

A. I. N° - 232948.0309/10-6  
AUTUADO - RAPIDÃO COMETA LOGÍSTICA E TRANSPORTES S. A.  
AUTUANTE - AVELINO PEREIRA DOS SANTOS FILHO  
ORIGEM - INFRAZ ATACADO.  
INTERNET - 20.12.2011

**1<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0324-01/11**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. A descrição do fato e sua capitulação legal não são condizentes com o fato real nem com o direito aplicável. A imputação diz respeito à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, enquanto restou comprovado nos autos tratar-se de falta de recolhimento de diferença de alíquota em aquisições interestaduais de mercadorias para uso e consumo do estabelecimento autuado. Por implicar mudança do fulcro da imputação, não há como dar prosseguimento à lide, em atendimento aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa. Representação à autoridade competente para refazimento da ação fiscal a salvo da falha apontada. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide foi lavrado, em 30/09/2010, para exigir o ICMS no valor de R\$24.405,97, acrescido da multa de 60%, pela utilização indevida de crédito fiscal referente aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento no período de fevereiro/2006, janeiro, março a dezembro de 2007 e janeiro a dezembro de 2008.

O autuado ao impugnar o lançamento tributário, folhas 23/29, após resumir a infração que lhe foi imputada, diz que o auto é nulo, pois conforme documento acostado, fl .43, tem termo de opção pelo regime de crédito presumido, desde janeiro de 1997, cópia do RUDFTO, não fazendo uso de quaisquer outros créditos fiscais.

Afirma que seu direito de defesa foi cerceado, pois conforme se observa no auto de infração, não fica demonstrado as bases de cálculo utilizadas pelo autuante para glosar os valores históricos dos créditos fiscais que teria utilizado indevidamente, e por isso, junta todas as folhas de seu Livro RAICMS, dos períodos fiscais de 2006 a 2008, que comprovariam a ocorrência de cerceamento do direito de defesa, contrariando disposto no inciso LV do art. 5º da CF que transcreve. Nessa linha também transcreve o art 142 do CTN para dizer que a autoridade administrativa não demonstrou que a tributação possui certeza e liquidez. Diz que o autuante não especifica os documentos de onde teriam sido eleitas as bases de cálculo, portanto não teria não tendo cabimento a exigência fiscal.

O Autuante presta a informação fiscal, fls. 206/207, inicialmente diz que a autuação se deve a utilização indevida de crédito fiscal pelo contribuinte, referente a aquisição de material para uso e consumo, como combustíveis, lubrificantes, óleo, aditivo e fluidos, e como o autuado é optante pelo crédito presumido, estaria impedido de utilizar-se de qualquer crédito.

Declara que o autuado tem razão na sua alegação, visto que equivocou-se na tipificação da infração, apesar de ter anexado corretamente os demonstrativos. Ao invés de registrar a infração 06.02.01 – deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença de alíquotas, lançou erroneamente a infração 01.02.02 – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento.

Afirma que deixou de anexar cópias das notas fiscais probantes da infração em virtude do sinistro ocorrido com os documentos do autuado, conforme Boletim de Ocorrência nº 100109004224 de 07.05.2001, fls. 18/20, e diz que anexa os comprovantes das operações fiscais oriundas dos arquivos magnéticos fornecidos pelo autuado.

Opina que apesar do equívoco cometido, o auto de infração deve ser validado, pois as penalidades são iguais e não houve modificação dos demonstrativos de débito. Anexa relação das notas fiscais que demonstram ser devido o ICMS diferencial de alíquotas, extraídas do arquivo magnético do autuado, fls. 208/216.

#### VOTO

Versa o presente Auto de Infração sobre a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento.

A defesa alega que o auto é nulo, pois conforme documento acostado, fl. 43, tem termo de opção pelo regime de crédito presumido, desde janeiro de 1997. (Cópia do RUDFTO). Afirma que seu direito de defesa foi cerceado, pois conforme se observa no auto de infração não se conhece as bases de cálculo utilizadas pelo autuante para glosar os valores históricos dos créditos fiscais, que teria utilizado indevidamente, e por isso junta todas as folhas de seu Livro RAICMS, dos períodos fiscais de 2006 a 2008, comprovando que, com exceção do crédito presumido previsto na legislação a que faz jus, não utilizou qualquer outro crédito fiscal no período a que se refere o crédito reclamado.

O Autuante declara que assiste razão ao sujeito passivo, visto que se equivocou na tipificação da infração, pois anexou aos autos, demonstrativo da falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença de alíquotas nas aquisições interestaduais de material para uso e consumo da empresa e tipificou a infração como utilização de crédito fiscal indevido referente a aquisição de material de uso e consumo do estabelecimento.

Compulsando os autos verifico que a acusação fiscal é de que o contribuinte utilizou indevidamente crédito fiscal do ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, somente se revelando o verdadeiro motivo da autuação, falta de recolhimento do ICMS referente à diferencial de alíquotas, quando da informação fiscal prestada pelo nobre Auditor.

O vício da autuação em apreço é insanável, porque o §1º do art. 18 do RPAF somente admite o saneamento de “eventuais” incorreções ou omissões ou a inobservância de exigências meramente formais. É inadmissível a alteração do fulcro da imputação no curso do processo. O sujeito passivo precisa ficar sabendo, com precisão, do que está sendo acusado, de modo a avaliar se é ou não devida a quantia lançada em seu nome, para, conscientemente, decidir se deve pagar ou defender-se.

Por isso, entendo que a descrição da infração e sua capitulação legal não são condizentes com o fato real e, por implicar mudança de fulcro da autuação, é impossível, como pretendeu o Autuante na sua informação fiscal, dar prosseguimento à lide, em atendimento aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa.

Quando os elementos do processo fiscal induzem à dúvida quanto à identificação da infração, nos termos do artigo 18, inciso IV, aliena “a”, do RPAF/99, impõe-se a nulidade do Auto de Infração.

Do exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração, recomendando a renovação do procedimento fiscal a salvo do equívoco apontado, nos termos do artigo 21 do RPAF/99.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº **232948.0309/10-6**, lavrado contra **RAPIDÃO COMETA LOGÍSTICA E TRANSPORTES S/A**. Recomendada a renovação do procedimento fiscal a salvo do equívoco apontado, nos termos do artigo 21 do RPAF/99.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de dezembro 2011.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS -RELATORA

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR