

**PROCESSO** - A I Nº 297248.0006/13-5  
**RECORRENTE** - TRANSPORTADORA JOLIVAN LTDA.  
**RECORRIDO** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0087-03/14  
**ORIGEM** - INFRAZ CRUZ DAS ALMAS  
**INTERNET** - 28.10.2014

**2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF Nº 0321-12/14**

**EMENTA: ICMS.** NULIDADE DE DECISÃO. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NOVA DECISÃO. É nula a decisão que deixou de apreciar argumentos relevantes suscitados na defesa. Cerceamento ao direito de defesa. Retorno dos autos à 1ª Instância para novo julgamento. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face da decisão primária que julgou procedente o Auto de Infração, para exigir da Recorrente imposto no valor de R\$1.422.557,15, acrescido da multa de 60% e dos acréscimos legais.

O Auto lavrado em 30/09/2013 decorre de duas infrações que acusam o Sujeito Passivo de:

**Infração 01** - Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, de valores originados de operações não compreendidas no campo de tributação do ICMS nos meses de janeiro de 2009 a dezembro de 2010, e que não repercutiu em falta de recolhimento ou recolhimento a menos do ICMS, devendo a empresa estornar os referidos créditos. Exigido o valor de R\$1.295.820,30, decorrente da aplicação da multa de 60%. Demonstrativo às fls. 07 e 08.

Em complemento consta: Crédito Fiscal, Falta de estorno. Operações de aquisições de combustíveis ocorridas com crédito do imposto, sem observância do estorno proporcional referente às prestações de serviço de transporte isentas ou não tributáveis, não importando em recolhimento do imposto.

**Infração 02** - Transferência irregular de crédito fiscal de ICMS a outro estabelecimento, nos meses de janeiro a dezembro de 2009, fevereiro, março, e setembro a dezembro de 2010. Exigido o valor de R\$126.736,85, decorrente da aplicação da multa de 60%. Demonstrativo à fl. 10 e cópias das notas fiscais e do LRAICMS às fls. 14 a 82.

Da análise dos elementos trazidos aos autos, a 3ª JJF decidiu, por unanimidade e com base no voto do Relator de primeiro grau, abaixo transcrito, que é procedente o Auto de Infração, *in verbis*:

**VOTO**

Inicialmente constato que não podem ser acolhidas as preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado, pois não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois o autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve a infração, fundamentando com a indicação dos fatos, normas e documentos, bem como de seus dados, assim como indica o supedâneo jurídico, fato que possibilitou ao autuado exercer seu direito de defesa amplamente.

No tocante ao fato do Auto de Infração apontar como violado dispositivos do RICMS-BA/97, não observo nenhuma nulidade, uma vez que o art. 19 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia - RPAF-BA/99, estabelece, de forma expressa, que tal procedimento não implica em nulidade, *in verbis*.

Art. 19. A indicação de dispositivo regulamentar equivale a menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.

Portanto, não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo

sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infrações imputadas.

Por estas razões, ficam rejeitadas as argüições de nulidade, tendo em vista que o lançamento fiscal está revestido das formalidades legais, não havendo qualquer irregularidade em sua formalização.

Isto posto, passo a analisar o mérito da lide.

No que diz respeito à infração 01, que cuida da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS de valores originados de operações não compreendidas no campo de tributação do ICMS e que não repercutiu em falta de recolhimento a menos do ICMS, constato que a exigência decorreu da falta de estorno proporcional de crédito referente às prestações de serviços de transporte isentas e não tributáveis.

Em sede de defesa, o impugnante se insurgiu contra o método de apuração efetuado pelo autuante que considerou a proporção das saídas tributáveis como sendo o resultado da divisão entre o Valor das Saídas Tributáveis pelas “Saídas -Valor Contábil” (a), por entender que o correto seria dividir a soma das Saídas Tributáveis mais “Operações sem Débito do Imposto”, CFOPs 6.352, 6.353 e 6.932, pelo “Valor das Saídas Tributáveis pelas Saidas “Valor Contábil”. Sustentou que o cálculo efetuado pela fiscalização está equivocado por ter considerado o índice de proporcionalidade como sendo a razão entre o somatório das prestações de serviço de transporte lançadas no LRAICMS, como isentas, não tributáveis e substituição tributária e o total das prestações.

Ao compulsar as peças que instruem esse item da autuação constato que assiste razão ao autuante que procedera acertadamente ao aplicar o índice de proporcionalidade do estorno de créditos incluindo as prestações sujeitas à substituição tributária, tendo em vista que apesar de não se constituir prestação isenta e não tributável, quando do cálculo do imposto devido já fora considerado e deduzido o crédito fiscal da prestação anterior. Portanto, devem ser excluídas essas operações do cálculo do índice de proporcionalidade. É o que se depreende da inteleção dos artigos 100 e 93, §1º, II, do RICMS-BA/97, in verbis:

Art. 100. O contribuinte estornará ou anulará o crédito fiscal relativo às entradas ou aquisições de mercadorias, inclusive o crédito relativo aos serviços a elas correspondentes, ressalvadas as disposições expressas de manutenção do crédito, quando as mercadorias ou os serviços, conforme o caso:

I - forem objeto de operação ou prestação subseqüente isenta ou não tributada, sendo essa circunstância imprevisível na data da entrada da mercadoria ou da utilização do serviço;

“Art. 93. Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subseqüentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:

[...]

§1º Salvo disposição em contrário, a utilização do crédito fiscal relativo às aquisições de mercadorias, matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem, inclusive o relativo aos serviços tomados, condiciona-se a que:

[...]

II - as operações ou prestações subseqüentes sejam tributadas pelo imposto, sendo que, se algumas destas operações ou prestações forem tributadas e outras forem isentas ou não tributadas, o crédito fiscal será utilizado proporcionalmente às operações de saídas e às prestações tributadas pelo imposto, ressalvados os casos em que seja assegurada pela legislação a manutenção do crédito.”

Logo, a infração 01 é subsistente.

A infração 02 exige multa de 60% prevista no art. 42, inciso VII, alínea “c” da Lei 7.014/96, em razão de o sujeito passivo utilizado indevidamente crédito fiscal, referente a transferência irregular de saldo credor, através das notas fiscais relacionadas às fls. 09 a 10, e respectivas cópias das notas fiscais às fls. 14 a 32.

O RICMS-BA/97 vigente à época dos fatos geradores estabelece que:

“Art. 93. Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subseqüentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:

[...]

X - o valor do eventual saldo credor apurado no final do período quando transferido de estabelecimento da mesma empresa, observado o disposto no §2º do art. 114-A.”

“Art. 114-A. Poderão ser compensados os saldos credores e devedores entre os estabelecimentos do mesmo sujeito passivo localizados neste Estado.

§ 1º A transferência do saldo credor ou devedor será feita mediante a emissão de Nota Fiscal em nome do estabelecimento destinatário do crédito ou débito, na qual serão indicados o valor do saldo a ser transferido, a data e uma das expressões: “Transferência de Saldo Credor” ou “Transferência de Saldo

*Devedor", conforme o caso.*

*§ 2º A Nota Fiscal será lançada no Livro Registro de Apuração do ICMS de uso normal:*

**I - pelo remetente:**

- a) a débito, no item "Outros Débitos", na hipótese de transferência de saldo credor, com a anotação da expressão "Transferência de Saldo Credor";*
- b) a crédito, no item "Outros Créditos", na hipótese de transferência de saldo devedor, com a anotação da expressão "Transferência de Saldo Devedor";*

*Em que pese a transferência dos créditos fiscais ter sido feita com fulcro nos dispositivos regulamentares acima transcritos, verifico que a conclusão fiscal de não acolher a transferência dos créditos fiscais está correta, eis que alicerçada no fato de que o estabelecimento autuado somente possuía saldo credor, à época dos fatos geradores, por não ter procedido ao estorno proporcional referente às prestações de serviço de transporte isentas, consoante apuração objeto do item 01 da autuação.*

