

PROCESSO - A. I. Nº 206912.0003/18-8
RECORRENTE - MULTILASER INDUSTRIAL S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 5ª JJF nº 0066-05/19
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 16/10/2019

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0259-11/19

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRIBUINTE ESTABELECIDO EM OUTRO ESTADO. VENDAS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA A CONTRIBUENTES DESTE ESTADO. RETENÇÃO A MENOR, RECOLHIMENTO A MENOR PELO CONTRIBUINTE SUBSTITUTO. MERCADORIAS RELACIONADAS NO PROTOCOLO ICM 19/85. Aplica-se à presente autuação, as normas previstas no Protocolo ICM 19/85, com posterior adesão dos Estados de Bahia e Minas Gerais. Trata-se de produtos sob o código NCM 8523.41.10, previsto no Anexo Único do citado Protocolo. Infração subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a decisão de piso que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado em 24/08/2018, o qual exige crédito tributário no valor de R\$518.484,00, em decorrência da seguinte infração:

Infração 01 - (08.20.02): Procedeu a retenção a menor do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de maio a dezembro de 2014, janeiro a julho, setembro a dezembro de 2015, com multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”.

Após a devida instrução processual, a 5ª Junta de Julgamento Fiscal decidiu pela Procedência, por unanimidade, pelos seguintes termos abaixo reproduzidos:

VOTO

Inicialmente, constato que o Auto de Infração foi lavrado com observância do art. 39 do RPAF/99, e encontra-se apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais.

No mérito, o Auto de Infração em análise, objeto de contestação por parte do sujeito passivo, exige ICMS em razão de retenção a menor, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia, com ocorrências em maio a dezembro de 2014, janeiro a dezembro de 2015, e demonstrativos de fls. 08 a 55, com amparo no Protocolo ICMS 19/85.

O contribuinte localizado no Estado de Minas Gerais, possui Inscrição Estadual neste Estado, sob nº 078.953.732, como SUBSTITUTO/RESPONSÁVEL ICMS DESTINO-CS.

O Protocolo ICM 19/85, dispõe sobre a substituição tributária nas operações com disco fonográfico, fita virgem ou gravada.

Reza a Clausula primeira que “Nas operações interestaduais com as mercadorias listadas no Anexo Único deste protocolo, realizadas entre contribuintes situados nas unidades federadas signatárias deste protocolo, 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.”

Saliento que a Bahia aderiu ao Protocolo, pelo Protocolo ICMS 18/97, efeitos a partir de 01/08/97, e Minas Gerais, por meio do Protocolo ICMS 20/98, efeitos a partir de 01.07.98.

As mercadorias objeto das notas fiscais que compõem a presente autuação, estão efetivamente sob o código NCM 8523.41.10, e assim foram classificadas pela própria empresa, “discos para sistema de leitura por raios laser com possibilidade de serem gravados de uma única vez”, que destinados para pessoas jurídicas atuantes no ramo de informática, foram adquiridos para revenda.

Cai por terra, desse modo, o argumento trazido pela defendente de que seria matéria –prima, ou material secundário para emprego em processo industrial, e que estaria fora da aplicação do disposto no Protocolo ICM 19/85, com base na Cláusula segunda, inciso II.

Ademais, as planilhas de fls. 07/55, demonstram que o sujeito passivo utilizou o CFOP 64.01, relativa à substituição tributária, e procedeu à retenção do tributo nas saídas, embora em montante inferior, cujos valores foram abatidos quando do cálculo do imposto devido correto.

Desse modo, o sujeito passivo recolheu o imposto devido por substituição, embora a menor que o devido, sendo que a diferença exigida corrige e exige os valores que não foram fornecidos à tributação. Outrossim, quanto à base de cálculo do ICMS/ST, o autuante obedeceu ao disposto nas cláusulas terceira e quarta do Protocolo ICM 19/85.

Como bem ressalta o auditor fiscal, na informação de fl. 133, as empresas relacionadas nos documentos de fls. 114/122, não guardam pertinência ou relação com o objeto do presente lançamento do crédito tributário.

Aplico o Art. 143 do RPAF/99, Decreto nº 7.629/99: “A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.”

Infração procedente.

Auto de Infração PROCEDENTE.

Irresignado, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário objetivando a reapreciação da decisão de piso, com base nos seguintes argumentos abaixo expostos:

Inicialmente requer que a as intimações, notificações, publicações e comunicações, relativas ao presente Processo Administrativo Tributário sejam encaminhadas para o Domicílio eletrônico tributário bem como ao endereço do Autuado.

Ademais, informa a tempestividade da peça recursal e tece um breve relato dos fatos.

No mérito, explica que os julgadores de primeira instância partiram do pressuposto de que, pelo fato da mídia somente poder ser gravada uma única vez, estas já teriam saído da fabricante Recorrente, já com conteúdo.

Porém, salienta a recorrente que o simples fato da mídia poder ser gravada uma única vez, não significa que elas já tenham saído do estabelecimento da Recorrente com conteúdo. Assim, *data maxima venia*, não “cai por terra” nenhum argumento trazido à baila pela Recorrente, pois, em que pese os servidores públicos gozarem de presunção relativa de veracidade e legitimidade para autuação, faltou ao autuante a apresentação de prova cabal que os destinatários compraram as mídias e efetuaram a revenda das mercadorias sem qualquer inclusão de conteúdo.

Informa que, de fato, parte das notas fiscais foram emitidas com substituição tributária, sendo, conseqüentemente, os impostos retidos. Isto porque, em que pese diversos destinatários adquirirem as mercadorias para revenda, por serem varejistas e atacadistas, outros tantos destinatários adquiriram para processo de gravação, inserindo conteúdo.

Apresenta CNPJ anexos (doc. 02), retirados das planilhas contidas na autuação, que os códigos e descrições das atividades econômicas das empresas em questão, não são somente varejistas, mas de aluguel de CDs/DVDs, desenvolvimento e licenciamento de programas de computador, filmagem de festas e eventos, dentre outras atividades.

Cita como exemplo o fato de que diversas empresas de informática adquirem CDs e DVDs para gravação de dados, programas entre outros, que serão, em etapa posterior, revendidos com conteúdo inseridos por eles, ou seja, submetidos a processos de industrialização.

Aponta que é muito oportuno para autoridade fiscal autuar mais de 2.500 (duas mil e quinhentas) notas fiscais, de milhares de destinatários, sob a alegação de retenção a menor do imposto, sem nem ao menos comprovar se todos destinatários eram atacadistas ou varejistas e não submetiam

os produtos a processos de industrialização.

Salienta ainda que, em que pese o CPC seja fonte formal subsidiária e preveja em seu art. 373, inciso II, que incumbe ao réu apresentar fato impeditivo, modificativo ou extintivo de direito do autor, ressalta a recorrente que é praticamente impossível levantar provas com todos os destinatários, que os CDs e DVDs também eram destinados ao processo de industrialização.

Outrossim, cabe ao autuante, o Fisco no caso, comprovar que todas as saídas incidiam a substituição tributária, nos termos do art. 373 do CPC.

Apresente julgados nesse sentido e por fim, requer a total procedência dos pedidos formulados no presente Recurso Voluntário, reformando-se a decisão administrativa recorrida para o fim de anular-se o lançamento impugnado e declarar-se extinto o crédito tributário.

Eventualmente, requer seja o julgamento do presente recurso, convertido em diligência com escopo de comprovar a pretensão fática e de direito que corre ao lado do contribuinte, para que ao final seja demonstrada a sua exata correlação com as operações autuadas.

VOTO

Trata, a presente autuação, de recolhimento a menor de imposto devido por substituição tributária, em razão do contribuinte ter praticado operações interestaduais originadas de Estado signatário do Protocolo ICMS 19/85.

De início, informo que não merece qualquer reparo a decisão de piso, em razão de a mesma estar devidamente amparada nos demonstrativos e dispositivos legais apresentados.

Em suas razões recursais, a recorrente afirma que *os julgadores de primeira instância partiram do pressuposto de que, pelo fato da mídia somente poder ser gravada uma única vez, estas já teriam saído da fabricante Recorrente, já com conteúdo e que faltou ao autuante a apresentação de prova cabal que os destinatários compraram as mídias e efetuaram a revenda das mercadorias sem qualquer inclusão de conteúdo.*

Ora, nos cabe esclarecer que a autuação, assim como a decisão da Junta de Julgamento Fiscal, respaldou a procedência da autuação nos seguintes fundamentos: 1) o contribuinte utilizou a CFOP dedicada à substituição tributária, procedendo com a retenção do tributo em montante inferior, reconhecendo, desta maneira, tratar-se de operações alcançadas pela ST interestadual; b) os produtos classificados pela empresa sob o código 8523.4110 dizem respeito a “discos para sistema de leitura por raios laser com possibilidade de serem gravados uma única vez”, inexistindo alusão à inclusão ou não de conteúdo.

Assim, a justificativa basilar da autuação é a de que os produtos autuados foram comercializados para serem consumidos e que, destinados para pessoas jurídicas atuantes do ramo de informática, tiveram a destinação de revenda.

Em que pese os esforços da recorrente em descaracterizar a autuação ao afirmar que *os códigos e descrições das atividades econômicas das empresas em questão, não são somente varejistas, mas de aluguel de CDs/DVDs, desenvolvimento e licenciamento de programas de computador, filmagem de festas e eventos, dentre outras atividades.*, compulsando os elementos trazidos, observa-se que as empresas citadas não constam nos demonstrativos da autuação, inexistindo relação entre o alegado e o efetivamente autuado, razão pela qual não deve prosperar o entendimento da recorrente de nulidade da autuação.

Ademais, como afirmado pela própria recorrente, cabe ao réu apresentar fato impeditivo, modificativo ou extintivo de direito do autor, conforme dispõe o art. 373 do CPC, o que não foi feito satisfatoriamente pela recorrente, razão pela qual voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado, mantendo inalterada a decisão de piso.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206912.0003/18-8**, lavrado contra **MULTILASER INDUSTRIAL S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$518.484,00**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das sessões do CONSEF, 12 de setembro de 2019.

JOSÉ ROSENVALDO EVANGELISTA RIOS – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

LAÍS DE CARVALHO SILVA - RELATORA

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS