

PROCESSO - A. I. Nº 294888.0009/18-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - FRANCO E ALMEIDA LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0170-04/19
ORIGEM - INFAZ ILHÉUS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 12/06/2020

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0059-11/20

EMENTA: ICMS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. FALTA DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA SE DETERMINAR A INFRAÇÃO. Existência de flagrante contradição entre a acusação e o quanto foi apurado, demonstrado através do levantamento fiscal, gerando insegurança na determinação da infração. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, em razão da decisão proferida por meio do Acórdão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal Nº 0170-04/19, que por unanimidade, julgou Nulo o Auto de Infração nº 2948880009-18-0, lavrado em 31/10/2018, para exigir ICMS no valor histórico de R\$681.002,57, acrescido da multa de 150%, em decorrência do cometimento de uma única infração, abaixo descrita:

Infração 01: Deixou de recolher o ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

Conforme levantamentos fiscais e CD contendo EFD e Notas Fiscais Autorizadas para empresa nos exercícios fiscalizados, em anexo.

Após impugnação apresentada pelo autuado, (fls. 39 a 44), e informação fiscal prestada pelo ilustre Auditor, (fls. 51 e 52), a instrução fiscal foi concluída e os autos remetidos à apreciação da 4ª JJF, que optou pela Nulidade do Auto de Infração nos seguintes termos:

VOTO

O impugnante, preliminarmente, argui diversas nulidades da autuação, dentre elas uma que entendo ser a mais relevante para o deslinde da questão, a que se refere à existência de divergência entre a descrição da infração inserida no Auto de Infração e o contido nos levantamentos elaborados pela fiscalização. Por isso, deixo de pronunciar em relação aos demais pedidos.

A acusação tributária encontra-se posta da seguinte forma: “Deixou de recolher o ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia”.

Os fatos descritos foram enquadrados no artigo 8º, inciso II da Lei nº 7.014/96, art. 289 do RICMS/2012, e aplicada a multa capitulada no art. 42, V, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, que prevê o percentual de 150% (cento e cinquenta por cento) do valor do imposto retido pelo sujeito passivo por substituição e não recolhido tempestivamente”.

Neste tipo de auditoria, a irregularidade é decorrente do não pagamento do imposto retido e destacado nos documentos fiscais emitidos pelo contribuinte, portanto, o valor a ser exigido é exatamente o informado no documento fiscal, porém, não é o que verifico nos autos.

Após análise dos demonstrativos elaborados pela fiscalização, fls. 11 a 25, que serviram como embasamento para o lançamento e comparativo com as cópias dos documentos fiscais anexados às fls. 27 a 32, percebe-se que o demonstrativo não se refere a imposto retido e não recolhido.

A título de exemplo, cito a Nota Fiscal nº 5.724, emitida em 07/06/2018, fl. 31, onde consta no campo “VALOR DO ICMS SUBST”, o valor de R\$74,41. No demonstrativo de fl. 23, o valor exigido referente àquele documento, utilizando a MVA de 114% é de R\$ 876,21, bem superior ao destacado no documento fiscal, que foi calculado pela Pauta Fiscal. Valor exigido pela autuante e que não se refere ao que foi retido pelo sujeito passivo.

Em verdade, os referidas papéis de trabalho demonstram que se trata de um refazimento da apuração do ICMS da substituição tributária, nas operações com refrigerantes, levando em consideração o tratamento tributário a

que o contribuinte fazia jus, à época dos fatos geradores, já que, no período compreendido entre junho a dezembro de 2017, e a partir de 02/04/2018, o mesmo não possuía Termo de Acordo celebrado com a Secretaria da Fazenda, portanto, de acordo com o entendimento da autuante, o critério a ser adotado naqueles períodos seria a da Margem de Valor Agregado – MVA, e não o valor fixado em Pauta Fiscal.

Tal conclusão foi extraída da informação inserida no rodapé dos referidos demonstrativos, cujo teor transcrevo:

“OBS:1: CRITÉRIO MVA – NESTE PERÍODO A EMPRESA NÃO POSSUIA TERMO DE ACORDO EXIGIDO PELO ART.N 289 PARÁGRAFO 11, INCISO VI DO RICMS/BA, APROVADO PELO DECRETO 13.780/2013

OBS 2: TERMO DE ACORDO COM CIÊNCIA EM 29.07.2017, VIGENTE ATÉ REVOGAÇÃO EX-OFICIO COM CIÊNCIA EM 02.04.2018”.

Portanto, fica evidente que a autuante apurou recolhimento a menos do ICMS da substituição tributária, diferentemente do que consta na presente acusação, que, repito, trata de imposto retido e não recolhido. Aliás, a própria autuante ao prestar a Informação Fiscal mencionou que: “o auto de Infração foi lavrado para lançamento de ICMS devido em razão de retenção e recolhimento a menor do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, apurado através dos demonstrativos SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – ICMS RETENÇÃO RECOLHIDO A MENOR, anexos às fls. 15,025,030 e 35 dos autos, onde constam lançados os valores relativos aos ICMS devido apurado através dos demonstrativos SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – ICMS RETENÇÃO (fls. 16 a 24; 26 a 29; 31 a 34; 36 a 41) os recolhimentos anteriores e as diferenças que foram lançadas nos autos”.

Logo, a acusação descrita no auto de infração não está de acordo com os cálculos demonstrados nos papéis de trabalho, gerando insegurança na determinação da infração e prejudicando o direito de defesa do contribuinte. Consequentemente, a autuação padece de vício insanável, caracterizando nulidade insanável, nos precisos termos do art. 18, IV, “a”, do RPAF/BA.

Nos termos do art. 21 do RPAF/99, recomendo a autoridade competente que o procedimento fiscal seja renovado, a salvo de falhas.

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

RESOLUÇÃO ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 294888.0009/18-0, lavrado contra FRANCO E ALMEIDA LTDA. Recomendação para que o procedimento fiscal seja renovado, a salvo de falhas.

A 4ª Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do artigo 169, I, “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício, nos termos do Art. 169, I, “a” do RPAF/99, em razão da decisão da 4ª Junta de Julgamento por meio do Acórdão 0170-04/19, que por unanimidade julgou NULO o Auto de Infração lavrado em 31/10/2018, que tinha como objeto exigir ICMS no valor histórico de R\$681.002,57, acrescido da multa de 150%, em decorrência do cometimento de uma única infração, relativa à falta de recolhimento “do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado”, no período de Junho de 2017 a Agosto/2018.

A autuação baseia-se na exigência fiscal do ICMS retido sobre as operações internas, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas operações para contribuintes localizados neste Estado.

O ilustre autuante, baseou-se nos Arts. 8º, inciso II da Lei nº 7.014/96, e Art. 289 do RICMS/BA, com multa prevista no Art. 42, inciso V, alínea “a” da citada Lei.

Inconformado com a autuação, o autuado apresentou impugnação ao referido Auto, conforme defesa (fls. 39 a 44).

Em sua defesa, inicialmente, pede a Nulidade do auto principalmente pela razão de divergência entre a descrição da infração e o levantamento elaborado pelo ilustre fiscal, razão esta, que foi o principal ponto de análise da JJF.

O autuante, em informação fiscal às fls. 51 e 52, alega que o auto foi lavrado em obediência aos preceitos do RPAF, para o lançamento de ICMS devido, em razão de retenção e recolhimento a

menor do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição.

Conforme já apontado pela JJF, analisando os dispositivos legais citados pelo autuante (abaixo transcrito), com base nas multas aplicadas, observa-se que se refere à falta de recolhimento do ICMS retido e não recolhido tempestivamente pelo sujeito passivo, o que diverge do que fora apresentado no processo fiscal.

Lei nº 7.014/96:

Art. 8º São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados:

...

II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias constantes no Anexo I desta lei, exceto na hipótese de tê-las recebido já com o imposto antecipado;

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

V - 150% (cento e cinquenta por cento) do valor do imposto (vigente à época dos fatos):

a) retido pelo sujeito passivo por substituição e não recolhido tempestivamente;

RICMS/BA

Art. 289. Ficam sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação, que encerre a fase de tributação, as mercadorias constantes no Anexo I deste regulamento.

Analisando os papéis de trabalho (planilha) acostados ao auto, é possível verificar que fora feita uma reapuração do ICMS ST, evidenciando a divergência, visto que tal autuação refere-se a imposto retido e não recolhido. Não estando de acordo com os cálculos apresentados, o que gera insegurança na determinação da infração, restando claro a dificuldade do contribuinte em se defender, o que nos termos do Art. 18, inciso IV do RPAF, enseja Nulidade.

Art. 18. São nulos:

...

IV - o lançamento de ofício:

a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;

Consta no demonstrativo, valores retidos e não recolhidos, devendo ser feitos demonstrativos mais específicos.

Diante destes fatos, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, devendo ser mantida inalterada a Decisão recorrida.

Entretanto, baseando-se no preceito do Art. 21, recomendamos representação à INFAZ de Origem, para que as infrações sejam segregadas em: 1) ICMS ST retido e não recolhido; 2) ICMS não retido e não recolhido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto, e manter a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº **294888.0009/18-0**, lavrado contra **FRANCO E ALMEIDA LTDA**. Recomenda-se representação à INFAZ de Origem, para que seja renovado o lançamento, segregando as infrações em: 1) ICMS ST retido e não recolhido; 2) ICMS não retido e não recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de março de 2020.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

EVALDA DE BRITO GONÇALVES – RELATORA

VICENTE OLIVA BURATTO – REPR, DA PGE/PROFIS