

**PROCESSO** - A. I. Nº 269200.0013/19-7  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - CERVEJARIA PETRÓPOLIS DA BAHIA LTDA.  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JJF nº 0179-01/20-VD  
**ORIGEM** - IFEP NORTE  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 09/08/2021

**1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF Nº 0122-12/21-VD**

**EMENTA:** ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. DIFERIMENTO. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Exigência do ICMS diferencial de alíquotas, diferido nos termos do art. 2º, inciso I, alínea “c” do Decreto nº 8.205/02, imputando ao contribuinte o fato de ter dado saída de produtos que compuseram o ativo imobilizado em menos de dois anos da data da aquisição. Entretanto, o autuante se valeu de método inadequado para apurar o valor devido. O presente lançamento tributário não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança e liquidez, a infração, conforme dispõe o artigo 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF/99. Recomendada a renovação da ação, a salvo de erros. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Recurso de Ofício interposto em relação à Decisão recorrida que julgou Nulo o Auto de Infração em lide, lavrado em 21/09/2019, que reclama crédito tributário no valor de R\$1.266.742,03, mais multa de 60%, em razão da constatação da seguinte irregularidade:

*INFRAÇÃO 01 – 02.10.01: Deixou de proceder o recolhimento do ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido nos meses de setembro, novembro, dezembro de 2014; março a dezembro de 2015; janeiro a outubro de 2016; e fevereiro a novembro de 2017. Enquadrou a infração no artigo 7º e parágrafos; art. 23, § 1º; e art. 32, da Lei nº 7.014/96, mais multa tipificada no art. 42, inc. II, “f”, do mesmo diploma legal.*

*Contribuinte adquiriu garrafas e garrafeiras de outras unidades da Federação para compor o seu ativo imobilizado, com diferimento do ICMS diferencial de alíquotas, nos termos do art. 2º, inciso I, alínea “c”, do Decreto nº 8.205/02, tendo dado saídas dos mesmos em menos de dois anos da data da aquisição. Com isto, houve o encerramento do diferimento do imposto, com o consequente surgimento do fato gerador do ICMS, não tendo o Autuado cumprido sua obrigação tributária.*

O contribuinte foi notificado do Auto de Infração em 07/10/2019 e ingressou tempestivamente com defesa administrativa em 05/12/2019, peça processual que se encontra anexada às fls. 15 a 43. A Impugnação foi formalizada através de petição subscrita por seus advogados, os quais possuem os devidos poderes, conforme instrumento de procuração constante nos Autos à fl. 45/48. O autuante presta informação fiscal, às fls. 78/87. A Junta julgadora decidiu Anular o Auto de Infração nos seguintes termos:

**VOTO**

*O autuado, preliminarmente, alega que o presente Auto de Infração contém vícios que devem implicar na sua nulidade, haja vista que o levantamento fiscal se utilizou de método irregular, não previsto em lei, e as supostas saídas decorrem de presunção que também não possui previsão legal.*

*Para análise do método utilizado pelo autuante para apurar o imposto reclamado, motivo principal da preliminar suscitada, devo fazer menção ao mérito da autuação que exige ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido, acusando saída de bens do ativo imobilizado (garrafas de vidro de 300 ml, 600 ml e 1000 ml, além de garrafeiras de plástico), em período inferior a dois anos da data da aquisição.*

*Para chegar aos valores da desincorporação inferior a dois anos, o autuante apurou toda saída de sucata de vidro no período, entendendo que todo o montante quebrado diz respeito às entradas dos produtos acima mencionados, que dessa forma, se desincorporaram do ativo fixo em menos de dois anos.*

*Informou que considerou a proporção de entradas dos produtos para apurar a mesma proporção nas saídas das sucatas, e que as sucatas relativas a vasilhames não retornáveis, representam um valor ínfimo que não deve ser considerado na apuração.*

*Contudo, restou demonstrado nos autos que o sujeito passivo possui vasta linha de produtos com garrafas de vidro não retornáveis, que não são incorporadas ao seu ativo, e que em caso de quebra, também são vendidas como sucata.*

*Também é questionável a proporção adotada pelo autuante para quebra dos vasilhames, não havendo como se determinar que as mesmas seguem um mesmo padrão.*

*Ademais, esta forma de apuração é baseada em uma presunção de que as sucatas vendidas são exatamente referentes às garrafas adquiridas que foram objeto do diferimento. Não há como fazer essa vinculação, em tais circunstâncias.*

*O próprio autuante reconheceu a dificuldade do levantamento dizendo o seguinte: "... o caso em tela tem profundas especificidades, que, por fim e, ao cabo, é verdade, tornam impossível a apuração do fato gerador em sua total realidade, uma vez que os bens sujeitos ao levantamento fiscal tiveram sua natureza alterada, ao passarem de garrafas e garrafeiras a sucata de vidro e plástico, sem que tenha havido um controle rigoroso por parte do contribuinte de quantificar exatamente essas transformações".*

*O fato alegado pelo autuante, de que o impugnante não demonstra objetivamente as quantidades de garrafeiras não retornáveis que saíram na forma de sucata, não valida o procedimento fiscal na forma como foi efetuado.*

*Em que pese o trabalhoso levantamento realizado pelo autuante, verifico que o roteiro aplicado para apuração dos valores constantes nos demonstrativos e em nota explicativa, não consta previsto em nenhum normativo legal ou administrativo da Secretaria da Fazenda.*

*Observe, que efetivamente, para apuração dos valores o autuante adotou como base para a autuação um critério que não encontra suporte em fatos, ou seja, não há comprovação de ocorrência no montante levantado, caracterizando uma presunção que viola os princípios do processo administrativo fiscal.*

*É cediço que os fatos geradores do ICMS só podem ser constatados após a verificação da realização de todos os aspectos previstos e tipificados na norma de incidência, posto que as relações jurídico-tributárias devem observar os critérios de segurança e certeza, sendo ilegítimo os lançamentos tributários fundamentados em suposições, devendo ser sempre homenageados os princípios da tipicidade cerrada e da legalidade.*

*Friso, por julgar de suma importância na análise do presente processo, que somente há incidência do tributo sobre fatos reais, sendo necessária a existência de prova da ocorrência do fato gerador, a qual a fiscalização tem obrigatoriamente que demonstrar de forma irrefutável a ocorrência dos fatos tributáveis, em observância ao princípio da verdade material.*

*A presunção, mesmo prevista na legislação, requisito indispensável para sustentar a exigência fiscal, requer que o chamado fato conhecido ou fato base, seja de comprovada ocorrência consubstanciado em prova, de modo a presumir a existência do fato provável ou fato presumido.*

*No auto de infração em lide, considero que o autuante não consegue apresentar provas que sustentem o fato base.*

*Destarte, resta concluir que o Auto de Infração em análise não atende ao que estabelece a legislação tributária. O inciso IV, alínea "a", do artigo 18 do RPAF/99, estabelece a nulidade nos casos em que o auto de infração não contiver elementos suficientes para determinar com segurança a infração.*

*Pelo exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração, e nos termos do art. 21 do RPPAF, recomendo à autoridade administrativa que analise a possibilidade de renovação do procedimento, a salvo de falhas e incorreções, visando a verificação dos créditos favoráveis à Fazenda Pública Estadual.*

A JJF recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, I, "a" 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.

Registro a presença na sessão de julgamento do advogado do Autuado que efetuou a sustentação oral, Sr. Guilherme Duram Gallassi - OAB/SP nº 365.743.

## **VOTO**

Observe se tratar de Recurso de Ofício cabível, tendo em vista a 2ª Junta de Julgamento Fiscal, através do **ACÓRDÃO JJF Nº 0179-01/20-VD**, ter promovido a desoneração total do Auto de

Infração, votando pela Nulidade processual, sendo que o valor atualizado era de R\$2.553.834,27, (fl. 102), o que torna conhecido o recurso citado conforme o dispositivo do RPAF/99.

Dos exames dos autos, é possível notar rejeições com **nulidades suscitadas** na impugnação arguida às fls. 15 a 43, onde o autuante considerou ICMS substituído por diferimento, diferencial de alíquota, contrariando as formalidades legais exigidas no artigo 2º, inciso I, alínea “c” do Decreto nº 8.205/02, do Programa do DESENVOLVE, imputando ao contribuinte ter dado saídas de produtos que compuseram o ativo imobilizado em menos de 02 (dois) anos da data da aquisição.

Entretanto, o autuante se valeu de método inadequado para apurar o valor devido, conforme dispõe o artigo 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF/99. O imposto, a multa e respectivas bases de cálculo foram evidenciados em demonstrativos detalhados do débito, com indicação clara da razão social, do domicílio fiscal e da qualificação do sujeito passivo. O presente lançamento tributário não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança e liquidez, a infração e o infrator, além dos dispositivos da legislação infringidos, conforme arts. 23 e 32 da Lei nº 7.014/96, sendo forçoso **confirmar a nulidade do Auto de Infração**.

Pela análise dos elementos constantes do processo, constato que *os valores da desincorporação inferior a dois anos, o autuante apurou toda saída de sucata de vidro no período, entendendo que todo o montante quebrado diz respeito às entradas dos produtos, que dessa forma, se desincorporaram do ativo fixo em menos de dois anos*, tipificando a infração indicada como enquadramento legal o artigo 7º, § 2º da Lei nº 7.014/96; e multa tipificada no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, que o defendente argumenta não se coadunar com a descrição da infração.

Para facilitar a interpretação da nulidade suscitada, transcrevo os dispositivos abaixo:

*Art. 7º Dar-se-á o **diferimento** quando o lançamento e o pagamento do imposto incidente sobre determinada operação ou prestação forem adiados para uma etapa posterior, atribuindo-se a responsabilidade pelo pagamento do imposto diferido ao adquirente ou destinatário da mercadoria, ou ao usuário do serviço, na condição de sujeito passivo por substituição vinculado a etapa posterior.*

*§ 2º O regulamento poderá submeter ao regime de diferimento operações ou prestações, estabelecendo o momento em que devam ocorrer o lançamento e o pagamento do imposto, ficando atribuída a responsabilidade por substituição ao contribuinte em cujo estabelecimento ocorrer o termo final do diferimento.*

(...)

*Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:*

*VII - 60% (sessenta por cento) do valor do crédito fiscal, que não importe em descumprimento de obrigação principal, sem prejuízo da exigência do estorno:*

*a) quando da utilização indevida de crédito fiscal;*

Conforme acima relatado, a descrição da infração acusa que o contribuinte “*deixou de proceder o recolhimento do ICMS relativo a aquisição de mercadorias enquadradas no regime de substituição por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento de imposto diferido*”.

Consta ainda, que o autuante, para apurar o imposto reclamado, motivo principal da preliminar suscitada, fez menção erroneamente ao mérito da autuação, método irregular não previsto em lei, que exige ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido, acusando saída de bens do ativo imobilizado (garrafas de vidro de 300 ml, 600 ml e 1000 ml, além de garrafeiras de plástico) em período inferior a dois anos da data da aquisição.

Vale ressaltar que, nas notas fiscais de saídas de sucatas, faltou correlação e não correspondem às notas de entradas de garrafas e garrafeiras.

Assim, constato a necessidade de renovação da ação fiscal, ante comprovada ocorrência de vício insanável, diante da ausência da formalidade essencial acima mencionada. Portanto, resultando em nulidade do lançamento de ofício, em estrita consonância com o artigo 18, IV, “a” e art. 21 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, o qual prevê tal medida, quando o lançamento não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator.

Diante do exposto, mantenho e corroboro a decisão de Primeira Instância, votando pela NULIDADE do Auto de Infração e, conseqüentemente, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício interposto.

#### **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 **NULO** o Auto de Infração nº **269200.0013/19-7**, lavrado contra **CERVEJARIA PETRÓPOLIS DA BAHIA LTDA**. Recomenda-se à autoridade administrativa que analise a possibilidade de renovação do procedimento, a salvo de falhas e incorreções, visando a verificação dos créditos favoráveis à Fazenda Pública Estadual.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, em 03 de maio de 2021.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO OLIVEIRA PINHO – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS