de “remessa de mostruário”, igualmente operação já analisada anteriormente.

Quanto à nota fiscal 24.244, emitida em 17/09/2014, pela empresa Lucatti Artes e Decorações Ltda., localizada no estado de São Paulo, se refere a operação “VENDA P/ OUTRO ESTADO/VENDA C/ SUBST. TR”, na qual o vendedor reteve e tem a obrigação de recolher o imposto devido a tal

título, inclusive no referido documento, consta a indicação de que “*Para Estado BA - Convênio ICMS CONFAZ 74/94 ART. 52, III RICMS/SP - Protocolos ICMS-CONFAZ 104/09 – nº 109/09 - Decreto nº 14.242 de 14/12/2012 - vigência 01/01/2013*”, lembrando que o Protocolo referido, “*Dispõe sobre a substituição tributária nas operações com materiais de construção, acabamento, bricolagem ou adorno*”, prevendo em sua cláusula primeira que:

“Nas operações interestaduais com as mercadorias listadas no Anexo Único deste Protocolo, com a respectiva classificação na Nomenclatura Comum do Mercosul/Sistema Harmonizado - NCM/SH, destinadas ao Estado da Bahia ou ao Estado de São Paulo, fica atribuída ao estabelecimento remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS relativo às operações subsequentes”. (Grifei).

Logo, descabe qualquer cobrança ao destinatário da mercadoria neste estado, o que sustenta a exclusão de tal artigo do demonstrativo da autuação.

Mesma situação da nota fiscal 32.872, para as mercadorias “CAIXA DECORATIVA P 4PCS COLOR TZ30232-31, NCM 4420.9000” e “MALA DEC RET 3PCS GF-G1100 CIRC COLOR, NCM 4202.1210”, ou seja, objetos de adorno e decoração, cuja retenção do imposto pelo remetente foi realizada, cabendo a este o respectivo recolhimento do imposto devido a título de substituição tributária, e não ao destinatário/autuado.

Para não tornar o relato repetitivo, aquelas notas fiscais que tratam de produtos e NCM/SH já analisados não mais o serão, sendo dado o tratamento já externado, cabendo apenas observações para operações com mercadorias e NCM/SH ainda não abordadas.

Na nota fiscal 1704, emitida em 09/10/2014 por Arte-Objeto Ltda. ME, constam as mercadorias BANCO RUSTICO 3 PES e MESA DE JANTAR MOD. RIO - 3,00M como as únicas ali constantes. Entretanto, no levantamento (fls. 296 e 297), a mercadoria indicada é MADEIRA MARCHETADA/INCRUSTRADA, COFRES, ETC. DE MADEIRA estranha ao documento referido. Ainda que se pudesse arguir erro do autuante na descrição das mercadorias, a NCM comum 4420.9000, está arrolada, como visto anteriormente, no item 27.42 (papeleria), para os produtos “estojo escolar; estojo para objetos de escrita”, cuja descrição é diversa da indicada na autuação.

Desta maneira, para o exercício de 2014 nenhum valor subsiste para a infração 01, visto que nenhuma mercadoria, operação ou NCM autuadas se encontrava na condição de estar submetida a antecipação tributária total, com encerramento de tributação, pelos expostos motivos sobejamente repetidos.

Quanto ao ano de 2015, a situação se repete em relação aos produtos já bordados anteriormente, bem como outros, que citarei a título de exemplo.

Na nota fiscal 2694, de 20/01/2015 emitida por Punto Mobile, no estado do Rio Grande do Sul, temos as mercadorias SPOCK POLT ESP TEC.FORN, NCM 94017100 e SPOCK PUFE ESP TEC.FORN, NCM 94049000. Esta última, já teve a NCM analisada algumas vezes, quando da análise do demonstrativo elaborado pelo autuante para o exercício de 2014. Já a NCM 9401.7100 sequer consta do Anexo 1 ao RICMS/12 vigente em 2015, devendo tal documento ser retirado do lançamento.

O mesmo ocorre com a nota fiscal 2696, do mesmo emitente acima, cuja mercadoria, TECIDO FORNECIDO LINATE LINHO COR 0010 de NCM 59031000 também não figura no rol daqueles sujeitos a substituição tributária, no Anexo 1 ao RICMS/12 em vigor na data dos fatos geradores, devendo ser igualmente excluído.

Em relação à nota fiscal 2484 emitida em 23/01/2015 por FR Ind. e Com. de Móveis Ltda. EPP temos dois produtos: a CAMA KELLY FRANCINO NCM 9404.9000, já analisada anteriormente, e CRIADO ALFA FRANCINO, de NCM 9403.6000, esta também ausente no Anexo 1 ao RICMS/12, motivo para a exclusão de tal documento, bem como outros com os mesmos produtos e NCM.

Quanto à nota fiscal 44.502, emitida por CBP Sul Colchões e Espumas Industriais Ltda., em 30/01/2015, constam na descrição dos produtos: “COL. BARCELONA C/EUROPIL. 0,88X1,88 BEGE Nosso Pedido: 99194 - Seu Pedido: 5393. Resolução do Senado Federal 13/12, FCI nº 5537C93C-E3DF-4E57-8CEC-6C12F45F42 (IVA ST = 98,18%) (BC ICMS ST = R\$3.216,58) (Aliq. ICMS ST = 17,00%) (Val. ICMS ST = R\$433,20)” e “COL. ANGELICA C/EUROPIL. 1,58X1,98 CHENILE Nosso Pedido: 99194 - Seu Pedido: 5393. Resolução do Senado Federal 13/12, FCI nº 5CD587B0-6B37-4E56-84F1-BA53375472 (IVA ST = 98,18%) (BC ICMS ST = R\$4.486,52) (Aliq. ICMS ST = 17,00%) (Val. ICMS ST = R\$604,24)”.

Isso significa que o imposto devido a título de substituição tributária foi cobrado do adquirente/autuado, destacado na nota fiscal em questão e eventualmente recolhido pelo vendedor. Lançar novamente tal valor a título de imposto ao adquirente significaria bitributação, uma vez inexistir nos autos qualquer menção ao não recolhimento do imposto pelo remetente/vendedor em favor do estado da Bahia. Logo, documentos de tal tipo sequer podem figurar no demonstrativo, em situações com a descrita. Esta é rigorosamente a mesma situação na nota fiscal 47.175, emitida em 27/04/2015 pela mesma empresa acima citada.

Na nota fiscal 10.181, de emissão de Indústria de Peles Minuano Ltda., do Rio Grande do Sul, em 07/05/2015, foi apontado o item CENTRAL TOUCH, de NCM 83024200. No Anexo 1 ao RICMS/12, existe a previsão para aplicação da substituição tributária no item 24 (Material de construção, acabamento, bricolagem ou adorno), subitem 24.76 (Outras guarnições, ferragens e artigos semelhantes de metais comuns, para construções, inclusive puxadores, exceto persianas de alumínio constantes do item 81 – NCM 7616, 8302.4).

No site da empresa vendadora, <http://www.pelesminuano.com.br/produtos/couro-com-pelo/formato-natural/especiais/>, são descritos os produtos comercializados, bem como aqueles utilizados na indústria moveleira (<http://www.pelesminuano.com.br/produto/couro-para-estofamento/moveleiro/>), estão, inclusive, ilustrados os produtos comercializados, nenhum dos quais com as características daquelas citadas no subitem 24.76 supra, ainda que com a mesma NCM, vez ser assente que para efeitos de substituição tributária, deve ser associada a NCM com a descrição da mercadoria. Logo, dessa maneira, tal operação deve ser retirada do demonstrativo.

Observe que embora na nota fiscal 2317, de 10/09/2015 pela empresa Vitra do Brasil Comercial Ltda., o autuante tenha mencionado o produto POLTRONA MAGGIOLINA INOX – CC 72x100x 78h, no valor de R\$ 360,00, esta mercadoria não se encontra em tal documento fiscal, e sim, com o mesmo valor indicado na planilha, o produto PRATELEIRA DE PLASTICO CORNICHE TAMANHO GRANDE COR PRETA já analisado e excluído.

Por fim, na nota fiscal 3186, de emissão da empresa Futon Factory Moveis e Decorações Ltda., em 15/12/2015, no estado de São Paulo, na qual constam as mercadorias CAPA DE COURO POLTRONA PAULISTANO R02 COHIBA, de NCM 9401.9090 e ESTRUTURA POLTRONA PAULISTANO PINTADO PRETO, NCM 9401.7900, informo que tais produtos não se encontram com previsão para realização de substituição tributária no Anexo 1 ao RICMS/12 no ano de 2015.

Logo, diante das análises realizadas em todos os produtos constantes do demonstrativo elaborado, e à vista da constatação de que em nenhum deles se exige o recolhimento do imposto por substituição tributária por parte do comprador das mercadorias, no caso, o sujeito passivo, a infração é tida como improcedente.

Na infração 02, a autuação recaiu sobre produtos como mesas, cadeiras, sofás, poltronas, aparadores, buffet, ou seja, materiais acabados, que não se submetem mais a qualquer transformação ou modificação para serem comercializados, apenas, se for o caso, uma montagem, o que não altera a sua essência, ou modifica a sua característica, o que desconstrói a tese da defesa utilizada para contestá-la.

Verificando a atividade empresarial do contribuinte autuado, junto à SEFAZ, constato ser a mesma “comércio varejista de móveis”, CNAE 4754701, e a atividade secundária “outras atividades de serviços prestados principalmente às empresas não especificadas anteriormente”

Acaso, ainda, tivessem sido os mesmos sido imobilizados pela empresa, como alegado, caberia a esta trazer a necessária prova, nos termos dos artigos 142 (a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária) e 143 (a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal), ambos do RPAF/99.

Fato é que não vieram aos autos qualquer comprovação de ter o sujeito passivo solvido a sua obrigação de recolher o imposto a título de antecipação parcial devido pelas aquisições em operações interestaduais, de mercadorias destinadas à comercialização, o que concorre para a manutenção do lançamento, tal como proposto inicialmente para a infração em tela.

No caso presente, contrariamente ao argumento do sujeito passivo, a aplicação da alíquota de 17% a tal cálculo é correta, pois tais recolhimentos, como já pontuado anteriormente não se submetem ao regramento geral do Simples Nacional.

Já em relação aos Acórdãos administrativos, bem como decisões judiciais trazidos pela defesa aos autos, os mesmos ou não se reportam à mesma situação ora analisada no presente lançamento, ou dizem respeito a matéria diversa, além de não possuírem efeito vinculante, sequer impositivo, diante da prevalência do livre convencimento do julgador, desde quando fundamentado, quando prolata sua decisão, motivo pelos quais não serão aqui levados em conta.

Em função dos fatos e elementos postos, tenho o lançamento como procedente em parte, pela improcedência da infração 01, e procedência da infração 02, no valor de R\$227.926,81.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232151.0004/16-7** lavrado contra **FN COMÉRCIO E DECORAÇÕES DE MÓVEIS LTDA. EIRELI**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$227.926,81**, acrescido da multa de 60% prevista na Lei 7.014/96, artigo 42, inciso II, alínea “d”, e dos acréscimos legais.

Sala de Sessões do CONSEF, 03 de outubro de 2019.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - RELATOR

ADELSON MATTOS RAMOS - JULGADOR