

**A. I. N°** - 232951.0107/12-3  
**AUTUADO** - TRANSPORTES ARDO LTDA.  
**AUTUANTE** - ANDRÉA BEATRIZ BRITTO VILLAS BOAS  
**ORIGEM** - INFAZ ATACADO  
**INTERNET** - 08.05.2013

## **1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO JJF N° 0086-01/13**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. Trata-se de refazimento de Auto de Infração anterior, declarado nulo por cerceamento de defesa. O presente Auto é cópia do anterior, com a mesma descrição, o mesmo enquadramento, os mesmos vícios. A descrição do fato e sua capitulação legal não são condizentes com o fato real e o direito aplicável. A imputação diz respeito a falta de estorno de crédito sobre entradas de mercadorias com saídas subseqüentes com redução da base de cálculo, enquanto que o fato real se refere a prestações subseqüentes “isentas”. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

## **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 21.11.12, acusa falta de estorno de crédito fiscal de ICMS referente a prestações de serviços relativas a entradas de mercadorias cujas saídas subseqüentes ocorreram com redução da base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional à redução, sendo por isso glosado crédito no valor de R\$ 26.113,54, com multa de 60%.

O autuado apresentou defesa (fls. 182/211) falando inicialmente de outro Auto de Infração, de nº 232875.1202/09-6, que teria sido lavrado pelo agente fiscal Antônio Luís dos Santos Palma, no valor histórico de R\$ 47.450,51. Informa que na primeira instância o referido Auto foi julgado procedente em parte, mediante o Acórdão JJF 0123-05/10. Transcreve trecho do voto do relator. Explica que de acordo com a referida decisão a empresa deveria pagar o imposto no valor de R\$ 12.090,50, mais a multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “b”, da Lei nº 7.014/96, sendo que a empresa ingressou com Recurso Voluntário e houve também Recurso de Ofício, e a 2ª Câmara anulou o Auto de Infração, mediante o Acórdão CJF 0224-12/11, vindo agora a ser lavrado o presente Auto, no qual a ocorrência foi enquadrada e capitulada da mesma forma do Auto anterior, divergindo apenas o período de abrangência, pois o presente Auto abrange o período de 30.4.05 a 31.12.06, enquanto que o Auto anterior abrangia o período de 30.4.05 a 31.12.08.

Feitos esses esclarecimentos, o autuado suscita em preliminar que houve cerceamento de defesa, pois a intimação para apresentação de livros e documentos foi efetuada em 22.11.12, com prazo de 48 horas, porém o Auto de Infração já havia sido lavrado no dia 21, ou seja, em data anterior à intimação, fato que denuncia que a autuação não foi efetuada com base na documentação entregue pelo contribuinte, haja vista que a documentação foi entregue no dia 3.12.12, conforme consta no Termo de Arrecadação.

Reclama da metodologia adotada, que considera autoritária, ilegal e arbitrária, repetindo a mesma metodologia do Auto anterior, que havia sido julgado nulo. Frisa que no julgamento efetuado pela 2ª Câmara o relator havia recomendado que, atentando-se à possível decadência, os atos fossem repetidos a salvo de falhas, porém, não obstante essa advertência, o presente Auto seguiu

exatamente a mesma metodologia utilizada na lavratura do Auto anterior, devendo por isso ser declarado nulo, pelas mesmas razões que ensejaram a nulidade do primeiro Auto.

Fala dos requisitos do Auto de Infração. Transcreve trecho do voto do relator da 2ª Câmara, em que são assinaladas as razões da nulidade.

Conclui a preliminar sustentando a nulidade do lançamento, na exata medida da decisão anterior.

Numa segunda preliminar, suscita a decadência dos créditos tributários em questão, mais precisamente no que concerne ao período de 30.4.05 a 31.12.06.

Quanto ao mérito, reclama da ausência de fundamentação para o lançamento, primeiro, por erro no enquadramento do fato, segundo, pela descrição errônea da pretendida infração, e terceiro, pela falta de previsão em lei da infração imputada.

Observa que, de acordo com o art. 1º, § 7º, do RICMS, no serviço interno de transporte de cargas são dispensados o lançamento e o pagamento do imposto, e os erros no enquadramento e na descrição do fato nulificam o lançamento. Observa que o referido dispositivo regulamentar cuida de isenção, e não de redução da base de cálculo, estando descrito no Auto de Infração que se trata de operações com redução de base de cálculo, de modo que o enquadramento legal do fato é nulo.

Argumenta que o RICMS prevê que o estorno do crédito só deve ser feito na oportunidade do creditamento se esta circunstância for desconhecida, e neste caso, por se tratar de empresa que desenvolve suas atividades em diversas unidades da Federação, com operações tributadas, o crédito fiscal mantido na escrita pode vir a ser utilizado independentemente da sua permanência escritural, e por isso, mantendo-se o valor somente em caráter escritural, sem utilizá-lo, não configura elisão fiscal, e portanto a autuação se mostra ilegal e inconsistente.

Com relação à multa de 60%, o autuado frisa que tal pena somente se aplica na “falta de estorno do crédito fiscal”, ficando evidente, por essa ressalva, que a multa depende de uma notificação fiscal prévia, para que o contribuinte efetue o estorno do crédito tido por indevido.

Questiona em seguida a delimitação do campo material da autuação, em face dos termos da decisão proferida no Auto anterior.

Reclama do caráter confiscatório da multa aplicada.

Pede a nulidade do Auto por cerceamento de defesa, ou a extinção do lançamento por decadência, ou ainda, no mérito, que a autuação recaia apenas sobre os meses de julho, novembro e dezembro de 2005 e janeiro de 2006, e que se reconheça o caráter confiscatório da multa. Requer a juntada de peças do Auto de Infração anterior, e que as intimações sejam endereçadas aos advogados constituídos, por carta com aviso de recebimento, no endereço que indica. Juntou documentos.

O fiscal autuante prestou informação (fls. 541/545) dizendo que este Auto abrangeu o período de 1.1.05 a 31.12.06 por não ter sido fiscalizado [sic] os exercícios de 2005 e 2006 no Auto de Infração nº 232875.1202/09-6.

Considera que o enquadramento legal, por ser o constante no sistema SEAI [Sistema de Emissão de Auto de Infração], é o que se enquadra nesse tipo de infração. A seu ver, a autuação é clara, e o autuado não se defendeu do fato em si e sim de um artigo de lei, e a redução de base de cálculo é uma forma de isenção. Diz que a “natureza da operação” [leia-se: descrição do fato] constante no Auto é de que o autuado deixou de efetuar o estorno de crédito fiscal de ICMS referente às prestações de serviços relativas à entradas de mercadorias cujas saídas subsequentes ocorreram com redução da base de cálculo no valor correspondente à parte proporcional à redução. Diz que, a seu ver, essa descrição se enquadra perfeitamente a esta infração, inclusive porque explica que o valor do estorno será proporcional à redução, porém devido ao último julgamento do CONSEF no Auto anterior, cuja “natureza da operação” [descrição do fato] foi a mesma do presente Auto, entendeu o CONSEF

enquadrar a infração no art. 100, inciso I, e não no art. 100, inciso II. Considera que o contribuinte incorreu na infração tipificada no art. 100, e isso não é contestado, somente é contestada a escolha dos incisos, segundo o entendimento do CONSEF, ao anular o Auto anterior, e o contribuinte se vale disso para solicitar a anulação deste novo Auto, cuja “natureza da operação” é a mesma.

Transcreve a descrição da infração constante no SEAI no código 01.05.23.

Expõe as razões pelas quais entende clara a referência feita pelo SEAI ao art. 100, II, que a seu ver corresponde fielmente à “natureza da operação”, observando que o SEAI não cita o inciso I, por acharem muitos auditores e os mentores do SEAI que tais operações se enquadram também no inciso II.

Nega que tivesse havido arbitrariedade, pois o que houve foi o refazimento de parte de outro Auto que foi julgado nulo por mera formalidade, de que o enquadramento não é no art. 100, II, e sim no art. 100, I.

Aduz que a infração não foi contestada pelo contribuinte, que apenas não concordou com o dispositivo, não havendo motivo para anulação do Auto, e sim para ajustar-se o enquadramento no SEAI, se for o caso.

Discorda da alegação de cerceamento de defesa, dizendo que o trabalho foi realizado com base em informações já constantes no Processo 216801/2009-4, sendo a “intimação fiscal dos livros fiscais” mera formalidade, por isso o equívoco “da fiscal autuante” na data em que foi feita a intimação, mesmo porque o contribuinte já havia alegado não possuir os documentos anteriormente e o fator tempo é importante para elaboração correta de um Auto de Infração.

Observa que tanto a defesa como a informação fiscal só estão se justificando em cima de formalidades, e não da infração em si, estando clara a infração cometida e justificada a data da “intimação fiscal dos livros”. Frisa que o prazo de 48 horas é o prazo “fixado pela Sefaz/Ba”. Nega que tivesse havido prática de ato ilegal e abusivo.

Conclui diendo que sustenta o Auto de Infração, ou então fará um novo Auto, considerando todo o período também indicado no Auto anterior.

## VOTO

Havia sido anulado um Auto de Infração anterior – Auto de Infração nº 232875.1202/09-6 –, e seria de se esperar que, ao ser lavrado o novo Auto, a fiscalização atentasse para as razões que determinaram a anulação do Auto anterior, para não incorrer exatamente nos mesmos vícios. Porém a fiscalização não só incorreu nos mesmos erros, mas ainda incorreu em novos e flagrantes equívocos, viciando o procedimento de forma irremediável. A começar pela intimação para que o contribuinte apresentasse seus livros e documentos, haja vista que o Termo de Intimação foi formalizado depois que o Auto já havia sido lavrado, e a arrecadação dos livros somente foi feita no dia 3.12.12 – note-se que o Auto de Infração havia sido lavrado no dia 21 do mês anterior (fl. 7).

A acusação feita neste Auto é de falta de estorno de crédito fiscal de ICMS. Ora, sem examinar os livros fiscais, como é que a autoridade sabia que o contribuinte não havia feito o estorno?

O fiscal justifica-se dizendo que o fato constava no Processo 216801/2009-4. Ocorre que, como o Auto de Infração anterior foi anulado, o contribuinte poderia proceder à regularização fiscal espontaneamente antes da instauração de nova ação fiscal. A autoridade fiscal teria portanto de intimar o contribuinte, dando início à nova ação fiscal, e com isso, além de inibir a iniciativa do autuado de corrigir a irregularidade espontaneamente, propiciaria ao fisco verificar se a irregularidade persistia, para então lavrar o Auto de Infração. De acordo com o art. 142 do CTN, o lançamento tributário é uma atividade vinculada, devendo a autoridade fiscal, antes de proceder ao

lançamento, identificar o fato e determinar a matéria tributável. Não pode inverter a ordem lógica das coisas, efetuando primeiro o lançamento, para só depois identificar o fato e a matéria tributável.

Com relação ao crédito fiscal em questão, o relator da 5ª Junta, no Acórdão JJF 0123-05/10, levando em conta os conceitos de “utilizado” e “escriturado”, havia julgado procedente em parte o Auto de Infração anteriormente lavrado contra essa empresa, recomendando a renovação do procedimento em relação ao crédito escriturado mas não utilizado, em virtude de não ser possível corrigir o lançamento para aplicar a multa do art. 42, VII, por implicar mudança de fulcro da autuação, ao tempo em que recomendou também que fosse notificado o contribuinte para efetuar o estorno dos créditos, assinalando que, se o contribuinte fizesse o estorno, isso implicaria a perda do objeto para autuação dos valores como crédito indevido (fls. 246/251).

Ao apreciar os recursos, a 2ª Câmara foi além, e determinou a anulação do Auto por completo.

Em concordância com o Relator *a quo*, o Relator da 2ª Câmara observou que havia naquele caso uma flagrante divergência entre a acusação formal e o que se verificava dos fatos trazidos aos fólios daquele processo, inclusive sob o aspecto da capitulação das diferentes infrações, assinalando ser patente que diante da dubiedade de infrações atribuídas a um único fato, havia flagrante atentado aos ditames do art. 39 do RPAF, no qual está expresso que o Auto de Infração conterá, entre outras coisas, a descrição dos fatos considerados infrações de obrigações tributárias principal e acessórias, de forma clara, precisa e sucinta, o total do débito levantado, a indicação do dispositivo ou dispositivos da legislação tributária, etc., não tendo o fiscal autuante observado essa orientação legal, posto que lavrou um Auto absolutamente turvo. A Câmara decidiu pela anulação do referido Auto, por considerar que qualquer Auto de Infração lavrado de maneira a suscitar dúvidas quanto à infração cometida, ou ainda que da descrição dos fatos se conclua pelo cometimento de infração que divirja daquela apontada no campo “infração”, atenta contra o direito do contribuinte ao contraditório e à ampla defesa, ou seja, por maior esforço que faça o contribuinte no sentido de defender-se de uma acusação fiscal, poderá exercer o seu direito de defesa com fundamentos equivocados, ou, ainda, defender-se de infração que não cometeu (fls. 239/244).

Estou repetindo os termos do ilustre Relator da 2ª Câmara na fundamentação do seu voto porque ali se encontram as diretrizes que deveriam ser seguidas pela fiscalização no refazimento do procedimento, tendo o nobre Relator pontuando não ser admissível que um Auto de Infração produza quaisquer efeitos contendo vícios da natureza daqueles ali apontados, aduzindo ainda não haver como prosperar qualquer exigência que se funde em um Auto de Infração que acuse o contribuinte do cometimento de infração com determinação turva, dúbia e com capitulação imprecisa ou incorreta, salientando que, no Auto considerado, no qual havia apenas uma infração, havia a indicação de duas, a primeira dada pelo descrito no Auto de infração e a segunda, dada pelos elementos e fatos trazidos aos autos, ferindo de morte os princípios constitucionais garantidores do contraditório e da ampla defesa, haja vista que isso impede o contribuinte de saber de forma clara e precisa do que deve defender-se.

Ora, diante da fundamentação exposta com tanta ênfase pela 2ª Câmara, teria a fiscalização de, na renovação do procedimento, evitar os vícios assinalados.

Ocorre que o novo Auto é “cópia” do anterior, com a mesma descrição, o mesmo enquadramento, enfim, com os mesmos vícios, divergindo apenas quanto ao período e aos valores (fls. 1-2 e 229-230).

Ao prestar a informação, a autoridade autuante simplesmente diz que o enquadramento legal está correto e a descrição do fato foi a mesma do Auto anterior, no qual entendeu o CONSEF enquadrar a infração no art. 100, inciso I, e não no art. 100, inciso II, ao anular o Auto anterior, porém muitos auditores e os mentores do SEAI entendem que tais operações se enquadram também no inciso II.

Não adentrarei o mérito, pois existem vícios intransponíveis que nulificam o lançamento. A 2ª Câmara decidiu ser nulo o lançamento por cerceamento de defesa na forma como o fato foi descrito

e enquadrado, em Auto de Infração anterior. Como o presente Auto é em tais aspectos absolutamente idêntico ao que o precedeu, não há como ultrapassar esse óbice procedimental.

Com efeito, a descrição do fato e sua capitulação legal não são condizentes com o fato real e o direito aplicável. A imputação diz respeito a falta de estorno de crédito sobre entradas de “mercadorias cujas saídas subseqüentes ocorrerem com redução da base de cálculo”, enquanto que o fato real se refere a prestações subseqüentes isentas. Uma coisa é “mercadoria”, outra coisa é “serviço”. A fiscalização deve compreender a distinção entre os conceitos de “operação” e “prestação”.

A repartição verificará se existem elementos que justifiquem a renovação do procedimento, a salvo de falhas acima descritas, atentando-se à possível decadência. É evidente que se o contribuinte, antes no início de nova ação fiscal, sanar alguma pendência porventura existente, inclusive mediante denúncia espontânea, se exime de sanções.

O autuado requer que as intimações sejam encaminhadas para o escritório de advocacia no endereço que indica à fl. 210. Não custa nada atender a essa solicitação. No entanto, o não atendimento a esse pedido não prejudicará a validade da intimação, desde que feita em consonância com a orientação do art. 108 do RPAF.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **232951.0107/12-3**, lavrado contra **TRANSPORTES ARDO LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de abril de 2013

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR