

PROCESSO - A. I. Nº 279697.0001/18-5
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e MAXTIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
RECORRIOS - MAXTIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0141-01/19
ORIGEM - DAT METRO INFAZ INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 23/11/2022

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF Nº 0307-11/22-VD**

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Não comprovada alegação de aquisições de insumos para industrialização. Operações escrituradas como transferências para comercialização e venda de mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros. Ônus da prova que compete ao contribuinte, nos termos dos arts. 142 e 143 do RPAF/BA. Correta a decadência reconhecida pela Junta de Julgamento Fiscal. Afastada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso(s) Voluntário e de Ofício interposto(s) em face do Acórdão nº 0141-01/19 proferido pela 1ª JJF deste CONSEF, julgando Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado em 26/03/2018 no valor histórico de R\$340.843,07, abordando a(s) seguinte(s) infração(ões):

Infração 01 – 02.01.03 – *Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.*

Nos exercícios fiscalizados, 2013 e 2014, o contribuinte adquire, por meio de transferência da matriz ou de outra filial, parte de suas mercadorias. Embora essas mercadorias estejam enquadradas no regime de substituição tributária (Anexo I), por se tratar de transferência, esse regime não é aplicado. Dessa forma, ao proceder as saídas dessas mercadorias deveria a empresa destacar e recolher o imposto normal, o que não ocorreu.

Após instrução processual foi proferida a seguinte decisão:

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.

A JJF interpôs Recurso de Ofício.

O contribuinte interpôs Recurso Voluntário pelas razões a seguir sintetizadas.

Preliminarmente, argui a nulidade do Auto de Infração por cerceamento de defesa apontando insegurança na determinação da infração e do valor devido em função da utilização de presunção ilegal e desmotivada pelo autuante para promover o lançamento de suposta omissão de saídas sem ao menos realizar o levantamento analítico de estoques para demonstrar a ocorrência da infração.

Diz que não há nos autos demonstrativo com todas as operações de entradas e saídas ocorridas no período autuado, o que viola o devido processo legal e cerceia a sua defesa e nem pode ser sanado por diligência, já que somente o refazimento total do roteiro de auditoria que permitiria apurar a ocorrência da infração e o montante devido.

No mérito, explica que atuava no comércio, quando foi constituída, motivo pelo qual se sujeitava à substituição tributária. Mas, posteriormente, passou a atuar na indústria, conforme alteração contratual anexada à defesa, de modo que as entradas são enquadradas como insumo, além de não existir mais saídas, como pode ser verificado por meio de perícia técnico-contábil.

Defende que importa peças pela matriz, no exercício de suas atividades, e as transfere posteriormente para a filial, além de comprar peças no mercado nacional para acondicionamento em embalagem própria, caracterizando apenas a realização de operações industriais ou a estas equiparadas, com vendas somente no atacado.

Observa que todos os produtos que fabrica e comercializa estão contemplados no Protocolo ICMS 41/2008, que afasta a incidência do ICMS-ST nas remessas com destino a estabelecimento industrial, o que também se verifica no inciso III, do art. 8º da Lei nº 7.014/96.

Sustenta não se sujeitar à substituição tributária por antecipação de que trata o art. 289 do RICMS/BA nas operações de compra para industrialização, já que sua obrigatoriedade é transferida para a etapa posterior, destacando que não é devida a antecipação, pelo fornecedor localizado em Estado signatário do Protocolo ICMS 41/08, na aquisição de mercadorias destinadas a emprego em processo

industrial, cabendo à recorrente a responsabilidade pelo recolhimento referente às operações internas subsequentes.

Aponda que também não cabe a retenção pelo fornecedor quando se trata de transferência interestadual de mercadorias de seu estabelecimento em outra unidade federada para revenda no atacado pela filial baiana, conforme referido acordo interestadual. Indica que o STJ entende que não cabe a tributação nos casos em comento, chegando a editar a Súmula nº 166, neste sentido.

Encerra requerendo que seja o Auto de Infração declarado nulo ou, no mérito, seja julgado improcedente, protestando ainda pela realização de perícia técnico-contábil.

Em seguida, os autos foram distribuídos a este relator para apreciação.

VOTO

Analiso primeiro o Recurso de Ofício, interposto em função dos valores que o acórdão recorrido entendeu que estariam tragados pela decadência.

Concordo com a decisão de primeiro grau. Aplica-se ao caso o disposto no § 4º, do art. 150 do CTN, pois não houve omissão de declaração, tampouco foram suscitadas as hipóteses que autorizam o seu afastamento (dolo, fraude ou simulação). Além disso, os próprios autuantes concordaram com a decadência, em sede de informação fiscal (fl. 88).

Em relação ao Recurso Voluntário, cumpre-nos apreciar inicialmente a preliminar de nulidade.

A pretensão não merece prosperar.

A recorrente não apontou qualquer problema nos roteiros de fiscalização executados que pudesse lhe causar prejuízo. Pelo contrário, os demonstrativos que acompanharam a autuação se revelam suficientes para permitir a identificação com segurança da infração e do infrator.

Destaco ainda o seguinte trecho da informação fiscal prestada nos autos:

“1.1. Quanto à não realização de levantamento analítico de estoque para demonstrar a ocorrência da infração denunciada, informamos que durante o processo de fiscalização, baseados nos preceitos legais pertinentes, foram feitas todas as investigações e análises das informações fiscais que julgamos indispensáveis à comprovação da infração identificada. Destacamos que nos exercícios fiscalizados, 2013 e 2014, o contribuinte adquire, por meio de transferência da matriz ou de outra filial, a totalidade das mercadorias a serem comercializadas. Embora essas mercadorias estejam enquadradas no regime de substituição tributária, por se tratar de transferência, não se aplica o regime de ST nas saídas subsequentes dessas mercadorias. Assim, tendo em vista que as operações que não se enquadram na substituição tributária são regulamentadas pela regra geral do ICMS, compete ao contribuinte que promoveu 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 em epígrafe. Conforme comprovado nos demonstrativos e livros fiscais apensados neste Processo, e com fundamento no Regulamento do ICMS e nas normas complementares como o Convênio 81/93, em virtude do não pagamento do imposto devido foi lavrado o presente Auto de Infração (grifo nosso). Em síntese, de acordo com o disposto no Inciso II da Cláusula V do Convênio 81/93, quando a 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.”

Logo, não há que se falar em nulidade.

Rejeito também o pedido de perícia formulado porque não vislumbro a necessidade de prova técnica ou conhecimento especial para solução do litígio e porque não houve a devida fundamentação da necessidade e nem apresentação do rol de quesitos, na forma do art. 145 do RPAF/BA.

Quanto ao mérito, me valho mais uma vez da informação fiscal, que pontuou ter se pautado na efetiva atividade exercida pela recorrente, independentemente das alterações formais de seus atos constitutivos:

“2. Quanto à argumentação sobre a suposta mudança no regime tributário do contribuinte “que deixou de atuar no comércio para atuar na indústria” podemos afirmar que trata-se de uma alegação infundada. Durante o

período fiscalizado, exercícios de 2013 e de 2014, constatamos através dos respectivos Livros Registro de Apuração que nenhuma das operações de Entrada eram referentes à aquisição de insumo para industrialização, bem como nenhuma das operações de saída eram referentes à venda de produção de estabelecimento. Significa dizer que a totalidade do volume de negócio realizada pelo contribuinte refere-se à comércio. Ainda que tenha havido alteração contratual, o que define a atividade econômica de um contribuinte é a atividade que ele efetivamente exerce, no caso em questão comércio. Essa atividade está comprovada, inclusive, pelo enquadramento das operações, efetuado pelo próprio contribuinte, na sua escrita fiscal, tanto nas entradas, com CFOP 2152 – Transferência para Comercialização, quanto nas saídas, com CFOP 5405 – Venda de Mercadoria Adquirida ou Recebida de Terceiros, sujeito ao Regime de ST.”

Registre-se que não se trata de ignorar as eventuais alterações do contrato social da recorrente pura e simplesmente. É sua própria escrituração fiscal que diverge da atividade que afirma exercer, o que faz com que seja seu o ônus de afastar a presunção de legalidade do lançamento, nos termos do art. 143 do RPAF/BA.

Todavia, como não produziu a prova que lhe cabia (art. 142 do RPAF/BA), seu recurso está fadado ao insucesso.

Diante do exposto, NEGOU PROVIMENTO ao Recurso de Ofício e ao Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário interpostos e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279697.0001/18-5, lavrado contra **MAXTIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$227.412,44**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já pagos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 14 de outubro de 2022.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ANDERSON ÍTALO PEREIRA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS