

**PROCESSO** - A. I. Nº 087461.0101/16-6  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - VESCON EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS LTDA.  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 2ª JJF nº 0206-02/19  
**ORIGEM** - INFAZ INDÚSTRIA  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 15/02/2020

**1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**  
**ACÓRDÃO C/JF Nº 0375-11/20-VD**

**EMENTA:** ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. ICMS-ST RETIDO. Os autuantes fundamentaram a exigência nos registros das Declarações de Apuração do ICMS – DMAs, sem, contudo, apurar os valores na escrituração fiscal. Incerteza na determinação da infração por não conter elementos suficientes para se determinar a mesma, com segurança. Infração nula com base no art. 18, inc. IV, alínea “a” do RPAF/99. Afastada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Recurso de Ofício contra a decisão de piso (acórdão 2ª JJF Nº 0206-02/19), que julgou o Auto de Infração, por unanimidade dar Procedência Parcial, lavrado em 23/03/2016, para exigir crédito tributário no montante histórico de R\$222.429,75, entre os anos de 2012 a 2015, tendo em vista que a infração 4 é objeto do referido recurso, conforme descrita abaixo:

***INFRAÇÃO 04 – 07.12.01** – Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às aquisições subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, no período de janeiro de 2012 a dezembro de 2013, fevereiro a junho, agosto, outubro a dezembro de 2014, janeiro a junho, outubro e dezembro de 2015. Crédito exigido R\$81.951,75, multa de 150%, prevista no art. 42, inc. V, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.*

*Enquadramento legal: art. 353, art. 126, inc. I do RICMS/97, para os fatos geradores ocorridos até março de 2012 e artigo 8º da Lei nº 7.014/96 c/c art. 289 do RICMS/2012, para os demais períodos.*

A 2ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia 17/10/2019 (fls. 1834 A 1846), e, decidiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração nos termos a seguir reproduzidos.

**“VOTO**

*O presente lançamento imputa ao sujeito passivo o cometimento de quatro infrações, das quais a autuada reconheceu integralmente a procedência da infração 02, efetuando o pagamento no total de R\$40.284,89 e parcialmente a infração 03, procedendo ao pagamento no montante de R\$3.849,96 correspondentes as ocorrências 11 e 12 do demonstrativo de débito. Portanto, desde já, sobre os valores reconhecidos, considero procedentes, devendo o setor competente de a SEFAZ providenciar a homologação dos citados pagamentos.*

*[...]*

*Passo a analisar o mérito, inicialmente da infração 01, que trata especificamente da falta de estorno do crédito do ICMS relativo as entradas, cujas saídas se deram sem tributação do imposto.*

*A autuada alega, em sua defesa, que adota procedimento interno que permite antecipadamente identificar as aquisições empregadas na produção de itens que serão comercializados com tributação ou não tributação, em razão de ter sua atividade fabril demandada por encomendas. Diz que as mercadorias adquiridas a serem empregadas na produção de itens cuja saída, sabe previamente que será isenta, não se apropria do crédito destacado no documento fiscal de aquisição, caso as saídas sejam tributadas, apropria-se normalmente e em caso de dúvidas aguarda a definição, se tributada ou não, para escriturar o documento fiscal mantendo ou não o crédito fiscal.*

*Os autuantes, por sua vez, questionam não ser este o procedimento apropriado, por carecer de segurança quanto a aplicação em todas as operações, haja vista a dificuldade de quantificar, a exemplo do crédito decorrente de energia elétrica e aquisição de embalagens, que será consumido na produção de um item, cuja saída é tributada ou não, tampouco, previsto no RICMS/2012, art. 213, § 4º.*

*Examinando a Escrituração Fiscal Digital – EFD do contribuinte, dos períodos de abril a junho e dezembro de 2013, verifico que os créditos apropriados no Livro de Apuração incluem os valores decorrentes do fornecimento de energia elétrica integralmente.*

*Por outro lado, da análise dos documentos acostados pela autuada, constato que são claras as evidências de não apropriação dos créditos decorrente de algumas aquisições de mercadorias, confirmando o argumento defensivo. Todavia, tais evidências não garantem a correta interpretação e quantificação dos valores que devem ou não ser escriturados como crédito fiscal em cada período.*

*O RICMS/2012 no seu art. 213, inc. I, determina que 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 for objeto de saída ou prestação de serviço não tributada ou isenta, sendo esta circunstância imprevisível na data da entrada da mercadoria ou da utilização do serviço”.*

*No § 4º do mesmo artigo, o legislador determina o procedimento a ser observado nestes casos, conforme transcrito a seguir.*

*“§4º Tendo o contribuinte empregado mercadorias ou serviços na comercialização, fabricação, produção, extração, geração ou prestação, conforme o caso, de mercadorias ou serviços cujas operações de saídas ou prestações sejam algumas tributadas e outras não tributadas ou isentas, o estorno do crédito será efetuado de forma proporcional, relativamente às mercadorias, materiais de embalagem, insumos ou serviços empregados nos produtos ou serviços não tributados”.*

*O fato do contribuinte adotar procedimento próprio, não previsto na legislação do ICMS, mesmo de boa-fé, não há como convalidar tais ações e garantir que não há prejuízo ao erário.*

*Ademais, não cabe ao contribuinte, com base no seu entendimento, adotar procedimento que objetiva apurar o imposto devido, como é o caso em tela, sem o respaldo da legislação tributária, haja vista que o estorno de crédito fiscal nas operações arroladas na infração 01, tem caráter obrigatório e, portanto, qualquer forma que não seja a prevista no art. 213 do RICMS/2012 não poderá ser adotado pelos contribuintes.*

*Adotar procedimento não previsto nos comandos regulamentares é possível quando autorizados pela administração tributária, sob condições específicas, conforme prevê RPAF/99 no seu art. 107, quando autorizado por adoção de regime especial que se aplica exclusivamente para pagamento do ICMS, bem como para a emissão de documentos ou a escrituração de livros fiscais em casos especiais, visando facilitar o cumprimento das obrigações fiscais pelos contribuintes, o que não é o caso presente.*

*Os autuantes agiram corretamente, ao exigir o imposto devido pela falta de estorno dos créditos fiscais, portanto, considero a infração 01 subsistente.*

*Ressalto que não tendo o contribuinte escriturado possíveis créditos fiscais decorrentes de aquisições de mercadorias, poderá fazê-lo extemporaneamente observando o que determina o art. 315 do RICMS/2012.*

*A parte da infração 03 contestada pela defesa refere-se ao ICMS-DIFAL do mês de outubro de 2013, cuja exigência soma R\$16.397,05.*

*A autuada afirma que lançou a débito do imposto o total de R\$17.194,10, superior ao valor apontado pelos autuantes como não recolhido, correspondente a R\$16.397,05, portanto, entende ter procedido corretamente.*

*Constato que, como afirmaram os autuantes, a empresa não escriturou nenhum valor a débito na apuração de outubro de 2013, apesar do constar na DMA o valor de R\$17.194,10.*

*Cabe destacar que o valor apurado como não recolhido, decorrente do ICMS – Diferencial de Alíquotas, resultou do levantamento efetuado pelos autuantes, conforme consta às fls. 26 a 39, onde foram discriminados os documentos fiscais, com a identificação no número, chave de acesso, código NCM, descrição do item e valores da base de cálculo, e do ICMS-DIFAL, de forma que resta comprovada a exigência.*

*Portanto, considero a infração 03 subsistente.*

*A infração 04 exige, da autuada, o pagamento do ICMS-ST retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às aquisições subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.*

*A defesa desta infração refere-se a possível falta de recolhimento do ICMS-ST decorrente da aquisição de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apresentando, inclusive os comprovantes de recolhimentos do ICMS efetuado pelos fornecedores, conforme os comprovantes de pagamento através das Guias Nacionais de Recolhimentos de Tributos Estaduais – GNRE – Doc. 10. Estes argumentos em nada auxiliaram a autuada, pois os argumentos não servem para elidir a acusação.*

*O levantamento apenso aos autos, fls. 40 e 41, teve como base os valores lançados nas Declarações e Apuração Mensal do ICMS, cujas cópias foram anexadas às fls. 1.592 a 1.607, sendo que não foram apresentados pelos autuantes sequer quaisquer documentos ou levantamento analítico das operações que deram origem aos valores do ICMS-ST exigido, sendo que, conforme declara os próprios autuantes os valores exigidos foram capturados*

*das DMAs, transmitida pelo contribuinte.*

*Apesar de tais valores terem sido declarados em documento de informação econômico-fiscal, previsto na legislação do ICMS, as DMAs têm caráter declaratório e deve espelhar a escrituração fiscal do contribuinte consoante afirmação dos autuantes, argumento este considerado como válido pelos próprios autuantes nas suas justificativas na infração 03.*

*Cabe observar que os Livros Fiscais previstos na legislação do ICMS têm a função de registrar todos os fatos relacionados às atividades fiscais do contribuinte, sendo estes os instrumentos legais, através dos quais as informações são extraídas, para os exames da fiscalização.*

*É através destes registros que o Fisco exerce sua atividade de examinar e apurar o correto cumprimento das obrigações tributárias por parte dos contribuintes e audita todas as transações das empresas, conferindo todos os registros efetuados, retificando-os ou ratificando-os conforme constatações.*

*Os dados escriturados nos livros fiscais constituem elementos concretos dos registros de créditos, débitos e todas as operações mercantis praticadas pelo sujeito passivo. Enquanto a DMA, sendo uma declaração de caráter econômico-fiscal, tem natureza informativa, devendo obrigatoriamente retratar fielmente os registros dos livros fiscais, então, não pode haver discordância entre os registros e as informações.*

*Oportuno registrar que um dos autuantes, em sede de manifestação, na fl. 1.821, declara textualmente que “O que podemos esclarecer é que, no período fiscalizado, não detectamos operações de saídas de mercadorias sujeitas à Substituição Tributária”.*

*Destarte, a infração 04, não pode prosperar, haja vista que a base que serviu para o levantamento dos valores nela exigidos não se constituem nos registros fiscais tendentes a apuração do imposto devido, fato que contamina a infração de incerteza na determinação da infração por não conter elementos suficientes para se determinar a mesma, com segurança. Portanto, com base no art. 18, inc. IV, alínea “a” do RPAF/99, voto pela nulidade da infração 04.*

*Pelo exposto, voto pela procedência parcial do auto de infração.”*

A JJF recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art.169, I, “a”, item 1 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558, de 17/08/18, efeitos a partir de 17/08/2018.

## VOTO

Observo que a decisão da 2ª JJF (Acórdão Nº 0206-02/19), desonerou o sujeito passivo, decidindo pela Procedência Parcial do Auto de Infração, extinguindo o crédito tributário de R\$255.750,62, valor atualizado à data do julgamento (folha 1848), fato que justifica a remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta corte, sendo cabível o presente recurso.

Quanto ao mérito, a conduta da autuada será delimitada na infração 4, abaixo descrita. Das 4 infrações pertinentes a este PAF, as infrações 01 e 03 foram consideradas subsistentes por parte da 2ª JJF, a infração 2, houve reconhecimento por parte do contribuinte autuado.

**INFRAÇÃO 04 – 07.12.01** – *Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às aquisições subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, no período de janeiro de 2012 a dezembro de 2013, fevereiro a junho, agosto, outubro a dezembro de 2014, janeiro a junho, outubro e dezembro de 2015. Crédito exigido R\$81.951,75, multa de 150%, prevista no art. 42, inc. V, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.*

*Enquadramento legal: art. 353, art. 126, inc. I do RICMS/97, para os fatos geradores ocorridos até março de 2012 e artigo 8º da Lei nº 7.014/96 c/c art. 289 do RICMS/2012, para os demais períodos.*

Em análise proferida pela 2ª JJF, e examinando os argumentos e informações do autuante, no que tange a infração 04, bem como as argumentações por parte do sujeito passivo, em conformidade contida nos documentos, notas fiscais e demonstrativos fiscais (folhas 01 a 08, 12 a 41, 49 a 73, 85 a 1587, 1589 a 1591, 1592, 1626 a 1628, 1633 a 1634, 1653 a 1658 e, 1817 a 1824), acostados ao PAF, aqui específico da seguinte forma:

- D) Analisando a infração 04, foi constatado existências de vícios em todo procedimento fiscal, nas apresentações de elementos que dariam sustentação da referida infração, vejamos o que cita a infração 04 – “DEIXOU DE PROCEDER O RECOLHIMENTO DO ICMS RETIDO, NA QUALIDADE DE SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO, RELATIVO ÀS AQUISIÇÕES SUBSEQUENTES, NAS VENDAS REALIZADAS PARA CONTRIBUINTES LOCALIZADOS NO

ESTADO DA BAHIA..”, devido à má descrição da infração, não há elementos que poderiam servir de base para amparar, dentre eles; citação das notas fiscais, mercadorias, NCM, data, planilha demonstrativa conteúdo CST, que oferecessem sustentação a referida autuação, mas, apenas foram citadas as competências compreendidas de 01/2012 a 12/2015, e a sua base normativa para autuação, gerando insegurança na determinação da infração cuja descrição do fato do lançamento não mantém coerência com os demonstrativos ou documentos anexados pelo autuante.

- II) Em resposta a diligência emanada pela 2ª JF(folha 1820), quanto da alegação de não existir nos autos relação de vendas realizadas pelo contribuinte, em arquivo eletrônico, gravado em mídia, que permitisse a análise e exame da consistência da acusação contendo relação de documentos fiscais, NCM de cada item, chave de acesso **das notas fiscais eletrônicas** e demais dados necessários ao exame dos documentos, em resposta proferida pelo agente autuante(folha 1820) foi no sentido de que os “*valores relacionados a infração não foram apurados por levantamento fiscal... mas a base do levantamento foi extraída nas DMA’s do contribuinte autuado*”, e, também como resposta complementar(folha 1821) “ *que todo o período fiscalizado, não houve detecção de operações de saída com mercadorias sujeitas à substituição tributária*”, corrobora no sentido da infração não atender aos pressupostos contido no RPAF/BA. art’s. 18, 39 e 41 abaixo citados:
- a. Evidências de elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração;
  - b. Demonstrativo do débito tributário discriminando cada fato;
  - c. Ausência de base de cálculo atribuído as notas fiscais, sobre as quais foi determinado o valor do tributo ou do acréscimo tributário;
  - d. Ausência de alíquota ou quando for o caso o percentual de cálculo do tributo referente as notas fiscais correlacionadas; e,
  - e. Ausência de demonstrativos e levantamentos elaborados pelo fiscal autuante, se houver, e das provas necessárias à demonstração do fato arguido.

Os elementos acostados a lide, justificam com segurança a Procedência Parcial do Auto de Infração. Quanto a infração 04, mantenho a Nulidade em conformidade com a Súmula CONSEF nº 01, não merecendo reparo a Decisão recorrida.

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

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **087461.0101/16-6**, lavrado contra **VESCON EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS LTDA.** devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$140.478,00**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos VII, “b”, II, alíneas “a” e “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

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

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

CLÁUDIO JOSÉ SILVEIRA PINTO – RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA – REPR. DA PGE /PROFIS