

**A. I. N** - 269616.0014/22-4  
**AUTUADO** - REAL VIDROS COMÉRCIO DE VIDROS LTDA.  
**AUTUANTES** - WÁGNER RUY DE OLIVEIRA MASCARENHAS E JOSÉ MACEDO DE AGUIAR  
**ORIGEM** - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET – 08.05.2023

**5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL****ACÓRDÃO JJF Nº 0061-05/23-VD**

**EMENTA:** ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA INTERESTADUAL. VIDROS. CONVÊNIO DE NORMAS GERAIS. APLICAÇÃO PELAS REGRAS DE HERMENÊUTICA. Restou provado nos autos que os destinatários, além de industriais, também comercializavam no varejo a mesma mercadoria. Neste esquadro, pela cláusula nona, inciso III, do Conv. ICMS 142/18, é de se adotar o regime de substituição tributária. Tirado do levantamento, de comum acordo, o imposto incidente na operação própria. Nulidades rejeitadas. Pedido de diligência ou perícia rejeitado. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Vale salientar de início que o presente relatório atende aos parâmetros de elaboração desenhados no inciso II, do art. 164 do RPAF-BA, sobretudo quanto à adoção dos critérios da relevância dos fatos e da sumulação dos pronunciamentos dos participantes processuais, inclusive adaptado para as sessões virtuais de julgamento.

O presente Auto de Infração, lavrado em 29/01/2022, no valor histórico de **R\$ 399.632,70**, tem a seguinte narração:

**Infração 01 – 008.050.001:** Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Datas dos fatos geradores descritas no lançamento de ofício, começando em dezembro de 2019 e findando em dezembro de 2021.

Enquadrou-se a conduta no art. 10 da Lei 7.014/96, c/c as cláusulas primeira e terceira a quinta do Prot. ICMS 26/10, mais penalidade pecuniária tipificada no art. 42, II, da Lei atrás mencionada.

Com o fito de dar lastro à postulação tributária, os autuantes anexam, entre outros documentos (fls. 04/11): e-mail para o contribuinte noticiando o início de fiscalização, cartão de CNPJ do autuado, demonstrativo analítico da irregularidade e dados cadastrais dos destinatários das mercadorias.

O sujeito passivo, em sua impugnação (fls. 17/33):

Alega nulidade da autuação, em face de erro na apuração do débito, visto que a fiscalização deixou de deduzir do cálculo do ICMS supostamente devido por substituição tributária o imposto da operação própria, pertencente ao estado de origem – Espírito Santo.

Neste eixo, recalcula o valor lançado e chega ao total de R\$ 228.421,46.

Com apoio em precedentes deste Conselho, conclui que por insegurança na determinação da infração, haja vista a existência de vício material, deve a exigência ser considerada insubsistente.

Noutro giro, também em sede preliminar e buscando mais uma vez a nulidade, aponta que os destinatários envolvidos na autuação possuem em seus cadastros a previsão de exercício de atividade industrial, portanto sem haver o dever de retenção na origem. Cita o exemplo da *HL*

*Comércio de Vidros Ltda.* E finaliza alegando cerceamento de defesa, reclamando ter o fisco presumido qual a utilização das mercadorias vendidas no destino, sem aprofundar a investigação numa diligência.

No mérito, continua na linha da segunda preliminar, sustentando que os produtos vendidos para fins industriais não devem sofrer a retenção, posto que empregados como insumos, exceção prevista no Prot. ICMS 26/10, cláusula segunda, inciso II, e no art. 8º da Lei 7014/96. E que assim procede quando o cliente assina uma declaração pontuando que vai adquirir a mercadoria para uso na industrialização. Afirma ter apensado tais declarações ao processo.

Assegura que, na hipótese de o cliente declarar ter comprado a mercadoria para usá-la como insumo industrial, faz atrair para si a responsabilidade pelo pagamento do tributo, nos termos do art. 6º, XV, da Lei 7.014/96. E que caberia ao fisco demonstrar, através dos controles fazendários, não ter sido essa a destinação, pois do contrário seria uma espécie de “prova unilateralmente diabólica” (sic.).

Solicita, por fim, o cancelamento da multa porque confiscatória.

Indica ter juntado provas ao processo e requereu, ainda, perícia para revisar os valores lançados, identificar a real destinação dada às mercadorias objeto da autuação e verificar se o imposto acabou sendo recolhido pelos seus clientes quando das saídas subsequentes.

Existem nos autos os seguintes documentos (fls. 34/87): planilha mensal do débito lançado com a dedução do imposto devido ao estado capixaba; cartões de CNPJ; DANFES; declarações prestadas pelos destinatários; instrumentos de representação legal; CD contendo arquivos eletrônicos.

Em seus informes (fls. 90/91), os autuantes:

Sobre as nulidades aventadas, asseguram que o vício insanável é bem específico e se estabelece quando há incompetência funcional do sujeito do ato administrativo ou o contribuinte é autuado com capitulação legal errada, não sendo o caso dos autos, até porque o autuado reconhece o valor devido e o recalcula.

Concorda com a dedução do imposto próprio, fazendo a sua inserção na planilha inicial, e assente com o número trazido pela impugnante.

Pondera que os destinatários envolvidos na autuação exercem atividade de varejo.

Sorteado o processo para esta Junta, fiquei incumbido de apreciá-lo.

Após as medidas instrutórias tomadas, entendo como satisfatórios para formação do meu convencimento os elementos probatórios trazidos aos autos, estando o PAF devidamente instruído, não havendo necessidade, nos termos do art. 147, I, “a” do RPAF-BA, de qualquer dilação probatória, inclusive diligência ou perícia.

Eis o relatório.

## **VOTO**

Arguições preliminares de nulidade da autuação foram levantadas pela contestante.

O fato do fisco não ter inserido nas planilhas iniciais o imposto cobrado na operação própria, devido ao estado capixaba, não enseja nulidade da exigência. A questão é meramente quantitativa, de liquidação do valor de ICMS autuado, mas esta circunstância absolutamente proporciona insegurança na estipulação da irregularidade. Esta foi bem identificada, isto é, a falta de retenção de tributo em operações interestaduais submetidas ao regime jurídico da substituição tributária. A questão foi bem entendida e contou com a fluência do direito de defesa.

## **Nulidade rejeitada.**

Também não pode frutificar o argumento de ser a cobrança nula porque os destinatários estavam cadastrados também como industriais, além de varejistas. Pelo menos como preliminar

processual. Esta é uma questão de mérito que será apreciada mais adiante. Não restou nublado o exercício da defesa, até porque a impugnação atacou este aspecto com a juntada de elementos probatórios entendidos como pertinentes.

### **Nulidade refutada.**

Destarte, cumpre sublinhar que o Auto de Infração atende formalmente aos requisitos de lei, constatados os pressupostos exigidos na legislação vigente para a sua concretude, designadamente os dados do contribuinte, os dados da lavratura, a existência da descrição dos fatos supostamente infracionais, o demonstrativo do débito, a existência de enquadramento legal, a previsão normativa da multa proposta e a assinatura da autuante, entre outros requisitos já padronizados pelo programa denominado SLCT – Sistema de Lançamentos de Créditos Tributários.

Defesa ofertada sem questionamentos do órgão de preparo acerca de ter havido anormalidades temporais no oferecimento da peça processual ou defeitos de representação legal para o signatário da impugnação funcionar no PAF.

Prestigiados o exercício do contraditório e da ampla defesa, sem ofensa também a quaisquer princípios aplicáveis ao processo administrativo tributário.

Indefere-se, desde já, o pedido de realização de diligência ou perícia fiscais, posto estarem já presentes os elementos fático-probatórios para deslinde da questão, conforme já referenciado no relatório linhas atrás.

Inicialmente, vale salientar que à época da lavratura do auto de infração o defendente não estava inscrito no cadastro fazendário baiano como contribuinte substituto tributário situado em outro Estado.

Por outro lado, improcede a argumentação fazendária de que a controvérsia terminou porque o autuado, ao abater dos cálculos iniciais o imposto incidente na operação própria, entendeu como devido o montante de R\$ 228.421,46. Não houve reconhecimento algum deste valor. Esta foi apenas uma primeira questão aventada, de caráter quantitativo, arguida como preliminar, apenas para desqualificar de logo e formalmente o crédito tributário. Mas a irresignação do sujeito passivo avançou no mérito.

Vê-se claramente no debate que há um segundo ponto importante desenvolvido na peça de defesa: o detalhe dos destinatários envolvidos na autuação estarem cadastrados também como industriais e, nesta condição, terem comprado as mercadorias para utilizá-las como insumos, caso em que não há de se fazer a retenção do imposto na origem.

De fato, a irregularidade reside na falta de retenção de ICMS em operações sujeitas à substituição tributária, destinadas a contribuintes localizados na Bahia.

A autuação fundamentou-se nas cláusulas primeira e terceira a quinta do Prot. ICMS 26/10, em cuja dicção os vidros estão submetidos à tributação antecipada. Aliás, quanto a isso, não há debates nos autos, pois não se discute no PAF se o produto está ou não na substituição tributária (ST), mas se os destinatários, inscritos no cadastro baiano **também** como industriais, deveriam recebê-los com a retenção do imposto.

Os autuantes invocaram como reforço à autuação o convênio de normas gerais sobre substituição tributária, vale dizer, o de nº 142/2018, em cuja cláusula nona, inciso III, só admite não se fazer a retenção quando o industrial não comercialize o mesmo bem ou mercadoria. Veja-se o dispositivo:

**Cláusula nona** - Salvo disposição em contrário, o regime de substituição tributária **não se aplica**:

...

III - às operações interestaduais que destinem bens e mercadorias a estabelecimento industrial para emprego em processo de industrialização como matéria-prima, produto intermediário ou material de embalagem, **desde que este estabelecimento não comercialize o mesmo bem ou mercadoria**;

Os dados cadastrais trazidos às fls. 08 a 11, relativos aos clientes da impugnante, dão clara conta de que são eles comerciantes varejistas de vidros, independentemente de estarem cadastrados como fabricantes de esquadrias de metal ou de vidros mais elaborados. Logo, pelo fato de outrossim comercializarem no varejo vidros, se submetem à retenção do ICMS na fonte fornecedora.

Noutras palavras: tal condição impõe ao autuado a obrigação de ter feito a retenção. E, como se sabe, a solidariedade tributária não comporta benefício de ordem, nos termos do art. 124, parágrafo único, do CTN.

Apesar das declarações prestadas pelos clientes da autuada, resulta claro que o seu conteúdo não pode contrariar a norma expressa contida em acordo interestadual de normas gerais sobre ST.

Referido convênio, com vigência ordinária a partir de janeiro de 2019, deve prevalecer para fins de ser procedida a retenção, haja vista a melhor hermenêutica a ser adotada no caso, por estabelecer regras gerais e ser ulterior ao Prot. ICMS 26/10.

Vencido este aspecto, cabe examinar por derradeiro se a cobrança envolveu aplicação desproporcional da multa, haja vista a circunstância do seu percentual implicar em confisco.

Na verdade, a proposição das multas indicadas no corpo do auto de infração encontrou respaldo em comando de lei, designadamente no art. 42 e respectivos incisos da Lei nº 7.014/96.

Tem este Colegiado a obrigação de basear-se na penalidade prevista em lei. Para as situações retratadas neste PAF, a sanção cabível é aquela consignada no lançamento.

Há a conformação do ilícito tributário à previsão normativa mencionada no corpo do auto de infração.

Quanto à alegação de confisco, falece competência a esta JJF apreciar pedido de dispensa ou redução de pena pecuniária em vista de inconstitucionalidades, segundo vedação disposta no art. 167 do RPAF-BA.

Afasto, pois, o pedido de inaplicação da **penalidade**.

**Auto de Infração parcialmente procedente, no montante histórico de R\$ 228.421,46.**

## **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 **269616.0014/22-4**, lavrado contra **REAL VIDROS COMÉRCIO DE VIDROS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 228.421,46**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, “e” da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Em face do montante lançado, esta Junta de Julgamento recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 27 de abril de 2023.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – RELATOR

MARCELO MATTEDI E SILVA - JULGADOR