

**PROCESSO** - A. I. N° 180503.0211/09-0  
**RECORRENTE** - AGRO UNIONE LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1º JJF n° 0070-01/10  
**ORIGEM** - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS  
**INTERNET** - 06/05/2011

#### **1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

##### **ACÓRDÃO CJF N° 0076-11/11**

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MATERIAL ADQUIRIDO PARA USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. b) MERCADORIAS DESTINADAS AO ATIVO PERMANENTE DO ESTABELECIMENTO. Infrações caracterizadas. 2. ESTORNO DE DÉBITO EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO DO ICMS. Comprovado que houve o estorno parcial dos débitos referentes ao imposto destacado em notas fiscais de saída de cana-de-açúcar, destinadas a outras unidades da Federação sem a comprovação do recolhimento do imposto devido (encerramento de diferimento fiscal). Infração subsistente. Não acolhidas as preliminares de nulidade suscitadas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

Cuidam os autos de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JJF n° 0070-01/10), que julgou procedente a presente autuação, através da qual foram atribuídas ao sujeito passivo sete(7) irregularidades distintas, sendo objeto da irresignação do sujeito passivo apenas os itens 3, 6 e 7, a seguir descritos:

INFRAÇÃO 3. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS no valor de R\$19.412,95, referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento no período fevereiro a dezembro de 2008;

INFRAÇÃO 6. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS no valor de R\$250.011,54, no período janeiro a dezembro de 2008, referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento; e

INFRAÇÃO 7. Efetuou estorno de débito de ICMS no valor de R\$849.448,34, no período janeiro, maio a setembro, novembro e dezembro de 2008, em desacordo com a legislação do imposto.

A Junta de Julgamento Fiscal, inicialmente, esclareceu que o autuado, na defesa, reconheceu as infrações 1, 2, 4 e 5 e parte da infração 07, impugnando, apenas, os itens 3, 6 e parte do item 7.

Em seguida, rejeitou a preliminar de nulidade suscitada na defesa, ao fundamento de que o lançamento foi elaborado na forma regulamentar, contendo os requisitos do art. 39 do RPAF/99, se revestindo, portanto, das formalidades legais, considerando que estão determinados o contribuinte, o autuado, o montante do débito tributário e a natureza da infração apurada, não ocorrendo nenhuma das causas especificadas no art. 18 do regulamento citado. Além do mais, observou que o autuado, conforme recibo que apôs nos documentos autuados, recebeu cópia dos papéis de trabalho elaborados no procedimento fiscal.

Quanto ao mérito, consignou, quanto à Infração 3 (crédito indevido de materiais destinados ao uso e ou consumo), que constam no PAF os demonstrativos e as cópias das notas fiscais relativas às operações de aquisição de materiais de uso e consumo (fls. 343 a 378), bem como há provas de que os respectivos créditos estão lançados nos livros de entrada e apuração do imposto (fls. 614 a 641).

Com relação à Infração 6, entendeu, do mesmo modo, estar correta a acusação, pois não há nos autos provas de recolhimento das diferenças de alíquota referentes às entradas de bens para o Ativo Fixo e, de fato, o autuado indevidamente creditou no livro de apuração do imposto os valores supostamente referentes a estes créditos (fl. 613).

No que concerne à Infração 7, conforme fl. 672, esclareceu que o autuado juntou um demonstrativo dos débitos pela saída de mercadorias referentes ao mês de julho (R\$303.496,00), que diverge do montante lançado no livro de saída que contém o valor de R\$446.425,34 (fl. 626). No mês de agosto aponta um valor de R\$316.901,24, que confere com o livro de saída e apuração (fl. 628). No mês de setembro arrola o valor de R\$198.416,14, contra R\$492.052,78, lançado no livro de saída e apuração do imposto (fl. 630).

No particular, a JF posicionou-se favoravelmente à manutenção da autuação, ao argumento de que os recolhimentos efetuados pelo autuado e que entraram no caixa do Estado conforme extrato INC Relação de DAE's – Ano 2008 (fls. 643 a 645) foram considerados para apurar o valor devido na infração 7, inclusive o relativo à denúncia espontânea citada pelo impugnante (demonstrativo de fls. 642). Por outro lado, dos valores que o próprio autuado indicou como devidos no demonstrativo de fl. 672, apenas apresentou com a defesa DAE's que comprovam os pagamentos registrados no sistema da SEFAZ, os quais o autuante deduziu na apuração do valor da Infração 7.

Com tais fundamentos, a JF manteve na íntegra a autuação.

Inconformado, o sujeito passivo interpôs o Recurso Voluntário de fls. 734/744, no qual reitera quase que integralmente a defesa apresentada, nos seguintes termos:

- I. Em sede de preliminar de nulidade da autuação, diz que é necessário que se lhe comunique os atos processuais de seu interesse obrigatoriamente de forma direta em seu estabelecimento. Aduz que o Auto de Infração contém acusações insubsistentes provenientes de interpretações equivocadas da legislação do ICMS e análise ofuscada da sua documentação por parte do autuante, o obrigando a demonstrar que o procedimento fiscal é nulo, inclusive porque a situação de presunção fiscal descrita no AI está sem provas do delito fiscal que supostamente praticou.

Salienta que o Auto de Infração não pode prosperar porque não se funda em fato material determinado e provado materialmente.

Trazendo novo fundamento para a preliminar, afirma ter sido cerceado o seu direito de defesa no que toca às infrações 3 e 6 porque o autuante não lhe ofereceu informações necessárias à sua defesa, posto que a simples descrição contida no AI não dá chance de verificar individualmente quais foram as origens dos créditos fiscais ditos indevidamente utilizados, ou ainda, onde os mesmos se encontram lançados, vez que nunca lançou os citados créditos fiscais, o que lhe obriga a defender-se de maneira genérica e prejudicada.

Fala que no curso da ação fiscal o autuante não lhe concedeu o direito de participar de modo que sua defesa pudesse ser ampla no mérito.

- II. Sustenta que a multa aplicada é confiscatória e sem respaldo na Lei, já que não houve motivo, falta, ação ou omissão de sua parte.
- III. No mérito, referindo-se às infrações 3 e 6, diz que os créditos reclamados não foram utilizados, pois os débitos eram pagos integralmente pelo cliente Alcana Destilaria de Alcool de Nanuque S/A, CNPJ/MF sob o nº. 18.614.602/0001-02, de forma antecipada ao confronto do ICMS; uma vez liquidados desta forma, os débitos dos referidos meses eram pagos na íntegra, já que a confrontação era inviabilizada, pois não haviam débitos para serem amortizados com os créditos, conforme cópias dos DAE dos pagamentos dos contribuintes sem a devida identificação em anexo.

Aduz que, se há ausência de utilização dos citados créditos, por consequência lógica e linear, não há que se falar em indevida utilização, pois não se pode ter como indevidamente utilizado o que sequer houvera sido contabilizado como compensado.

Diz que o que houve, em razão do que foi possível concluir pelo contribuinte, em verdade, foi uma ausência de pagamento do ICMS devido nos valores lançados como fruto de utilização indevida de créditos fiscais, mas nunca a utilização dos citados créditos. Todavia, quanto ao ICMS supra indicado como devido, nada poderá ser oposto ou exigido do contribuinte, tendo em vista que esse já providenciou, como faz prova pelos documentos em anexo, a oportuna denúncia espontânea do ICMS devido no período em comento.

- IV. Quanto à infração 7, assevera que foi lançado como supostamente devido para o vencimento em 31/07/2008, o ICMS no valor de R\$312.606,48, mas este valor é indevido, vez que houvera oportunamente pago e liquidado conforme documento anexo.

Nos documentos em comento, quais sejam: DANF's de entrada emitidos pela Alcana Destilaria de Álcool de Nanuque S.A., com origem na aquisição de cana-de-açúcar no mês de julho de 2008, resta comprovado que houve o destaque e o recolhimento de todo o ICMS devido nas respectivas operações, sendo esse pago nas guias de ICMS em anexo.

Dessa maneira, no mês de julho de 2008, o ICMS devido era R\$303.496,00, valor esse integralmente recolhido.

No mês de agosto de 2008, o autuante apurou como devido o valor de R\$3.916,96, sendo que o valor efetivamente devido era R\$316.901,24, constando uma diferença por pagar de R\$312.984,28. Essa diferença foi confessada em denúncia espontânea sob o nº 600000.179309-0, protocolada em 13/10/2009.

O ICMS devido em 30/09/2007, da mesma forma, foi lançado erroneamente, vez que o valor devido é inferior ao indicado pela autoridade fiscal, vide DANF's de entrada emitidos pela Alcana Destilaria de Álcool de Nanuque, com origem na aquisição de cana-de-açúcar, sendo devido apenas o valor de R\$198.416,14, o qual também foi objeto de parcelamento, conforme demonstrativo entregue ao autuante sob o título Demonstrativo de Débitos, datado de 08/10/2009.

A PGE/PROFIS, no Parecer de fls. 784/785, opinou pelo não provimento do Recurso Voluntário, por entender que os argumentos deduzidos pelo sujeito passivo são vazios de comprovação e já foram analisados em 1ª Instância.

## VOTO

Não merece acolhimento a preliminar de nulidade da autuação suscitada pelo sujeito passivo na defesa e reiterada em sede de Recurso Voluntário.

O Auto de Infração em comento, ao revés do quanto sustenta o recorrente, contém todos os requisitos previstos no art. 39, do RPAF vigente, sendo possível, através dele, conhecer o sujeito passivo, o ilícito tributário a ele atribuído, o valor do crédito tributário lançado e os critérios quantitativos de apuração, a multa aplicada e os dispositivos da legislação tributária que foram violados.

Verifica-se, também, que o recorrente foi cientificado do início e do encerramento da ação fiscal e da lavratura do Auto de Infração, tendo-lhe sido, ainda, deferido o prazo regulamentar para pagamento do imposto com redução da multa pelo descumprimento das obrigações principais, tudo como exige o devido processo legal.

Cabe, ainda, salientar, que a presente autuação, especialmente os itens impugnados no Recurso Voluntário (infrações 3, 6 e 7) não decorrem de presunção legal de ocorrência de fatos geradores do ICMS, mas da constatação, efetiva e específica, da utilização indevida de créditos fiscais, nota a nota, e do estorno indevido de débito fiscal sem a comprovação de recolhimento do imposto devido, respectivamente. O PAF encontra-se devidamente instruído com as provas documentais das acusações lançadas em face do sujeito passivo e a descrição das infrações foi feita de modo a possibilitar o pleno exercício do direito de defesa.

Nesse contexto, não se pode falar em nulidade, seja por eventual vício em seu procedimento, que não houve, seja por cerceamento ao direito de defesa do contribuinte, quando o que se constata é justamente o oposto – o sujeito passivo teve ampla oportunidade de se defender das acusações, o que fica bastante evidente, inclusive, do teor da defesa e do Recurso ofertados.

Quanto ao mérito, consta dos autos, às fls. 343/345, listagem das notas fiscais de aquisição de bens de uso e consumo e, em seguida, fls. 346/378, cópia de tais notas fiscais, tendo sido demonstrado, através da cópia do livro Registro de Apuração do ICMS, fls. 614/641, que os créditos respectivos foram indevidamente lançados. Todas essas comprovações dão respaldo à exigência contida na infração 3.

Com relação ao item 6, da mesma forma, há nos autos o demonstrativo das operações em que o autuante constatou a utilização indevida de crédito fiscal relativo a bens de ativo fixo do estabelecimento (fls. 613) e a cópia do livro Registro de Aupração do ICMS confirma os lançamentos equivocados feitos pelo sujeito passivo (fls. 614/641).

A fiscalização, portanto, desincumbiu-se validamente do ônus de trazer aos autos as provas do ilícito tributário atribuído ao sujeito passivo, a quem cabia a prova em sentido contrário, ou seja, de que não houve falta de recolhimento do ICMS.

Essa prova, todavia, jamais veio aos autos, e a argumentação deduzida em sede de Recurso Voluntário é totalmente dissonante das infrações descritas nos itens 3 e 6, em que não se discute o pagamento do imposto da operação de saída oriunda do estabelecimento remetente das mercadorias de uso e consumo ou dos bens do ativo fixo; o que se discute é a possibilidade de utilização dos créditos oriundos da aquisição de tais mercadorias e, dentro dessa questão, revela-se inapropriada a alegação de que os débitos eram pagos pelo cliente Alcana Destilaria de Álcool de Nanuque S/A.

O mesmo ocorre com a infração 7. Como bem pontuou a JJF, a análise dos autos revela que os recolhimentos efetuados pelo autuado e que entraram no caixa do Estado conforme extrato INC Relação de DAES's – Ano 2008 (fls. 643 a 645) foram considerados para apurar o valor devido, inclusive o relativo à denúncia espontânea citada pelo recorrente (demonstrativo de fls. 642). Ademais, dos valores que o próprio autuado indicou como devidos no demonstrativo de fl. 672), apenas apresentou com a defesa DAE's que comprovam os pagamentos registrados no sistema da SEFAZ, os quais o autuante deduziu na apuração do valor da Infração 7.

Por derradeiro, deve-se consignar que as multas aplicadas em desfavor do recorrente possuem previsão legal e que este Conselho não tem competência para apreciar a alegação de confiscatoriedade, por força da vedação imposta pelo art. 167, I, do RPAF vigente.

Ante o exposto, na esteira do opinativo da PGE/PROFIS, voto pela rejeição das preliminares suscitadas e, no mérito, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **180503.0211/09-0**, lavrado contra **AGRO UNIONE LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.248.175,26**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “f”, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor já recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de abril de 2011.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

FÁBIO DE ANDRADE MOURA - RELATOR

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