*Constatou que a exigência fiscal resta consubstanciada nas planilhas acostadas às fls. 09 e 10, onde consta discriminado o saldo credor disponível em cada período de apuração considerando o efetivo Crédito Proporcional às Saídas Tributáveis apurados e exigidos na infração 01. Logo, resta indubidoso nos autos que a transferência ocorreu de forma irregular, uma vez que não existia crédito fiscal, sendo acertado o procedimento da fiscalização, ao aplicar apenas a multa, prevista no art. 42, inciso VII, alínea "c", pois o valor do imposto foi debitado no livro Registro de Apuração do ICMS.*

*Assim, resta caracterizada a infração 02.*

*Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.*

Devidamente intimado, a Autuada interpõe Recurso Voluntário, tempestivo, colacionadas às fls. 215/242.

Após breve relato dos fatos e irresignada com o julgamento de primeiro grau a Recorrente vem aos autos afirmando que a JJJ equivocou-se na análise das irregularidades que apontou na peça de defesa, bem como deixou de enfrentar vícios ali arguidos, aduzindo que deve ser reformada a decisão recorrida.

Dizendo da violação ao princípio da legalidade e afirmando que o auto de infração deveria fazer menção aos dispositivos de lei ordinária supostamente infringidos, aduz que os fundamentos para o afastamento da nulidade suscitada devem ser rechaçados em razão de o dispositivo do RICMS/Ba não ter o condão de fazer-se substituir por lei ordinária. Citando o art. 37 da CF/88 e o art. 97, V, do CTN, afirma que o RICMS/Ba restringe-se a permitir a execução da Lei que pretende disciplinar, vedada a inovação ao ordenamento, também lembrando que a tipificação de uma infração deve basear-se em dispositivo de Lei ordinária, jamais em dispositivo de uma espécie normativa secundária, tal como o Regulamento do ICMS da Bahia.

Entende que o fato narrado acima vicia o lançamento, o que o inquinaria de nulidade.

Também aponta ausência de *"indicação dos pressupostos de direito que fundamentam a infração 01"*. Quanto a este ponto, entende que não houve apreciação por parte da JJJ.

Aduz que a imputação que tem como argumento a circunstância de que teria se utilizado incorretamente de créditos fiscais, uma vez que deveria efetuar o estorno proporcional relativo às prestações de serviço isentas ou não tributadas pelo ICMS, é descabida, vez que o fundamento da imputação não teria amparo nos dispositivos legais elencados no auto de infração, o que redunda no fato de que há uma acusação fiscal sem que seja indicado o fundamento legal.

Alega que do cotejo entre os dispositivos legais indicados como fundamento da autuação e a conduta referida na peça acusatória, se pode afirmar que nenhum dos enunciados normativos veicula norma autorizadora do surgimento do dever jurídico de estornar proporcionalmente créditos fiscais, não tendo qualquer relação com o contexto fático.

Pelo que expôs, entende que há que ser provido o seu Recurso para tornar nula a infração 1, por óbice claro ao seu direito de defesa.

Ainda em relação à infração 1, registra que houve afronta ao princípio da não-cumulatividade na medida em que foram incluídas na imputação fiscal as prestações sujeitas à substituição tributária e as tributadas em outro estado da federação no cálculo do índice de proporcionalidade do estorno de créditos.

Citando trecho da decisão recorrida, aduz que os julgadores mantiveram a autuação sob o argumento de que *“as prestações sujeitas à substituição tributária devem se equiparadas prestações isentas e não tributadas, apesar de não ser, para fins de estorno do crédito relativo às entradas de mercadorias”*.

Diz que apesar de em sua defesa haver ventilado a incorreção de consideração, por parte da autuação, de prestações pautadas pela substituição tributária, bem como de operações interestaduais nas quais não há recolhimento para o Estado da Bahia, mas sim para outros estados, a JJF se pronunciou apenas quanto às prestações submetidas à substituição tributária, omitindo-se quanto às operações interestaduais em que o ICMS é devido a outro estado.

Entende que os fundamentos da decisão de primo grau não encontram respaldo na legislação de regência, registrando que a legislação autoriza o estorno apenas nas estritas hipóteses de prestações isentas ou não tributadas, não havendo norma que determine o estorno de créditos em outras hipóteses. Menciona o art. 100, I, do RICMS/Ba, no sentido de que a legislação da Bahia prevê regra no mesmo sentido, *“de maneira que o auto de infração e o acórdão, por considerar uma operação submetida à substituição tributária como isenta ou não tributada, viola frontalmente o aludido dispositivo”*.

Registra adicionalmente que a desconsideração da sistemática da substituição tributária, onde há efetivo recolhimento do imposto, afasta a decisão vergastada do mundo do direito, pois, vê-se afrontado o princípio da não-cumulatividade e violado o artigo 100, do RICMS/Ba. Faz digressões derredor da matéria, e cita o art. 155 da CF/88, concluindo que *“o contribuinte apenas deve fazer pagamento à Fazenda Pública nas hipóteses em que o montante do tributo devido na operação atual supere quantitativamente a exação cobrada na operação anterior”*, lembrando que *“as prestações posteriores isentas ou não tributadas são as únicas exceções previstas, tanto na Constituição da República, como no RICMS da Bahia, ao direito de creditamento nas operações anteriores”*.

Resumindo, diz que são duas as situações que geram consequências distintas. A primeira, operações isentas ou não tributadas, que implicam na anulação de créditos decorrentes das entradas, por força do art. 155, § 2º, II, “b”, da CF/88, e a segunda, operações de substituição tributária, em que necessariamente há recolhimento de tributo pelo substituto, devendo-se observar a regra do art. 155, § 2º, I, da CF/88 – legítimo o direito ao crédito tributário. Cita a doutrina e a jurisprudência colhida das decisões deste CONSEF.

Dizendo do caso dos autos, afirma que ocupa a posição de substituída e que o substituto procedeu ao recolhimento do tributo, razão pela qual aduz que não há de ser penalizada porque não efetuou o suposto estorno devido, também consignando que o Autuante e a própria JJF estabeleceram, equivocadamente, para fins de imposição do estorno do crédito relativo às entradas, a identidade entre as operações isentas ou não tributadas e as operações submetidas à substituição tributária e as operações que geram recolhimento do ICMS para outro estado.

Referentemente à base de cálculo, aduz que o fisco tomou por base apenas os dados contidos no tópico das operações com débito de ICMS a favor da Bahia quando, na verdade, haveria de ter considerado os valores das operações tributadas, independentemente da existência de débito do imposto em prol da Bahia, ou seja, a fiscalização apenas poderia ter imposto o estorno do crédito em relação às operações isentas ou não tributadas, considerando-se que a operação submetida à substituição tributária e a que gera ICMS para outro estado não são isentas ou não tributadas – estorno descabido.

Trazendo os números à baila e tratando da metodologia de apuração, afirma:

*“Tomam-se como parâmetros os dados escriturados no livro de registro de apuração de ICMS da recorrente e referentes ao mês de maio de 2009. Neste período, contabilizou-se R\$47.424,90 de crédito de ICMS. Nas prestações de serviço de saída, cujo montante atingiu o total de R\$200.098,25, as prestações isentas ou não tributadas perfizeram o valor de R\$22.447,32, enquanto que as tributadas somaram o valor de R\$177.650,93. Este montante é resultado do somatório das prestações de serviço tributadas pelo estado da Bahia – R\$3.315,49 –, por outros estados e os recolhidos por outras empresas a título de substituição tributária – R\$174.335,44. O valor de R\$177.650,93 representa o montante total das saídas tributadas e que, por isso, deveria ter sido considerado para fins de contabilizar a proporção do crédito a ser mantido ou estornado.”*

*Com os dados acima indicados, tem-se a proporção de 11,22% de crédito a ser estornado, de maneira que a recorrente faz jus à manutenção de 88,78% do débito apurado. Esta é a metodologia que se entende correta.*

*A fazenda baiana, por sua vez, considerou como saídas tributadas apenas o valor de R\$3.315,49, consignado no tópico base de cálculo no livro de registro de ICMS, e não o total efetivo de prestações de serviço sujeitas à tributação – R\$177.650,93. Foram suprimidos pelo Fisco estadual os valores referentes à substituição tributária e os tributados por outro estado da federação.”*

À luz das suas próprias razões, entende que o fisco laborou em equívoco quando aplicou percentual de proporção das saídas tributadas de apenas 1,66%, restando omitida a integralidade dos valores referentes aos CFOP's nºs 6.352, 6.353 e 6.932, correspondentes às prestações de serviço tributadas por substituição tributária e prestações em que outro estado é o sujeito ativo do ICMS. Diz da juntada de planilha demonstrativa e dos livros de Registro de Apuração de ICMS do período fiscalizado, que serviriam a demonstrar a correção do seu procedimento.

Pugna pelo provimento do seu Recurso.

Considerando a possibilidade de que se considere regular e válida a infração no que tange a metodologia de cálculo do estorno proporcional, entende que deverá ser afastada em razão da inocorrência de utilização indevida de crédito fiscal.

Citando o art. 42, VII, da lei nº 7.014/96, que tem base na utilização indevida de crédito fiscal, aduz que *“Caso a recorrente tivesse utilizado os créditos citados no auto de infração para fins de implementá-los na sistemática de arrecadação relativa ao débito e crédito, compensando-os com futuros débitos de ICMS, certamente restaria materializada a falta de recolhimento ou o recolhimento a menor do imposto, o que, in casu, não aconteceu, como consignado no próprio auto de infração, nos seguintes termos: ‘Não importando em recolhimento a menor do imposto (...)’”*

Lembra que a mera escrituração do valor dos créditos não gerou prejuízo à Administração Tributária, vez que inexistiu falta de recolhimento ou recolhimento a menor de ICMS. Nessa esteira, entende que é inaplicável a sanção pretendida pelo fisco, conquanto não se configura a utilização indevida de crédito fiscal, restando insubstancial a multa exigida.

Conclui que o que se verificou, segundo a própria fiscalização, foi mero equívoco de cálculo por parte do setor contábil da recorrente, o que não pode ensejar a caracterização de ilicitude passível de punição, mas tão somente a obrigação de estornar o crédito mantido.

Registra que o crédito em questão não foi usado para abatimento com débito da empresa ou qualquer outra operação que ensejasse a apropriação do referido crédito por sua parte, o que determina a inexistência de infração, também não podendo subsistir a multa da infração 1, devendo se impor à recorrente mero estorno dos créditos.

Quanto à infração 2, afirma que pela ótica do órgão julgador de primeiro grau, a procedência da referida infração está vinculada às supostas irregularidades verificadas na infração 1. Aduzindo que a improcedência da infração 1 levaria à improcedência da infração 2, diz que outros motivos teriam o condão de afastar a acusação fiscal em comento.

Afirma que o valor correspondente ao crédito decorrente das prestações de serviço de saída tributadas, e que deve ser mantido segundo os critérios do próprio fiscal Autuante, foram

desconsiderados na apuração da quantia supostamente transferida irregularmente, desconsiderando-se o fato de que havia saldo credor passível de transferência.

Afirma que de acordo com a metodologia que entende correta, no período fiscalizado e com base na autuação, fazia jus a R\$282.895,50 de crédito, que confrontado com o valor utilizado pela fiscalização como representante de créditos transferidos indevidamente (R\$ 211.228,08), restaria verificada a existência de saldo de crédito mais do que suficiente a legitimar a transferência promovida pela recorrente - excedente de R\$71.667,42 de crédito oriundo de prestações de serviço cuja saída foram tributadas.

À luz dos números, entende que “... a infração 02 deve ser integralmente suprimida, remanesendo apenas o valor da infração 01, de maneira que o total do débito (valor histórico) a ser cobrado no auto de infração seria de R\$ 1.295.820,30 e não R\$ 1.422.557,15”.

Entende que tendo em conta o equívoco acima apontado, a decisão de primo grau deve ser reformado a fim de que sejam julgadas improcedentes as infrações 1 e 2.

Dizendo de omissões do Acórdão da decisão combatida, afirma que não há na dita decisão referência ao *bis in idem* sancionatório que se pretende impor, bem como não se combate a tese de ilegitimidade de acréscimos moratórios sobre o débito do auto de infração posto se tratar de multa tributária.

Para o *bis in idem* sancionatório, referente às multas cominadas às infrações 1 e 2, aduz que pressupondo a procedência da infração 1, e já tendo sido computada a multa de 60% do valor do crédito supostamente utilizado indevidamente, a sanção aplicada pela infração 2 recairia sobre valor já ferido pela multa relativa à primeira infração, em flagrante ilegalidade, haja vista que estar-se-ia a impor a mesma penalidade duas vezes - total de 120% a título de multa sobre o valor do crédito transferido a outro estabelecimento, sendo que, 60% sob o argumento de utilização indevida do crédito e outros 60% sob o fundamento de transferência indevida do mesmo crédito.

Requer a exclusão da sanção imposta pela infração 2 ou a exclusão do montante cobrado a título da infração 1 da quantia relativa à infração 2.

Quanto à ilegitimidade do acréscimo de juros moratórios sobre o débito objeto do auto de infração, aduz que do montante cobrado, R\$479.224,48 refere-se a acréscimo moratório. A ilegitimidade da cobrança tem por fulcro a natureza dos juros de mora e da multa tributária, que se caracterizam como verbas acessórias ao montante original do tributo. Nessa senda, afirma que não é possível pretender que um acessório incida sobre outro, o que afastaria da totalidade da cobrança objeto do auto de infração o valor correspondente aos acréscimos moratórios.

Faz breve análise dos institutos da multa e dos juros, consignando que não há que se falar em incidência de juros sobre a multa, haja vista que, por definição, se os juros remuneram o credor pela privação do uso de seu capital, eles devem incidir somente sobre o que deveria ter sido recolhido no prazo legal e não foi, além de registrar que inexiste, na legislação tributária estadual, norma que autorize que o valor da multa seja incluído na base de cálculo dos juros moratórios. Cita os artigos 161 e 186, do CTN.

Para a hipótese de que seja mantido o auto de infração, entende que do valor total cobrado - R\$1.901.781,63 -, deve ser descontada a quantia concernente aos juros moratórios que monta R\$479.224,48.

Por derradeiro, requer seja recebido o seu Recurso para que lhe seja dado provimento para que seja reformado o Acórdão JJF n.º 0087-03/14. Subsidiariamente, requer a exclusão da infração 2 tendo em conta que sua manutenção implicaria em dupla penalização e, alternativamente, requer que se exclua do montante cobrado referente a infração 1, a quantia concernente à infração 2.

Pugna pela nulidade da infração 2 em razão da existência de saldo credor suficiente a legitimar as transferências promovidas.

Para a hipótese de manutenção do o acórdão e da autuação, requer seja suprimido do valor total a parcela relativa aos juros moratórios vez que não há que se falar em juros moratórios incidentes sobre multa.

A Dra. Maria José Coelho Sento-Sé, Procuradora da PGE/PROFIS, às fls. 249 a 251, com fundamento no art. 18, II, do RPAF/Ba, exara parecer opinativo no sentido de que deve ser declarada a nulidade da decisão recorrida, aduzindo a n. Procuradora que da compulsão dos autos, verificou que a Junta de Julgamento Fiscal omitiu-se quanto à apreciação específica de questões lançadas pelo contribuinte em sua defesa, às fls. 86/108.

Registra que a ausência de manifestação específica do órgão de 1º grau acerca de questões específicas, tais como: inocorrência de consideração, por parte do autuante, de operações interestaduais nas quais não há recolhimento para o Estado da Bahia, mas, sim para outros Estado; *bis in idem* sancionatório imposto pelo Fisco na aplicação das penalidades das infrações 1 e 2; ilegitimidade dos acréscimos moratórios comprometeu o princípio do duplo grau de jurisdição e provocou cerceamento do direito de defesa inerente ao contribuinte em um Estado de Direito.

Na esteira das suas observações e considerações, mesmo lembrando que a recorrente não suscitou de modo específico a nulidade na decisão da Junta de Julgamento Fiscal por cerceamento de defesa, registra que em face do silêncio da JJF quanto as questões suscitadas pelo sujeito passivo em sua defesa inicial, entende que a nulidade deverá ser declarada, mesmo que de ofício, haja vista que ao manter-se silente e omissa quanto a questões específicas abordadas pelo sujeito passivo em sua defesa, às fls. 86/108, a JJF promoveu verdadeiro comprometimento dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Opina pela declaração de nulidade da decisão recorrida. À fl. 252, a Dra. Paula Gonçalves Morris Matos, Procuradora assistente da PGE/PROFIS/NCA, exara despacho ratificando o Parecer de fls. 249/251.

## VOTO

Trata o presente de Recurso Voluntário, tempestivo, interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal deste CONSEF, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do imposto exigido no presente Auto de Infração.

Cinge-se o presente recurso à apreciação das razões recursais atinentes à decisão de primo grau que julgou procedentes as infrações que acusam o Sujeito Passivo de haver procedido à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, de valores originados de operações não compreendidas no campo de tributação do ICMS e que não repercutiu em falta de recolhimento ou recolhimento a menos do ICMS, devendo a empresa estornar os referidos créditos; e da transferência irregular de crédito fiscal de ICMS a outro estabelecimento.

A tese recursal apesar de englobar vários pontos, começando por suscitar nulidades que derivam de supostos vícios no lançamento fiscal, além de abordar o mérito, também aborda ponto atinente à falta de apreciação de argumentos defensivos por parte da JJF que, na prática, em que pese não haver formulação de pedido expresso, teriam o condão de inquinar de nulidade a decisão recorrida.

A análise dos autos, sob os argumentos de que teriam os julgadores de piso sido omissos quanto ao suscitado *bis in idem* sancionatório, bem como em relação à tese defensiva de que haveria ilegitimidade na aplicação de acréscimos moratórios sobre o débito do auto de infração posto se tratar de multa tributária, além da falta de manifestação acerca da inocorrência de consideração, por parte do autuante, de operações interestaduais nas quais não há recolhimento para o Estado da Bahia, mas, sim para outros Estado, me leva à conclusão de que efetivamente a decisão da qual se recorre não aborda tais pontos, deixando a ora recorrente sem ver combatidas, na forma

da Lei, os seus argumentos defensivos, os quais acredita terem o condão de fazer cessar as acusações que lhe pesam, sobretudo porque além de abordar os referidos pontos, fez arrazoado de relativa extensão, o que requer dos órgãos julgadores, de qualquer esfera ou instância, enfrentamento claro e franco, e decisão devidamente fundamentada, sob pena de nulidade do decisum por afronta ao princípio constitucionalmente garantido da ampla defesa. Nessa mesma trilha, a n. Procuradora exarou parecer às fls. 249/251, devidamente ratificado pela n. Procuradora Assistente da PGE/PROFIS/NCA, fl. 252.

Ante ao exposto, considerando que o julgamento de piso não enfrentou pontos relevantes da defesa, com fulcro no art. 18, II, do RPAF/Ba que diz que *são nulos os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa*, VOTO no sentido de PROVER o Recurso Voluntário para declarar a nulidade da decisão recorrida pelos motivos acima exposto, fazendo retornar os presentes autos à instância de piso para que sejam enfrentados todos os pontos da defesa do Sujeito Passivo, de maneira a que se observe e preserve o direito do Contribuinte ao contraditório, ampla defesa e devido processo legal. Do novo julgamento de piso, será devolvido ao Sujeito Passivo o prazo para interposição de recurso, se assim desejar o Sujeito Passivo.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, PROVER o Recurso Voluntário apresentado para julgar NULA a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº 2972480006/13-5, lavrado contra TRANSPORTADORA JOLIVAN LTDA, devendo o presente processo retornar à instância de piso para novo julgamento à salvo das falhas aqui apontadas.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de outubro de 2014

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS