

**PROCESSO** - A. I. Nº 293873.2909/11-8  
**RECORRENTE** - REIS DO NORDESTE CAMA MESA E BANHO LTDA. (LOJA RAINHA).  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JFF nº 0140-02/12  
**ORIGEM** - INFAZ FEIRA DE SANTANA  
**INTERNET** - 10/10/2013

### 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO C/JF Nº 0306-11/13

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE DA DECISÃO. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NOVA DECISÃO. INFRAÇÃO 5. EXISTÊNCIA DE CONTRADIÇÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. Decisório desprovido da necessária segurança jurídica. Devolução dos autos à primeira instância para novo julgamento. Análise das demais razões de Recurso prejudicadas. Recurso **PROVIDO**. Decisão não unânime.

### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 2ª JFF – Junta de Julgamento Fiscal proferida em 19/06/2012 (fls. 356 a 366) que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 29/09/2011, com o objetivo de exigir da ora recorrente crédito tributário no valor histórico de R\$ 50.234,67, em decorrência do cometimento de seis supostas infrações.

1. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$11.766,61, no prazo regulamentar, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, no mês de fevereiro de 2009, conforme demonstrativo à fl.12.
2. Recolhimento a menor do ICMS no valor de R\$2.546,54, nos prazos regulamentares, em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, nos meses de fevereiro, julho e dezembro de 2010, conforme demonstrativo à fl.13.
3. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$442,69, nos prazos regulamentares, referente a operações não escrituradas nos livros fiscais nos meses de janeiro e março de 2010, conforme demonstrativo e documentos às fls.87 a 99.
4. Falta de recolhimento do ICMS, no total de R\$88,54, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, na condição de microempresa, nos meses de janeiro e março de 2010, conforme documentos às fls. 87 a 99.
5. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$34.595,98, nos meses de janeiro, junho, julho, setembro, outubro, dezembro de 2009, janeiro a maio de 2010, em razão da inexistência de entrada da mercadoria no estabelecimento, conforme demonstrativo e documentos às fls.101 a 179.
6. Recolhimento a menor do ICMS – antecipação parcial, no total de R\$794,31, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para comercialização, no mês de abril de 2010, conforme demonstrativo e documentos às fls.181 a 216.

Na oportunidade em que apresentou a sua defesa a ora recorrente reconheceu integralmente a procedência das infrações itens 03, 04 e 06 e parcialmente das infrações 02 e 05, restando as suas razões de impugnação, portanto, restritas à totalidade da infração 01 e parte das infrações 02 e 05.

Concluída a instrução do feito, a 2ª JJF entendeu por bem, à unanimidade, julgar Procedente em Parte o Auto de Infração o que fez nos seguintes termos:

### **VOTO**

*Analizando a preliminar de nulidade suscitada na defesa, observo que não assiste razão ao patrono do sujeito passivo em sua alegação de que falta de segurança para se determinar as infrações e cerceamento do direito de defesa, tendo em vista que:*

*a) O PAF está revestido das formalidades legais, estão determinados o contribuinte autuado, o montante do débito tributário e a natureza da infração apurada, cujas multas exigidas estão fundamentadas em diplomas legais vigentes, e nos demonstrativos e respectivos documentos que fundamentam cada item da autuação.*

*b) A acusação fiscal constante da peça inicial está de acordo com os fatos apurados pela fiscalização, cuja descrição dos fatos está posta de forma clara e precisa no corpo do Auto de Infração, permitindo o perfeito entendimento da acusação fiscal. Os demonstrativos elaborados pelo autuante, e respectivas folhas de notas fiscais e dos livros fiscais acostados ao processo, fls.12 a 216, identificam de forma bastante clara as infrações, tendo em vista que estão identificados todos os documentos fiscais e demais elementos objeto do levantamento que geraram as exigências tributárias impugnadas. Portanto, a natureza das infrações está identificada, tanto que o autuado se defendeu adentrando no mérito das imputações.*

*c) Residindo no campo das provas, não há que se falar em nulidade do lançamento, mas sim sobre a sua procedência ou improcedência, questão que será tratada por ocasião do exame do mérito.*

*e) Nas planilhas que embasaram a autuação, constam o motivo de cada infração, e estão em perfeita sintonia com os fatos narrados no corpo do Auto de Infração, possibilitando ao autuado exercer seu amplo direito de defesa, como de fato ocorreu.*

*Assim, não está comprovada nos autos a existência de vícios formais que comprometam a eficácia da autuação fiscal, cujas questões que envolvam eventuais erros na apuração do débito ou falta de comprovação do cometimento da infração, serão objeto de apreciação por ocasião do exame do mérito, ficando rejeitadas as preliminares de nulidade requeridas nas razões de defesa, por não encontrar amparo em nenhum dos incisos I a IV do artigo 18 do RPAF/99.*

*Observo, ainda, que em virtude de comprovados, na defesa fiscal, equívocos no procedimento fiscal, a autuante ao prestar sua informação fiscal acolheu em parte tais equívocos, tendo prestado os devidos esclarecimentos necessários para uma conclusão sobre a lide, e trazido ao processo a comprovação necessária para o deslinde das questões suscitadas na defesa, e o autuado foi cientificado da referida informação fiscal, conforme intimação e AR dos Correios, fls.323 a 324, e se manifestou. Assim, tendo em vista que a autuante atacou todas as questões argüidas na defesa, trazendo aos autos a comprovação necessária para o deslinde das questões suscitadas na defesa, acolho a conclusão fiscal constante na informação fiscal às fls. 300 a 303, para proferir o meu voto.*

*Portanto, quanto a pretensão do autuado para realização de diligência/perícia contábil, com base no art. 147, inciso I, alínea “b”, do RPAF/99, fica indeferido tal pedido, porque já se encontram nos autos todos os documentos necessários que uma Decisão sobre a lide.*

*Antes de adentrar no mérito dos itens impugnados, verifico que inexistente lide a ser julgada em relação às infrações 03, 04 e 06, porquanto não impugnadas, o que tornam os débitos inerentes a tais infrações procedentes, inclusive constam às fls. 326 a 328, documentos extraídos do SIDAT – Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária, referente a parcelamento do débito reconhecido no total de R\$2.439,49.*

### **INFRAÇÃO 01**

*A imputação diz respeito a falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$11.766,61, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, no mês de fevereiro de 2009, conforme demonstrativo à fl.12.*

*Verifico que consta na cópia do Registro de Apuração do ICMS à fl.18, o saldo devedor a recolher de R\$ 11.766,61, foi apurado pelo próprio contribuinte, e como não foi comprovado o recolhimento foi lançado o referido valor do Auto de Infração, conforme extrato do INC, fls.305 a 307.*

*Na defesa o autuado alegou que possui três estabelecimentos inscritos com IE nº 59.784.610; 74.765.087 e 69.145.856, que geram créditos, e que houve erro de escrituração nos citados estabelecimentos, resultando na omissão de lançamento de transferências de créditos.*

*Assim, sustenta que o valor acima é decorrente do fato de algumas notas fiscais de transferência de mercadorias, sujeitas ao débito/crédito de ICMS entre estabelecimentos, não terem sido lançadas, e que todos os lançamentos foram refeitos e retificados, demonstrando que a empresa não efetuou pagamento no valor de R\$ 11.766,61, pois tinha recebido crédito da filial com CNPJ 05.697.368/0004-17, tendo juntado, para comprovar sua alegação acostou ao PAF, cópia do livro RAICMS 04 folhas 05 e 06, da empresa recebedora do*

crédito CNPJ 05.697.368/0002-55, e também, cópia do livro RAICMS 03 folhas 05 e 06 da empresa CNPJ 05.697.368/0004-17.

Comungo com a autuante no sentido que os autos demonstram que o autuado fez a escrita fiscal para comprovar que a falta de recolhimento não iria causar nenhum prejuízo ao Erário, e lançou o valor exato necessário para cobrir a falta de recolhimento detectada nesta filial no Registro de Apuração de ICMS, conforme fl. 276 do PAF.

A transferência de crédito fiscal entre estabelecimentos do mesmo titular deve ser feita na forma prevista no artigo 114-A do RICMS/97. No caso, como bem salientou a autuante, não foi apresentado qualquer documento fiscal de transferência emitido pela filial, conforme comprovam os documentos juntados na informação fiscal (Registro de Apuração de 02/2009, e INC, fls.305 a 307, comprovando que não houve recolhimento neste mês). Mantido o débito lançado.

#### INFRAÇÃO 02

Neste item, o fulcro da autuação é de que houve recolhimento a menor do ICMS no valor de R\$2.546,54, nos prazos regulamentares, em decorrência de desconhecimento entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, nos meses de fevereiro, julho e dezembro de 2010.

No demonstrativo à fl.13 a autuante demonstrou como foram apuradas as diferenças, inclusive juntou às fls.14 a 85 cópias das folhas do Registro de Apuração do ICMS.

Examinando tais documentos, constato que realmente consta no registro de apuração, fl. 54 do PAF, que o valor a recolher em fev/2010 é R\$8.763,58 e o recolhido foi R\$7.643,33, conforme demonstrativo de arrecadação retirado do INC fl.309 do PAF, e no mês de julho/2010 o valor a recolher foi de R\$54.283,20 e o recolhido foi R\$54.204,48, conforme registro de apuração fl. 69 do PAF e demonstrativo de arrecadação retirado do INC fl.309 do PAF.

Conforme já comentado no item anterior, houve o refazimento dos livros fiscais para contemplar transferências de créditos fiscais de filiais sem a comprovação de emissão do respectivo documento fiscal. Por essa razão, não vejo como considerar os valores constantes nos documentos apresentados na defesa.

Com relação ao lançamento de dez/2010, a autuante admitiu que houve um equívoco e o mês correto é nov/2010, porém, o valor lançado está correto, conforme demonstrativo de arrecadação retirado do INC fl.309 do PAF. Subsiste parcialmente este item, reduzindo-se o valor de R\$2.546,54 para R\$1.198,97, correspondentes aos valores de R\$ 1.120,25 e R\$ 78,72, não subsistindo a exigência fiscal lançada no mês 12/2010. Observo que o autuado solicitou parcelamento do débito do valor de R\$1.202,49 (R\$824,04 + 299,73 + 78,72), conforme documento do SIDAT às fls.305 a 307.

#### INFRAÇÃO 05

Trata de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$34.595,98, nos meses de janeiro, junho, julho, setembro, outubro, dezembro de 2009, janeiro a maio de 2010, por não ter entrado a mercadoria no estabelecimento ou o serviço não ter sido prestado.

Das notas fiscais que deram origem ao débito lançado e relacionadas às fls.101 a 102, o autuado impugnou as notas fiscais nº 698 e 867.

Quanto a NF 698, a autuante concordou que apesar de não ter sido localizada, consta na defesa que o débito do ICMS no valor de R\$8.925,60 foi recolhido através de DAE, individualmente, em 06/11/2009. Com relação à NF 867, débito no valor de R\$23.936,76, acolho o entendimento da autuante de que diante da informação do próprio autuado de que foi utilizado o crédito, porém, a referida NF não foi localizada, deve ser mantido o débito a ela inerente.

Quanto a NF 698, a autuante concordou que apesar de não ter sido localizada, consta na defesa que o débito do ICMS no valor de R\$8.925,60 foi recolhido através de DAE, individualmente, em 06/11/2009. Com relação à NF 867, débito no valor de R\$23.936,76, o entendimento da autuante é de que diante da informação do próprio autuado de que foi utilizado o crédito, porém, a referida NF não foi localizada, deve ser mantido o débito a ela inerente. Não acolho este entendimento, pois, conforme consta à fl.287, foi comprovado pelo autuado o lançamento no RAICMS do valor de R\$ 23.936,76 da filial CNPJ 05.697.368/0004-17.

Item subsistente em parte.

Quanto à dispensa da multa ou sua redução, apesar de o artigo 158 do RPAF-BA, atribuir competência da JJF para o seu atendimento, no caso em apreço, não pode ser acatado, tendo em vista que não ficou provado, nos autos, que a infração tenha sido praticada sem dolo, fraude ou simulação e que não tenha implicado falta de recolhimento de tributo.

Quanto aos limites constitucionais das multas tributárias e nulidade suscitada sob alegação de que a multa aplicada de 50% é inócua e desprovida de embasamento legal, não pode ser acolhida, tendo em vista que a

*infração apontada é relativa à falta de recolhimento do ICMS no prazo regulamentar e se adéqua a tipificação prevista no art. 42, I, "a" da Lei nº 7.014/96. Tal dispositivo prevê multa de cinquenta por cento do valor do imposto, na falta do seu recolhimento nos prazos regulamentares quando as respectivas operações ou prestações estiverem escrituradas regularmente nos livros fiscais próprios. Portanto, ao contrário do que foi afirmado, a multa se coaduna com a infração apontada na autuação e é legal. Ressalto que nos termos do art. 159, § 1º e art. 169, § 1º do RPAF/BA, a redução de multa decorrente de obrigação principal, é de competência da Câmara Superior do CONSEF.*

*Fica consignado, que este órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual, assim como não lhe cabe competência para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, no presente caso àqueles relativos à aplicação das aludidas multas, em conformidade com o art. 167 do RPAF/BA.*

*Desta forma, com relação ao argumento defensivo de que as multas são confiscatórias, as mesmas estão prevista no artigo 42 e respectivos incisos da Lei nº 7.014/96, portanto são legais. Também não pode ser acatado o pedido de sua exclusão ou redução, visto que a penalidade imposta está vinculada à infração cometida, e este órgão julgador não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação principal, competência exclusiva da Câmara Superior deste CONSEF, consoante o art. 159 do RPAF/99.*

*Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração no valor de R\$39.961,50, conforme demonstrativos abaixo....*

Como se pode inferir da leitura do voto acima reproduzido, no que diz respeito à parcela do Auto de Infração que foi objeto de impugnação, a 2ª JJF assim se posicionou:

- (a) Afastou a preliminar de nulidade suscitada por entender que as infrações apontadas no Auto de Infração encontram-se descritas de forma suficientemente clara e que os demonstrativos a ele acostados evidenciam com a devida precisão os critérios adotados pela fiscalização para aferir os valores lançados, diante do que não há o que se cogitar de insegurança jurídica e cerceamento do direito de defesa;
- (b) Não acolheu as razões de defesa, relativamente à infração 01, por entender que o então Impugnante não procedeu à transferência de créditos fiscais entre os seus estabelecimentos de sua titularidade em conformidade com o artigo 114-A do RICMS/97;
- (c) No que se refere à infração 02, acatou as razões de defesa apresentadas nos exatos termos da revisão do lançamento promovida pelo fiscal autuante quando da apresentação das informações fiscais, determinado a redução do débito originalmente lançado de R\$2.546,54 para R\$ 1.198,97;
- (d) Quanto à infração 05, seguindo o entendimento manifestado pelo fiscal autuante em suas informações fiscais, acolheu as alegações apenas no que se refere à Nota Fiscal de nº 698, no valor de R\$ 8.925,60, reduzindo o débito originalmente lançado de R\$ 34.595,98 para R\$25.670,38;
- (e) Finalmente, negou o pedido de redução dos percentuais das multas cominadas, esclarecendo a falta de competência do órgão julgador a teor do quanto previsto no artigo 159 do RPAF.

Intimado acerca do resultado do julgamento, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário, reiterando, preliminarmente, o pedido de declaração de nulidade feito quando da apresentação da defesa.

No seu entender, os artigos 18 e 39 do RPAF restaram violados, uma vez que a descrição dos fatos que ensejaram o lançamento de ofício não evidencia com a devida clareza os ilícitos fiscais cometidos, de forma que lhe seja oportunizado, com segurança, o exercício do seu direito de defesa e ao contraditório.

No mérito, se insurge contra a Decisão proferida pela 2ª JJF relativamente às infrações 1 e 6.

Quanto à infração 1, que diz respeito à exigência de ICMS escriturado em livro próprio e não recolhido no prazo de vencimento, aduz que o lançamento decorreu da inobservância, por parte da fiscalização, da operação de transferência de créditos entre os seus estabelecimentos.

Esclarece que em decorrência da constatação de falhas em sua escrituração fiscal necessitou refazê-la. Ao assim proceder e transmitir a DMA retificadora relativa ao mês de fevereiro de 2009,

deixou, por mero equívoco, de consignar na referida declaração o valor de R\$ 11.766,61, que recebeu em transferência de outro estabelecimento de sua titularidade, inscrito no Cadastro Estadual sob o nº 74.765.087, o qual fora escriturado no seu livro de Apuração do ICMS, na coluna “*Outros Créditos*”.

Para comprovar suas alegações junta às fls. 399 a 401; (i) cópia da DMA original, transmitida em 06/03/2009, que evidencia o lançamento na Coluna Outros Créditos no valor de R\$ 16.672,76. Afirma que deste montante, R\$ 4.906,15 decorre de ICMS devido por antecipação parcial e R\$11.766,61 de transferência de saldo credor de sua filial (ii) cópia da DMA retificadora na qual se baseou a fiscalização, transmitida em 22/09/2011, que acusa na mesma coluna apenas o valor de R\$ 4.906,15; e (iii) cópia de outra DMA re originalmente informado na coluna *Outros Créditos* – R\$16.672,76 – é restaurado.

Adicionalmente, carrega aos autos cópias dos livros de Apuração de ICMS dos estabelecimentos cedente (fls. 406 a 408) e cessionário (fls. 403 a 405) do crédito, os quais evidenciam nas colunas *Outros Débitos* e *Outros Créditos*, respectivamente, a transferência do valor de R\$ 11.766,61.

Pugna, afinal, seja reformada a Decisão de piso para que, reconhecido o erro material cometido, seja julgada improcedente a exigência.

Quanto o item 05 do Auto de Infração, alega que a Nota Fiscal de nº 867, no valor de R\$23.936,76, refere-se à transferência de crédito do estabelecimento inscrito no CNPJ sob o nº 05.697.368/0004-de para o estabelecimento autuado, inscrito no CNPJ 05.697.368/0002-55 17, operação que foi devidamente escriturada em sua escrita fiscal, conforme atestam os respectivos livros de Registro de Apuração de ICMS, cujas cópias foram anexadas às fls. 410 a 415.

Aduz que o julgador de primeira instância acatou expressamente as suas razões de defesa, mas que, incorreu em contradição, pois ao elaborar o demonstrativo de débito manteve a exigência.

Transcrevendo trecho do voto que comprova a sua assertiva, requer seja sanada a contradição apontada e reconhecida a improcedência do lançamento, relativamente ao mês de março de 2010.

Traz ainda em suas razões de apelo mais dois pedidos, desta feita, relativos à aplicação das penalidades, quais sejam:

- (a) Adequação da penalidade cominada, relativamente à infração 6, da alínea “b” do inciso V do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, para a alínea “a” do inciso VII do mesmo dispositivo. Aduz que a penalidade correspondente a 150% do valor exigido só haveria de ser aplicada na hipótese de constatação de procedimento adotado com o evidente intuito de fraude, o qual deve ser objetivamente comprovado pela fiscalização, fato que não se verificou no presente caso;
- (b) Cancelamento ou redução das penalidades aplicadas em razão de serem elas, no seu entender, exorbitantes e desproporcionais às infrações cometidas.

Instada a se manifestar, a PGE/PROFIS, identificando a contradição apontada pelo Recorrente e no intuito de evitar futura arguição judicial de nulidade do presente processo administrativo fiscal, opinou no sentido do retorno dos autos à primeira instância a fim de que seja proferido novo julgamento.

## VOTO

Conheço do Recurso em face da tempestividade e regularidade de sua interposição, pelo que passo a analisar as razões de apelo aduzidas.

Alega o Recorrente, em sede de preliminar, ser nulo o lançamento de ofício porque desprovido da necessária segurança quanto às infrações apontadas. No seu entender, a descrição dos fatos que ensejaram as exigências não está posta de forma suficientemente clara, tendo sido, portanto, cerceado o direito de defesa. Com exceção à infração 05 que a seguir analisarei com maior cuidado, entendo não lhe assistir razão!

Como bem asseverou o julgador de primeira instância, o Auto de Infração encontra-se revestido das formalidades que lhe conferem validade, isto é, estão determinados o contribuinte autuado, o montante do débito tributário objeto do lançamento, bem assim a natureza de cada infração.

Também constato que as penalidades cominadas encontram fundamento nos dispositivos legais correspondentes e que os demonstrativos que instruem o Auto de Infração evidenciam com a devida clareza os critérios utilizados pela fiscalização para aferir o montante exigido em cada uma das infrações apontadas.

Assim é que não vislumbro a existência de quaisquer vícios capazes de macular o lançamento de ofício de que aqui se trata. Tanto é assim que o Recorrente apresentou sua defesa apontando todos os aspectos ou procedimentos que entendeu inadequados, exercendo com plenitude o seu direito de defesa.

A mesma regularidade de procedimento não identifiquei, contudo, no lançamento consubstanciado no item 5 do Auto de Infração. Explico:

Analisando os demonstrativos e documentos de fls. 100 a 179, constato que, com exceção dos Documentos Fiscais de nºs 698 e 867, todos os demais se referem a Conhecimentos de Transportes – CTR'S, emitidos por transportadoras estabelecidas em outras unidades da Federação com objetivo de acobertar o transporte de mercadorias adquiridas pelo estabelecimento autuado.

Nos referidos CTR'S, além de outras informações exigidas pela legislação de regência, constam o nº das notas fiscais de aquisição das mercadorias transportadas, bem assim a indicação da modalidade do serviço contratação do serviço – CIF ou FOB – sendo que, na maioria deles, consta a cláusula CIF.

Constato ainda que tanto as notas fiscais de aquisição das mercadorias quanto os respectivos CTRS foram escriturados pelo estabelecimento autuado em seu livro de Registro de Entradas, tendo sido apropriado os créditos fiscais correspondentes.

Pois bem! Para o raciocínio que trilharei entendo necessário observarmos a conduta infracional apontada como cometida e o respectivo dispositivo legal infringido. Para tanto, analisemos a descrição dos fatos e a dicção do dispositivo legal correspondente:

*Descrição dos Fatos: Infração 01.02.10 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento ou o serviço prestado.*

*Dispositivo infringido: artigo 97, inciso VII e 124 do RICMS/97. In verbis:*

**Art. 97.** *É vedado ao contribuinte, ressalvadas as disposições expressas de manutenção de crédito, creditar-se do imposto relativo à aquisição ou à entrada, real ou simbólica, de mercadorias no estabelecimento, bem como aos serviços tomados:*

....  
**VII – quando se tratar de documento fiscal falso ou inidôneo**, nos termos do art. 209 e seu parágrafo único, admitindo-se, porém, a utilização do crédito depois de sanada a irregularidade, ou se, não obstante o vício do documento, houver comprovação de que o imposto nele destacado foi efetivamente recolhido ou lançado. *Grifos meus.*

Como se infere da leitura da peça acusatória, entendeu a fiscalização que os serviços de transporte, cujos CTR'S arrolou no demonstrativo de fls. 100 a 101, serviram para acobertar prestações que em verdade não existiram, sendo, por esta razão, considerados inidôneos nos termos do artigo 209, inciso V, do RICMS. Nestes termos, em decorrência de expressa vedação legal, procedeu à glosa dos créditos apropriados pelo Recorrente, cominando-lhe penalidade qualificada, correspondente a 150% do valor creditado.

É neste ponto que reside a dificuldade que enfrento para validar o lançamento. Isto porque, não identifiquei no Auto de Infração ou no demonstrativo que o subsidia qualquer indicação ou justificativa que levou o preposto fazendário a concluir pela inocorrência das prestações de serviços de transportes de que aqui se trata, ao revés, todos os documentos por ele carreados dão conta da regularidade das operações, isto é, os CTR'S foram preenchidos em consonância com o

quanto previsto na legislação, além de não conterem rasuras, bem as notas fiscais a que se referem foram escrituradas nos livros do estabelecimento autuado, sendo, inclusive, validada a apropriação do crédito correspondente.

A irregularidade que identifiquei diz respeito ao direito à apropriação do crédito destacado nos referidos CTR'S, que na hipótese não lhe seria assegurado, uma vez que na grande maioria dos documentos há a indicação de que a cláusula de contratação foi CIF – *Cost, Insurance and Freight*.

Se, de fato, foi este o motivo que levou a fiscalização promover à glosa dos créditos – o que cogito por mera hipótese, uma vez que, como referi, não há nos autos quaisquer esclarecimentos a tal respeito – contata-se uma nítida dissonância entre a conduta tida como infracional e aquela praticada pelo sujeito passivo.

Constando que determinada operação não se realizou e se realizada o foi com indícios de irregularidade, deveria a fiscalização circunstanciar de forma clara e indubitável os fatos que o levaram a tal conclusão, fazendo prova documental do quando aduzido. Só a partir da adoção de tais procedimentos seria possível ao sujeito passivo exercer com a devida segurança o seu direito de defesa, trazendo à apreciação deste Conselho, se assim entendesse, as razões pelas quais entende proceder a exigência.

Da forma em que foi constituído o lançamento, apesar de a acusação estar definida com clareza, não é possível identificar os motivos que conduziram o fiscal autuante à conclusão no sentido de que as prestações não se efetivaram ou por qual razão os documentos foram considerados inidôneos e isto simplesmente porque este se furtou de esclarecer.

Ante ao exposto, não vendo como conferir validade ao lançamento que, no meu sentir, não especificou com a devida segurança a infração comentada, peço venia para deixar de acatar a sugestão contida no opinativo da PGE/PROFIS no sentido do retorno dos autos à primeira instância para novo julgamento, e dar provimento ao Recurso Voluntário para julgar nula a infração consubstanciada no item 05 do Auto de Infração.

Em razão da declaração de nulidade, deixo de apreciar as razões de mérito do Recurso Voluntário relativas ao Documento Fiscal de nº 867, arrolado no demonstrativo de fls. 100 a 105.

Vencida a preliminar de nulidade a qual acatei pelos motivos antes expostos, comungando com o opinativo da PGE/PROFIS, entendo devam os autos retornar à primeira instância, a fim e que reste sanada a contradição existente no julgado quanto à infração 05.

Neste sentido analisemos os seguintes trechos do julgado proferido pela 2ª JF:

*Quanto a NF 698, a autuante concordou que apesar de não ter sido localizada, consta na defesa que o débito do ICMS no valor de R\$8.925,60 foi recolhido através de DAE, individualmente, em 06/11/2009. Com relação à NF 867, débito no valor de R\$23.936,76, acolho o entendimento da autuante de que diante da informação do próprio autuado de que foi utilizado o crédito, porém, a referida NF não foi localizada, deve ser mantido o débito a ela inerente.*

*Quanto a NF 698, a autuante concordou que apesar de não ter sido localizada, consta na defesa que o débito do ICMS no valor de R\$8.925,60 foi recolhido através de DAE, individualmente, em 06/11/2009. Com relação à NF 867, débito no valor de R\$23.936,76, o entendimento da autuante é de que diante da informação do próprio autuado de que foi utilizado o crédito, porém, a referida NF não foi localizada, deve ser mantido o débito a ela inerente. Não acolho este entendimento, pois, conforme consta à fl.287, foi comprovado pelo autuado o lançamento no RAICMS do valor de R\$ 23.936,76 da filial CNPJ 05.697.368/0004-17. Grifos meus*

De fato, a contradição apontada é evidente. No primeiro parágrafo o Nobre Relator afirma que acolhe o entendimento do autuante no sentido da procedência do lançamento, já no segundo ao tratar da mesma matéria se coloca em sentido oposto sustentando não acolher o entendimento do autuante em vista das provas materiais trazidas aos autos.

Assim sendo, como não é possível aferir com a devida segurança a intenção de voto da Decisão de piso, DOU PROVIMENTO ao Recurso para julgar Nula a Decisão de piso quanto ao item 05 do

Auto de Infração, devendo os autos retornarem à primeira instância, a fim de que seja sanada a contradição apontada.

#### **VOTO DIVERGENTE**

*Peço vênia à nobre relatora, para divergir frontalmente por entendermos que está inteiramente equivocada ao pretender que este Conselho de Fazenda decrete a nulidade do item 5 do Auto de Infração, com o argumento de que não poderia conferir validade ao lançamento que, não especificou com a devida segurança a infração cometida.*

Constata-se nos autos que a infração está devidamente caracterizada. Os elementos dos autos são suficientes para identificar a infração cometida, o autuante corretamente constatou que as prestações não se efetivaram. O enquadramento legal da infração tem previsão no art. 97, inciso VII RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, que diz: é vedado a utilização de crédito fiscal quando se tratar de documentos fiscal falso ou inidôneo, nos termos do art. 209 e seu parágrafo único.

Por sua vez, o inciso V do Art. 209 do Decreto nº 6.284/97, preceitua "será considerado inidôneo, fazendo prova apenas em favor do Fisco, o documento fiscal que não se referir a uma efetiva operação ou prestação, salvo nos casos previstos neste regulamento"

No caso em exame, que restou comprovado nos autos que a irregularidade imputada ao recorrente foi praticada com intenção dolosa, tendo o fiscal autuante feito corretamente o enquadramento.

Em face do comentado acima, considero que a infração está devidamente caracterizada, e, em consequência, a preliminar de nulidade deve ser afastada.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e declarar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº **293873.2909/11-8**, lavrado contra **REIS DO NORDESTE CAMA MESA E BANHO LTDA. (LOJA RAINHA)**. Devendo se proceder o retorno dos autos à Primeira Instância, a fim de que seja sanada a contradição apontada na Decisão relativamente ao item 5.

VOTO VENCEDOR (Preliminar de nulidade) – Conselheiros(as): Rosany Nunes de Mello Nascimento, Eduardo Ramos de Santana, Raísa Catarina Oliveira Alves, Oswaldo Ignácio Amador e Rubens Bezerra Soares

VOTO VENCIDO (Preliminar de nulidade) – Conselheiro: Maurício Souza Passos.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de setembro de 2013.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ROSANY NUNES DE MELLO NASCIMENTO – RELATORA

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – VOTO DIVERGENTE  
(Preliminar de nulidade)

MARIA OLÍVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA – REPR. DA PGE/PROFIS