

PROCESSO - A. I. Nº 269616.0003/10-9
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - REFRESCOS GUARARAPES LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JJF nº 0015-01/11
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 11/08/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0224-11/11

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRODUTOS ENQUADRADOS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO E DE SEGURANÇA NA DETERMINAÇÃO DO VALOR DEVIDO. IMPOSSIBILIDADE DE SANEAMENTO DO PROCESSO MEDIANTE REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIA. A descrição da infração não se mostra condizente com os fatos e com os elementos existentes nos autos, resultando na falta de clareza na apuração do valor da base de cálculo e dos valores do imposto, refletindo em cerceamento do direito de defesa do sujeito passivo. O levantamento necessita ser refeito em sua totalidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício apresentado pela Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, em razão de ter julgado nulo o Auto de Infração em epígrafe, o qual foi lavrado para imputar ao sujeito passivo o ICMS no valor de R\$ 34.311,36, acrescido da multa de 60%, referente à retenção a menos do imposto e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de julho de 2007, janeiro a novembro de 2008, janeiro a julho, setembro e novembro de 2009. Consta que o contribuinte tratou como refrigerante a água mineral aromatizada/gaseificada, utilizando a pauta fiscal, quando deveria ter usado a MVA de 140%, conforme estabelece a Cláusula quarta, § 2º, item 1 do Protocolo ICMS 11/91.

O autuado apresentou impugnação (fls. 33/38), alegando ser improcedente a acusação fiscal tendo em vista que classificou corretamente a mercadoria “aquarius fresh” como refrigerante, e por esta razão aplicou a pauta fiscal para calcular o ICMS-ST, consoante o Protocolo ICMS 10/92 e as Instruções Normativas nºs 35/2007, 57/2008 e 04/2009. Disse que a fiscalização o acusa de ter retido a menos o ICMS, por ter classificado o referido produto como refrigerante, quando deveria ter utilizada a MVA de 140%.

Esclareceu que o produto “aquarius fresh” (limão, uva e abacaxi com hortelã) composto de água gaseificada, adicionada de açúcar ou de outros edulcorantes e aromatizada com suco de fruta é refrigerante de baixa caloria, razão pela qual está classificada na NCM 2202.10.00 - águas, incluídas as águas minerais e as águas gaseificadas, adicionadas de açúcar ou de outros edulcorantes ou aromatizadas. Assim, não se refere à água engarrafada (NCM 2201.10.00 - águas minerais e águas gaseificadas), como entendeu os autuantes. Por isso entende que o Auto de Infração deve ser desconstituído, em função da ilegalidade da autuação, diante da insubsistência da cobrança, que torna o crédito ilíquido, incerto e ilegal.

Sustentou a tese da desproporcionalidade da multa aplicada (60%), assinalando que, mesmo que o Auto de Infração fosse procedente a multa a ele imposta é desarrazoada, desproporcional, injusta e abusiva, tendo caráter confiscatório.

Finalizou requerendo a improcedência do Auto de Infração e a realização de perícia e diligência fiscal-contábil, a fim de se comprovar às suas alegações.

Um dos autuantes prestou Informação Fiscal às fls. 99/100, esclarecendo que a acusação fiscal diz respeito à retenção a menos do ICMS substituição tributária em relação às vendas de refrigerantes e águas minerais gaseificadas e aromatizadas artificialmente, e como o autuado alegou apenas que dava o tratamento de refrigerantes e não de águas minerais gaseificadas e aromatizadas artificialmente, aos produtos com nome fantasia “*aquarius/aquarius fresh*” concluiu que o contribuinte nada tem a opor quanto aos valores reclamados relativos ao produto refrigerantes.

Finalizou dizendo que, de acordo com a Cláusula quarta, §§ 1º, item 1, alínea “g” e 2º, item 1, a base de cálculo do produto água gaseificada ou aromatizada artificialmente deve ser formada com a aplicação da MVA de 140%.

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal decidiu pela nulidade do lançamento de ofício inicialmente salientando que “*dos elementos que compõem este processo, especialmente a descrição da acusação fiscal verificada na peça inicial, os argumentos defensivos e o posicionamento do Auditor Fiscal que prestou a Informação Fiscal, conclui que não existem nos autos as condições essenciais para se determinar, com segurança, o teor da acusação fiscal, bem como a segurança necessária que possibilitasse ao sujeito passivo exercer o amplo direito de defesa e o contraditório de forma plena*”.

Proseguiu a Primeira Instância aludindo que o contribuinte se defendeu baseado na acusação fiscal inserida no Auto de Infração que diz:

“*Procedeu à retenção a menor do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Contribuinte tratou como refrigerante a água mineral aromatizada/gaseificada, utilizando a pauta fiscal, quando o correto seria a utilização do MVA de 140%, conforme estabelecido no Protocolo 11/91, cláusula quarta, parágrafo 2º, item 1.*”. porém, em sua Informação Fiscal, o autuante sustentou que o montante exigido se referia à retenção a menor de ICMS substituição tributária, em operações de venda de refrigerantes e águas minerais gaseificadas e aromatizadas artificialmente...”.

Acrescentou ainda que, a grande maioria dos produtos inseridos no demonstrativo elaborado pelos autuantes às fls. 06 a 28, referem-se à refrigerantes, item não abordado pela defesa. Este fato demonstra que “*o procedimento fiscal não atendeu ao devido processo legal, pois não existe clareza nas peças que o compõem, refletindo em falta de certeza, implicando em prejuízo para o sujeito passivo da relação jurídico-tributária, haja vista que ele não pode se defender amplamente a respeito do inteiro teor da acusação fiscal.*”

Finalmente, concluiu que “*nos moldes como foi apurada a infração, ficou caracterizado que o lançamento foi efetuado em desacordo com as normas que regem a matéria, ou seja, o lançamento não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração imputada, no que se refere aos montantes correspondentes aos valores imponíveis.*”

A Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99.

VOTO

Reparo algum merece a Decisão recorrida tendo em vista que a acusação fiscal refere-se à retenção a menos do imposto e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Consta ainda na descrição da infração, que o contribuinte tratou como refrigerante a água mineral aromatizada/gaseificada, utilizando a pauta fiscal, quando deveria ter usado a MVA de 140%, conforme estabelecido na Cláusula quarta, § 2º, item 1 do Protocolo ICMS 11/91.

Ocorre que diferentemente do inserido no Auto de Infração, o imposto exigido neste lançamento de ofício refere-se à retenção a menos do ICMS substituição tributária, em operações de venda de **refrigerantes** e **água mineral aromatizada/gaseificada**, conforme se verifica nos papéis de trabalho anexados às fls. 06 a 28 e esclarecimentos prestados pelos autuantes na Informação Fiscal às fls. 99 a 100.

O equívoco apontado no lançamento de ofício induziu o contribuinte ao erro, fazendo pautar a sua defesa exclusivamente em relação ao produto água mineral aromatizada/gaseificada, ficando evidente que não compreendera a acusação fiscal, em sua inteireza, ficando assim, impedido de se defender da verdadeira acusação que lhe estava sendo imputada.

Ademais, de acordo com o demonstrativo elaborado pelos autuantes às fls. 06 a 28, observo que não ficou demonstrada claramente a metodologia utilizada para apuração da Base de Cálculo da Substituição Tributária e da Base de Cálculo do ICMS Normal, tornando inseguro o valor do imposto lançado.

Logo, no presente lançamento de ofício, verifica-se que os equívocos constatados na exigência fiscal importam na insegurança do débito exigido e cerceamento do direito de defesa, caracterizando nulidade insanável, nos precisos termos do art. 18, IV, “a”, do RPAF/BA.

Em face do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício para manter inalterada a Decisão recorrida que julgou NULO o Auto de Infração, representando-se à repartição de origem para que verifique a possibilidade de refazer o procedimento fiscal, a salvo das falhas apontadas.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou NULO o Auto de Infração nº 269616.0003/10-9, lavrado contra **REFRESCOS GUARARAPES LTDA**. Representa-se à repartição fazendária competente, para providenciar o refazimento da ação fiscal, a salvo de falhas, a teor do disposto no art. 21 do RPAF/BA.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de julho de 2011.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS