

A. I. Nº - 206912.0004/18-4
AUTUADO - MULTILASER INDUSTRIAL S/A.
AUTUANTE - VLADIMIR MIRANDA MORGADO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 10/07/2019

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0074-01/19

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO, NA QUALIDADE DE SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. Ausência de prova de que as mercadorias comercializadas não foram objeto da atividade industrial dos destinatários e de que o autuado, remetente das mercadorias, agiu em conluio para se eximir da responsabilidade pela retenção do imposto. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Vencido o voto do relator. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração foi lavrado no dia 24/08/2018, para exigir ICMS no valor histórico de R\$3.160.100,65, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/1996, sob a acusação de falta de retenção e recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, dos valores relativos às operações subsequentes nas vendas para contribuintes localizados neste Estado (fevereiro de 2014 a julho de 2015 e setembro a dezembro de 2015).

O contribuinte ingressa com impugnação às fls. 29 a 33.

Fundamentado na cláusula segunda do Protocolo ICMS 19/1985 (fl. 31) e em jurisprudência, alega que as operações fiscalizadas não se encontravam sujeitas ao regime da substituição tributária, pois se tratava, em sua maioria, de compras de insumos para industrialização ou materiais para consumo final nos destinatários, e não para revenda.

Assegura ter juntado aos autos portarias interministeriais e declarações que comprovam a mencionada utilização, muito embora não o tenha feito.

Caso se entenda que tal documentação, inexistente nos autos, não é suficiente para comprovar o destino que se deu aos insumos e materiais adquiridos, requer a conversão do feito em diligência saneadora.

Por fim, pede o acolhimento das razões apresentadas.

Na informação fiscal, de fls. 88 a 92, o auditor estranho ao feito senhor João Koji Sunano assinala que não há questionamento referente à apuração do valor devido no demonstrativo de fls. 08 a 21, ficando a controvérsia limitada à destinação das mercadorias adquiridas.

Na sua concepção, é irrelevante o questionamento sobre se os destinatários finais são ou não industriais, pois as citadas mercadorias jamais podem ser utilizadas como insumos. Isto porque as mídias e suportes óticos são meios magnéticos em que as informações somente podem ser armazenadas para gravação uma vez, enquadrados pelo próprio impugnante na NCM/SH nº 8253.41.10 – “discos para sistema de leitura por raios laser com possibilidade de serem gravados uma única vez”.

Ressaltando que o defendente fez referência a portarias interministeriais na impugnação e não as trouxe aos autos, assinala que tais documentos podem ser extraídos a título de prova emprestada do PAF / AI (Processo Administrativo Fiscal / Auto de Infração) nº 206912.0003/18-8, em que se exige recolhimento a menor do ICMS-ST referente às mesmas operações de entrada do mesmo sujeito passivo.

Pergunta:

“afinal, como um CDR ou DVDR (com a característica de admitir gravações uma única vez) poderia ser empregado como matéria prima, embalagem ou produto intermediário na fabricação de computadores”?

Na verdade, uma vez comercializados em grandes quantidades para pessoas jurídicas do ramo da informática, os produtos não poderiam ter outra destinação que não fosse a revenda.

Requer a procedência da autuação.

VOTO VENCIDO

Conforme o levantamento de fls. 08 a 21, a autuação recaiu sobre operações interestaduais de entradas de suportes óticos e mídias CDR e DVDR - de NCM/SH nº 8253 -, prevista no Anexo Único do Protocolo ICMS 19/1985 -, cujas naturezas das operações subsequentes o autuado assegurou serem aptas a elidir a acusação.

O mencionado Acordo Interestadual, dispõe sobre a substituição tributária nas operações com discos fonográficos, fitas virgens ou gravadas, discos para sistemas de leitura por raio laser e outros suportes.

O contribuinte, ao impugnar, embora tenha se referido expressamente a supostas portarias interministeriais e declarações, nada colacionou aos autos, o que faz incidir as normas contidas nos artigos 140 a 143 do RPAF-BA/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia):

Art. 140. 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.

Art. 141. Se qualquer das partes aceitar fato contra ela invocado, mas alegar sua extinção ou ocorrência que lhe obste os efeitos, deverá provar a alegação.

Art. 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.

Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Com efeito, os dispositivos regulamentares acima transcritos, nada mais são do que a exteriorização de preceito amplamente conhecido e aceito em Direito Administrativo, qual seja, de que os atos praticados por servidores públicos legalmente investidos gozam da presunção relativa de veracidade e legitimidade, cabendo ao interessado ou acusado o ônus de comprovar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito que o Ente Tributante alega ter.

Nesse sentido, o art. 373 do Novo CPC (Código de Processo Civil), fonte formal subsidiária do Processo Administrativo Fiscal no Estado da Bahia, dispõe acerca da responsabilidade sobre o ônus probatório:

Art. 373. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Meras alegações genéricas, desacompanhadas de provas, são insuficientes para albergar as pretensões defensivas.

O sujeito passivo, ao impugnar, também não especificou em que consiste a suposta industrialização (não disse do que se trata, nem como se efetiva).

Não incumbe ao julgador exercer diligência pessoal ou busca de provas fora dos autos para suprir a citada falta de especificação, sob pena de extrapolação de competência e ofensa aos princípios do devido processo legal e do contraditório. Todos têm o direito de se manifestar sobre os documentos que consubstanciaram a Decisão, direito este que resta violado quando o órgão julgante administrativo se presta a fundamentar o seu posicionamento em sistemas de informática governamentais, sem que com isso chame aos autos a Fiscalização e o autuado para

que externem os seus respectivos entendimentos.

Com todo respeito aos que assim não pensam e assim não agem, no processo civil ou administrativo, o julgador está autorizado apenas à determinação de produção de provas (ou acolhimento de pedido para que sejam produzidas), jamais produzi-las ao seu exclusivo talante e iniciativa, especialmente por meio de investigações em sistemas de informática, com vistas a consubstanciar eventuais conclusões sobre se os destinatários desenvolvem esta ou aquela atividade, como ocorreu no presente feito (em que os demais ilustres julgadores verificaram cadastros de adquirentes no software denominado INC, objetivando esclarecer se, de fato, são industriais), invertendo competências e fazendo as vezes de diligente, perito ou outros sujeitos processuais.

Não há, nos presentes autos, documentos que indiquem que a atividade econômica dos adquirentes é industrial.

Não comprovada à relação do caso em análise com a jurisprudência invocada às fls. 31 a 33.

Conforme a cláusula primeira do Protocolo ICMS 19/1985:

“Nas operações interestaduais com as mercadorias listadas no Anexo Único [...], realizadas entre contribuintes situados nas unidades federadas signatárias [...], 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”.

Respaldado no art. 147, I, “a” e “b” do RPAF-BA/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia), indefiro o pedido de diligência:

“Art. 147. Deverá ser indeferido o pedido:

I - de diligência, quando:

a) o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável;

b) for destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos; (...).”.

Em face do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

VOTO VENCEDOR

Trata o presente auto de infração, de exigência de ICMS pela falta de retenção e recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, dos valores relativos às operações subsequentes nas vendas de mídias eletrônicas para contribuintes, com atividade industrial, localizados neste Estado.

O Auditor Fiscal responsável pela informação nos autos, alegou ser irrelevante o questionamento sobre se os destinatários finais eram ou não industriais. Comentário dado diante da total evidência de que de fato, eram industriais, como indicavam as razões sociais.

As mídias eletrônicas, objeto da autuação, possuíam a característica de possibilidade de serem gravados uma única vez, o que levou a fiscalização a entender que jamais poderiam ser utilizados como insumos.

O fato da mídia somente poder sofrer gravação uma única vez, não significa que já tenham vindo com a inclusão de algum conteúdo. Como aceitar, sem qualquer comprovação, que mídias virgens destinadas a estabelecimentos industriais da área de tecnologia, são mercadorias que necessariamente serão objetos de revenda.

Entendo que faltou ao autuante a apresentação da prova de que os destinatários, manifestamente industriais, adquiriram as mídias e promoveram saídas subsequentes sem qualquer inclusão de

conteúdos, e que o remetente, que sofre a presente imputação, estava em conluio com essa prática para obter vantagem com a não submissão da operação ao regime de substituição tributária, conforme estabelece o art. 373 do novo CPC:

“Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;”.

Ao autuado, localizado em outra Unidade da Federação, quando da saída de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, lhe cabe a responsabilidade de verificar se as atividades de seus clientes destinatários se enquadram como industriais e se as mercadorias comercializadas são objeto de suas atividades industriais. Eventuais desvios de finalidade, se comprovados, devem ser objeto de reclamação junto aos destinatários, caso não hajam provas da participação do remetente.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206912.0004/18-4**, lavrado contra **MULTILASER INDUSTRIAL S/A**.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 18/08/18.

Sala de Sessões do CONSEF, 28 de maio de 2019.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR/VOTO VENCIDO

OLEGARIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR/VOTO VENCEDOR