

PROCESSO - A. I. Nº 206912.0004/18-4
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - MULTILASER INDUSTRIAL S.A.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão JJF nº 0074-01/19
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 06/12/2019

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0301-12/19

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO, NA POSIÇÃO DE SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. Goza de presunção de legitimidade e veracidade a escrita fiscal elaborada pela empresa, que indica operação realizada entre industriais. Cabe ao Estado-Administração, na pessoa do agente da fiscalização, a 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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso de Ofício interposto pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) deste Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF) em face do Acórdão nº 0074-01/19, de sua própria lavra, que concluíra pela total Improcedência da autuação, ao reconhecer, por maioria, que o Autuante não se desincumbiu de provar que as vendas oriundas de outra Unidade da Federação teriam sido tredestinadas em território baiano para a comercialização posterior. Com isso, houve desoneração do autuado em R\$6.351.604,88 ao tempo da prolação da decisão (fl. 102).

A única acusação de que cuida o Auto de Infração foi a seguinte:

Infração 01 – 08.20.03: “Deixou de proceder a retenção 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” Ocorrência verificada entre os meses de fevereiro de 2014 e dezembro de 2015. Enquadramento legal: Art. 10 da Lei 7.014/96 c/c Cláusulas primeira, terceira, quarta e quinta do protocolo ICM nº 19/85. Multa aplicada: 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “e” da Lei nº 7.014/96.

Regularmente notificado, o Autuado apresentou defesa às fls. 29 a 33. Em síntese, alegou que *“as operações autuadas não se sujeitam à substituição tributária. Tratam-se, em sua maioria, de operações de compra de mercadorias para industrialização – ou consumo final – e não para revenda, bastando que se analisem as Declarações e Portarias Interministeriais obtidas junto às empresas destinatárias, para restar evidenciada a ausência de intento de revenda (Doc. 02)”*. Requereu, subsidiariamente, realização de diligência.

Registre-se que, dentre os documentos que instruíram a defesa (fls. 34 a 80), não se encontra qualquer “portaria interministerial” ou “declaração”, mas apenas procuração e atos societários. Sequer foi acostada a mídia com a peça de defesa, consoante comando do art. 8º, § 3º do RPAF/99.

Informação Fiscal, de fls. 88 a 92, sustenta a autuação nos seguintes argumentos: a) ainda que os destinatários sejam industriais, as mercadorias objeto da autuação (mídias, suportes óticos, CDRs e DVDRs em que informações são armazenadas para gravação uma só vez) jamais podem configurar insumos industriais; b) que por celeridade fez a juntada das portarias, extraídas de outro PAF; c) questiona retoricamente, sem oferecer resposta, como tais mídias poderiam ser empregados como matéria prima, embalagem ou produto intermediário na fabricação de

computadores, e de que modo poderiam ser usados, se não para revenda, dada a quantidade volumosa adquirida pelos industriais; d) que o fato alegado sem provas de quem o contesta deve ser admitido como verdadeiro, nos termos do RPAF/99, art. 140; e) que o pedido de diligência tem o intuito procrastinatório.

Registre-se que, também o Autuante, apesar de referir-se a fazer juntada de “portarias interministeriais” e “declarações” mencionadas pelo Autuado, nada acostou à Informação Fiscal.

Em julgamento realizado em 28/05/2019 (fls. 97 a 100), a 1ª JF rejeitou a argumentação do Autuante e julgou totalmente Improcedente o Auto de Infração. Considerando a decisão não unânime, vale a transcrição de ambos os votos:

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 subseqüentes 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”.

Respalçado 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 evidencia 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.

Foi interposto recurso de ofício.

VOTO

O Recurso de Ofício é cabível e adequado (art. 169, inciso I, alínea “a” do Decreto nº 7.629, de 9.7.1999 em sua atual redação – RPAF/99), por isso dele conheço.

A lide demanda avaliar se 1) encontra-se devidamente configurada a venda interestadual de

“matéria prima”, “material intermediário”, ou “material de embalagem”, como afirma o Autuado, o que afastaria a incidência do ICMS-ST e a antecipação; se, ao revés 2) encontra-se devidamente configurada a venda interestadual de mercadoria a ser comercializada pelos destinatários estabelecidos na Bahia, a implicar a incidência do ICMS-ST; e 3) qual das Partes teria o ônus de provar suas alegações, e deixou de fazê-lo.

Como se viu do relatório, os autos fornecem poucos elementos. Os dados reunidos nos arquivos em Excel que guarnecem a autuação indicam que, ao longo de dois anos, com auxílio de algumas centenas de notas fiscais, foram comercializadas pouco mais de oitocentas mil mídias ópticas (*discos para sistemas de leitura por raio “laser”*, ou seja, CDs e DVDs) junto a clientes que, inscritos no Estado da Bahia com indicação de atividade econômica compatível com o de indústria ou prestação de serviços, exercem atividades como “fabricação de periféricos para equipamentos de informática” (o caso da QUEBEX COMPUTADORES EIRELI e da ACC BRASIL INDUSTRIA E COMERCIO DE COMPUTADORES LTDA, segundo o *site* da SEFAZ/BA); “holding de instituição não-financeira” (o caso da LI TECNOLOGIA INDUSTRIA E COMERCIO LTDA, segundo o *site* da SEFAZ/BA), para citar os destinatários com as maiores frequências de notas fiscais contra si emitidas.

Por outro lado, todas as operações, sem exceção, foram registradas sob o CFOP 6.101 (“Venda de produção do estabelecimento”), e em nenhuma operação cogitou de CFOP próprio de operação sujeita à substituição tributária (por exemplo, o CFOP 6.401).

Nesse passo, temos de um lado uma declaração do Autuado, de que as vendas se operaram para empresários individuais e sociedades empresárias que inseriram mídias digitais em seus processos empresariais, sem comercializá-las; e temos uma amostra relativamente frequente de empresas que não declaram, entre seus objetos sociais, a comercialização de mídias digitais. Por outro lado, temos uma *presuntio hominis* do agente da fiscalização, que acredita pouco crível que tais operações não se destinassem a comercialização futura, dado o volume de produtos comercializados.

Penso que agiu com acerto a 1ª JJF. Para desconfigurar o registro fiscal (de operações sem substituição tributária, destinada a sujeitos que inserem essas mídias em seus processos empresariais), conforme elaborado pelo Autuado, pendia sob o Autuante um ônus argumentativo-probatório do qual não se desincumbiu satisfatoriamente. Não basta alegar (muito menos em sede de Informação Fiscal) que a Autuada, ora Recorrida, realizou operações em volume vultoso. Era necessário que provasse que essas vendas possuíam finalidade de comercialização futura, e evidenciar o conluio da Autuada nessa tredestinação.

De resto, a utilização de mídias digitais, naquele tempo mais do que nos tempos atuais, era absolutamente comum e corriqueira em qualquer processo empresarial, para usos dos mais variados. Cogitem-se de mais alguns exemplos.

Consta no *site* desta SEFAZ/BA a busca pelo cadastro de contribuintes que o inscrito ARTHUR SILVA LOPES exerce a atividade de “reparação e manutenção de equipamentos eletrônicos de uso pessoal e doméstico” e “comércio varejista especializado de eletrodomésticos e equipamentos de áudio e vídeo”. Ora, parece-me mais razoável supor que esse profissional utiliza o CD ou DVD para armazenar arquivos eletrônicos, como meio para consecução de suas atividades – e não para revender mídias virgens.

Do mesmo modo, não parece crível que uma INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS DO VALE DO SÃO FRANCISCO LTDA, dedicada a “fabricação de embalagens de material plástico” exerça de modo clandestino a venda de mídias virgens no Município de Juazeiro/BA.

Com efeito, o material probatório colacionado pelo Autuante – em que pese a escassez probatória do Autuado – milita contra suas convicções.

Final, cabe ao Autuante fazer acompanhar o Auto de Infração das provas necessárias à demonstração do fato arguido (art. 41, inciso II, do RPAF/99). Das planilhas em Excel, como dito,

não extraio prova da tredestinação.

Enfim, nada tenho a opor ao julgamento empreendido pela 1ª JJF.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e manter a Decisão recorrida que julgou **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206912.0004/18-4** lavrado contra **MULTILASER INDUSTRIAL S.A.**

Sala das Sessões do CONSEF, 2 de outubro de 2019.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

HENRIQUE SILVA DE OLIVEIRA – RELATOR

ANA CAROLINA ISABELA MOREIRA - REPR. DA PGE/PROFIS