

PROCESSO - A. I. Nº 277829.0032/12-3
RECORRENTE - MJ DISTRIBUIDORA DE CARNES LTDA. (MINAS MAR SUPERMERCADO)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0131-01/13
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
INTERNET - 06/07/2015

2^a CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0181-12/15

EMENTA: ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. NOVA DECISÃO. Grave incongruência entre as indicações dos resultados das infrações e o resultado da final da decisão que não permite ao recorrente conhecer o *veredicto* da lide, no qual o remédio que se impõe para esclarecer a contradição posta, antes do julgamento em Segunda Instância de julgamento administrativo, determinará ou não, a nulidade da Decisão recorrida, fazendo retornar o PAF, na hipótese positiva, à instância *a quo*, para julgamento a salvo de falhas, ou mesmo das correções necessárias. Devolvam-se os autos à Primeira Instância para proferir novo julgamento. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face da Decisão primária que confirmou integralmente o lançamento fiscal, condenando o autuado ao pagamento de ICMS no valor histórico total de R\$ 131.262,93, acrescido da multa de 100%.

O Auto de Infração lavrado em 28/09/2012 decorre de oito infrações, sendo objeto do Recurso Voluntário as infrações 1, 2, 3, 5, 6 e 8, como segue:

Infração 01 - Recolheu a menos o ICMS em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no Livro de Apuração de ICMS, no período de janeiro/dezembro 2010; março/abril, junho/dezembro 2011. Valor R\$ 9.043,50.

Infração 02 - Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças, tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária - a das operações de entradas - com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com Recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício, conforme demonstrativos anexos, no valor de R\$9.520,32. Exercício 2010.

Infração 03 - Falta de recolhimento do ICMS relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para cálculo do imposto, o maior valor monetário - o das saídas tributáveis, conforme demonstrativos, no valor de R\$ 29.941,83. Exercício 2011.

Infração 05 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização, relativo ao mês de dezembro/2011, conforme demonstrativo, valor de R\$722,11.

Infração 06 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, no período de janeiro a dezembro/2011, conforme demonstrativo, no total de R\$9.644,83.

Infração 08 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária no período de janeiro de 2010 a dezembro de 2011, conforme

demonstrativos, no total de R\$8.968,29.

Da apreciação das razões de defesa e das informações fiscais, os membros da 1ª JJF, à unanimidade, decidiram pela procedência do Auto de Infração, julgando integralmente subsistente o Auto de Infração, tudo com fundamento nas razões expostas no voto do Relator da Decisão recorrida, cuja transcrição se faz, registrando que no corpo do voto, há referência a desoneração, como segue:

VOTO

Cuida o presente auto da exigência das 08 infrações descritas e relatadas na inicial dos autos.

Nas suas alegações defensivas, o autuado não apresentou qualquer impugnação quanto às infrações 01, 04, 05 e 08, mas reconhece-as, tacitamente; considero que tais infrações estão devidamente confirmadas, não existindo lide e fora da apreciação do relator. A discussão cingir-se-á às infrações de nº 02, 03, 06 e 07

A infração 02 trata da falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças das operações de entradas (maior expressão monetária), no exercício de 2010, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com Recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício, no valor de R\$9.520,32

Na infração 03, exigência semelhante, levantamento quantitativo de estoques, relativamente à omissão de saídas de mercadorias, tomado-se para cálculo do imposto, o maior valor monetário das saídas tributáveis, no valor de R\$ 29.941,83, exercício de 2011.

Argui o autuado que as diferenças observadas são um fato normal no seu ramo de atividade dos supermercados e não significam omissões; completa que tais diferenças são ajustadas durante a realização do inventário, em conformidade com a legislação. Na infração 03, argui que com a grande quantidade de itens movimentados é impossível não ocorrer falhas, ainda assim, isto não significa omissões.

A auditoria de estoque de fls. 225/231 (infração 02) demonstra a apuração das omissões de entrada com a discriminação dos produtos selecionados e os respectivos valores. Os demonstrativos que apontam a omissão de saída (infração 03) estão acostados aos autos, fls. 232/433.

O presente levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias foi elaborado em observância às orientações contidas na Portaria 445/98 e o sujeito passivo não cuidou de colacionar aos autos as provas das alegadas perdas ou diferenças; somente mediante tais providências, seria possível o exame, a justificação, parcial ou total, das diferenças relativas às mercadorias imprestáveis, na omissão de entrada detectada no levantamento de estoques em tela. As faltas apuradas na omissão de saída existentes devem estar devidamente regularizadas com a expedição do competente documento fiscal.

Desta forma, elaborados os demonstrativos que deram origem a exigência, com base nos documentos fiscais requisitados pela fiscalização, em conformidade com os documentos devidamente escriturados pelo próprio autuado, caberia ao impugnante juntar à defesa, demonstrativos e provas capazes de elidir a acusação (art. 123 do RPAF/BA), sendo insubstinentes as argüições defensivas, conforme apreciação supra. Infrações caracterizadas, valor de R\$9.520,32 (infração 02) e no valor de R\$ 29.942,83 (infração 03).

Na infração 06, a acusação é de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, no valor de R\$ 9.644,83.

O autuado, nas razões, afirma não concordar com a tese fiscal, vez que os materiais se referem a embalagens e fazem parte da venda, pois não se comercializa mercadorias sem a embalagem.

Observo que o demonstrativo fiscal de fls. 121 discrimina a aquisição de sacolas e bobinas picotadas, considerados material de uso e consumo.

Não considero que as embalagens representadas pelas “sacolas de feira” possam ser identificadas como “mercadorias para fins de comercialização”, no caso concreto do estabelecimento autuado, cuja atividade principal é comércio varejista de mercadorias em geral com predominância em alimentos (CNAE FISCAL 47121/10-0) - fl. 14. Por outro lado, a operação de aquisição de sacolas utilizadas como embalagem ou mesmo transporte das mercadorias comercializadas, não podem ser considerados como uso e consumo, seja porque tais produtos são empregados na atividade comercial do estabelecimento autuado servindo como embalagem, acondicionamento, alem de facilitar o transporte das mercadorias comercializadas.

A melhor interpretação é que tais sacolas sejam consideradas bens complementares à atividade comercial do supermercado e devem ser classificadas não como simples materiais de uso e consumo dos supermercados, mas como verdadeiros insumos à atividade comercial e que, assim, geram direito ao creditamento do ICMS, com base nos preceitos legais que conduzem ao aproveitamento do crédito fiscal. De igual forma, as chamadas “bobinas picotadas” a referir-se aos sacos plásticos picotados para embalar, geralmente verduras, frutas e

outros alimentos, no interior do estabelecimento, devem ser considerados embalagens e correta a utilização do crédito fiscal. Infração 06 improcedente.

A utilização de crédito indevido, na infração 08, recai sobre a aquisição de energia elétrica, na comercialização de mercadorias, no total de R\$59.521,97. A Auditora Fiscal elabora demonstrativo com os valores dos créditos apropriados, às fls. 30/31, a partir de “nota fiscal fatura de energia elétrica”, emitida pela Companhia de Eletricidade da Bahia – COELBA.

Não obstante o justo inconformismo do sujeito passivo e a lógica de sua argüição da absoluta necessidade do uso da energia elétrica, no funcionar regularmente do seu estabelecimento, sobretudo, na conservação dos alimentos, a legislação do ICMS desse Estado não permite a utilização dos créditos fiscais oriundos da aquisição de energia elétrica.

O art. 93, II, “b”, RICMS BA identifica as hipóteses de entrada de energia elétrica, que constituem crédito fiscal, não se encontrando nelas contemplado, o consumo no estabelecimento comercial.

Diante do exposto, caracterizada a infração de crédito indevido descrita na presente infração, no valor de R\$ 59.521,97.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Protocolizado Recurso Voluntário tempestivo, colacionado às fl. 2.803 a 2.814, o contribuinte, de plano, suscita a nulidade da Decisão recorrida. Aduz que levado a julgamento o lançamento, deve o julgador observar todas as infrações, ainda que diante do silêncio do autuado, sobretudo porque o não entendimento de levantamentos ou demonstrativos podem ser a causa de falta de manifestação.

A título de exemplo, relativamente à infração 1, diz que da observação dos demonstrativos fiscais se pode verificar que os valores de créditos e de débitos originados dos livros Registro de Entradas e Registro de Saídas guardam correspondência com os valores lançados nos livros Registro de Apuração do ICMS, e aponta que a diferença encontrada no levantamento fiscal e que justifica o recolhimento a menor está na apropriação de “*Outros Créditos*”. Nessa esteira, aduz que a omissão de que é acusada tem fundamento turvo, pois, a autuante não demonstra como chegou aos valores lançados nos demonstrativos de conta corrente, além do fato de que deixou de considerar os valores escriturados pelo autuado, tudo a impossibilitar ao ora recorrente certificar-se de que os valores lançados estão corretos.

Consigna que a apuração das suas escriturações indica a origem das parcelas lançadas a título de outros créditos que tem origem em apropriação de crédito a título de “*antecipação parcial*”, paga no período de apuração, enquanto que os demonstrativos da fiscalização são omissos. Nesse particular, assevera que a considerar as Relações de DAE’s de 2010 e 2011 (Doc. 01 e 02), o que se vislumbra é que os demonstrativos fiscais estão equivocados em relação à apropriação desses créditos no período de seu recolhimento.

Para demonstrar o equívoco apontado, afirma que as operações de soma das parcelas pagas nos códigos de receita 2.175 e 2.183, considerando a data de pagamento para relacionar ao período de apuração com direito ao creditamento, são suficientes para que se verifiquem os erros nos demonstrativos, com o registro que a fiscal autuante, de maneira diferente, considerou nos levantamentos da Infração 4, os valores recolhidos mensalmente a título de antecipação parcial, porém não os absorve como outros créditos nos demonstrativos da infração 1.

Aponta erro também em relação à infração 5. Afirma que a análise das relações de DAE’s pagos em 2011 demonstra equívoco no demonstrativo fiscal, conquanto existe recolhimento em dezembro de 2011 a título de antecipação parcial, sem que a auditora fiscal tivesse considerado o valor recolhido em seu levantamento fiscal.

Com relação à infração 8, diz que alguns produtos, a exemplo de *guaramix, cobertura chocolate, materiais de uso e consumo, copo descartável, papel toalha, cereja, damasco, maçã, empada de frango e salgados sortidos*, não estão sujeitos à antecipação tributária, o que determina que o crédito é devido.

Afirma que inobstante o Auto de Infração ter sido julgado procedente, o relator de primo grau

considerou improcedente a Infração 6. Continuando, afirma que ao votar sobre a Infração 7, por equívoco, indicou como sendo a Infração 8, deixando esta última sem definição. Cita trechos do voto da Decisão recorrida para ilustrar suas afirmativas, concluindo que a Decisão vergastada está maculada de nulidade.

No mérito, o recorrente ataca todas as infrações, requerendo, ao final, que seja acolhido o seu Recurso para declarar nulo o Acórdão da Decisão recorrida, ou, alternativamente, que seja determinada diligência para revisão dos procedimentos fiscais em razão das inconsistências apontadas nesta peça recursal.

Para a Infração 1, diz que da observação dos demonstrativos elaborados pela autuante se verifica que os valores de créditos e de débitos originados dos livros Registro de Entradas e Registro de Saídas, respectivamente, estão em conformidade com os valores lançados nos livros Registro de Apuração do ICMS escriturado pelo autuado, e que a diferença encontrada, e que justifica o recolhimento a menor, está na apropriação de “*Outros Créditos*”, pois os valores lançados pela autuante diferem dos valores escriturados pelo autuado.

Registra que a omissão apontada está no fato de que a autuante não demonstrou como alcançou os valores lançados nos demonstrativos de conta corrente, além de ter desconsiderado os valores escriturados pelo autuado, o que compromete a verificação da correção dos valores lançados.

Repisa a tese de que a rubrica “*outros créditos*” têm origem em apropriação de crédito a título de “*antecipação parcial*” paga no período de apuração. Nessa esteira, diz que considerando os DAE’s de 2010 e 2011, vê-se aclarado que os demonstrativos fiscais estão errados em relação à apropriação dos referidos créditos no período de seu recolhimento. Prosseguindo, e com o fito de demonstrar o que alega, aduz que as operações de soma das parcelas pagas nos códigos de receita 2175 e 2183, considerando a data de pagamento para relacionar ao período de apuração com direito ao creditamento, são suficientes para verificar erros nos demonstrativos, além do fato de que a autuante considerou nos levantamentos da Infração 4 os valores recolhidos mensalmente a título de antecipação parcial, o que não fez para a Infração 1.

Para as infrações 2 e 3, levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, transcreve o art. 3º da Portaria nº 445/98, aduzindo que o dispositivo é claro em estabelecer os cuidados que devem ser observados quando da realização de levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, destacando que o inciso II chama atenção para o fato de que a unidade de medida deve ser a mesma na entrada, na saída e no inventário, para cada item de mercadoria, o que não foi observado pela auditora fiscal. Monta quadro no qual relaciona “*entradas de mercadorias que em 2010, com base nos arquivos Sintegra utilizados, apresentam variação igual ou superior a 10,00 vezes entre o valor unitário mínimo e o valor unitário máximo*”, concluindo que tal parâmetro é fundamental na definição da existência ou não de homogeneidade na unidade de medida utilizada.

Informa que nessa situação (falta de homogeneidade na unidade de medida), segundo seu próprio levantamento, são sessenta e quatro itens de mercadorias, além de 46 itens cuja variação é igual ou superior a 5,00 e menor que 10,00 vezes entre o valor unitário mínimo e o valor unitário máximo.

Referindo-se ao art. 3º, III, da Portaria nº 445, de 1998, diz que se deve fazer o agrupamento de cada item a reunir num mesmo item as espécies de mercadorias afins, trilha não percorrida pela autuante, e que pode ser verificado com o exemplo dos queijos que perfazem um total de 84 itens, conforme quadro que elabora.

Também assinala itens de entrada de mercadorias que possuem duplicidade de códigos para expressar a mesma mercadoria e, em relação à saída, informa que os itens que relaciona em quadro específico são 109 itens de queijos. Tudo no sentido de demonstrar que “*há verdadeira miscelânea de códigos e descrição diversas para a mesma mercadoria*”.

Relata que a auditora fiscal também deixou de considerar que as sobras (pontas) de alguns itens

são vendidas avulso, geralmente com a denominação de “*ponta*”, a exemplo de ponta de carne; ponta de presunto; ponta de queijo, entre outros que elenca em planilha, informando que os quantitativos de tais itens comercializados não foram considerados nos levantamentos fiscais. Dá conta de que não apresenta exemplos para o exercício de 2011, asseverando que as situações se repetem, carecendo de revisão.

Diz que não contesta a Infração 4.

Para a infração 5, assevera que a análise dos DAE's pagos em 2011 já demonstra erro no demonstrativo fiscal, aduzindo que existe recolhimento em dezembro de 2011 a título de antecipação parcial, sem que a auditora fiscal houvesse considerado o valor recolhido.

Para a infração 6, diz que mesmo com decretada a nulidade do Acórdão, persiste a improcedência para a infração.

Em relação à infração 8, afirma que alguns produtos relacionados no demonstrativo fiscal não estão sujeitos à antecipação tributária, a exemplo de *guaramix, cobertura chocolate, materiais de uso e consumo, copo descartável, papel toalha, cereja, damasco, maçã, empada de frango e salgados sortidos*, entendendo que o crédito é devido.

Por derradeiro, reitera seu pedido de nulidade do Acórdão em recorrido, ou que seja determinada diligência para revisão dos procedimentos fiscais em razão das inconsistências apontadas em sua peça, além de requerer que seja observado o quanto disposto no § 1º do art. 18 do RPAF/Ba.

Às fls. 2.851 a 2.862, desta feita dirigindo expediente ao Procurador Chefe da Procuradoria Fiscal, para requere que, no controle da legalidade, fossem considerados os argumentos expostos no seu Recurso Voluntário, para a aplicação do previsto no § 5º, I, do art. 113 do RPAF/Ba.

Em Parecer da lavra da Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa, Procuradora da PGE/Profis, à fl. 2.899, está consignado que da dos autos, restou observado que de fato “... a *Decisão recorrida apresenta grave contradição, na medida em que o voto relativo à infração 06 fundamenta a sua improcedência, mas a resolução mantém o Auto de Infração integralmente*”.

Conclui a nobre Procuradora que deve ser dado Provimento ao Recurso Voluntário, para que seja anulada a Decisão recorrida, retornando-se à Primeira Instância para novo julgamento a salvo de falhas.

Às fls. 2.914, os membros decidiram por converter o feito em diligência à PGE/PROFIS, nos seguintes termos:

Considerando que a manifestação do autuado, fls. 2.851 a 2.862, refere-se a Pedido de Controle da Legalidade, a Nobre Procuradora, Dra Maria José Ramos Coelho Lins de Albuquerque Sento Sé, em mesa, mesmo após proferidos os votos do Relator e demais Conselheiros, porém, antes da proclamação do resultado do julgamento, recomendou que os autos fossem encaminhados à PGE/PROFIS , no sentido de que a i. procuradora Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa autora do Parecer de fls. 2.899, analise a possibilidade de formular representação ao CONSEF, em substituição ao mencionado Parecer, para apreciação da correta peça processual.

Às fls. 2.117/2.118, a n. Procuradora, Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa, após breve relato dos fatos e dissertação sobre o controle da legalidade exercido pela PGE/PROFIS, diz que da análise da Decisão Recorrida verificou que houve grave contradição, na medida em que o voto relativo à infração 6 diz da sua improcedência, em que pese a resolução determinar a manutenção integral do Auto de Infração.

Aduz que a contradição apontada impõe mácula à Decisão recorrida, também impondo a necessidade de que seja refeita, a fim de extirpar o vício apontado.

Assevera que a Decisão de piso deve ser anulada, devendo os autos retornar à instância de piso para novo julgamento a salvo de falhas.

Diz por derradeiro que o caso dos autos, acima exposto, autoriza a propositura da presente Representação.

Submetida a Representação de fls. 2.117/2.118 ao crivo da PGE/PROFIS/NCA, disse a n. Procuradora Assistente que acompanha o Parecer retro mencionado.

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 1ª JJF deste CONSEF, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do imposto exigido no presente Auto de Infração.

Cinge-se o Recurso Voluntário a combater a Decisão que julgou Procedente o Auto de Infração, e cujas acusações combatidas pela ora recorrente referem-se ao cometimento das seguintes infrações: Recolheu a menos o ICMS em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no Livro de Apuração de ICMS; Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças, tanto de entradas como de saídas de mercadorias, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com Recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas; Falta de recolhimento do ICMS relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado; Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização; Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento; e Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária.

O pleito recursal, apesar de digressões de nulidade do lançamento e abordagem de mérito, tem como objetivo tornar nula a Decisão de piso, aduzindo que há erros que viciam o *decisum*, tudo com o fundamento de que inobstante ter sido julgado procedente todo o Auto de Infração, conforme resolução expressa na Decisão, o relator da Decisão recorrida consignou que é improcedente a infração 6, e que o mesmo relator ao decidir sobre a Infração 7, referiu-se à Infração 8, deixando esta última sem julgamento, tudo consubstanciado nos trechos do voto da Decisão vergastada, trazidos à colação na peça recursal.

De fato, relativamente à infração 6, o relator da Decisão *a quo* fez consignar em seu voto que:

“A melhor interpretação é que tais sacolas sejam consideradas bens complementares à atividade comercial do supermercado e devem ser classificadas não como simples materiais de uso e consumo dos supermercados, mas como verdadeiros insumos à atividade comercial e que, assim, geram direito ao creditamento do ICMS, com base nos preceitos legais que conduzem ao aproveitamento do crédito fiscal. De igual forma, as chamadas “bobinas picotadas” a referir-se aos sacos plásticos picotados para embalar, geralmente verduras, frutas e outros alimentos, no interior do estabelecimento, devem ser considerados embalagens e correta a utilização do crédito fiscal. Infração 06 improcedente”. (grifo do Relator)

De outra banda, lê-se na resolução da Decisão combatida o seguinte:

*“ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 277829.0032/12-3, lavrado contra MJ DISTRIBUIDORA DE CARNES, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$ 127.362,85, acrescido das multas de 100% sobre R\$ 39.462,15 e 60% sobre de R\$ 87.900,70, previstas no art. 42, inciso III, II, alíneas “a”, “b” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$3.900,08, prevista no inciso II, “d” do artigo e lei citados, e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05”.* (grifo do Relator)

Pelo acima exposto, resta claro que a Decisão recorrida carrega uma grave incongruência que não permite à Recorrente conhecer o veredito da lide. Incongruência dessa natureza, na esfera do judiciário, seria resolvida por via de *Embargo de declaração*, contudo, por falta de previsão regulamentar no RPAF/Ba, o remédio que se impõe pra esclarecer a contradição posta, antes do

julgamento em segunda instância de julgamento administrativo, é o Recurso Voluntário que, apreciado, determinará ou não, a nulidade da Decisão recorrida, fazendo retornar o PAF, na hipótese positiva, à instância *a quo*, para julgamento a salvo de falhas, ou mesmo das correções necessárias.

No meu entender é exatamente o caso dos autos, conforme também asseverou a representante da PGE/Profis.

Também serve a robustecer o quanto acima exposto, o fato de que também há boa dose de incerteza na Decisão da Infração 8, haja vista que no voto há a indicação de que não houve insurgência em relação à referida infração, ao passo em que há expressa menção à infração em apreço quando o relator faz consignar em seu voto que:

"A utilização de crédito indevido, na infração 08, recai sobre a aquisição de energia elétrica, na comercialização de mercadorias, no total de R\$59.521,97. A Auditora Fiscal elabora demonstrativo com os valores dos créditos apropriados, às fls. 30/31, a partir de "nota fiscal fatura de energia elétrica", emitida pela Companhia de Eletricidade da Bahia – COELBA".

Isto posto, com fundamento no art. 18, II e III, do RPAF/Ba, VOTO no sentido de PROVER o Recurso Voluntário para decretar a nulidade da Decisão recorrida, fazendo retornar o presente PAF à instância *a quo* para que seja proferido novo julgamento à salvo das falhas verificadas.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, PROVER o Recurso Voluntário apresentado e decretar NULA a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº 277829.0032/12-3, lavrado contra a **MJ DISTRIBUIDORA DE CARNES LTDA. (MINAS MAR SUPERMERCADO)**, devendo o presente PAF retornar à Primeira Instância para novo julgamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de junho de 2015.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR

ELDER DOS SANTOS VERÇOSA - REPR. DA PGE/PROFIS