

PROCESSO - A. I. Nº 299389.0002/15-9
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CAFÉ PINGA FOGO LTDA - EPP.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO– Acórdão 1ª JFJ nº 0138-01/16
ORIGEM - INFAZ JUAZEIRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 26/12/2016

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0254-12/16

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. 2. IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. Apesar de o sujeito passivo não ter cumprido a norma específica para operações realizadas fora do estabelecimento, ao lançar o valor da efetiva venda realizada, nesta situação caberia ao fisco refazer o procedimento regulamentar, considerando os efetivos débitos e créditos, para, por fim, concluir se devido e quanto de imposto. É nulo o lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração cometida, relativa à primeira exação, e, por conseguinte, à segunda exigência, a qual decorre da primeira. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso de Ofício, previsto no art. 169, I, “a”, item 1, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, impetrado pela 1ª JFJ, através do Acórdão nº 0138-01/16, por ter desonerado o sujeito passivo do total do débito lhe imputado, ao julgar Nulo o Auto de Infração, o qual fora lavrado para exigir o ICMS no montante de R\$109.955,81, decorrente da constatação de duas irregularidades, a saber:

INFRAÇÃO 1 - Recolhimento a menor do ICMS, no valor de R\$106.057,32, em função de divergência entre o valor do imposto recolhido e o valor informado em documentos e livros fiscais, em declarações econômico-fiscais e/ou arquivos eletrônicos, nos meses de janeiro a dezembro de 2014.

INFRAÇÃO 2 - Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS retido, no valor de R\$ 3.898,49, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de janeiro a dezembro de 2014.

A Decisão de piso, unânime, considerou NULO o Auto de Infração, diante das seguintes considerações:

VOTO

O Auto de Infração foi lavrado em razão das duas imputações descritas no Relatório que antecede este voto.

A infração 01 diz respeito ao recolhimento a menos do ICMS normal, em razão de divergência entre o imposto informado em documentos e livros fiscais e/ou arquivos eletrônicos.

O contribuinte alega que as notas fiscais objeto da autuação dizem respeito a remessa para venda fora do estabelecimento. Informa que para agilizar o processo de apuração do imposto adotou o procedimento de lançar nas referidas notas o valor da efetiva venda realizada. Assim sendo, pode existir, no mesmo mês, remessas cujos valores foram lançados com valores inferiores ao constante no documento fiscal e remessas lançadas com valores superiores, e esta situação não foi considerada na auditoria.

Da análise das planilhas que embasaram o presente lançamento, fls. 04 a 06 e cópias de documentos fiscais anexados pelo sujeito passivo às fls. 140/601, observo que a fiscalização comparou o imposto destacado nas notas fiscais eletrônicas-NFe que acobertam remessas para venda fora do estabelecimento, com os lançados na

Escrituração Fiscal Digital –EFD. Foi objeto do presente lançamento apenas as operações que foram lançadas na EFD em valor inferior ao inserido nos respectivos documentos fiscais.

De fato o contribuinte desobedeceu à legislação em relação aos procedimentos relativos às operações com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, realizadas fora do seu estabelecimento, previstas no art. 347 do RICMS/BA, a seguir transcrito:

“Art. 347. *Nas operações realizadas fora do estabelecimento, sem destinatário certo, com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, efetuadas por fabricantes, importadores, distribuidores ou atacadistas que apurem o ICMS pelo regime de conta-corrente fiscal, observar-se-á o seguinte:*

I - o sujeito passivo por substituição:

a) *emitirá nota fiscal para acompanhar a mercadoria no seu transporte, a qual conterà, além dos demais requisitos previstos:*

1 - *os números e as séries dos impressos de notas fiscais a serem emitidas por ocasião das vendas;*

2 - *como natureza da operação, “Remessa para venda fora do estabelecimento”, com CFOP específico para baixa do estoque;*

3 - *o valor do imposto incidente na operação própria, pela saída, tendo como base de cálculo o preço a ser por ele efetivamente praticado;*

4 - *a base de cálculo do imposto a ser retido e o valor do imposto devido por substituição tributária, cobrável do destinatário;*

c) *escriturará no Registro de Saídas:*

1 - *a nota fiscal relativa à remessa, nas colunas adequadas, lançando os dados relativos à operação própria, e, na coluna “Observações”, os valores do imposto retido e da respectiva base de cálculo, utilizando colunas distintas para essas indicações, sob o título comum “Substituição Tributária”;*”

Por outro lado, de acordo com os documentos trazidos na peça defensiva, e não contestado pelo autuante, no mesmo período ocorreram situações opostas, ou seja em desconformidade com os documentos fiscais, que poderia resultar ou não em recolhimento a menor do ICMS.

Assim, constato que os demonstrativos que embasaram a acusação não comprovam a infração imputada de recolhimento a menor do imposto como inserido no corpo do Auto de Infração, pois nos referidos papéis de trabalho ficou evidenciado tão somente divergência entre os valores escriturados na EFD e o inserido no documento fiscal. Logo, verifica-se a existência de vício insanável capaz de fulminar o Auto de Infração em comento, qual seja, a falta de identidade entre o fato infracional descrito no lançamento e aquele ensejador da imputação, o que, por si só, gera a nulidade do lançamento, a teor do art. 18, IV, “a”, do RPAF/99, segundo o qual é nulo o lançamento de ofício que não contenha elementos suficientes para se determinar, com segurança, a natureza da infração cometida, o que, em última análise, acarreta prejuízo ao pleno exercício do contraditório.

Ante o exposto, voto pela nulidade desta infração.

A infração 02 é decorrente da anterior, sendo exigida a diferença entre o valor do ICMS devido por substituição tributária informado no documento fiscal e o lançado na Escrituração Fiscal Digital. Como anteriormente esclarecido na análise da infração 01, os levantamentos que embasaram a acusação não comprovam a infração atribuída ao sujeito passivo, consequentemente voto pela nulidade deste item, pelos mesmos motivos já explanados na análise da infração anterior.

Ante ao exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

Nos termos do art. 21 do RPAF/99, represento à autoridade fiscal competente, objetivando a instauração de novo procedimento fiscal, a salvo de falhas aqui apontadas, a fim de apurar se o contribuinte incorreu, de fato, na prática da falta de recolhimento de ICMS e em qual proporção, conforme pretendeu sustentar o Auditor Fiscal.

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

VOTO

Examinando as peças que integram os autos depreendo que a Decisão recorrida está perfeita quanto ao seu resultado, não merecendo qualquer modificação no tocante à conclusão para considerar Nulo o Auto de Infração e, em consequência, interpôs Recurso de Ofício para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

Há de ressaltar que, nos termos do voto exarado pela JJF, o lançamento de ofício não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, a natureza da infração cometida, uma vez que, *“... no mesmo período ocorreram situações opostas, ou seja, foram lançados na EFD valores superiores ao destacado no documento fiscal, fato não considerado pelo Autuante, haja vista que não foi efetuada a Auditoria da Conta Corrente Fiscal, que comprovaria a repercussão efetiva dos valores lançados na EFD em desconformidade com os documentos fiscais, que poderia resultar ou não em recolhimento a menor do ICMS.”*

Vislumbro que, além de o autuante desconsiderar, no mesmo período, ICMS lançado na EFD em valor superior ao destacado na nota fiscal de remessa para venda fora do estabelecimento e, simultaneamente, não refazer a conta corrente fiscal, a fim de comprovar a efetiva repercussão no recolhimento do imposto, ensejou uma insegurança sobre se de fato ocorreu recolhimento a menor do ICMS, conforme acusa o contribuinte ter praticado, dentro da competência mensal de apuração do ICMS.

Registre-se que, apesar do sujeito passivo não ter cumprido a norma regulamentar específica para as operações realizadas fora do estabelecimento, prevista no art. 347 do RICMS/12, ao lançar o valor da efetiva venda realizada, nesta situação caberia ao fisco refazer o procedimento regulamentar, a seguir transcrito, considerando os efetivos débitos e créditos, para, por fim, concluir se devido e quanto de imposto.

Art. 347. Nas operações realizadas fora do estabelecimento, sem destinatário certo, com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, efetuadas por fabricantes, importadores, distribuidores ou atacadistas que apurem o ICMS pelo regime de conta-corrente fiscal, observar-se-á o seguinte:

I - o sujeito passivo por substituição:

a) emitirá nota fiscal para acompanhar a mercadoria no seu transporte, a qual conterá, além dos demais requisitos previstos:

1 - os números e as séries dos impressos de notas fiscais a serem emitidas por ocasião das vendas;

2 - como natureza da operação, “Remessa para venda fora do estabelecimento”, com CFOP específico para baixa do estoque;

3 - o valor do imposto incidente na operação própria, pela saída, tendo como base de cálculo o preço a ser por ele efetivamente praticado;

4 - a base de cálculo do imposto a ser retido e o valor do imposto devido por substituição tributária, cobrável do destinatário;

b) emitirá nota fiscal nas vendas efetuadas, com CFOP específico para não baixar o estoque;

c) escriturará no Registro de Saídas:

1 - a nota fiscal relativa à remessa, nas colunas adequadas, lançando os dados relativos à operação própria, e, na coluna “Observações”, os valores do imposto retido e da respectiva base de cálculo, utilizando colunas distintas para essas indicações, sob o título comum “Substituição Tributária”;

2 - as notas fiscais relativas às vendas, na coluna “Outras” de “Operações ou Prestações sem Débito do Imposto”;

d) por ocasião do retorno das mercadorias ou do veículo:

1 - emitirá nota fiscal, para reposição, no estoque, das mercadorias não vendidas, na qual serão mencionados, no campo “Informações Complementares”:

1.1 - o número e a série, se for o caso, a data da emissão e o valor da nota fiscal correspondente à remessa;

1.2 - os números e as séries, se for o caso, das notas fiscais emitidas por ocasião das vendas das mercadorias;

1.3 - o valor das operações realizadas fora do estabelecimento no estado;

1.4 - o valor das operações realizadas fora do estabelecimento em outras unidades da Federação;

2 - destacará na nota fiscal aludida no item 1 desta alínea o valor do imposto referente às mercadorias não vendidas;

3 - lançará a referida nota fiscal no Registro de Entradas, creditando-se do imposto relativo às mercadorias não vendidas;

4 - escriturará o valor do imposto retido relativo às mercadorias não vendidas na coluna “Observações” do Registro de Entradas, na mesma linha do lançamento referido no item 3 desta alínea;

e) totalizará, no último dia do mês, os valores a que se refere o item 4 da alínea “d” deste inciso, para posterior lançamento no Registro de Apuração do ICMS, no quadro “Crédito do Imposto - Estornos de Débitos”, com a expressão “Art. 347 do RICMS”;

f) no caso de a base de cálculo do imposto relativo à operação própria, consignada na nota fiscal de remessa de que cuida o item 3 da alínea “a”, ser diferente do preço efetivamente praticado, efetuará os ajustes cabíveis, inclusive quanto ao imposto retido;

Assim, diante de tais considerações, comungo do entendimento exarado na Decisão recorrida de que o lançamento de ofício não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração cometida, relativa à primeira exação, e, por conseguinte, a segunda exigência, a qual decorre da primeira.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício para manter a Decisão recorrida, do que renovo a representação, nos termos do art. 21 do RPAF/99, à autoridade fiscal competente para analisar a necessidade da instauração de novo procedimento fiscal, a salvo de falhas aqui apontadas, “... a fim de apurar se o contribuinte incorreu, de fato, na prática da falta de recolhimento de ICMS e em qual proporção, conforme pretendeu sustentar o Auditor Fiscal”.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado para homologar a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº **299389.0002/15-9**, lavrado contra **INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CAFÉ PINGA FOGO LTDA. - EPP**. Representa-se, nos termos do art. 21 do RPAF/99, à autoridade fiscal competente para analisar a necessidade da instauração de novo procedimento fiscal, a salvo de falhas aqui apontadas.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de dezembro de 2016.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS