

A. I. N° - 206878.0004/19-1  
AUTUADO - CIDREIRA LUSTRES E UTENSÍLIOS PARA O LAR LTDA.  
AUTUANTE - ANALCIR EUGÊNIO PARANHOS DA SILVA  
ORIGEM - DAT/METRO INFRAZ VAREJO  
PUBLICAÇÃO - INTERNET 05.07.2020

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0077-02/20-VD**

**EMENTA:** ICMS. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE APURAÇÃO DO ICMS. DESENCONTRO ENTRE O VALOR RECOLHIDO E O ESCRITURADO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Exigência apurada através dos livros fiscais do contribuinte. Razões defensivas insuficientes para elidir a acusação. Auto de Infração PROCEDENTE. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração ora apreciado, foi lavrado em 29 de março de 2019, e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$240.922,51, além de multa de 60%, pela constatação da seguinte infração:

Infração 01. **03.01.01.** Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado na apuração do mesmo, ocorrências nos meses de março a dezembro de 2014, janeiro, março a dezembro de 2015, janeiro, março a novembro de 2016.

Tempestivamente, a autuada, por seu procurador, apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 696 e 704, onde esclarece ter recebido intimação fiscal no dia 11 de janeiro de 2019, para no prazo de 48 (quarenta e oito) horas apresentar na Inspetoria de Comércio Varejista documentos solicitados conforme documento anexo.

Garante ter apresentado alguns documentos necessários e justificou ao Auditor Fiscal o que havia ocorrido com a empresa: que tinha um contador responsável pela escrituração fiscal, contábil, e todas as suas obrigações, conforme acerto, tendo pago os impostos que foram emitidos pelo profissional contratado, mesmo porque a dificuldade dos sócios em conhecer e entender cálculos de impostos na esfera Estadual, Federal e Municipal e tantos outros que dificultam o empresário de poder avaliar o serviço de um profissional dessa área, tendo explicado a situação ao autuante, juntamente com pedido para protelação de prazo.

Explicita ter no dia 21/01/2019, solicitado a liberação do Sistema PÚBLICO de Escrituração Fiscal EFD ICMS/IPI a fim de proceder à retificação da escrituração fiscal digital EFD ICMS/IPI, referente aos meses de janeiro de 2014 a dezembro de 2016, necessitando de mais prazo, porque estava com problemas no sistema e precisava emitir os arquivos para poder importar as informações para o sistema Domínio e com essas importações poder emitir e transmitir a escrituração do SPED Fiscal, EFD ICMS/IPI, motivo pelo qual realizou o contato com o Auditor Fiscal e solicitou mais uma vez a protelação do prazo.

Afirma que o mesmo, em verdade autorizou a dilação do prazo, entretanto concedeu espaço muito curto para a elaboração e transmissão de arquivos referentes aos meses de janeiro de 2014 a dezembro de 2016, não tendo, entretanto, conseguido no tempo autorizado, diante dos problemas com sistema, os arquivos eram corrompidos no envio para o sistema Domínio.

Reclama das muitas dificuldades colocadas pelo autuante, criando embaraços, e o colocando em situação de muito desconforto, até pelo fato de ter bloqueado o sistema para envio dos arquivos e ao ser questionado, autorizou a abertura, mas com prazo muito, bloqueando logo em seguida.

Observa que o Auditor Fiscal não estava nem um pouco preocupado em orientar e prestar um atendimento no mínimo profissional e não agir como se o contribuinte estivesse sendo negligente, mesmo depois de saber o quanto a contribuinte estava sofrendo pela execução dos serviços prestados por uma pessoa que se dizia “contador”.

Garante que nenhuma punição pode ser dada para esse “profissional”, mas, diante de sua boa-fé sofre as duras penalidades, além do psicológico. Valendo-se da autoridade como Auditor Fiscal, o mesmo lavrou o Auto de Infração no valor distante do que de fato deve, e o lançamento deverá passar por uma revisão de cálculos para que de fato seja cobrada de modo justo, vislumbrando muita dificuldade em honrar com o débito, diante das suas grandes dificuldades financeiras.

Aduz que o Governo do Estado da Bahia mediante a Lei 8.967 editada em 29/12/2003 e regulamentada pela Portaria 114/2004, do Secretário de Fazenda Estadual, ficou estabelecido que as entradas de mercadorias adquiridas, pelo contribuinte do Estado da Bahia, de outra unidade da federação e destinadas à comercialização estariam incluídas no regime de antecipação tributária parcial. Deste modo, os contribuintes do ICMS, situados neste Estado da Bahia, deveriam recolher, antecipadamente, o valor do imposto correspondente à diferença entre o ICMS calculado pela alíquota interna e o valor do imposto destacado na nota fiscal de origem da mercadoria, até o dia 25 do mês subsequente da entrada das mercadorias no Estado da Bahia.

Aponta a arguição do governo de que tal tratamento tributário visa fortalecer as economias dentro do Estado e que toda antecipação parcial da contribuinte foi paga, por esse e outros motivos que pede revisão nos cálculos feitos pelo Auditor Fiscal, diante do fato de a Fazenda Pública Estadual ter lavrado o Auto de Infração por não aceitar as suas alegações, penalizando-a.

Frisa que tal procedimento quantifica valores exorbitantes, injustos e ilegais sobre a contribuinte, uma vez que pagou a substituição tributária, todas as vezes que recebia mercadoria e constam diferenças no Auto de Infração, e diante da SEFAZ ter acesso digital a tudo que a contribuinte pagou, não justifica a lavratura do Auto de Infração no valor totalmente equivocado, mesmo porque o mesmo não observou as datas de pagamento efetivadas.

Aborda a seguir, o fato de a Lei Complementar 87, ao outorgar os Estados e Distrito Federal, instituírem o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias, em seu artigo 2º, deixa claro que o ICMS incide sobre as operações relativas à circulação de mercadorias, quando o sujeito passivo, recebe a mercadoria, e quando de sua circulação é que ocorre o fato gerador.

De igual forma, a Lei estadual 7.014/96 e o Regulamento do ICMS “Lei 6.284/97”, quando dispõe sobre incidência e não incidência, deixa claro, a natureza institucional do ICMS de onerar as fases das operações: venda-compra-revenda até chegar ao consumidor final, quando se encerra a fase tributária. Deste modo, arremata, o fato gerador e a incidência do ICMS, só acontecem, quando o vendedor vende e, portanto, circula a mercadoria, quando o comprador compra e circula na revenda, é neste ciclo de venda e revenda que, o ICMS onera as fases das operações que impliquem a situação da mercadoria até chegar ao consumidor final, quando se encerra a fase da tributação (Lei Complementar 87, Lei Estadual 7.014/96 e a “Lei 6.284/97” -RICMS).

Acrescenta que, justamente para não colidir com as Legislações referidas acima, o legislador chamou o sistema que cobra o ICMS, na entrada da divisa do Estado, de Antecipação Tributária Parcial, e acaso o Estado não capesse a cobrança do ICMS no novo regime, Lei 8.967/03, com o nome de Antecipação Parcial, descharacterizaria o princípio de fato gerador e incidência já abordados. A ilegalidade e a constitucionalidade da chamada Antecipação Parcial do ICMS, tomam-se patentes e lesivas quando obriga os contribuintes, a recolher seu ICMS sem compensar o imposto já pago no referido Regime de Antecipação, como a contribuinte do Regime Normal do ICMS deve fazer, fato este que descharacteriza o seu conceito de Antecipação Parcial.

Aponta que era obrigada a pagar o ICMS na Antecipação e também a pagar dentro de sua faixa ou variável conforme seu enquadramento de Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte, caracterizando, explicitamente, a bitributação e atropelando princípios constitucionais, além dos princípios legais, aduzidos anteriormente, uma vez que, descharacteriza-se, neste caso, a natureza antecipativa, tomando-se tributativa e como dito, por duas vezes.

Repisa ter passado por atos praticados pelo aujuante de desprezo, esquecimento e ainda dificultando e criando embaraços na fiscalização, prejuízo psicológico e financeiro, mas que lhe dão o direito de ter todos os procedimentos adotados por esta Secretaria da Fazenda anulados, o

que o Estado vai fazer para compensar tamanho erro, vez que, conforme pode ser verificado no andamento da fiscalização, o papel do Auditor é de orientar e não de causar pânico.

Diante disto, destaca que a contribuinte tem direito de ter seu processo de impugnação apreciado e deferido, sendo esse direito uma das garantias fundamentais, prevista no artigo 5º, incisos LV, XXXIV, letra “a”, XXXV da CF, transcrto.

Baseado no CTN, assegura que o lançamento poderá ser revisto pela autoridade administrativa ou judicial quando comprovada ação ou omissão ou inexatidão de terceiro legalmente obrigado que deu lugar à aplicação de penalidade pecuniária, nos termos do artigo 149, incisos V, VI, VIII do CTN, reproduzido.

Analisa então a entendida inconstitucionalidade da antecipação, uma vez que a mesma fere o Princípio da Capacidade do Contribuinte e o Princípio da Gradualidade. Reputa que a Antecipação Tributária Parcial do ICMS, implica em bitributação vez que, sobre a mesma mercadoria e, portanto, sobre um mesmo fato gerador, (quando compra e quando vende), fere o preceito constitucional em seu artigo 145, III, § 1º ao determinar que os tributos devem ser “*graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte..*”, sendo a bitributação a antítese deste conceito, uma vez que, onera o contribuinte, por duas vezes, atingindo sua capacidade econômica e, portanto o seu direito constitucional.

Em relação ao Princípio da Gradualidade pontua se constituir em equidade e a justiça da tributação, para não asfixiar o contribuinte, sendo este o espírito e alcance deste artigo constitucional, contrariado pela bitributação da Antecipação Parcial.

De igual modo, vislumbra ferir o Princípio da Não Cumulatividade, pois a compensação do ICMS é um direito constitucional, assegurada no artigo 155 (copiado) da CF/88, quando esta Lei Maior, outorga aos Estados e ao Distrito Federal, instituírem seus impostos, e a Lei da Antecipação Parcial ao autorizar o contribuinte do Regime Normal a valer-se da compensação do valor antecipado do ICMS, também veta a compensação da antecipação parcial, tributando-o, como dito, por duas vezes. Ambos, contribuintes (Regime Normal e SIMBAHIA), têm o mesmo fato gerador, uma vez que, circulam mercadoria, apenas são tributados em regimes diferentes, o que nada tem haver pois, o tipo do regime não muda a natureza legal do fato gerador e a constitucionalidade do princípio da não cumulatividade, inerente a natureza tributária do ICMS, afirma.

Tem como de clareza solar, ser direito, de o contribuinte compensar, o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias, do montante cobrado nas operações anteriores, pela autoridade fazendária do mesmo estado ou de outras Unidades da Federação uma vez que a também fere o Princípio do Tratamento Desigual, e, tal procedimento de não permitir aos optantes do SIMBAHIA, a compensação do ICMS esbarra-se, também, no artigo 150, II da CF/88 que veta a União, os Estados, Município e ao Distrito Federal, “*instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situações equivalentes...*”, conforme aqui já exposto e fundamentado.

Acrescenta que a isonomia resulta do princípio constitucional de que todos são iguais perante a Lei, todos são submetidos às mesmas regras jurídicas de forma indistinta e em igualdade de condições, sendo a equiparação o ato pelo qual se coloca em posições de igualdade duas coisas ou dois fatos que se apresentam desiguais, procurando imprimir em coisas diferentes, efeitos jurídicos perfeitamente idênticos, como se fosse coisas da mesma espécie ou natureza.

Assim, o Estado trata de modo desigual, aqueles que estão em situação equivalente, oposto, apenas, pelo regime ou tipo de tributação, porém sobre uma mesma natureza, arremata, e diante da robustez de seu direito que se harmoniza com os ideais de Justiça e do perigo iminente da demora, pelo crescente dano econômico-financeiro e moral que paira sobre a contribuinte, requer lhe seja deferido, o cancelamento do Auto de Infração diante dos vícios e preterição cometidos pelo Auditor Fiscal, e por haver bitributação, uma vez que há inequivocamente um

fundado receio de dano irreparável ou, até mesmo, de difícil reparação, a persistir a situação, seja porque não já pagou o ICMS antecipado, seja pelos vícios da fiscalização.

Requer que seja determinando “à ré”, até o final da decisão que se abstenha de lançar o nome do “autor” como irregular, no cadastro dos contribuintes da Fazenda Estadual, determinando a suspensão do descredenciamento imposto, permitindo à empresa continuar comprando mercadorias adquiridas de outras unidades da federação, assim como a não apreensão no posto fiscal das mercadorias compradas, até a decisão final deste pleito.

Requer, ainda, a citação do contribuinte, na pessoa de seu representante legal, para, querendo, contestar a presente ação, que, ao final, deverá, como se espera julgada totalmente procedente, a nulidade do Auto de Infração (doc. anexo), que obriga a primeira a submeter-se à ilegítima pretensão da segunda de exigir o pagamento do ICMS, sem considerar o pagamento feito parcialmente, conforme o previsto na Constituição Federal e no próprio regulamento do ICMS, como fundamentado e consoante fundamentação, ora expressamente reiterada, determinando sejam as mesmas observadas na apuração de eventual saldo de imposto devido, para que caracterize a não cumulatividade do ICMS e ainda tomar sem efeito o Auto de Infração, autorizando seu cancelamento mediante atitude.

Agasalhada pelos princípios do Direito e Justiça e não querendo periclitlar o seu direito, pede que se cancele o Auto de Infração e consequentemente o débito, visto que a doação não foi feita, e que essa fiscalização está com vícios, que, até o final da decisão que se abstenha de lançar o nome do contribuinte como irregular, no Cadastro dos Contribuintes da Secretaria da Fazenda, assim como a não apreensão no posto fiscal das mercadorias compradas, até a decisão final deste pleito.

Solicita, ainda, para provar o alegado, a produção de todos os meios de prova em direito admitidos, com juntada de documentos em anexo em contraprova

Informação fiscal prestada pelo autuante às fls. 721 e 722, indica que nos termos da legislação então vigente, o contribuinte foi intimado a requerer a liberação do sistema público de escrituração fiscal a fim de efetuar a retificação da escrituração fiscal digital (EFD) referente ao período de janeiro 2014 a dezembro 2016, mais fevereiro/2017, incluindo os estoques finais de 2013, 2014, 2015 e 2016, tendo assim procedido, conforme petições acostadas às fls. 07 e 08, datadas de 25/01/2019 e 25/02/2019, respectivamente.

Desta forma, assevera ter sido feita a liberação do sistema tendo empresa disposto do prazo legal necessário para efetuar as devidas correções em sua escrita fiscal, que resultaram nas retificações das EFDs ocorridas no dia 27/02/2019, conforme atestam os arquivos identificados em meio magnético gravado em CD-R anexado à folha 692.

Com base nas informações das EFDs mensais, apurou a ocorrência de desencontro entre o valor do imposto informado na Declaração e Apuração Mensal do ICMS (DMA), que resultou no Processo Administrativo Fiscal 85000004090182 (fls. 690 e 691), e o valor escrutinado nos registros fiscais da apuração do ICMS - operações próprias, o que resultou na lavratura do Auto de Infração 2068780004/19-1.

Informa, ainda, sobre a necessidade de realizar vários ajustes, constantes no DEMONSTRATIVO - INFRAÇÃO 03.01.01 (fl. 14), uma vez que os valores lançados na apuração mensal do ICMS, no subtítulo VALOR TOTAL DOS AJUSTES A CRÉDITO DO IMPOSTO, referente à Antecipação Parcial do ICMS, estavam incorretos, tendo corrigido os valores pagos a título de Antecipação Parcial lançados na escrita fiscal, levando em consideração todos os valores pagos de acordo com dados obtidos a partir da Relação de DAEs (relatório fornecido pelo controle de arrecadação da SEFAZ, às fls. 685 a 689) para efeito de apuração do imposto devido.

Em complemento, afirma ter também preenchido no item VALOR TOTAL DOS CRÉDITOS POR ENTRADAS E AQUISIÇÕES COM CRÉDITO DO IMPOSTO o montante dos créditos fiscais destacados nas notas fiscais de aquisição de mercadorias para revenda, conforme folhas 15 a 30, pois

constatou que o contribuinte, embora lançasse essas notas fiscais de compras nos REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE ENTRADAS DE MERCADORIAS E AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS, não estava aproveitando o valor do ICMS destacado nesses documentos fiscais.

Ressalta que ainda que a autuada tivesse omitido nas EFDs mensais as operações de saídas tributadas e os respectivos débitos do imposto, teríamos totais condições de apurar todas essas informações, uma vez que dispúnhamos, além das informações consignadas nas DMAs, do arquivo contendo o espelho da Memória de Fita-detalhe (MFD) do equipamento emissor de cupom fiscal marca BEMATECH, número de fabricação BE05107560000051104 (ECF 01), que registra todos os cupons fiscais e Reduções “Z” emitidos pelo estabelecimento nos períodos fiscalizados e cuja cópia se encontra também gravada em meio magnético (CD-R) acostado à folha 692.

Registra que em nenhum momento da peça defensiva a autuada contesta de forma específica os valores exigidos no lançamento fiscal referente ao ICMS recolhido a menor, de acordo com a tipificação da Infração lançada.

Isto posto, falar ser evidente que os argumentos levantados no corpo da defesa não passam de mero expediente procrastinatório, o que o leva a reafirmar os termos da autuação e requerer a procedência integral do Auto de Infração.

## VOTO

O presente lançamento constitui-se em uma infração arrolada pela fiscalização, objeto de impugnação por parte da empresa autuada.

Constatou que o sujeito passivo foi intimado acerca do início da ação fiscal, através da lavratura do Termo de Início de Fiscalização em 11/01/2019, (fl. 06). Na mesma data, foi a empresa intimada para apresentação de livros e documentos fiscais, nos termos da intimação de fl. 07.

A memória de cálculo da autuação se encontra às fls. 14 a 30, e os documentos que a suportam, estão acostados às fls. 31 a 691, reproduzidas na mídia de fl. 692.

O autuante, quando do lançamento, descreveu com precisão as infrações cometidas, apontando as condutas praticada pelo contribuinte, e tidas como contrárias à norma legal, os artigos infringidos, a previsão da multa sugerida, 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 nos artigos 142 do CTN, e 39 do RPAF/99, preenchendo, pois, todos os requisitos de validade, sob o aspecto formal.

A empresa autuada compareceu ao processo, exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa, prova disso é que abordou os aspectos da infração que entendia, trazendo fatos e argumentos que ao seu entender elidiriam a mesma, e exercendo sem qualquer restrição o contraditório.

Logo, apesar de a peça de impugnação apresentada não invocar qualquer preliminar de nulidade de forma objetiva, ao final pede a sua decretação, sem apontar ou indicar as razões e motivos, o que de plano indefiro.

No mérito, algumas observações são pertinentes.

Inicialmente, embora a defesa mencione reiteradamente as expressões “ré” e “autor”, gostaria de esclarecer que em direito e processo tributário, esta figura inexiste, estando mais afeita aos ramos cível e penal, descabendo, pois, tal utilização.

Já em relação a antecipação parcial abordada pela defesa, incide a regra geral de apuração e recolhimento de todos os contribuintes, independentemente do regime de apuração pelo qual optaram, obedecendo a legislação posta, especialmente o artigo 12-A da Lei 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.*

*§ 1º A antecipação parcial estabelecida neste artigo não encerra a fase de tributação e não se aplica às mercadorias, cujas operações internas sejam acobertadas por (...).*

Contrariamente ao alegado na defesa, e como visto anteriormente, a incorporação da exigência da antecipação parcial no Estado da Bahia, se deu por Lei Estadual, em consonância com a Lei Complementar 87/96, Lei Complementar 123/06, e CTN, equiparado constitucionalmente a Lei Complementar, possuindo a devida e necessária legalidade e observância legal.

A autuada se enquadra perfeitamente na hipótese constitucional de exigência de ICMS em aquisições interestaduais de mercadorias adquiridas para revenda, o que foi referendado pela Lei 7.014/96, retro mencionada.

O sujeito passivo não faz qualquer menção ao objeto específico da autuação, sequer o aborda, apenas tece algumas considerações de natureza genérica, constitucional e legal acerca de tal instituto, e do tratamento das microempresas, ainda que não o seja, diante da sua condição de apurar o ICMS pelo regime normal, o que permite claramente a aplicação do teor dos artigos 140 e 142 do RPAF/99, segundo os quais o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas, e 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, respectivamente, e por estes motivos, julgo o feito procedente.

Quanto ao argumento de duplicidade do lançamento, além de não conseguir esclarecer realmente o alcance do mesmo, sequer indicar quais seriam e onde estariam as alegadas duplicidades, e sobre o *bis in idem* arguido, tal tema será retomado proximamente.

Ao abordar temas que dizem respeito a discussão de aspectos constitucionais, como visto, não atentou o sujeito passivo para a regra insculpida no artigo 167, incisos I e III do RPAF/99, e ao assim agir, não conseguiu se opor à acusação fiscal, motivo pelo qual o lançamento se apresenta como inteiramente procedente.

Entretanto, a título de informação, trarei algumas notícias acerca de pontos atacados pelo contribuinte em sua impugnação, a começar pelo fato de que por maioria, os ministros do Pleno do Supremo Tribunal Federal (STF), julgaram improcedente pedido de anulação do artigo 12-A da Lei Estadual 7.014/96, introduzida pela Lei 8.967/03, da Bahia, feito pela Confederação Nacional do Comércio (CNC), na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 3426). O dispositivo contestado, como já acima mencionado e transcrito, alterou a Lei do ICMS no Estado (7.014/96), impondo a antecipação parcial do imposto às empresas que adquirirem mercadorias para comercialização em outro Estado, independentemente do regime de apuração adotado pela empresa.

De acordo com o relator da ação, Ministro Sepúlveda Pertence, cujos trechos abaixo reproduzo, “*A determinação constante no inciso III, parágrafo 1º do artigo 12-A não significa o afastamento da substituição tributária na espécie, como quer fazer crer a proponente*”...“*havendo a empresa antecipado integralmente a satisfação da obrigação tributária, por óbvio não se pode exigir também a antecipação da diferença entre a alíquota interna e externa, já que estaria incluída naquela operação, daí a denominação de antecipação parcial dado ao instituto e a observação de que esse não encerra a fase de tributação, pois o restante do imposto ainda será cobrado oportunamente*”.

Atentando para o parecer da Procuradoria Geral da República, o Ministro verificou o exercício da competência estadual quanto à antecipação parcial do ICMS, pois conforme a Constituição Federal (artigo 155, inciso II), a competência para disciplinar e cobrar este imposto é do Estado-membro, analisando que a antecipação parcial do ICMS, no momento das aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, é uma situação expressamente autorizada na CF, pelo artigo 150, parágrafo 7º.

E conclui sua posição: “*Logo, o Estado pode cobrar o recolhimento antecipado do tributo antes mesmo da ocorrência do fato gerador daqueles que irão comercializar o produto. Dessa forma, observa-se a ocorrência da substituição tributária, fenômeno aceito na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*”, lembrou, refutando o argumento de que o ato normativo questionado estaria violando o artigo 150, inciso V, que rege o princípio da liberdade de tráfego de pessoas ou bens, por estar discriminando mercadorias em razão de sua procedência ou limitar sua livre circulação, bem como igualmente não observou a violação ao princípio da livre iniciativa e da livre concorrência, “*posto que não há nenhuma restrição as operações mercantis*”.

“*O cerne da questão é a fixação da entrada da mercadoria no território do estado como o momento para o recolhimento do ICMS, ocorrendo a antecipação de parte do valor devido*”, avaliou, ressaltando que esse ponto não está no âmbito de competência da Constituição Federal, portanto, os Estados detêm competência legislativa plena para estabelecer o momento do pagamento do tributo.

De igual maneira, negou existir lesão aos artigos 22, inciso VIII e 155, parágrafo 2º, inciso VI, pois não ocorreu invasão da competência legislativa da União, de legislar sobre comércio, como também não houve desrespeito à competência do Senado Federal, competente para estabelecer as alíquotas aplicáveis às operações e prestações interestaduais.

Concluiu, então pelo não conhecimento da ação quanto ao parágrafo 4º, que foi acrescido ao artigo 16 da Lei 7014/96, pela Lei 8967/03. Sobre o artigo 12-A da Lei Estadual nº 8.967/03, julgou o pedido improcedente, vencido o ministro Marco Aurélio em relação ao artigo 12-A.

“*O cerne da questão é a fixação da entrada da mercadoria no território do estado como o momento para o recolhimento do ICMS, ocorrendo a antecipação de parte do valor devido*”, avaliou, destacando que esse ponto não está na Constituição. Portanto, os Estados têm competência legislativa para estabelecer o momento do pagamento do tributo.

Quanto ao argumento de ter pago todos os tributos, de igual modo, não trouxe aos autos a devida e necessária prova do alegado, havendo neste caso, de ser aplicado o teor do artigo 142 do RPAF/99, segundo o qual, “*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*”.

Em atenção ao argumento defensivo de estar o valor lançado distante do que de fato deve, devendo o lançamento passar por uma revisão de cálculos, em primeiro lugar, o contribuinte não esclareceu devidamente os motivos e as razões para tal assertiva, sequer indicou em que pontos o Auto de Infração deveria ser revisado, o que permite a aplicação mais uma vez dos artigos 142 já reproduzidos acima, 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.

Para a afirmação de se tratar a antecipação parcial por duas vezes, e seu enquadramento de Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte, verifico que nos registros da Secretaria da Fazenda, a empresa se apresenta na condição de empresa inscrita no regime normal de apuração do imposto, e não na de contribuinte do Simples Nacional, até pelo fato de ser o aujuante Auditor Fiscal, cuja atribuição legal é quanto ao lançamento de crédito tributário apenas contra os contribuintes nesta condição.

Da mesma forma, refuto qualquer afirmação de dupla cobrança, até pelo fato de que o imposto antecipado, diante do não encerramento da tributação sobre a operação, propicia a apropriação do crédito fiscal correspondente, e acaso a empresa constate ter recolhido em duplicidade qualquer montante de imposto, observando o prazo decadencial, pode requerer a repetição do indébito.

Em relação aos pedidos para que este Órgão determinasse ao Órgão Fazendário a não lançar o nome do sujeito passivo como irregular, no cadastro dos contribuintes da Fazenda Estadual,

esclareço que nos termos contidos no artigo 151, inciso III do CTN, que as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo, suspendem a exigibilidade do crédito tributário, bem como não ser motivo de alteração cadastral para a condição de irregular, a existência de processo em discussão, como no caso, sequer com decisão definitiva no âmbito administrativo, não se constituindo, em absoluto, hipótese para tal.

Quanto ao pedido para que se determine a suspensão do descredenciamento imposto, de igual modo, não cabe regimentalmente a este Órgão a adoção de qualquer medida, sequer a ingerência quanto a tal, vez que este tipo de procedimento segue regras e normas bastante claras e precisas, não estando ao alcance da autoridade fazendária, e sim, da regra normativa.

Ao pleito de permissão para que a empresa continue comprando mercadorias adquiridas de outras Unidades da Federação, o livre exercício da atividade comercial lícita se constitui em garantia legal, sendo defeso a sua proibição ou limitação, exceto quando expressamente determinado por Lei.

Já eventual apreensão no trânsito de mercadorias daqueles produtos adquiridos pela empresa, até a decisão final deste pleito, não poderá ocorrer, a menos que os mesmos estejam em situação irregular, dentre aquelas listadas como tal na Lei 7.014/96.

Diante da colocação defensiva de negativa de ter realizado “doação”, esclareço que tal tema sequer foi aventado nos autos, estando a acusação calcada em outros elementos que não este, matéria estranha ao lançamento.

Assim, diante dos expostos motivos, o lançamento é tido como procedente.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206878.0004/19-1**, lavrado contra **CIDREIRA LUSTRES E UTENSÍLIOS PARA O LAR LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$240.922,51**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, alínea “b” da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo o órgão competente homologar os valores reconhecidos e recolhidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 15 de maio de 2020.

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - JULGADOR