

A. I. Nº - 279697.0001/18-5
AUTUADO - MAXTIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
AUTUANTES - LIANE RAMOS SAMPAIO, PATRÍCIA TEIXEIRA FRAGA e LAUDELINO BISPO COSTA FILHO
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 08/11/2019

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0141-01/19

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Os elementos constantes dos autos, inclusive os Livros Registro de Apuração, indicam que não ocorreram operações de Entrada relativas a aquisições de insumos para industrialização. Também não há operações de saída relativas a vendas de produção do estabelecimento. Conforme o Incidente de Uniformização PGE nº 2016.194710-0, o prazo decadencial deve ser contado a partir da data de ocorrência do fato gerador, com supedâneo no art. 150, § 4º do CTN (Código Tributário Nacional), quando o contribuinte declarar a ocorrência do fato jurídico tributário, apurar o montante do imposto devido, mas efetuar o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas. Infração parcialmente subsistente. Rejeitada a preliminar de nulidade. Acolhida a prejudicial de decadência (períodos de janeiro a março de 2013). Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 26/03/2018, para exigir ICMS no valor histórico de R\$340.843,07, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, sob a acusação de falta de recolhimento de ICMS, em razão da prática de operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas (janeiro de 2013 a dezembro de 2014).

Consta que, nos exercícios fiscalizados, de 2013 e 2014, o contribuinte, na qualidade de atacadista, adquiriu, por meio de transferências da matriz ou de outra filial, parte de suas mercadorias.

Embora essas mercadorias estivessem enquadradas no regime da substituição tributária (Anexo I), por se tratar de transferências, tal regime não é aplicável. Dessa forma, ao proceder às saídas respectivas, deveria o autuado destacar e recolher o imposto normal, o que não ocorreu.

O sujeito passivo apresenta impugnação às fls. 52 a 60.

Suscita preliminar de nulidade, sob o argumento de cerceamento de defesa, devido à suposta insegurança na determinação da infração e da base de cálculo.

Entende que não há, nos autos, demonstrativo com todas as operações de entradas e de saídas ocorridas no período autuado, motivo pelo qual tem como impossível a determinação das supostas omissões de saídas.

A fiscalização, conforme alega, deveria ter realizado levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias, o qual constitui procedimento fiscal correto, que visa aferir as entradas e as saídas ocorridas em um determinado período.

Prossegue, aduzindo que a lei institui a necessidade de que o ato jurídico administrativo seja devidamente fundamentado, o que significa que o Fisco deve oferecer prova concludente de que

o evento ocorreu na estrita conformidade da previsão genérica contida na hipótese normativa.

Ao ser constituída, a sociedade empresária atuava no ramo de comercialização, motivo pelo qual incidia o regime da substituição tributária. Contudo, posteriormente, passou a atuar no ramo de industrialização, “razão pela qual as entradas passaram a se enquadrar como insumo[s]”.

Requer a improcedência.

Indica a decadência do direito do Fisco, de exigir valores atinentes aos períodos de janeiro a março de 2013.

Protesta pela produção de provas e requer o acolhimento das razões defensivas.

Prestadas as informações, às fls. 85/89, nas quais os fiscais refutam a tese de invalidade do ato.

Reiteram que, nos exercícios fiscalizados, de 2013 e 2014, o contribuinte adquiriu, por meio de transferências da matriz ou de outra filial, mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária.

Por se tratar de transferências para filial atacadista, não se aplica o regime da ST.

Em razão de não se enquadrarem na substituição tributária, as operações são regulamentadas pela regra geral do ICMS, competindo ao contribuinte, ao promover as respectivas saídas, destacar e recolher o imposto normal.

Torna-se evidente, portanto, que não foi necessário nenhum levantamento de estoque de mercadorias para identificar a infração.

De acordo com o disposto no Inciso II da Cláusula V do Convênio ICMS 81/93 (reproduz), quando a entrada da mercadoria for decorrente de operação de transferência, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto da venda subsequente dessa mercadoria, ainda que essa esteja enquadrada no regime de substituição tributária, recairá sobre o estabelecimento que promover a respectiva saída.

Nas folhas 08 a 49, encontram-se as planilhas analíticas e sintéticas das operações de saídas que geraram a infração, bem como cópias dos Livros Fiscais de Entrada e Saída do período fiscalizado, onde está registrada a totalidade de entradas e saídas.

Com referência à argumentação acerca da mudança do regime tributário do contribuinte, “que deixou de atuar no comércio para atuar na indústria”, dizem ser infundada.

No período fiscalizado, que abrangeu os exercícios de 2013 e 2014, os Livros Registro de Apuração indicam que nenhuma das operações de Entrada foi referente a aquisição de insumo para industrialização, bem como nenhuma das operações de saída foi referente a venda de produção de estabelecimento.

Dizem que a totalidade do volume de negócios, realizada pelo contribuinte, refere-se a comércio.

Ainda que tenha havido alteração contratual, o que define a atividade econômica é a natureza das operações que a sociedade efetivamente exerce, no caso em questão, comercial.

Tal atividade resta comprovada, inclusive, no enquadramento das operações efetuado pelo próprio autuado na sua escrita fiscal, tanto nas entradas, com o CFOP 2152 – *Transferência para Comercialização*, quanto nas saídas, com o CFOP 5405 – *Venda de Mercadoria Adquirida ou Recebida de Terceiros, sujeito ao Regime de ST*.

Acolhem a arguição de decadência, concernente ao período compreendido entre janeiro e março de 2013, e pugnam pela procedência parcial.

VOTO

Destituídos de amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do

procedimento administrativo, pois o Fisco expôs com clareza e correção a fundamentação de fato e de direito, descreveu a irregularidade, indicando os documentos e demonstrativos, com seus dados, informações e cálculos.

Inexistente violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer outros de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal (art. 2º; RPAF-BA/1999), tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório.

Rejeitada a preliminar de nulidade.

Conforme o Incidente de Uniformização PGE nº 2016.194710-0, o prazo decadencial deve ser contado a partir da data de ocorrência do fato gerador, com supedâneo no art. 150, § 4º do CTN (Código Tributário Nacional), quando o contribuinte declarar a ocorrência do fato jurídico tributário, apurar o montante do imposto devido, mas efetuar o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas.

Conta-se o referido prazo a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, com base no art. 173, I do CTN, quando: a) o contribuinte declarar a ocorrência do fato jurídico tributário, apurar o montante do imposto devido, mas não efetuar o respectivo pagamento; b) o contribuinte não declarar a ocorrência do fato jurídico tributário, isto é, omitir a realização da operação ou prestação tributável; c) o contribuinte declarar a ocorrência do fato jurídico tributário, apurar o montante do imposto devido, efetuar o pagamento da importância pecuniária declarada, porém, posteriormente, o Fisco verificar que o valor recolhido foi menor do que o efetivamente devido, em virtude de dolo, fraude ou simulação, que não foram comprovados (as).

Uma vez que o defendente foi notificado no dia 28/04/2019 (fl. 03), de acordo com os fundamentos acima expostos, restam alcançados pela caducidade os valores atinentes ao período compreendido entre 31/01/2013 e 31/03/2013.

Acolhida a prejudicial de decadência.

Com fundamento no art. 147, I, “a” do RPAF/99, indefiro o pedido de realização de diligência, direta ou indiretamente apresentado. Todos os elementos necessários ao julgamento da lide estão presentes nos autos.

No mérito, de acordo com o disposto no Inciso II, da cláusula quinta do Convênio ICMS 81/93, em situações como a presente, quando a entrada da mercadoria for decorrente de operação de transferência, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto da venda subsequente recairá sobre o estabelecimento que promover a respectiva saída.

Cláusula quinta A substituição tributária não se aplica:

(...)

II - às transferências para outro estabelecimento, exceto varejista, do sujeito passivo por substituição, hipótese em que a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto recairá sobre o estabelecimento que promover a saída da mercadoria com destino a empresa diversa.

Os elementos constantes dos autos, inclusive os Livros Registro de Apuração, indicam que não ocorreram operações de Entrada relativas a aquisições de insumos para industrialização. Também não há operações de saída relativas a vendas de produção do estabelecimento.

Assiste razão à Fiscalização no momento em que afirma que o que define a atividade econômica é a natureza das operações que a sociedade efetivamente exerce, no caso em questão, comercial.

Tal atividade resta comprovada, inclusive, no enquadramento das operações efetuado pelo próprio autuado na sua escrita fiscal, tanto nas entradas, com o CFOP 2152 – Transferência para Comercialização, quanto nas saídas, com o CFOP 5405 – Venda de Mercadoria Adquirida ou Recebida de Terceiros, sujeito ao Regime de ST.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, com a exclusão dos valores referentes ao período compreendido entre 31/01/2013 e 31/03/2013, devido ao acolhimento da prejudicial de

decadência.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **279697.0001/18-5**, lavrado contra **MAXTIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$227.412,44**, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala de Sessões do CONSEF, 06 de setembro de 2019.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR