

A. I. Nº - 299389.0002/15-9  
AUTUADO - INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CAFÉ PINGA FOGO LTDA.-EPP  
AUTUANTE - LUIZ CARLOS DE ARAUJO  
ORIGEM - INFAC JUAZEIRO  
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 29.08.2016

**1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0138-01/16**

**EMENTA: ICMS.** 1. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. 2. IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. É nulo o procedimento fiscal que não indique de forma clara a descrição dos fatos, os dispositivos legais infringidos e tipificação da multa correlata com a infração cometida. Há insegurança na determinação das infrações, bem como cerceamento do direito de defesa. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 11/12/2015 exige ICMS no valor de R\$ 109.955,81, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS.

Infração 01- 03.01.04 - Recolhimento a menor do ICMS, 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, no valor de R\$106.057,32.

Infração 02- 07.12.01- Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS retido, 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, no valor de R\$ 3.898,49.

O autuado apresentou impugnação, fls. 10/11, afirmando que os documentos inseridos no demonstrativo elaborado pelo autuante tratam tão somente de remessas para venda fora do estabelecimento. Esclarece que para agilizar o processo de apuração do ICMS e consequentemente a geração dos arquivos exigidos pela legislação, adotou-se como forma de apurar o imposto devido lançar o valor da efetiva venda realizada na nota de remessa (nota mãe). Dessa forma podem existir dentro de um mesmo mês remessas cujos os valores foram reduzidos, e remessas cujo os valores foram onerados.

Para melhor ilustração anexa cópias das referidas remessas juntamente com as notas fiscais série 03, e também dos retornos das mercadorias que porventura não foram comercializadas, assim como planilhas mensais com todas as remessas efetuadas, demonstrando os valores que foram reduzidos e os valores que foram aumentados. Devido ao grande volume de documentos, no caso das remessas cujo os valores foram lançados à maior diz anexar algumas cópias à título de demonstração.

Transcreve demonstrativo indicando a forma de lançamento por ele adotada, no mês de janeiro, ressaltando ter sido esta metodologia adotada em todos os meses:

JANEIRO DE 2014  
REMESSA - SÁIDA  
Nota Fiscal nº 3349 no valor de R\$ 8.128,80  
RETORNO - ENTRADA  
Nota fiscal nº 3395 no valor de R\$ 4.064,40  
VENDA EFETUADA  
Nota Fiscal nº 10719 no valor de R\$ 447,08  
Nota Fiscal nº 10720 no valor de R\$ 223,55  
Nota Fiscal nº 10722 no valor de R\$ 3.800,21

TOTAL = R\$ 4.470,84

Ressalta que no caso em questão foi feita a opção, por conta dos motivos expostos anteriormente, de efetuar um único lançamento na nota de remessa do valor correspondente à venda efetuada, que no exemplo acima a nota fiscal nº 3349 foi registrada com o valor de R\$ 4.470,84. Salienta que em alguns casos o valor do preço unitário do produto pode variar, no exemplo acima a remessa foi efetuada com preço unitário de R\$ 8,00, e a efetiva venda foi efetuada com o preço unitário de R\$ 8,80, o pode ser verificado documentos que anexou.

Demostra situações em caso oposto onde a nota fiscal de remessa foi lançada com valores maiores que o da sua emissão, casos estes não analisados pelo autuante.

#### REMESSA – SAÍDA

Nota Fiscal nº 3321 de 04/01/2014 no valor de R\$ 10.161,00

#### VENDA EFETUADA

Nota Fiscal nº 10816

Nota Fiscal nº 10817

Nota Fiscal nº 10818

Nota Fiscal nº 10819

TOTAL = R\$ 11.685,15

Explica que neste caso a Nota Fiscal nº 3321, que não consta do Auto de Infração, foi lançada com o valor de R\$ 11.685,15 e os respectivos impostos recolhidos.

Em relação à infração 02 diz ser consequência da Infração 01, portanto, reafirma todas a explicações anteriormente relatadas.

Ressalta que os dois exemplos descritos anteriormente referentes ao mês de Janeiro de 2014, servirão de base para a verificação de todas as notas constantes do auto de infração.

Reconhece que o procedimento adotado não se encontra de acordo com o RICMS/Ba, mas, salienta que em nenhum dos casos houve tentativa de burlar o FISCO. Os valores lançados nos livros são a expressão da verdade, e os valores exigidos no auto de infração penalizarão o contribuinte no sentido de pagar ICMS sobre operações que efetivamente não foram realizadas.

Finaliza se colocando à disposição para qualquer esclarecimento que o Autuante queira fazer, bem como toda a documentação do período fiscalizados, para as devidas verificações que sejam necessárias.

O autuante, em sua informação fiscal às fls. 619/620, ressalta que o contribuinte na apresentação da defesa reconhece expressamente que descumpriu a legislação do ICMS e criou regras próprias para a sua escrita fiscal, que em suas palavras seria para “agilizar o processo de apuração do imposto”.

Entende que assim agindo o próprio contribuinte cria uma situação absurda, pois como a venda efetiva da mercadoria ocorre após a emissão da nota de remessa, é impossível determinar com antecedência a quantidade vendida. Esclarece que os procedimentos elencados no artigo 347 do RICMS objetivam assegurar a efetividade das operações realizadas e a regularidade da apuração e recolhimento do imposto devido, de forma a não deixar dúvidas acerca da verdade dos fatos.

Diz que o contribuinte ao tentar unilateralmente alterar a norma regulamentar, utilizando critérios próprios deixa evidente que agiu deliberadamente no sentido de recolher a menor o imposto devido.

Finaliza ratificando todo o conteúdo do auto de infração, colocando-se a disposição para eventuais esclarecimentos e diligências.

#### 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 transcreto:

*"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;*

*c) escriturará no Registro de Saídas:*

*I - 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, 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.

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.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **299389.0002/15-9**, lavrado contra **INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CAFÉ PINGA FOGO LTDA.-EPP**.

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 13.537, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de agosto de 2016.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - RELATORA

VALTÉRCIO SERPA JUNIOR – JULGADOR