

PROCESSO	- A. I. Nº 206973.0027/19-6
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- VOGA QUÍMICA LTDA.
RECURSO	- RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 2ª JJF nº 0155-02/20-VD
ORIGEM	- IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 05/10/2021

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0225-11/21-VD

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO OU RECOLHIMENTO A MENOS do ICMS-ST. Verificada a situação fática do ICMS-ST nas vendas de tinta pelo recorrido, na condição de substituto tributária, em razão da diferença entre o valor do ICMS-ST retido e o débito declarado na DMA ou parcialmente recolhido. Inexiste motivo para a nulidade do lançamento, por mudança do fulcro da imputação, como declarada na Decisão recorrida, já que a substituição tributária por antecipação diz respeito às hipóteses legais em que a responsabilidade pelo pagamento do imposto, devido pelo contribuinte, é transferida para terceiro, sendo exigida mediante a retenção do imposto pelo responsável, como ocorreu no caso concreto. Superada a nulidade e tendo a JJF adentrado no mérito da lide desnecessário declarar a nulidade da Decisão recorrida para análise de mérito pela JJF. De ofício, aplicada a multa prevista no art. 42, V, “a” da Lei nº 7.014/96. Modificada a Decisão recorrida para restabelecer a exigência fiscal. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício por ter a Decisão recorrida, através do Acórdão nº 0155-02/20-VD, desonerado o sujeito passivo do crédito tributário originalmente exigido, em valor superior a R\$200.000,00, conforme previsto no art. 169, I, “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, pelo qual se exige o imposto no valor de R\$397.097,39, sob a acusação de “*Deixou de recolher ou recolheu a menor o ICMS – Substituição / Antecipação Interna – declarado na DMA, no(s) prazo(s) regulamentar(es)*”, nos meses de janeiro a junho e setembro a dezembro de 2017; fevereiro, março, maio a dezembro de 2018 e janeiro de 2019.

A Decisão da JJF considerou o Auto de Infração Nulo por entender ter havido incongruência entre a acusação e a situação fática, não sendo permitida uma retificação, posto que tal providência implicaria em mudança de fulcro da imputação, ofendendo o disposto no art. 141 do CTN, conforme razões a seguir:

VOTO

O auto de infração em epígrafe, exige o ICMS no valor principal de R\$397.097,39 decorrente da constatação pela fiscalização do cometimento de uma infração, motivo de impugnação por parte do sujeito passivo.

Registro inicialmente que a defesa não argui nulidade do lançamento, requerendo a nulidade da multa sugerida, por considerá-la uma absurda sanção confiscatória imposta pela legislação estadual, havendo que se suprimir do débito o montante exigido por estas, sob pena de afronta direta e literal à Constituição Federal.

A autuada é contribuinte inscrito no Cadastro Estadual na condição NORMAL, apura o imposto com o regime de

CONTA CORRENTE FISCAL, exerce a atividade de fabricação de tintas, vernizes, esmaltes e lacas, além das atividades secundárias relacionadas ao comércio atacadista e varejista de tintas, vernizes e similares, dentre outras.

O auto de infração acusa o contribuinte de ter deixado de recolher ou ter recolhido a menor o ICMS – Substituição/Antecipação interna declarada na DMA.

A defesa apresentada pela autuada não contesta os valores levantados, tampouco aponta equívocos cometidos pela autoridade fiscal no demonstrativo apresentado, reservando-se na maior parte da defesa em questionar o caráter confiscatório da multa, registrando que “...o presente Auto de Infração resultou, de uma auditoria, que não consta de quais livros, documentos fiscais analisados, realizada a glosa dos créditos os quais, por si só, não são suficientes para comprovar infração cogitada”.

Neste ponto é importante salientar que a defesa apresenta argumentos no mínimo confusos, dando a entender que impugna outro lançamento que não o presente auto de infração, pois inicialmente combate uma multa de 100% decorrente de descumprimento de obrigação acessória, prevista, como dito na defesa, no art. 42, incisos IX e XI da Lei nº 7.014/96, para na sequência, questionar novamente a aplicação de multa, agora no percentual de 50%, decorrente da acusação de utilização indevida do crédito fiscal, acusação totalmente diversa da imposta no presente lançamento.

Conforme relato da autuante, em sede a informação fiscal, a auditoria foi executada com base no exame dos registros da Escrituração Fiscal Digital – EFD do contribuinte e à luz dos documentos fiscais emitidos contra e pela própria empresa.

Verifico que o caminho inicial que trilhou a autuante para chegar a constituir o crédito fiscal concretizado no auto de infração em análise, decorreu do cotejamento entre os valores do ICMS-ST retido e declarado nas DMAs – DECLARAÇÃO DE MENSAL DE APURAÇÃO DO ICMS, ICMS, no campo “SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - POR RETENÇÃO (SAÍDAS)”, com os valores do imposto correspondente, efetivamente recolhido.

Inicialmente a auditoria constatou a existência das divergências, inclusive entre os valores declarados nas DMAs e os valores registrados na sua escrita fiscal, transmitida pelo contribuinte via SPED-Fiscal. A partir de tais constatações, foi iniciado o processo de exame na escrita fiscal e nos documentos fiscais que resultou na apuração dos valores ora exigidos.

Portanto, não assiste razão a autuada quando afirma que o presente auto de infração resultou, de uma auditoria, que não consta de quais livros e documentos fiscais, resultando na glosa dos créditos.

Friso que não houve glosa de crédito fiscal e sim a exigência de imposto apurado na escrita fiscal, declarada na DMA e não recolhido.

A defesa também afirma que a autuação resultou de processo que presumiu o cometimento da infração apenas em base nas informações equivocadas.

Também não merece crédito tal afirmação, haja vista que não houve presunção, tampouco a autuação se fundamenta em informações equivocadas.

Registro que a presunção pode servir para constituir um lançamento, desde que legalmente prevista.

No caso em análise, o argumento não socorre a defesa pelo simples fato de que as possibilidades para o lançamento por tal modalidade estarem listadas no art. 4º, §4º da Lei 7.014/96, e dentre as hipóteses ali previstas, não se enquadra a motivação da presente autuação.

Sendo a acusação de recolhimento a menor ou falta de recolhimento do ICMS, não cabe falar-se em presunção.

Quanto a afirmação de que o lançamento teve como base informações equivocadas, se são equivocadas, o equívoco partiu da escrituração fiscal elaborada e transmitida à SEFAZ pelo contribuinte, que por ela é responsável, consoante prevê o art. 215 do RICMS/2012: “Art. 215. A escrituração dos livros fiscais será feita com base nos documentos relativos às operações ou prestações realizadas pelo contribuinte, sob sua exclusiva responsabilidade”.

Registro, por se tratar de ocorrência merecedora de destaque, o fato descrito pela autuante, demonstrando a tentativa da autuada apagar possíveis evidências que despertou os indícios de irregularidades, confirmadas depois da auditoria realizada.

Refiro-me ao fato de todas as DMAs terem sido retificadas ajustando os dados, de forma que os valores que atualmente constam nos registros da SEFAZ, coincidam com os valores declarados na DMA. Tais DMAs retificadoras foram transmitidas após 01/10/2019, durante a ação fiscal e após o envio do demonstrativo para a análise da autuada, antes da lavratura do Auto de Infração, fls. 61 a 63.

Contudo do exame dos autos, documentos, conteúdo dos arquivos gravados na mídia eletrônica – CD, constato a existência de erro material no lançamento que o macula de nulidade, haja vista não se tratar de eventuais

incorreções ou omissões e não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação, impedindo de se determinar a natureza da infração, consoante previsto no art. 18, §1º do RPAF/99, senão, vejamos.

O cerne da acusação consiste no fato constatado pela fiscalização de que o contribuinte: “Deixou de recolher ou recolheu a menor o ICMS - Substituição/Antecipação Interna – Declarada na DMA nos prazos regulamentares”, que corresponde a falta de recolhimento do ICMS antecipação tributária, decorrente das aquisições de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, quando o imposto não foi retido pelo remetente das mercadorias.

Na informação fiscal, explicitamente o autuante afirma que “Consideramos incorretos os valores declarados na DMA e corretos os valores encontrados na escrita fiscal (SPED) já que este último refletia o somatório do ICMS_ST retido em cada operação com mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária comprovadas em cada documento fiscal emitido”.

Ademais o próprio demonstrativo, fl. 09, cujo título é DEMONSTRATIVO DO ICMS_ST RETIDO X RECOLHIDO, indica se tratar na verdade de outra infração cometida pelo contribuinte, apesar de não se constituir falsa a afirmação de que ao declarar na DMA o ICMS retido e não ter efetuado o recolhimento.

Do exame dos arquivos gravados no CD, fl. 10, e da Escrituração Fiscal Digital – EFD, constato se tratar do cometimento de infração mais grave do que a consignada no presente lançamento, pois o contribuinte deixou de recolher o ICMS retido devendo ser imposta a acusação de ter deixado “...de recolher ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado”.

Infração que implica na multa de 100%, prevista no art. 42, inc. V, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, que até 12/12/2019 correspondia a 150%, modificada em virtude da alteração promovida pela Lei nº 14.183/2019 com efeitos a partir de 13/12/2019.

A prática de não recolher o imposto retido em operações onde o vendedor é legalmente designado como substituto tributário é considerada à luz da Lei nº 8.137/1990, crime contra a ordem tributária, com pena de reclusão de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

O valor do ICMS Substituição Tributária – ICMS-ST retido na Nota Fiscal não é considerado faturamento, haja vista que nestes casos o emitente da nota fiscal, legalmente nomeado substituto tributário, que retém e não recolhe o ICMS devido a título de substituição tributária está cometendo crime de apropriação indébita, de que trata o art. 2º, inc. II da Lei nº 8.137 de 1990, que define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, in verbis.

Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: (...)

Art. 2º Constitui crime da mesma natureza:

I - fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo;

II - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;

Portanto, encontra-se caracterizada claramente a incongruência entre a acusação e a situação fática, não sendo permitida uma retificação, posto que tal providência implicaria em mudança de fulcro da imputação, ofendendo o disposto no art. 141 do CTN.

Este entendimento é defendido pelo CONSEF que não admite a manutenção do crédito tributário constituído a partir de outros fatos, atinentes a outros suportes fáticos da ação, diversos daqueles presentes na autuação.

Nesse sentido transcrevo ementa do Acórdão nº 0017-12/19, julgado em 29/01/2019:

EMENTA: ICMS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INSEGURANÇA NA DETERMINAÇÃO DA INFRAÇÃO. Acatada a preliminar de nulidade. A descrição do fato e sua capitulação legal não são condizentes com o fato real nem com o direito aplicável. Há divergência entre o fato apurado e o enquadramento legal da infração, cerceando, assim, o direito de defesa e acarretando insegurança na determinação da infração. A imputação diz respeito à falta de recolhimento referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, enquanto a matéria fática trata-se de recolhimento a menos do imposto apurado através de auditoria da conta corrente. Por implicar mudança do fulcro da imputação, é impossível dar prosseguimento à lide, em atendimento aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVÍDO. Decisão unânime.

Outro fato merece registro. Refiro-me ao auto de infração nº 299326.3008/16-7, lavrado também conta a autuada que formalizou a exigência de ICMS no valor total de R\$1.335.354,60, em decorrência da falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas

subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, ocorrido nos meses de julho de 2013 a março de 2014, de maio de 2014 a março de 2016 e em maio e junho de 2016.

Este Processo Administrativo Fiscal foi julgado em 21 de setembro de 2017, procedente conforme Acórdão JJF nº 0160-01/17, tendo o julgamento em segunda instância mantido o julgamento da procedência conforme Acórdão CJF nº 0056-12/18.

Pelo exposto e consoante ao que estabelece o art. 18, inc. IV, alínea “a” do RPAF/99, é nulo o lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar com segurança a infração e o infrator.

Portanto, voto pela nulidade do presente lançamento, tendo em vista que foi efetuado com preterição do direito de defesa, inexistindo para o contribuinte autuado segurança quanto à infração apontada, na medida em que foi constatada divergência entre a irregularidade mencionada no campo “infração” e o fato objeto da exigência fiscal, sendo que a correção implicaria mudança no fulcro da imputação.

Finalmente, quanto ao pedido para encaminhamento das intimações relacionadas ao presente auto de infração serem encaminhadas em nome do seu patrono indicado na defesa, informo que nada obsta o seu atendimento, entretanto, ressalto que as comunicações inerentes ao processo administrativo fiscal obedecem ao quanto prevista pelo art. 108 do RPAF/99, sendo que o não atendimento do pedido não acarretará nulidade do PAF.

Recomendo à autoridade competente, que determine a renovação do procedimento, para verificação de eventuais créditos favoráveis a Fazenda Pública Estadual, decorrentes das operações objeto deste lançamento, objetivando resguardar os interesses do Estado, como determina o art. 21 do RPAF/99, respeitado o prazo decadencial.

Por fim, a JJF recorreu de ofício para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

As fls. 84 a 86 dos autos constam manifestação da autuante discordando da Decisão recorrida por entender o preposto fiscal que não houve incongruência entre a acusação e a situação fática como concluiu o relator da JJF, o que resultou no julgamento pela nulidade do Auto de Infração.

Salienta a autuante que o equívoco da Decisão é de que não se trata de aquisição de mercadorias, mas de VENDA de produção própria, pois, segundo o voto, “*o cerne da questão consiste no fato constatado pela fiscalização de que o contribuinte: “Deixou de recolher ou recolheu a menor o ICMS – Substituição / Antecipação Interna – Declarada na DMA nos prazos regulamentares”, que corresponde a falta de recolhimento do ICMS antecipação tributária, decorrente das aquisições de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, quando o imposto não foi retido pelo remetente das mercadorias.*”

Destaca a autoridade fiscal que a recorrida, entre outros produtos, é fabricante de tintas, a qual está enquadrada no regime de substituição tributária, e que nas operações de venda reteve o ICMS-ST, conforme documentos fiscais e SPED Fiscal, declarou na DMA o valor do ICMS retido, conforme Demonstrativo do ICMS-ST retido x recolhido (fl. 9), algumas vezes efetivou o recolhimento e, quando não o fez, o valor declarado foi convertido em Débito Declarado (fl. 60).

A autuante diz que nenhum dos argumentos de defesa foi aceito pelo relator, enquanto todas as afirmações esclarecedoras da informação fiscal foram acatadas. Diz que o relato foi minudente, analisando todos os argumentos da defesa bem como cada detalhe da informação fiscal, contudo a interpretação equivocada resultou na nulidade que se pretende reverter.

Reitera que a situação fática é a falta de recolhimento ou recolhimento a menor do ICMS-ST nas vendas de tinta de produção própria da autuada e, sendo assim, a acusação reflete, exatamente, a situação fática, inexistindo cerceamento de defesa, por não haver divergência entre a acusação e o fato, objeto da exação.

Ressalta que o próprio SLCT – Sistema de lançamento de Crédito Tributário – apresenta códigos distintos para as infrações relativas a ICMS-ST na aquisição e na venda. Ambas pertencem ao Grupo 07 – Substituição/Antecipação Interna, mas, o Sub Grupo 01 refere-se a Aquisição de Mercadoria enquanto o Sub Grupo 02 refere-se a Venda de Mercadoria.

Por fim, na esperança de que o julgamento do Recurso de Ofício considere equivocada a Decisão recorrida, a autuante diz aproveitar a oportunidade para anexar cópia de alguns documentos fiscais que comprovam tratar-se de ICMS retido nas vendas de produto de fabricação própria,

enquadrado no regime de substituição tributária, em que pese os dados constantes do CD desde o registro do Auto de Infração.

À fl. 99 dos autos, o sujeito passivo, através de seu Advogado, Antônio Fernando Lobo Cerqueira, OAB/BA nº 57.143, solicita vista do processo.

À fl. 107 dos autos, o Conselheiro Antônio Djalma Lemos Barreto se declarou impedido e solicitou redistribuição do PAF.

VOTO

Da análise do Recurso de Ofício interposto pela 2ª JJF, inerente ao Acórdão de nº 0155-02/20-VD, depreendo que a Decisão recorrida merece ser modificada eis que não verifico razão para a Nulidade do Auto de Infração sob o fundamento posto pela JJF de que o lançamento de ofício “... *foi efetuado com preterição do direito de defesa, inexistindo para o contribuinte autuado segurança quanto à infração apontada, na medida em que foi constatada divergência entre a irregularidade mencionada no campo “infração” e o fato objeto da exigência fiscal, sendo que a correção implicaria mudança no fulcro da imputação.*”

Para tal conclusão a JJF entendeu que:

O cerne da acusação consiste no fato constatado pela fiscalização de que o contribuinte: “Deixou de recolher ou recolheu a menor o ICMS – Substituição/Antecipação Interna – Declarada na DMA nos prazos regulamentares”, que corresponde a falta de recolhimento do ICMS antecipação tributária, decorrente das aquisições de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, quando o imposto não foi retido pelo remetente das mercadorias.

E que:

Ademais o próprio demonstrativo, fl. 09, cujo título é DEMONSTRATIVO DO ICMS_ST RETIDO X RECOLHIDO, indica se tratar na verdade de outra infração cometida pelo contribuinte, apesar de não se constituir falsa a afirmação de que ao declarar na DMA o ICMS retido e não ter efetuado o recolhimento.

Assim, a JJF consignou que:

Do exame dos arquivos gravados no CD, fl. 10, e da Escrituração Fiscal Digital – EFD, constato se tratar do cometimento de infração mais grave do que a consignada no presente lançamento, pois o contribuinte deixou de recolher o ICMS retido devendo ser imposta a acusação de ter deixado “...de recolher ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado”.

Porém, da análise das peças processuais, verifico inexistir razão para a conclusão da JJF de que a acusação fiscal “... corresponde a falta de recolhimento do ICMS antecipação tributária, decorrente das aquisições de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, quando o imposto não foi retido pelo remetente das mercadorias” e, assim sendo, tal imputação diverge da infração cometida pelo contribuinte de ter deixado de recolher o ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

Registre-se que a acusação fiscal é: “*Deixou de recolher ou recolheu a menor o ICMS – Substituição / Antecipação Interna – declarado na DMA, no(s) prazo(s) regulamentar(es)*” e que no “DEMONSTRATIVO DO ICMS_ST RETIDO X RECOLHIDO”, à fl. 9 dos autos, que fundamenta a infração, se coteja os valores do ICMS-ST declarados na DMA com os valores retidos nos documentos fiscais, emitidos e registrados na escrita fiscal (SPED) pelo contribuinte. Portanto, não poderia a acusação fiscal tratar de antecipação tributária, propriamente dita, como concluiu a Decisão recorrida.

Ressalte-se que, nos termos da subseção IV, da seção III, do capítulo I da Lei nº 7.014/96, tanto na antecipação tributária, propriamente dita, como na **substituição tributária por antecipação** ocorrem o lançamento e o pagamento antecipado do ICMS relativo às operações internas subsequentes com as mesmas mercadorias.

Contudo, divergem entre si já que na substituição tributária por antecipação, a responsabilidade

pelo pagamento do imposto que seria devido pelo contribuinte é transferida para terceiro, sendo exigida mediante a retenção do imposto pelo responsável. Já na antecipação tributária propriamente dita a lei determina que o próprio contribuinte antecipe o pagamento do imposto.

No caso sob análise, trata-se de **substituição tributária por antecipação** que, conforme já dito, diz respeito às hipóteses legais em que a responsabilidade pelo pagamento do imposto, devido pelo contribuinte, é transferida para terceiro (remetente), sendo exigida mediante a retenção do imposto pelo responsável.

No caso concreto, é incontestável o fato de o contribuinte tratar-se de fabricante de tintas (enquadradadas no regime de substituição tributária por antecipação) e que a exigência decorre dessas operações de vendas em que reteve o ICMS-ST nos documentos fiscais, cujo imposto retido foi parcialmente declarado na DMA, sendo-lhe exigido neste Auto de Infração a diferença entre o valor do ICMS-ST retido (nos documentos fiscais) e o débito declarado na DMA (fl. 60) ou parcialmente recolhido, conforme DEMONSTRATIVO DO ICMS-ST RETIDO X RECOLHIDO (fl. 9).

Sendo assim, a acusação “Deixou de recolher ou recolheu a menor o ICMS – Substituição/Antecipação Interna ...” reflete a situação fática da falta de recolhimento/recolhimento a menor do ICMS-ST nas vendas de tinta de produção própria do recorrido, **inexistindo motivo para a nulidade do lançamento**, por mudança do fulcro da imputação, como equivocamente consta na Decisão recorrida.

Inclusive tal conclusão consta do próprio voto do relator, conforme excerto a seguir:

Verifico que o caminho inicial que trilhou a autuante para chegar a constituir o crédito fiscal concretizado no auto de infração em análise, decorreu do cotejamento entre os valores do ICMS-ST retido e declarado nas DMAs – DECLARAÇÃO DE MENSAL DE APURAÇÃO DO ICMS, ICMS, no campo “SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - POR RETENÇÃO (SAÍDAS)”, com os valores do imposto correspondente, efetivamente recolhido.

Inicialmente a auditoria constatou a existência das divergências, inclusive entre os valores declarados nas DMAs e os valores registrados na sua escrita fiscal, transmitida pelo contribuinte via SPED-Fiscal. A partir de tais constatações, foi iniciado o processo de exame na escrita fiscal e nos documentos fiscais que resultou na apuração dos valores ora exigidos.

Portanto, não assiste razão a autuada quando afirma que o presente auto de infração resultou, de uma auditoria, que não consta de quais livros e documentos fiscais, resultando na glosa dos créditos.

Friso que não houve glosa de crédito fiscal e sim a exigência de imposto apurado na escrita fiscal, declarada na DMA e não recolhido.

Em decorrência, superada a aludida nulidade e por ter a JJJ adentrado no mérito da lide, consoante trechos abaixo transcritos, vislumbro desnecessário declarar a nulidade da Decisão recorrida para análise de mérito pela JJJ e apenas prover o Recurso de Ofício no sentido de restabelecer a exigência fiscal.

[...]

Sendo a acusação de recolhimento a menor ou falta de recolhimento do ICMS, não cabe falar-se em presunção.

Quanto a afirmação de que o lançamento teve como base informações equivocadas, se são equivocadas, o equívoco partiu da escrituração fiscal elaborada e transmitida à SEFAZ pelo contribuinte, que por ela é responsável, consoante prevê o art. 215 do RICMS/2012: “Art. 215. A escrituração dos livros fiscais será feita com base nos documentos relativos às operações ou prestações realizadas pelo contribuinte, sob sua exclusiva responsabilidade”.

[...]

Do exame dos arquivos gravados no CD, fl. 10, e da Escrituração Fiscal Digital – EFD, constato se tratar do cometimento de infração mais grave do que a consignada no presente lançamento, pois o contribuinte deixou de recolher o ICMS retido devendo ser imposta a acusação de ter deixado “...de recolher ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado”.

Infração que implica na multa de 100%, prevista no art. 42, inc. V, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, que até 12/12/2019 correspondia a 150%, modificada em virtude da alteração promovida pela Lei nº 14.183/2019 com efeitos a partir de 13/12/2019.

A prática de não recolher o imposto retido em operações onde o vendedor é legalmente designado como substituto tributário é considerada à luz da Lei nº 8.137/1990, crime contra a ordem tributária, com pena de reclusão de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

O valor do ICMS Substituição Tributária – ICMS-ST retido na Nota Fiscal não é considerado faturamento, haja vista que nestes casos o emitente da nota fiscal, legalmente nomeado substituto tributário, que retém e não recolhe o ICMS devido a título de substituição tributária está cometendo crime de apropriação indébita, de que trata o art. 2º, inc. II da Lei nº 8.137 de 1990, que define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, in verbis (...)

Diante de tais considerações, verificada a situação fática da falta de recolhimento ou de recolhimento a menor do ICMS-ST nas vendas de tinta pelo recorrido, na condição de substituto tributário, decorrente da diferença entre o valor do ICMS-ST retido nos documentos fiscais e o débito declarado na DMA ou parcialmente recolhido, concordo que tal fato implica na multa de 100%, prevista no art. 42, V, “a” da Lei nº 7.014/96, nos termos previstos nos arts. 106, II e 142 do CTN.

Do exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício para restabelecer o imposto de R\$397.097,39 e, de ofício, aplicar a multa de 100% sobre o imposto exigido, prevista no art. 42, V, “a” da Lei nº 7.014/96.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso de Ofício interposto apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206973.0027/19-6**, lavrado contra **VOGA QUÍMICA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$397.097,39**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, V, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 9 de agosto de 2021.

RUBENS SOARES BEZERRA - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS