

**A. I. Nº** - 087016.0016/18-7  
**AUTUADO** - WILSON – COMÉRCIO E INDÚSTRIA DE VIDROS DO BRASIL LTDA.  
**AUTUANTE** - DIJALMA MOURA DE SOUZA  
**ORIGEM** - INFAZ INDÚSTRIA  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET – 19.09.2019

#### **5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

##### **ACÓRDÃO JJF Nº 0134-05/19**

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. FALTA DE ESTORNO. MERCADORIA ENTRADA NO ESTABELECIMENTO E POSTERIORMENTE DETERIORADA. Infração caracterizada. 2. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Não tributou saídas de mercadorias em operações internas. Restou comprovado que parte das operações já havia sido tributada pelo substituto tributário. Infração parcialmente elidida. 3. ALÍQUOTA. APLICAÇÃO ERRÔNEA NAS OPERAÇÕES DE SAÍDA. RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO. Infração subsistente. Rejeitada a preliminar de nulidade. Indeferido o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração ora apreciado, foi lavrado 17 de dezembro de 2018, e refere-se à cobrança de ICMS no valor histórico de R\$52.411,62, além de multas de 60%, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01. **01.05.10.** Deixou de efetuar o estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a mercadorias entradas no estabelecimento e posteriormente deterioradas. Fato verificado nos meses de agosto a dezembro de 2017, no montante de R\$10.350,19, mais multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “b”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 02. **02.01.03.** Deixou de recolher ICMS, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Referente a sucessivas saídas para o Estado da Bahia de vidros e espelhos sem o destaque e recolhimento do ICMS. Fato verificado nos meses de janeiro, junho a dezembro de 2015; janeiro a abril, junho a dezembro de 2016; abril e junho a novembro de 2017, no montante de R\$17.481,66, mais multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 03. **03.02.02.** Recolheu a menor o ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Referente às sucessivas saídas interestaduais com aplicação de alíquota prevista na Resolução SF 13/12, nas operações em desacordo com o previsto no Convênio ICMS nº 38/2013 para fruição do benefício, nos meses de janeiro a dezembro de 2015; e janeiro a outubro de 2016, no valor de R\$24.579,77, mais multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte foi notificado do Auto de Infração em 27/12/18 e ingressou tempestivamente com defesa administrativa em 22/02/19, peça processual que se encontra anexada às fls. 44 a 55. A Impugnação foi formalizada através de petição subscrita por seu advogado, o qual possui os devidos poderes, conforme instrumento de procuração, constante nos Autos à fl. 60.

Em sua peça defensiva, a Impugnante inicia transcrevendo as imputações que deram origem ao Auto de Infração.

Em preliminar, tece comentários sobre a função fiscal – exercícios do poder-dever da autoridade administrativa, entendendo que há vícios na autuação, como ocorrência do “Bis in Idem”, Ilegitimidade Passiva e Falta de Motivo.

Em relação ao “*Bis in Idem*”, alega que o imposto ora exigido já foi objeto de autuações anteriores (Autos de Infração n°s 087016.0013/18-8 e 087016.0014/18-4).

Quanto à arguição de Ilegitimidade Passiva, alega que o imposto normal é substituído devido na operação já foi retido e recolhido nos termos dos Protocolos ICMS n° 104/09 e 26/10, não podendo ser atribuído ao destinatário por não ser parte legítima para figurar no polo passivo da obrigação tributária.

Acrescenta que existindo Protocolos e Convênios que imputem aos remetentes das mercadorias a responsabilidade tributária pelo pagamento antecipado do imposto, não cabe aos estabelecimentos adquirentes efetuar novamente o pagamento do mesmo imposto.

Para embasar sua argumentação, traz a colação algumas decisões do CONSEF (CJF 02765-12/13, JJF 0110-04/16 e JJF 0041-06/14).

No que tange a preliminar de falta de motivo para proceder ao lançamento do crédito tributário, faz breve comentário sobre o assunto, elencando os cinco elementos que devem ser considerados no ato administrativo, segundo o mestre Seabra Fagundes. Apresenta ainda ensinamentos de Hely Lopes Meirelles, bem como a ementa do Acórdão JJF 0041-04/14, visando sustentar seus argumentos.

No mérito, apresenta, ainda, as seguintes alegações:

*1) Não há que se falar em estorno de crédito de ICMS uma vez que não foram apropriados os referidos créditos, uma vez que a autuada procede como determina o artigo 290 do Decreto n° 13.780/12. Afirma que as mercadorias não pertencem ao seu estoque e que tampouco são objeto de fabricação, sendo exclusivamente levadas à comercialização após adquiridas. Dessa forma entende que tem aplicabilidade o disposto no artigo 290 em detrimento do artigo 291 do Decreto 13.780/12, como diz presumir o autuante. (Infração 01).*

*2) Porque o imposto normal é substituído devido na operação já foi retido e recolhido nos termos dos Protocolos n° 104/09 e 26/10, não podendo ser atribuída ao destinatário a responsabilidade pelo recolhimento, por não ser parte legítima para figurar no polo passivo da obrigação tributária. Acrescenta que a mercadoria se trata de vidro ou espelho para revenda (infração 02).*

*3) Porque, além de exigir o pagamento a menor de ICMS que já foi pago, as exigências contidas neste Auto também são imputadas no Auto de Infração n° 087016.0013/18-8 e no Auto de Infração n° 087016.0014/18-4. (Infração 03)*

*4) Outrossim, inexistente recolhimento a menor de ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa, uma vez que tais mercadorias não sofreram qualquer industrialização, razão porque a alíquota reduzida aplicada nas saídas das mercadorias obedece ao que prescreve a Resolução n° 13/12 do SF. (infração 03)*

Ao final, requer a nulidade total da autuação, e que caso assim não seja o entendimento dos julgadores, que seja decretada a improcedência do feito.

O autuante presta Informação fiscal, às fls. 264 a 267, contestando as alegações defensivas na mesma sequência:

1) Afirma que o estorno do Crédito Fiscal exigido foi apurado, exatamente, a partir das entradas das mercadorias tributadas, sendo que à fl. 18 o Demonstrativo ICMS NORMAL MÉDIO POR M2-ENTRADAS calcula o ICMS, por mercadoria (código utilizado pela Autuada), a partir das suas entradas, relacionadas no demonstrativo NOTAS FISCAIS DE ENTRADAS (fls. 12 a 17/v.).

Explica que, a partir daí, o valor do ICMS médio do mês, por mercadoria, é multiplicado pela quantidade informada nas Notas Fiscais emitidas pela Autuada sob CFOP 5927, no DEMONSTRATIVO DO ESTORNO DE CRÉDITO FISCAL DO ICMS (fls. 10 e 11), e que essas Notas Fiscais não foram tributadas pelo ICMS.

Quanto à alegação de não ter se apropriado dos referidos créditos fiscais, apresenta espelho do Livro de Registro de Entradas/EFD do autuado por amostragem, com a apropriação ora negada.

2) Assevera que nesse item há duas alegações defensivas.

A primeira, que o referido ICMS já fora recolhido anteriormente por substituição tributária (pelo remetente), alegação acatada em parte pelo autuante, dizendo que algumas mercadorias realmente foram objeto de tributação por substituição tributária pelo remetente.

Dessa forma, elabora novo demonstrativo, à fl. 267, excluindo do levantamento fiscal tais mercadorias, no que reduz o montante a ser exigido na infração 02 de R\$17.481,66 para R\$6.143,01.

Quanto à alegação de não figurar como sujeito passivo da obrigação tributária, ressalta que faltou à Autuada interpretar os dispositivos que tratam da responsabilidade solidária pelo recolhimento do imposto.

3) Aduz que basta que se observe nos CFOP's dos demonstrativos que embasam os Autos nº 087016.0013/18-8 e nº 87016.0014/18-4, pois esta ação fiscal é referente aos CFOP's 5101,05102, 5117 e 5401.

Acrescenta que no Auto nº 087016.0014/18-4 as operações são relativas apenas aos CFOP's 5403 e 5405, exigindo o ICMS Substituição Tributária. No que tange ao Auto nº 087016.0013/18-8, as operações são relativas aos CFOP's 5403 e 5405, exigindo-se o ICMS Normal das operações.

Informa que no "Anexo\_T\_v1.xlsx", em mídia anexada aos autos, fez os cruzamentos das Notas Fiscais que embasam os Autos nº 087016.0013/18-8 e nº 087016.0014/18-4, pela "chave de acesso" e não foi encontrada uma Nota Fiscal sequer comum nos dois bancos de dados.

Lembra que a Autuada não foi capaz de informar o número de uma Nota Fiscal sequer comum aos dois relatórios, sendo a alegação infundada, sem qualquer prova material.

4) Expõe que o autuado é beneficiado pelo incentivo fiscal DESENVOLVE nas saídas de mercadorias produzidas pelo estabelecimento. Explica que por se tratar de indústria, as operações interestaduais são realizadas, por exemplo, sob o CFOP 6101.

Relata que essas operações são passíveis do benefício previsto na Resolução DESENVOLVE Nº 127/2013, cujo artigo 1º traz:

*"Art. 1º Considerar habilitado ao Programa de Desenvolvimento Industrial e Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE, o projeto de ampliação WILSON – COMÉRCIO E INDÚSTRIA DE VIDROS DO BRASIL LTDA., CNPJ nº 06.117.418/0001-60 e IE nº 063.277.405NO instalada em Salvador, neste Estado, para produzir vidros e espelhos, sendo-lhe concedido os seguintes benefícios:*

*..."*

Afirma que o autuado utilizou como CFOP nessas operações o código 6101 e a partir disto apurou a base de cálculo do ICMS DESENVOLVE, na forma da Portaria nº 27/2009, incluindo essas operações como próprias. Ou seja, produção do estabelecimento e obtendo o incentivo fiscal em 80% do valor do imposto devido.

Estranha a alegação defensiva de que "...tais mercadorias não sofreram qualquer industrialização, razão porque a alíquota reduzida aplicada nas saídas das mercadorias obedece ao que prescreve a Resolução nº 13/12 do SF".

Diz que em caso afirmativo, necessário se faz a lavratura de outro Auto de Infração exigindo o ICMS que, porventura, a Autuada "confessa" não ter recolhido.

Explica que ao classificar as operações como REVENDA, uma vez que confessa "...tais mercadorias não sofreram qualquer industrialização, razão porque a alíquota reduzida aplicada nas saídas das mercadorias obedecem ao que prescreve a Resolução nº 13/12 do SF", do montante do ICMS destacado nas Notas Fiscais relacionadas nesta infração 03, assim como as demais saídas

para o Estado da Bahia, dessas mercadorias, não poderia ter utilizado o benefício de 80% sobre o ICMS destacado (dilatado na forma do Decreto nº 8205/02, Anexo I).

Enfatiza que retornando ao cerne da questão, não há informação no campo “Informações Complementares” do número ou informações da FCI – Ficha de Conteúdo de Importação, condição “*sine qua non*” para utilização da alíquota de 4% nas operações amparadas pela Resolução SF 13/12.

Ao final, aduzindo que os demais argumentos que seguem na impugnação não trazem nada de novo ou mesmo qualquer prova admitida em direito capaz de elidir as acusações, pede o julgamento pela procedência parcial em função da redução do valor exigido na infração 02.

Em virtude da juntada aos autos, por parte do autuante, de novo demonstrativo de débito relativo à infração 02 (fl. 267), por ocasião de sua informação fiscal, a 3ª JJF converteu o processo em diligência à INFAZ INDÚSTRIA, para que fosse dada ciência ao autuado, inclusive lhe fornecendo cópia, de toda informação fiscal prestada às fls. 264 a 267, a qual inclui o demonstrativo acima referido, conforme determina o parágrafo 7º, do artigo 127, do RPAF/99, e observando o disposto no §1º do art. 18, do mesmo diploma legal.

Foi alertado ao autuado que ainda havendo discordância em relação à informação fiscal prestada, a prova documental de suas alegações deve ser apresentada em nova impugnação, ou seja, devem ser apontadas as notas fiscais, objeto da autuação, cuja cobrança discorde, elaborando demonstrativos elucidativos que amparem suas argumentações, se acaso persistirem.

O autuado apresentou nova impugnação, às fls. 278 a 284, ratificando os argumentos apresentados em sua primeira peça defensiva, reiterando também a solicitação de que o processo seja convertido em diligência, para que fiscal estranho ao feito constate que inexistente recolhimento a menor de ICMS, em razão de aplicação de alíquota diversa (infração 3).

O autuante tomou ciência da manifestação do autuado acima e, à fl. 287, disse que do exame dos argumentos defensivos, não identificou nenhum fato novo capaz de modificar o entendimento exarado na primeira informação fiscal.

## VOTO

Compulsando os autos, verifico que o presente processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, tendo sido o imposto, a multa e suas respectivas bases de cálculo, evidenciados de acordo com os demonstrativos do débito e com indicação clara do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo, além dos dispositivos da legislação infringidos.

Em relação à arguição de ilegitimidade passiva formulada pelo impugnante, verifica-se que parte das aquisições questionadas é oriunda de Estados que não são signatários dos Protocolos ICMS nºs 104/09 e 26/10, ou de contribuintes que não estão inscritos no Estado da Bahia, mesmo que pertencentes a Unidades da Federação signatárias dos referidos acordos. Nessas circunstâncias, o autuado é responsável pelo recolhimento do imposto em lide, ainda que em caráter solidário, não havendo, portanto, do que se falar em ilegitimidade passiva para tais operações.

Não há também do que se falar em “Bis in Idem”, pois como bem frisou o autuante, no Auto nº 087016.0014/18-4, as operações são relativas apenas aos CFOP’s 5403 e 5405, exigindo o ICMS Substituição Tributária, e no que tange ao Auto nº 087016.0013/18-8, as operações são relativas aos CFOP’s 5403 e 5405, exigindo-se o ICMS Normal das operações.

Ademais, verifica-se no “Anexo\_T\_v1.xlsx”, em mídia anexada aos autos, que as Notas Fiscais que embasam os Autos nº 087016.0013/18-8 e nº 087016.0014/18-4, são diferentes das relacionadas na presente autuação.

No que diz respeito ao pedido de diligência, por um fiscal estranho ao feito, formulado pelo sujeito passivo em sua segunda manifestação, fica rejeitado por entender que os dados constantes no processo são suficientes para a sua apreciação, nos termos do artigo 147 do RPAF/99, segundo o qual, deverá ser indeferido o pedido de diligência, quando o julgador considerar suficientes

para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável; 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.

Impende dizer-se, que ainda obedecendo aos requisitos legais, o pedido de diligência/perícia, submete-se unicamente à decisão dos julgadores, conforme reza a legislação em vigor, não sendo, de igual forma, motivo para a solicitação de ofício, ficando o atendimento ou não do pedido submetido ao entendimento unicamente dos julgadores.

No mérito, o lançamento constitui-se em três infrações arroladas pela fiscalização, já descritas nos autos.

No que tange à infração 01, que trata da falta de estorno de crédito fiscal de ICMS, relativo a mercadorias entradas no estabelecimento e posteriormente deterioradas, o autuado alegou que não apropriou os créditos, pois procede de acordo com o disposto no art. 290 do RICMS/BA, ou seja, argumenta que a mercadoria já tinha sido objeto de substituição tributária, e que a mesma é comercializada da mesma forma que é adquirida, sem sofrer industrialização.

Todavia, a mercadoria em comento, trata-se de caco de vidro, não sendo coerente que a mesma não seja derivada de seu processo de industrialização de vidros. Ademais, o autuante acosta à fl. 265, cópia de parte do livro Registro de Entradas/EFD do contribuinte, onde créditos fiscais, ora questionados, foram apropriados pela empresa.

Vale ainda ressaltar, que o sujeito passivo não apresenta nenhuma nota fiscal de aquisição do referido produto no estado mencionado (cacos de vidro), nem mesmo comprovação de que a aquisição do produto vidro, que originou a mercadoria deteriorada, tenha sido objeto da substituição tributária.

Dessa forma, considero subsistente a exigência, de acordo com o que prevê o art. 30, IV da Lei 7.014/96, *in verbis*:

*Art. 30. O sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado, salvo disposição em contrário, sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento:*

...

*IV - vier a perecer, deteriorar-se ou extraviar-se.*

Quanto à infração 02, que exige ICMS, em razão de ter praticado sucessivas saídas para o Estado da Bahia, de vidros e espelhos sem o destaque e recolhimento do ICMS, o impugnante afirma que o imposto normal e substituído devido na operação já foi retido e recolhido nos termos dos Protocolos nº 104/09 e 26/10, e que não pode ser atribuída ao destinatário a responsabilidade pelo recolhimento, por não ser parte legítima para figurar no polo passivo da obrigação tributária.

Entretanto, conforme já explanado na análise das preliminares, algumas mercadorias são oriundas de Estados não signatários dos referidos protocolos, e também de contribuintes não inscritos neste Estado, sendo o autuado responsável pelo pagamento do imposto questionado.

Todavia, por ocasião de sua informação fiscal, o autuante reconheceu que diversas mercadorias, realmente, já tinham sido objeto de tributação por substituição tributária pelo remetente.

Dessa forma, elaborou novo demonstrativo, à fl. 267, excluindo do levantamento fiscal tais mercadorias, reduzindo o montante a ser exigido R\$17.481,66 para R\$6.143,01, com o que concordo.

Em relação à infração 03, que trata do recolhimento a menor do ICMS em razão de aplicação da alíquota de 4%, prevista na Resolução SF 13/12, em operações em desacordo com o previsto no Convênio ICMS nº 38/2013 para fruição do benefício, o autuado afirma que não houve industrialização das mercadorias em lide.

Todavia, o autuado é beneficiado pelo incentivo fiscal DESENVOLVE nas saídas de mercadorias produzidas pelo estabelecimento e utilizou como CFOP, nas operações questionadas, o código

6101, apurando a base de cálculo do ICMS DESENVOLVE, na forma da Portaria nº 27/2009, incluindo essas operações como próprias. Ou seja, produção do estabelecimento e obtendo o incentivo fiscal em 80% do valor do imposto devido.

Destarte, não há como acatar a justificativa defensiva. Ademais, por ocasião da diligência procedida para dar conhecimento ao autuado de novos demonstrativos anexados pelo autuante, o mesmo foi informado de que a prova documental de suas alegações deveria ser apresentada, ou seja, deveriam ser apontadas as notas fiscais, objeto da autuação, cuja cobrança discordasse, elaborando demonstrativos elucidativos para amparar suas argumentações, o que não foi feito.

Deve ser ressaltado que o artigo 123 do RPAF/BA, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, contudo, não houve apresentação de prova que pudesse desconstituir os valores apurados pelo levantamento fiscal realizado, após a retificação procedida na infração 02 (fl. 267).

Assim, diante dos argumentos acima expostos, julgo o Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE, tendo em vista a redução do valor a ser exigido na infração 02, mantendo-se na integralidade os valores exigidos nas infrações 01 e 03, conforme abaixo:

**Infração 01 – 01.05.10 – Valor histórico total = R\$10.350,19 – conforme demonstrativo original.**

**Infração 02 – 02.01.03**

DATA. OCORR	DATA VCTO	BASE DE CÁLCULO	ALIQ. %	MULTA(%)	VALOR HISTÓRICO
31/01/2015	09/02/2015	240,36	17%	60,00%	40,86
30/06/2015	09/07/2015	229,82	17%	60,00%	39,07
31/07/2015	09/08/2015	97,26	17%	60,00%	16,53
31/08/2015	09/09/2015	1.383,36	17%	60,00%	235,17
30/09/2015	09/10/2015	779,65	17%	60,00%	132,54
31/10/2015	09/11/2015	422,90	17%	60,00%	71,89
30/11/2015	09/12/2015	1.506,40	17%	60,00%	256,09
31/12/2015	09/01/2016	1.126,12	17%	60,00%	191,44
31/01/2016	09/02/2016	7.466,66	17%	60,00%	1.269,33
29/02/2016	09/03/2016	2.414,17	17%	60,00%	410,41
31/03/2016	09/04/2016	2.950,05	18%	60,00%	531,01
30/04/2016	09/05/2016	406,00	18%	60,00%	73,08
30/06/2016	09/07/2016	196,99	18%	60,00%	35,46
31/07/2016	09/08/2016	274,97	18%	60,00%	49,49
31/08/2016	09/09/2016	475,88	18%	60,00%	85,66
30/09/2016	09/10/2016	1.984,82	18%	60,00%	357,27
31/07/2017	09/08/2017	472,00	18%	60,00%	84,96
31/10/2017	09/11/2017	2.731,64	18%	60,00%	491,70
30/11/2017	09/12/2014	9.839,17	18%	60,00%	1.771,05
<b>TOTAL</b>					<b>6.143,01</b>

**Infração 03 – 03.02.02 – Valor histórico total = R\$24.579,77 – conforme demonstrativo original.**

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **087016.0016/18-7**, lavrado contra **WILSON – COMÉRCIO E INDÚSTRIA DE VIDROS DO BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$41.072,97**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, “a”, e inciso VII, “b” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala de Sessões do CONSEF, 03 de setembro de 2019.

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – JULGADOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – JULGADOR