

PROCESSO - A. I. Nº 146547.0004/09-1  
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RECORRIDO - CDI BRASIL INDUSTRIAL LTDA.  
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JJF nº 0046-01/10  
ORIGEM - INFAC ILHÉUS  
INTERNET - 23/12/2010

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0441-12/10

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. **a)** IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. **b)** IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Acatada a preliminar de nulidade. A descrição do fato e sua capitulação legal não são condizentes com os fatos reais nem com o direito aplicável. A imputação diz respeito ao recolhimento a menos e falta de recolhimento do imposto, enquanto a matéria fática é utilização indevida de crédito fiscal referente ao ICMS antecipação parcial cujo valor não foi recolhido, e estorno de débito indevido. A autuação foi feita de modo equivocado. Por implicar mudança do fulcro da imputação, é impossível dar prosseguimento à lide, em atendimento aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa. Infrações 1 e 2, nulas. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício em razão da Decisão proferida, através do Acórdão nº 0046-01/10, ter desonerado o sujeito passivo do débito a ele imputado, consoante determina o art. 169, § 2º, do RPAF/99.

O Auto de Infração, lavrado em 13/05/2009, exige ICMS no valor de R\$ 140.121,21, além de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 280,00, em decorrência do cometimento de cinco infrações à legislação do ICMS atribuídas ao autuado. Entretanto, somente faz parte do Recurso de Ofício as infrações indicadas como 1 e 2 e a seguir indicadas:

**INFRAÇÃO 1** - Recolhimento a menos ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, nos meses de maio, julho a setembro de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 31.739,54, acrescido da multa de 60%. Consta que foi apurado em levantamento efetuado no RAICMS e documentos fiscais, quando ficou constatada a utilização indevida de crédito por aquisições de mercadorias cujas saídas estão beneficiadas com estorno de débito, conforme Decreto nº 4.316/95, utilização de crédito referente a ICMS antecipação parcial cujo valor não foi recolhido, e estorno de débito a mais lançado no RAICMS. Consta ainda que foi refeito o conta corrente do ICMS, tendo sido excluído os valores referentes a créditos indevidos e apurada diferença de ICMS a recolher;

**INFRAÇÃO 2** – Falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de novembro e dezembro de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 106.947,88, acrescido da multa de 60%. Consta que foi apurado em levantamento efetuado no livro RAICMS e documentos fiscais, quando ficou constatada a utilização de crédito referente a ICMS antecipação parcial cujo valor não foi recolhido, e estorno de débito a mais lançado no RAICMS, conforme o Decreto nº 4.316/95, a conta corrente do ICMS, tendo sido excluído os valores referentes a créditos indevidos e apurada diferença de ICMS a recolher;

O autuado (fls. 61/68) ressalta, quanto às infrações 1 e 2, que a autuante descreve no bojo da infração não apenas uma, mas um conjunto de infrações sem fazer um liame entre elas, ou seja, não aponta cada infração de per si, pois fala de utilização de crédito indevido de ICMS, utilização de crédito de ICMS antecipação parcial cujo valor não foi recolhido e estorno de débito a maior lançado no RAICMS. Perguntando qual seria, ao final, a acusação, diz serem elas nulas, na medida em que a autuante não especificou a infração cometida, acusando o cometimento de várias infrações sem especificar cada uma delas. Acrescenta que, assim agindo, cerceou o seu direito de defesa (art. 5º, LV, da Constituição Federal).

Sustenta que acusação é indecisa e inexata, não dando os meios e recursos necessários para que o mesmo pudesse se defender, chegando ao absurdo de não revelar exatamente o suposto ilícito cometido, apontando três situações diferentes e distintas, sem especificar exatamente o suposto ato ilícito que deu ensejo a autuação fiscal, inclusive, não especificando o *quantum debeatur* de cada uma delas.

Consigna que a narrativa do fato motivador do ilícito veio acompanhada de dúvida, por isso mesmo o beneficia, pois no direito tributário as dúvidas devem ser dirimidas sempre a favor do contribuinte e não do Fisco, a teor do comando do art. 112, I a IV, do CTN, cujo teor reproduz. Requer que as infrações 1 e 2 sejam declaradas nulas.

No mérito, diz que a duvidosa acusação parece ter como lastro a violação ao Decreto Estadual nº 4316/95, que, se confirmada, impõe a sua improcedência. Afirma que a aquisição das mercadorias ditas pela autuante como motivadoras da acusação foram adquiridas para revenda e não para o emprego na indústria, estando o procedimento em conformidade com os preceitos do RICMS-BA, creditando-se pelas entradas e debitando-se pelas saídas, não havendo que se falar em diferimento de ICMS, como apontou o fisco. Registra que no decorrer do PAF provará o quanto alegado, embora o ônus da prova seja de quem acusa, no caso, a autuante.

Na sua informação fiscal (fls. 71/72), a autuante sustenta que as infrações 01 e 02 estão claramente descritas no Auto de Infração e comprovadas em planilhas e cópias de livros e notas fiscais anexadas ao processo às fls. 08/39. Acrescenta que no Anexo II - Demonstrativo da Conta Corrente após apuração das infrações (fls. 08/10) ficou demonstrado que nos meses de maio , julho, agosto e setembro de 2006 houve recolhimento a menos do ICMS e nos meses de novembro e dezembro de 2006, foi apurado ICMS a recolher, onde antes apresentava saldo credor, após serem desconsiderados estorno de débito a mais que o previsto, créditos indevidos e utilização de crédito referente a ICMS antecipação parcial, cujo recolhimento não foi efetuado.

O contribuinte se manifesta a respeito da informação prestada pela autuante (fls. 79/80) reiterando os argumentos de sua inicial. Acrescenta, em relação à infração 01, que em momento algum utilizou indevidamente crédito fiscal por aquisições de mercadorias, pois utilizados com lastro nas notas fiscais de devolução de revenda de mercadorias (CFOP 2.202). Registra, ainda, que no mês de dezembro de 2006 a autuante deixou de informar na planilha “SALDO CREDOR DO MÊS ANTERIOR” o valor de R\$ 160.566,67, resultando, assim, em débito indevido, conforme se verifica à fl. 3 do Anexo II.

A JJF, após análise das razões de defesa e da informação fiscal, prolatou a seguinte Decisão em relação às infrações 01 e 02.

*A princípio, cabe-me apreciar a nulidade argüida pelo impugnante, referente às infrações 01 e 02, sob o argumento de que a autuante descreve no bojo da infração não apenas uma, mas um conjunto de infrações sem fazer um liame entre elas, ou seja, não aponta cada infração de per si, pois fala de utilização de crédito indevido de ICMS, utilização de crédito de ICMS antecipação parcial cujo valor não foi recolhido e estorno de débito a maior lançado no RAICMS.*

*Alega que a descrição dos fatos aflora sua nulidade inconfundível, na medida em que a autuante não especificou a infração cometida, acusando o cometimento de várias infrações, contudo cerceando o seu direito de defesa, pois as acusações não contêm um laço entre elas.*

*Da análise dos fatos descritos nas infrações 01 e 02, concluo que assiste razão ao impugnante, haja vista que, efetivamente, são várias infrações apontadas no Auto de Infração como se fossem apenas uma.*

*Consta na descrição das infrações o seguinte: "Apurado em levantamento efetuado no RAICMS e documentos fiscais, quando ficou constatado a utilização indevida de crédito por aquisição de mercadorias cujas saídas estão beneficiadas com estorno de débito, conforme Decreto n. 4.316/95, utilização de crédito referente a ICMS antecipação parcial cujo valor não foi recolhido, e estorno de débito a mais lançado no RAICMS. Consta ainda que foi refeita a conta corrente do ICMS, tendo sido excluído os valores referentes a créditos indevidos e apurada diferença de ICMS a recolher."*

*Ora, claramente se verifica que, apesar de as infrações 01 e 02 se referirem ao recolhimento a menos do imposto e a falta de recolhimento, respectivamente, os fatos que determinaram tais irregularidades são diversos e diferentes, ou seja: - utilização indevida de crédito por aquisição de mercadorias cujas saídas estão beneficiadas com estorno de débito, conforme Decreto n. 4.316/95; - utilização de crédito referente ao ICMS antecipação parcial cujo valor não foi recolhido; - estorno de débito a mais lançado no RAICMS.*

*Certamente, caberia a indicação das infrações de forma individualizadas, inclusive, com a identificação dos elementos de provas de cada uma, a exemplo da utilização de crédito referente ao ICMS antecipação parcial cujo valor não foi recolhido, com a indicação do período em que deveria ter ocorrido o recolhimento, etc.*

*Indubitavelmente, da forma como realizada a autuação referente às infrações 01 e 02, houve sim ofensa aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa, valendo dizer que incorreu na hipótese prevista no art. 18, IV, "a" do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, o que determina a nulidade do lançamento de ofício, por não conter elementos suficientes para se determinar, com segurança as infrações. Infrações nulas.*

*Recomendo a autoridade competente a renovação dos atos, a salvo de falhas, consoante determina o art. 21 do RPAF/99.*

A 1<sup>a</sup> JJF recorre da Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal 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 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

## VOTO

O lançamento fiscal apontado nas infrações 1 e 2 do Auto de Infração e motivador do Recurso de Ofício, diz respeito à exigência do ICMS, tendo em vista o seu recolhimento a menos em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS e a falta do seu recolhimento nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios.

A autuante refez a conta corrente da empresa autuada o que disse ter apurado como utilização indevida de crédito por aquisição de mercadorias cujas saídas estão beneficiadas com estorno de débito, conforme Decreto nº 4.316/95, utilização de crédito referente a ICMS antecipação parcial cujo valor não foi recolhido, e estorno de débito a mais lançado no RAICMS, relativamente à infração 1. E, quanto à infração 2, a fiscalização constatou no conta corrente fiscal a utilização de crédito referente a ICMS antecipação parcial cujo valor não foi recolhido e estorno de débito a mais lançado no RAICMS.

Não merece qualquer reparo a Decisão recorrida. De fato, embora as infrações em questão se referirem ao recolhimento a menos do imposto e a falta de recolhimento, respectivamente, os fatos que determinaram tais irregularidades são diversos do acusado, ou seja, a fiscalização constatou a utilização indevida de crédito por aquisição de mercadorias cujas saídas estão beneficiadas com estorno de débito, conforme Decreto n. 4.316/95, a utilização de crédito referente ao ICMS antecipação parcial cujo valor não foi recolhido e estorno de débito a mais lançado no RAICMS. Caberia a autuante indicar, *de per si*, tais irregularidades, exigindo o imposto indevidamente apropriado. E, fato incontestável, deveria dar ao contribuinte o direito de defesa de tais acusações.

Em assim sendo, como afirmou a JJF, indubitavelmente, da forma referente às tais infrações, houve sim, ofensa aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa, hipóteses previstas no art. 18, IV, "a"

Administrativo Fiscal – RPAF/99, o que determina a nulidade do lançamento de ofício, por não conter elementos suficientes para se determinar, com segurança as infrações.

Em assim sendo, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício interposto, mantendo a Decisão recorrida em todos os seus termos, recomendando que seja renovada a ação fiscal, a salvo de falhas.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 146547.0004/09-1, lavrado contra CDI BRASIL INDUSTRIAL LTDA., devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$1.433,79, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor total de R\$280,00, previstas no art. 42, XVIII, alíneas “b” e “c”, do mesmo Diploma legal, com os acréscimos moratórios na forma da Lei nº 9.837/05. Recomenda-se à autoridade competente a renovação dos atos, a salvo de falhas, em relação às infrações 01 e 02, consoante determina o art. 21 do RPAF/99.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de dezembro de 2010.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS