

**PROCESSO** - A. I. Nº 089604.3012/16-2  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDA** - DALNORDE COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.  
**RECURSO** - PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO - Acórdão 2ª CJF nº 0169-12/18  
**ORIGEM** - INFAZ ILHÉUS  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 31/03/2020

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0014-12/20

**EMENTA:** ICMS. RECOLHIMENTO A MENOR. DESENCONTRO ENTRE VALOR RECOLHIDO E ESCRITURADO. A decisão recorrida se baseia em recolhimento a menor por suposta utilização de crédito fiscal sem a devida comprovação e não por recolhimento a menor por cotejamento entre o imposto apurado e o recolhido. Portanto, além de alterar a tipificação do Auto de Infração, é calcado em observação pessoal do Sr. Relator, sem a apreciação de documentação comprobatória e resulta, ao autuado, em cerceamento do direito de defesa. Reformada a Decisão recorrida. Pedido **CONHECIDO**. Auto de Infração **Improcedente**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Pedido de Reconsideração interposto contra a Decisão da 2ª CJF (Acórdão CJF nº 0169-12/18) que deu Provimento Parcial ao Recurso Ofício, de Decisão proferida no Acórdão JJF nº 0207-04/17, que julgou Improcedente o Auto de Infração.

O objeto do pedido se refere a uma única infração, de ter recolhido o ICMS à menor, em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto

No Pedido de Reconsideração (fls. 146/150), o sujeito passivo inicialmente comenta a decisão objeto do pedido e diz que:

- a) Que o Relator da 2ª CJF não se limitou a analisar a causa motivadora da acusação;
- b) Que revisou, de forma simplista, a escrituração fiscal apresentada;
- c) Que desta revisão simplista, constatou outra infração que não a apontada na autuação;
- d) Que como mesmo disse, “a seu ver”, sem apontar qualquer materialidade de prova, os livros apresentados em momentos diferentes do processo, são diversos.

De pronto pode-se observar que a causa motivadora do lançamento fiscal foi o “*recolhimento a menor do ICMS em razão do desencontro entre os valores do ICMS recolhido e o escriturado na apuração do imposto*”.

Para tanto foram cotejados os valores declarados nos livros que serviram para a apuração do imposto e os valores recolhimentos através dos respectivos DAEs, constantes do sistema INC da SEFAZ.

A própria multa imposta na Resolução, com base no artigo 42, II, “b” da Lei nº 7014/96 revela a decisão no sentido da acusação, em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido pelo contribuinte e o escriturado na apuração do imposto.

Mas no voto o Sr. Relator diz que não observou somente aquilo que deveria, ou seja, se os recolhimentos foram feitos de acordo com o valor apurado. Diz que foi buscar a origem dos lançamentos a crédito, a título de outros créditos, e compará-los com os valores dos pagamentos

do ICMS a título de antecipação tributária parcial, feitas pela empresa, que lhe conferiria direito ao creditamento no mês de sua ocorrência, conforme dispõe a legislação.

Deste comparativo entendeu o Sr. Relator que os valores não eram coincidentes: lançamentos a crédito *versus* pagamentos de antecipação tributária parcial e por conta desse entendimento sumário, sem sequer observar a origem dos créditos lançados, que poderiam não se referir exclusivamente a pagamentos de ICMS por antecipação tributária parcial, firma sua convicção de que o auto de infração é procedente nos valores cobrados, exceto em relação àqueles objeto de decadência, que é acatada pelos demais membros da Câmara de Julgamento.

Demonstrando que a exemplificação trazida pelo Sr. Relator não está correta. O que diz ser devido sob a rubrica de crédito não comprovado é de R\$ 86.528,71 no mês 06/12. Ocorre que neste mês, embora o Livro de Registro de Apuração demonstre tal valor a título de “outros créditos”, houve inclusive recolhimentos a título de antecipação tributária parcial, que o mesmo diz não ter constatado, conforme consta do relatório emitido pelo sistema INC da SEFAZ. Transcrevemos parcialmente a planilha disponibilizada pelo referido sistema:

Data	Receita	Tipo Ref.	Referência	Valor (em moeda da época)
25/06/2012	2175 - ICMS - ANTECIPACAO PARCIAL	Mês / Ano de Referência	52012	109,65
25/06/2012	2175 - ICMS - ANTECIPACAO PARCIAL	Mês / Ano de Referência	52012	177,40
25/06/2012	2175 - ICMS - ANTECIPACAO PARCIAL	Mês / Ano de Referência	52012	688,50

A decisão da CJF, ora contestada, altera a fundamentação do auto de infração passando a exigir o imposto não mais pela proposta inicial, mas por utilização de crédito fiscal supostamente não comprovado.

Segundo José Eduardo Soares de Melo, em seu trabalho Nulidades do processo administrativo tributário. Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT, Belo Horizonte, ano 12, n. 67, p. 9-31, jan./fev. 2014, existe nulidade na situação: Auto de infração atribuindo infrações a determinadas normas tributárias, e decisões condenando o contribuinte por infrações a normas de enquadramento diverso.

A situação proposta pelo autor encontra materialidade na presente decisão ora contestada.

A nova acusação se baseia em recolhimento a menor por suposta utilização de crédito fiscal sem a devida comprovação e não por recolhimento a menor por cotejamento entre o imposto apurado e o recolhido.

Esta decisão além de alterar a tipificação do Auto de Infração, é calcado em observação pessoal do Sr. Relator, sem a apreciação de documentação comprobatória e impõe ao autuado cerceamento do direito de defesa.

Observe-se inclusive que a Lei baiana determina inclusive penalidade enquadrada em outro inciso do Artigo 42 que não o indicado na Resolução parte do presente Acórdão em discussão, para o novo tipo de infração supostamente encontrada pelo órgão colegiado.

O exposto, o pleito é no sentido de declaração da nulidade da decisão contestada, e de manutenção daquela exarada pela 4ª JJF, no Acórdão 0207/07, que determina a IMPROCEDENCIA do presente lançamento.

## VOTO

Analiso os argumentos apresentados pela Recorrente, à vista do que dispunha o RPAF BAHIA no artigo 169, vigente à época dos fatos geradores, como abaixo:

*Art. 169. Caberão os seguintes recursos, com efeito suspensivo, das decisões em processo administrativo fiscal:*

*I - para as Câmaras de Julgamento do CONSEF:*

*“d) pedido de reconsideração da decisão de Câmara que tenha reformado no mérito, a de primeira instância em processo administrativo fiscal, desde que verse sobre matéria de fato ou fundamento de direito arguidos pelo sujeito passivo na impugnação e não apreciados nas fases anteriores de julgamento;”*

Claro como resta no enunciado do artigo 169, inciso I, alínea “d” do RPAF/99, para que o Pedido de Reconsideração seja instrumentalizado, necessário se faz que atenda cumulativamente aos seguintes requisitos: a) que a decisão da Câmara tenha reformado no mérito a de primeira instância em processo administrativo fiscal; b) que verse sobre matéria de fato ou de direito arguidos pelo sujeito passivo na impugnação e não apreciados nas fases anteriores de julgamento.

Constato de fato que ocorreu uma situação nova, assim como, a indicação de argumentos que não foram apreciados nas fases anteriores do processo, sendo agora apresentados pelo recorrente para sustentar sua pretensão.

Ou seja, no caso em análise, o pleito do sujeito passivo preenche os requisitos de admissibilidade, visto que da leitura dos autos depreende-se que as questões objeto da impugnação não foram discutidas e decididas nos julgamentos da Primeira e Segunda Instância.

A nova acusação se baseia em recolhimento a menor por suposta utilização de crédito fiscal sem a devida comprovação e não por recolhimento a menor por cotejamento entre o imposto apurado e o recolhido.

Esta decisão além de alterar a tipificação do Auto de Infração, é calcado em observação pessoal do Sr. Relator, sem a apreciação de documentação comprobatória e impõe ao autuado cerceamento do direito de defesa.

Desta forma, voto pelo CONHECIMENTO e ACOLHIMENTO do Pedido de Reconsideração interposto, por preencher os requisitos previstos no art. 169, I do RPAF/BA, e julgo IMPROCEDENTE o Auto de Infração.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **CONHECER e ACOLHER** o Pedido de Reconsideração para modificar a Decisão recorrida e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **089604.3012/16-2**, lavrado contra **DALNORDE COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de Janeiro de 2020.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

PAULO SHINYASHIKI FILHO – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. DA PGE/PROFIS