

A. I. Nº - 191828.0002/20-9
AUTUADO - GERDAU AÇOS LONGOS S/A
AUTUANTE - HERMENEGILDO MAGALHÃES FRAGA
ORIGEM - IFEP SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 07.01.2021

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0176-05/20-VD

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. INFRAÇÃO 01. Considerando que a atividade predominante exercida pelos compradores era de comércio varejista, no instante da venda das mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária o autuado não tinha como inferir que se tratava de aquisição para aplicação como insumos ou para revenda, razão pela qual deveria ter antecipado o tributo. Infração 01 caracterizada. 2. MULTA. FALTA DE REGISTRO. a) ENTRADAS NÃO TRIBUTÁVEIS. INFRAÇÃO 02. b) AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS E SERVIÇOS. INFRAÇÃO 03. Imputações 02/03 não impugnadas e mantidas. Rejeitada a preliminar de nulidade. Indeferido o pedido de realização de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração, lavrado no dia 03/02/2020 para formalizar a constituição de crédito tributário no valor histórico de R\$179.893,71, sob a acusação do cometimento das três (03) irregularidades a seguir discriminadas:

Infração 01 – Falta de retenção e recolhimento do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Consta que os destinatários das mercadorias são do ramo varejista ou desenvolvem atividade mista. O resultado da auditoria foi submetido à crítica prévia do autuado, o qual alegou que parte do valor exigido diz respeito a operações de vendas de insumos industriais. Não integra o cálculo do imposto nenhuma operação de venda junto a consumidores finais ou contribuintes não inscritos. Todas as operações de vendas contempladas no levantamento, segundo o auditor, foram realizadas para empresas inscritas no Cadastro do ICMS com atividade de comércio varejista de material de construção ou de serralheria em geral, bem como atividade mista de indústria e comércio, que adquiriram as mercadorias para revenda. Os contribuintes inscritos na condição de varejista comercializam os produtos adquiridos e o regramento é pela retenção do ICMS-ST, cabendo ao adquirente, caso utilize parte deles para uso e consumo, proceder aos ajustes necessários na escrita fiscal, inclusive o estorno do crédito, quando for o caso. Já em relação aos clientes que exercem atividade mista de indústria e comércio, somente foi constituído o crédito tributário sobre as operações em que se verificou que as aquisições foram para revenda e não para insumo ou uso em processo produtivo, conforme se comprova por meio dos DANFEs vinculados às operações. O contribuinte foi autuado anteriormente pelo cometimento da mesma infração, por intermédio do AI (Auto de Infração) 269191.0004/17-2, tendo sido julgado **PROCEDENTE** em ambas as instâncias, conforme explica o autuante, e PAGO pelo sujeito passivo (01/2016 a 12/2018). R\$179.628,00 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei 7.014/1996.

Infração 02 – Entradas não tributáveis sem registro na escrita (01, 04, 05, 06 e 12/2016, 02, 05 e 08/2017). Multa de R\$32,97, prevista no art. 42, IX da Lei 7.014/1996.

Infração 03 – Entradas de mercadorias ou aquisições de serviços sem registro na escrita (12/2017, 01, 03, 04, 05 e 11/2018). Multa de R\$232,74, prevista no art. 42, IX da Lei 7.014/1996.

O contribuinte ingressa com impugnação às fls. 93 a 108, na qual inicia reconhecendo parcialmente a infração 01 e totalmente as outras duas.

Aduz a tempestividade da peça e suscita preliminar de nulidade da parcela impugnada, sob a premissa da ocorrência de falsa presunção humana. A autoridade fiscalizadora teria desconsiderado a real destinação das mercadorias, vendidas para uso industrial, o que afasta a obrigatoriedade da retenção do imposto e demonstra que o ato administrativo ofende diversos princípios que o regem, como o da legalidade e o da tipicidade cerrada.

Segundo alega, em outros casos, as mercadorias foram utilizadas para consumo final dos adquirentes, conforme eles mesmos declararam no documento 06. Em tal documento, que contém 04 (quatro) declarações de compradores, na verdade, está dito, em todas com as mesmas palavras, que as entradas foram a título de insumos de industrialização, e não de uso/ consumo final.

Entende que, no mínimo, este seria o caso de conversão em diligência para a apuração da verdade material.

No mérito, sustenta que o documento 06 comprova que a substituição tributária não se aplica a todas as operações fiscalizadas, pois algumas delas se encartam nas hipóteses de saídas para consumidores finais ou destinação de mercadorias para produção ou industrialização.

Alega que toma providências preliminares antes de efetuar uma venda (como consultar o comprador, por meio da sua área comercial), com o fim de saber a destinação do produto vendido, ou seja, se a substituição tributária incide ou não.

Menciona, a título de exemplo, a nota fiscal 13.265, emitida em 04/02/2016, referente à venda do produto TRELICA TG8L 6/4,4/4,2MM 12M 60 UN para o estabelecimento NIVALDO PIRES DE SOUZA ME, cujo CNAE principal é 47.44-0-99 (comércio varejista de materiais de construção em geral, fl. 32) e secundário 23.30-3-01 (fabricação de estruturas pré-moldadas de concreto armado, em série e sob encomenda, verso da fl. 32).

Da análise do CNAE (secundário) do comprador, tem como claro que a aquisição destinou-se à fabricação de estruturas metálicas, ou seja, o produto foi adquirido para figurar como insumo – o que afasta o ICMS ST.

Este destinatário (NIVALDO PIRES DE SOUZA ME) emitiu a declaração de fl. 242 (documento 06), também reproduzida à fl. 103.

Transcreve as ementas dos Acórdãos CJF 0156-12/04 e 0171-12/18 e assinala que a situação do AI (Auto de Infração) 269191.0004/17-2 é diferente da que se encontra em lide nos presentes autos. Isso porque agora possui as declarações dos destinatários dando conta do destino que deram às mercadorias (documentos 06/07).

Aduz que a multa é confiscatória, desproporcional e irrazoável, motivos pelos quais pede o seu afastamento.

Protesta pela produção de provas, fornece endereço para correspondências processuais e conclui pleiteando o acolhimento das razões defensivas.

Na informação fiscal, de fls. 278 a 292, o auditor afirma que as simples declarações de quatro clientes de que adquiriram as mercadorias como insumos para industrialização não são suficientes para elidir a acusação. Teriam os compradores do autuado ter que escriturado as operações com o CFOP próprio, no caso, 1101, e demonstrado isso nos autos, o que não ocorreu.

Causa-lhe estranheza a padronização das quatro declarações (são idênticas), provavelmente preparadas por uma mesma pessoa e entregues aos seus respectivos clientes apenas para assinatura. Observa, ainda, que não houve reconhecimento de firma (qualquer pessoa pode ter

assinado). As pessoas são identificadas como procuradores das empresas, mas nenhuma procuração foi colacionada aos autos.

Diferentemente do que sustenta o impugnante, os quatro declarantes – inclusive NIVALDO PIRES DE SOUZA ME, cujo CNAE principal é 47.44-0-99 (comércio varejista de materiais de construção em geral, fl. 32) e secundário 23.30-3-01 (fabricação de estruturas pré-moldadas de concreto armado, em série e sob encomenda, verso da fl. 32) -, exercem, sim, o comércio varejista de material de construção, conforme se observa nas citadas folhas.

A sociedade empresária AFS PRÉ MOLDADOS LTDA., uma das declarantes (fl. 250), que exerce as atividades de comércio e indústria, foi identificada no curso do procedimento fiscal como vendedora de vergalhões e treliças adquiridas junto ao autuado (documentos auxiliares de NFE de fls. 78 e 79).

Considerando que a atividade principal exercida pelos compradores é de comércio varejista, no instante da venda o autuado não tinha como inferir que se tratava de aquisição para aplicação como insumos ou para revenda, razão pela qual deveria ter antecipado o tributo. O simples fato de a atividade principal exercida pelos adquirentes ser o comércio varejista e as mercadorias estarem submetidas ao regime da substituição tributária é suficiente para respaldar a autuação.

Ressalta o precedente do Acórdão CJF 0157-11/19 (referente ao AI 269191.0004/17-2) e o fato de que há outros compradores que exercem a atividade mista de indústria e comércio que não assinaram as declarações do documento 06 da defesa.

Pugna pela procedência integral.

Relatórios de pagamento parcial juntados às fls. 294 a 299.

Participou fazendo sustentação oral na sessão de julgamento a advogada Dra. Elise Benevenuto Matos Refundini OAB/SP 402.100.

VOTO

Todos os elementos necessários ao julgamento estão presentes nos autos. Indefiro o pedido de realização de diligência, com fulcro no art. 147, I, “a” do RPAF/99.

As infrações 02/03 não foram contestadas. Assim, com supedâneo no art. 140 do RPAF/99, restarão mantidas.

A primeira imputação trata da falta de retenção e recolhimento do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

Está dito, no corpo do Auto de Infração, que os destinatários das mercadorias são do ramo varejista ou desenvolvem atividade mista. De fato, isto é verdade, conforme os extratos do Sistema INC juntados às fls. 21 a 82, nos quais se percebe que todos os compradores têm como atividade principal o comércio a varejo, sendo que apenas alguns deles possuem como atividade secundária a fabricação; de pré-moldados, por exemplo.

Também corresponde à realidade a assertiva do auditor de que não integra o cálculo do imposto nenhuma operação de venda junto a consumidores finais ou a contribuintes não inscritos. Todas as operações de vendas contempladas no levantamento foram realizadas para empresas inscritas no Cadastro do ICMS com a atividade primária de comércio varejista de material de construção ou de serralheria em geral, alguns com a atividade secundária de indústria.

Devido ao acima exposto, não compartilho da tese preliminar defensiva de que a autuação partiu de uma presunção humana de que os produtos tiveram como destino a revenda, e não a utilização como insumos.

Concordo com o autuante, no sentido de que, considerando que a atividade predominante exercida pelos compradores era de comércio varejista, no instante da venda das mercadorias

sujeitas ao regime da substituição tributária o autuado não tinha como inferir que se tratava de aquisição para aplicação como insumos ou para revenda, razão pela qual deveria ter antecipado o tributo.

Rejeitada a preliminar de nulidade.

No mérito, há de ser ressaltado que o autuante tomou o cuidado de juntar aos autos os extratos das situações cadastrais dos destinatários, dos quais constam os comprovantes das suas atividades principais e secundárias.

Juntou também, a título exemplificativo, documentos auxiliares de notas fiscais eletrônicas, por meio dos quais esses adquirentes revenderam as mercadorias adquiridas do impugnante. Portanto, se desincumbiu do ônus probatório, não sendo verdadeira a alegação de que o lançamento possui base em mera presunção humana.

Com efeito, as declarações de quatro clientes de que adquiriram as mercadorias a título de insumos para industrialização não são suficientes para elidir a acusação. Teriam os compradores do autuado que ter escriturado as operações com o CFOP próprio, no caso, 1101, e demonstrado isso nos autos, o que não ocorreu.

Concordo que causa estranheza a padronização das quatro declarações (são idênticas, com a mesma grafia/ palavras). Segundo o auditor, *in verbis*: “*provavelmente preparadas por uma mesma pessoa e entregues aos seus respectivos clientes apenas para assinatura*”. Nota-se, ainda, que não houve reconhecimento de firma (qualquer pessoa pode ter assinado). Há pessoas físicas identificadas como procuradores ou representantes das empresas, mas nenhuma procuração ou contrato social foram colacionados aos autos.

Ficou comprovado que os quatro declarantes – inclusive NIVALDO PIRES DE SOUZA ME, cujo CNAE principal é 47.44-0-99 (comércio varejista de materiais de construção em geral, fl. 32) e secundário 23.30-3-01 (fabricação de estruturas pré-moldadas de concreto armado, em série e sob encomenda, verso da fl. 32) -, exercem o comércio varejista de material de construção, conforme se observa nas citadas folhas.

A sociedade empresária AFS PRÉ MOLDADOS LTDA., uma das declarantes (fl. 250), que exerce as atividades de comércio e indústria, foi identificada no curso do procedimento fiscal como vendedora de vergalhões e outras mercadorias adquiridas junto ao autuado (documentos auxiliares de NFE de fls. 78 e 79).

Em verdade, com a devida vénia e respeito, quem está a se sustentar em simples presunções, como consultas aos compradores, é o autuado, pois em nenhum momento juntou prova cabal das suas alegações, a não ser os documentos 06/07 da defesa, de cunho meramente particular, não oficial.

O precedente contido no Acórdão CJF 0171-12/18, efetivamente, traz entendimento que favorece as alegações defensivas, no que concerne à infração 03 do lançamento de ofício em apreciação naquele julgado, mas pode ser contrastado com o Acórdão CJF 0157-11/19 (referente ao AI 269191.0004/17-2):

“Quanto a afirmativa da recorrente de que as empresas citadas na autuação seriam consumidoras finais, e que estariam adquirindo insumos para produção, diante dos CNAEs apresentados, existe a atividade de varejo de matérias de construção, não sendo possível precisar a alegação de que tais itens foram destinados ao processo produtivo das adquirentes, o que poderia ocorrer, a título exemplificativo, com a apresentação das notas fiscais das adquirentes registradas com código de compra para industrialização”.

Quanto ao endereço para correspondências processuais, nada impede a utilização daquele fornecido pelo sujeito passivo, sendo inclusive recomendável que assim se faça, tendo em vista as prescrições do art. 272, § 5º do CPC (Código de Processo Civil), de aplicação subsidiária no Processo Administrativo Fiscal.

“§ 5º Constando dos autos pedido expresso para que as comunicações dos atos processuais sejam feitas em nome dos advogados indicados, o seu desatendimento implicará nulidade”.

Por outro lado, nenhuma irregularidade advirá na esfera administrativa, desde que observados os ditames dos artigos 108 a 110 do RPAF/99.

Com relação à multa, este órgão não tem atribuição para exercer controle de constitucionalidade, tampouco para negar eficácia à norma emanada de autoridade superior, a teor do art. 167, I e III do RPAF/99.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, com a homologação das quantias já pagas.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **191828.0002/20-9**, lavrado contra **GERDAU AÇOS LONGOS S/A**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$179.628,00**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei 7.014/96 e dos acréscimos legais, além da multa de **R\$265,71**, prevista no art. 42, IX da referida Lei 7.014/96, com os acréscimos de mora estatuídos na Lei 9.837/05 e a homologação dos valores recolhidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 17 de dezembro de 2020.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

PAULO DANILÓ REIS LOPES – RELATOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO - JULGADOR