

PROCESSO	- A. I. N° 298.932.0008/20-7
RECORRENTE	- CIL COMÉRCIO DE INFORMÁTICA LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO – Acórdão 1ª CJF nº 0353-11/21-VD
ORIGEM	- DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 06/07/2022

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0141-11/22-VD

EMENTA: ICMS. PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO. INEXISTÊNCIA. É inegável que constitui requisito para a admissibilidade do Pedido de Reconsideração da Decisão da Câmara de Julgamento Fiscal que reformou o mérito, a da Primeira Instância, em Recurso de Ofício, e que assim, evidencie matéria de fato ou fundamento de direito não apreciado na ocasião do Julgamento. Tais condições não ocorreram no caso concreto. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO CONHECIDO**. Decisão unânime

RELATÓRIO

Trata-se de Pedido de Reconsideração interposto contra a Decisão da 1ª CJF (Acórdão CJF nº 0353-11/21- VD), que Negou Provimento ao Recurso Voluntário interposto contra o Acórdão 5ª JJF nº 0109-05/21, que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 12.06.2020, no valor original de R\$ 403.308,82, pelo cometimento das seguintes infrações:

Infração 01 – 01.02.40 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior aos destacado no(s) documento(s) fiscal(is). Conforme consta na planilha Demonstrativo de Crédito Indevido – Erro no Cálculo do Imposto (Aliq. X BC) – Exercício de 2016. Anexo I. Contribuinte escriturou a operação no livro Registro de Entradas – EFD com valor da base de cálculo e do ICMS superiores ao constante da respectiva nota fiscal”. Ocorrência verificada no mês de junho de 2016. Multa de 60% do valor do imposto, prevista no art. 42, inc. VII, letra “a”, da Lei nº 7.014/96. Valor exigido: **R\$ 5.006,02**.

Infração 02 – 01.02.40 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior aos destacado no(s) documento(s) fiscal(is). Conforme consta na planilha Demonstrativo de Crédito Indevido – Erro na aplicação da alíquota (CFOP X UF) – Exercícios de 2016 e 2017. Anexo II. Contribuinte escriturou a operação no livro Registro de Entradas – EFD com o valor das alíquotas e do ICMS superiores ao constante das respectivas notas fiscais”. Ocorrência verificada nos meses de jan, fev, abr, mai, jun, jul, ago, set, out, nov e dez de 2016 e meses janeiro a dezembro de 2017. Multa de 60% do valor do imposto, prevista no art. 42, inc. VII, letra “a”, da Lei nº 7.014/96. Valor exigido: **R\$ 398.302,80**.

Após a decisão de Primeira Instância, (fls. 109/114), o contribuinte ingressou com Recurso Voluntário (Fls. 124 a 137), que foi apreciado e julgado conforme voto abaixo transrito, na sessão do dia 09.12.2021.

VOTO

Trata o Recurso Voluntário do lançamento com 2 infrações de natureza idêntica, ambas pelo uso indevido de crédito fiscal com ICMS em valor superior ao destacado nos documentos.

A primeira, com o valor de R\$ 5.006,02 na data de 30.06.2016 e a segunda, com diferentes ocorrências, entre janeiro de 2016 e dezembro de 2017, no valor de R\$ 398.302,80.

Os anexos demonstrativos das infrações estão à fl. 25, infração 1 e fl. 29, infração 2. Constatou que em ambas estão relacionadas as notas fiscais com os respectivos números e datas de emissão, o ICMS que foi destacado, e o ICMS com o valor que deveria ter sido creditado, com a respectiva diferença lançada no Auto de Infração.

O contribuinte pede nulidade, sem, contudo, provar qualquer cerceamento de defesa, visto que o lançamento está perfeitamente descrito, e os demonstrativos estão suficientemente claros para oportunizar a defesa do contribuinte. Não há qualquer vício que possa macular o lançamento quanto à alegada nulidade. Assim, rejeito

este pleito do recorrente.

Em seguida, diz o recorrente, que haveria de se provar prejuízos ao fisco, mediante refazimento da conta corrente fiscal, para se provar que houve prejuízos à Fazenda Pública, e por isto, pede diligência, já negada em primeira instância.

Faria sentido tal pedido, se o contribuinte tivesse eventuais saldos credores no período fiscalizado, que pudesse suportar a glosa dos créditos efetuados no Auto de Infração, mas como se pode ver às fls. 09/15, o contribuinte apresenta sempre saldo devedor de ICMS, e por óbvio, se houver o refazimento da conta corrente, simplesmente se encontrará aumento de saldo devedor de ICMS a pagar, não havendo razão para o fisco refazer conta corrente fiscal do contribuinte para apresentar esta prova. Assim, denego o pedido de diligência.

Quanto ao mérito, melhor sorte não lhe cabe, isto porque conforme está demonstrado fartamente nos anexos demonstrativos do Auto de Infração, é que o contribuinte ao efetuar transferências internas, à época com incidência do imposto, em vez de aplicar alíquota de 17% ou 18%, aplicou absurdas alíquotas de 117% e 218%, aumentando exponencialmente o valor do ICMS destacado, e lançado em sua escrita fiscal, sendo o cálculo do ICMS glosado, efetuado mediante a aplicação das alíquotas corretas, lançando-se as diferenças.

Por exemplo, no demonstrativo à fl. 31, a Nota Fiscal nº 1152, de 22/01/2016, com a mercadoria descrita como TABLET 7" 3G 8GB T116 BCO, com base de cálculo de R\$ 49.943,48, foi aplicada a alíquota de 117%, foi encontrada uma diferença de imposto creditado no valor de R\$ 40.097,05 já que o ICMS real é da ordem de R\$ 9.846,43.

Além disso, a autuante colacionou cópia do SPED do contribuinte, provando o registro dos créditos indevidos, assim como cópias das notas fiscais. Na fl. 37, verifica-se o registro no SPED da supracitada Nota Fiscal nº 1152, com imposto lançado de R\$ 49.943,48.

À fl. 38 consta cópia da mesma nota fiscal, onde se verifica que foi corretamente emitida com alíquota de 17%, com valor destacado do imposto corretamente, em R\$ 9.486,43, tendo esse valor inflado quando do lançamento no SPED para R\$ 49.943,48. Assim, o que se comprova é que o recorrente fez um débito em sua filial emitente do documento fiscal, no valor de pouco mais de nove mil reais, e lançou a crédito na sua filial destinatária, de um valor de quase 50 mil reais, diminuindo o valor do ICMS a pagar, quando da apuração.

O contribuinte, embora com toda sua própria escrita fiscal à disposição, não logrou qualquer êxito em apresentar prova em contrário.

Face ao exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário. Auto de Infração Procedente.

Inconformado, ingressou com Pedido de Reconsideração (fls. 193 a 206), onde argumenta que a autuação, por si só, não se sustenta; e mesmo que se sustentasse, há vícios materiais que não permitem a exigência legítima do crédito tributário questionado, o que resultará em sua improcedência/nulidade.

Diz que não foi refeita a escrita fiscal do contribuinte a fim de indicar os períodos fiscais em que houve a repercussão (recolhimento a menor de ICMS) em face dos valores de crédito supostamente lançados indevidamente.

Inicialmente fala acerca da afronta aos princípios do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da legalidade, em virtude de divergência entre a infração supostamente ocorrida e base legal indicada e que não se põe qualquer dúvida de que o ato administrativo contrário ao mandamento legal não tem validade, é nulo de pleno direito. *In casu*, foi flagrante a contrariedade ao princípio da ampla defesa, que também importa na nulidade do presente processo administrativo tributário, pois o Autuante limitou-se a classificar o crédito fiscal de ICMS como ilegítimo, não identificando exatamente o motivo que ensejou a suposta irregularidade do crédito tributário.

Sabe-se que para ter validade o lançamento tem que ser claro, límpido, de modo tanto a estar provado, de forma indubitável, todos os fatos que nortearam a alegada infração. Quaisquer ambiguidades o invalidam. E para que se afaste por completo toda e qualquer dúvida, impõe-se que o lançamento se faça acompanhar de provas.

Apesar de o lançamento decorrer de regra jurídica inquestionável, em que é dever da administração tributária adequar o fato especificado no lançamento à norma existente, em que pese esta obrigação legal, o Autuante não forneceu as provas necessárias e essências para comprovar a irregularidade dos créditos indicados na infração. Tais fatos, além de prejudicar a

certeza, liquidez e exigibilidade do crédito tributário perseguido, contraria o princípio da legalidade e, sobretudo dificulta a ampla defesa do contribuinte.

O fundamento utilizado para tal glosa foi o art. 309, § 6º do Decreto nº 13.780/2012 (Regulamento de ICMS do estado da Bahia), ou seja, o enquadramento legal se trata de um dispositivo que versa acerca de casos onde não há destaque de ICMS ou seu destaque tenha sido a menor. Ocorre, que a presente autuação se deu com base em recolhimento (supostamente) a maior de ICMS.

Tais fatos, além de prejudicar a certeza, liquidez e exigibilidade do crédito tributário perseguido, contraria o princípio da legalidade e, sobretudo dificulta a ampla defesa do contribuinte.

Argumenta também a necessidade de apuração do imposto, através de refazimento da escrituração fiscal, pois como afirmado inicialmente, observa-se, a partir dos demonstrativos confeccionados pela auditoria (anexos I e II do Auto de Infração), que foi levantado o valor do crédito tomado supostamente a maior em cada NF de aquisição e, no mesmo período (mês) em que ocorreu a referida aquisição, está sendo lançado o valor do crédito supostamente indevido.

Deveria o autuante ter reconstituído a escrita fiscal do contribuinte com os estornos da escrita fiscal da autuada dos valores de créditos que considerava indevidos, para se apurar quando e em quanto teriam ocorrido as faltas de pagamento de ICMS decorrentes de fatos geradores efetivos e, por conseguinte, fazer os respectivos lançamentos nos estritos termos do Art. 142 do CTN.

Pede para lembrar que o fato gerador de tributo (*in casu* ICMS) é a circulação de mercadoria e não a escrituração de crédito fiscal indevido na escrita fiscal. A escrituração de créditos fiscais indevidos por si só não é fato gerador de tributo e, tampouco é hipótese legal de antecipação de fatos geradores futuros como querem alguns.

De fato, para se constatar o valor do imposto que, supostamente, deixou de ser recolhido, evidenciando a verdade material, deveria ser refeita a apuração no período questionado, considerando todos os créditos e, do mesmo modo, os débitos lançados na escrita fiscal, para só então verificar a sobrevivência de saldo credor ou devedor. Encontrado saldo devedor, poderia, aí sim, lavrar o Auto da diferença, em especial porque o que deve ser recolhido é a diferença positiva entre os crédito e débito fiscais.

VOTO

Trata o presente, de Pedido de Reconsideração interposto pelo contribuinte em epígrafe, previsto art. 169 do RPAF, que diz em seu *caput* que caberá recurso com efeito suspensivo das decisões em processo administrativo fiscal, Pedido de Reconsideração:

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 da Câmara que tenha, em julgamento de recurso de ofício, reformado, no mérito, a de primeira instância em processo administrativo fiscal;

Conforme se depreende do dispositivo acima citado, O Recurso de Ofício só é cabível se a decisão em 2^a Instância, reformar no mérito de 1^a instância.

Conforme consta do ACORDÃO JJF Nº 0109-05/21-VD, a Primeira Instância julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe:

RESOLUÇÃO

*ACORDAM os membros da 5^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 298932.0008/20-7, lavrado contra **CIL – COMÉRCIO DE INFORMÁTICA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 403.308,82, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, e dos demais consectários legais.*

Desta forma, considerando que a decisão em segunda instância deste Conselho de Fazenda negou

provimento ao Recurso Voluntário, e dado que sequer houve Recurso de Ofício, resta claro que o Pedido de Reconsideração não está de acordo com a previsão normativa, que se restringe aos casos em que o Recurso de Ofício tenha reformado no mérito a decisão de primeira instância.

Cabe o Pedido de Reconsideração, quando em Recurso de Ofício o contribuinte não se manifesta, e tendo havido uma reforma que possa prejudicá-lo, a fim de que seja obedecido o princípio da ampla defesa, necessário se faz que este seja ouvido no que diz respeito à reforma da decisão que lhe seja desfavorável.

No presente caso, sequer houve Recurso de Ofício, mas Recurso Voluntário, onde o Recorrente teve todas as suas alegações apreciadas e foi negado provimento ao Recurso.

Resta claro que as condições necessárias não ocorreram no presente caso. Carece de previsão legal nova apreciação da decisão de segunda instância solicitada pela Recorrente.

Por todo o exposto, voto pelo NÃO CONHECIMENTO do Pedido de Reconsideração apresentado, e também das nulidades suscitadas, ficando prejudicada a apreciação de mérito.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO CONHECER o Pedido de Reconsideração apresentado, mantendo a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 298932.0008/20-7, lavrado contra CIL – COMÉRCIO DE INFORMÁTICA LTDA., devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$403.308,82, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 18 de maio de 2022.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

EVALDA DE BRITO GONÇALVES – RELATORA

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS