

PROCESSO - A. I. Nº 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 Ofício, 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 nº 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 tidas como vendas para contribuintes.

Analizando 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.

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 1ª JF 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 1ª junta de Julgamento, por meio do Acórdão JF 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 1ª 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, confirmando 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 2ª 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