

PROCESSO	- A. I. N° 279463.0004/11-4
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- NORSA REFRIGERANTES LTDA.
RECURSO	- RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JJF nº 0088-01/12
ORIGEM	- IFEP COMÉRCIO
INTERNET	- 26/12/2012

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0403-12/12

**EMENTA:** ICMS: NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NOVA DECISÃO. Deve ser declarada nula a Decisão recorrida, tendo em vista que não ocorreram, no presente PAF, as nulidades apontadas pela JJF. O lançamento de ofício foi efetuado em decorrência do recolhimento a menos do imposto em razão do sujeito passivo ter retido a menos o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. A descrição do fato está em perfeita consonância com os papéis de trabalho. Modificada a Decisão recorrida. Retorno dos autos à Primeira Instância para nova Decisão. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Oficio, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, interposto pela 1ª JJF após julgamento pela Nulidade do Auto de Infração, através do Acórdão JJF n º 0088-01/12, lavrado para imputar ao sujeito passivo o ICMS no valor de R\$ 287.445,75, acrescido de multa de 60% em decorrência de ter retido e recolhido a menos o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Consta que o contribuinte errou na utilização da pauta prevista na IN 04/2009 redação original com vigência de 01/02/2009 à 31/12/2010. Consta, também, que autuação está de acordo com a planilha cálculo ST gravada em DVD e anexada ao PAF, sendo impressas e anexadas aos autos, apenas a primeira e última folha, por economia processual e ambiental. Há ainda o registro que os valores da pauta discriminados na planilha que subsidia a exigência fiscal, estão na tabela pauta 2 do arquivo magnético (DVD) anexado ao presente PAF, sendo que, com relação a pauta foi considerado o desconto de 1% para as embalagens de vidro retornáveis, prevista na legislação vigente.

A Junta de Julgamento deliberou pela Nulidade do Auto de Infração com a seguinte fundamentação:

*O Auto de Infração em exame indica como ilicitude incorrida pelo contribuinte: Reteve e recolheu a menos o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.*

*Consta que o contribuinte errou na utilização da pauta prevista na IN 04/2009 redação original com vigência de 01/02/2009 à 31/12/2010. Consta, também, que autuação está de acordo com a planilha cálculo ST gravada em DVD e anexada ao PAF, sendo impressas e anexadas aos autos, apenas a primeira e última folha, por economia processual e ambiental. Há ainda o registro que os valores da pauta discriminados na planilha que subsidia a exigência fiscal, estão na tabela pauta 2 do arquivo magnético (DVD) anexado ao presente PAF, sendo que, com relação a pauta foi considerado o desconto de 1% para as embalagens de vidro retornáveis, prevista na legislação vigente.*

*Na defesa apresentada o autuado sustenta que não efetuou a operação da antecipação ou substituição tributária, tendo em vista que as mercadorias, em tela, foram destinadas a consumidores finais, por conseguinte, não sujeitos à adoção de pauta fiscal.*

*Já o autuante ao prestar a informação fiscal contesta o argumento defensivo, afirmando que na planilha de levantamento pode ser verificado que as vendas para um mesmo CPF se repetem em vários meses e que a esmagadora maioria das vendas foi realizada para contribuintes inscritos no CNPJ, sendo estas tas tidas como vendas para contribuintes.*

*Analisando as planilhas aduzidas pelo autuado gravada em DVD, bem como a primeira e última folha acostadas aos autos, constato que nas referidas planilhas não há indicação dos nomes dos destinatários, bem como dos números dos CNPJ ou do CPF, conforme aduzido pelo autuante.*

*Verifico, também, que a irregularidade praticada pelo autuado se refere à constatação de que deixou de efetuar a retenção do e o consequente recolhimento do imposto nas vendas realizadas para contribuintes inscritos e não inscritos, enquanto a imputação diz respeito a retenção e recolhimento a menos do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, o que não condiz com a ocorrência dos fatos.*

*É certo que, no presente caso, a descrição do fato e sua capitulação legal não são condizentes com o fato real nem com o direito aplicável, razão pela qual, não é possível dar prosseguimento à lide, pois haveria mudança do fulcro da autuação. No caso, o contribuinte teve o seu direito de defesa cerceado, ao se enquadrar indevidamente a situação fática, o que dificultou o exercício pleno do contraditório e da ampla defesa.*

*Assim, atendendo aos princípios do devido processo legal e da ampla defesa, restando caracterizado um vício insanável neste processo, concluo que nos autos não constam elementos suficientes para se determinar com segurança a infração, bem como por ter ocorrido preterição do direito de defesa do autuado, sendo, portanto, nula a acusação fiscal, com base no disposto no art. 18, incisos II e IV, do RPAF/99.*

*Voto pela NULIDADE do Auto de Infração e represento à autoridade competente, para que determine a renovação do procedimento fiscal junto ao estabelecimento autuado para exigir o imposto devido, a salvo de falhas, nos termos do artigo 21 do RPAF/99.*

Em atendimento ao art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, a 1<sup>a</sup> JJF do CONSEF recorreu de Ofício a esta CJF.

## VOTO

O lançamento fiscal diz respeito à exigência do ICMS em razão do sujeito passivo ter retido e consequentemente recolhido a menor o imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

De acordo com os documentos anexados ao PAF verifico que o agente fiscal relacionou nos demonstrativos às fls. 06 e 08, em amostragem, e também no CD acostado à fl. 10 do PAF, as notas fiscais, a descrição do produto, a Base de cálculo utilizada pelo contribuinte, a pauta fiscal utilizada pela fiscalização encontrando uma diferença da Base de Cálculo. Sobre este valor foi aplicada a alíquota de 17%, apurando, finalmente, o débito a recolher.

O autuado, em sua impugnação de fls. 14 a 26, argumentou, em síntese, que a fiscalização entendeu que no ano de 2009 as notas fiscais emitidas para as pessoas físicas (consumidores finais) não caberia o ICMS-ST, entretanto, considerou equivocadamente às notas fiscais do ano de 2010. Para comprovar a sua assertiva anexou às fls. 47/126 cópias de notas fiscais emitidas para pessoas físicas.

O autuante, por outro lado, informou que a planilha que serviu de base para a autuação inclui, em sua maioria, vendas destinadas a pessoas jurídicas inscritas no Estado com a atividade de comercialização de mercadorias e outras que por engano, o contribuinte classificou como isento de inscrição. Diz que antes da lavratura do Auto de Infração remeteu as planilhas para análise e apreciação do autuado e acatando a alegação do contribuinte de que, indevidamente foram consideradas vendas destinadas a pessoas físicas (funcionários), o autuante efetuou as devidas exclusões relativas a essas operações.

A 1<sup>a</sup> junta de Julgamento, por meio do Acórdão JJF nº 0088-01/12 julgou nulo o Auto de Infração, por entender que a descrição dos fatos e sua capitulação legal não eram condizentes com o fato real, caracterizando um vício insanável, com a seguinte fundamentação:

*"Analisando as planilhas aduzidas pelo autuante, gravada em DVD, bem como a primeira e última folha acostadas aos autos, constato que nas referidas planilhas não há indicação dos nomes dos destinatários, bem como dos números dos CNPJ ou do CPF, conforme aduzido pelo autuante.*

*Verifico, também, que a irregularidade praticada pelo autuado se refere à constatação de que deixou de efetuar a retenção do e o consequente recolhimento do imposto nas vendas realizadas para contribuintes inscritos e não inscritos, enquanto a imputação diz respeito a retenção e recolhimento a menos do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, o que não condiz com a ocorrência dos fatos.*

*É certo que, no presente caso, a descrição do fato e sua capitulação legal não são condizentes com o fato real nem com o direito aplicável, razão pela qual, não é possível dar prosseguimento à lide, pois haveria mudança do fulcro da autuação. No caso, o contribuinte teve o seu direito de defesa cerceado, ao se enquadrar indevidamente a situação fática, o que dificultou o exercício pleno do contraditório e da ampla defesa.*

*Assim, atendendo aos princípios do devido processo legal e da ampla defesa, restando caracterizado um vício insanável neste processo, concluo que nos autos não constam elementos suficientes para se determinar com segurança a infração, bem como por ter ocorrido preterição do direito de defesa do autuado, sendo, portanto, nula a acusação fiscal, com base no disposto no art. 18, incisos II e IV, do RPAF/99.*

Da análise dos fatos, considero que a Decisão de 1<sup>a</sup> Instância não deve prevalecer tendo em vista que o demonstrativo elaborado pela fiscalização e a mídia anexada à fl. 10, deixa claro que a exigência refere-se à diferença entre o imposto retido pelo sujeito passivo e o apurado pela fiscalização em decorrência da Pauta vigente à época dos fatos geradores.

Ressalte-se que as operações contestadas pelo autuado, cujas fotocópias foram anexadas às fls. 47/126, referem-se exclusivamente a vendas para pessoas físicas (funcionários). Para formar o meu convencimento, examinei os mencionados documentos fiscais e observei que nenhum deles está elencado na planilha que serviu de base para a exigência fiscal, confirmado a informação do autuante de que estas operações foram excluídas antes da lavratura do Auto de Infração.

Dessa forma, o meu voto é pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício para declarar NULA a Decisão recorrida, determinando o retorno dos autos à Primeira Instância para que seja proferido novo julgamento.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e declarar NULA a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº 279463.0004/11-4, lavrado contra NORSA REFRIGERANTES LTDA., devendo retornar os autos à Primeira Instância para nova Decisão.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de dezembro de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

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