

PROCESSO - A. I. Nº 269141.0004/06-8
RECORRENTE - COMLAB – COMERCIAL ATACADISTA E REPRESENTAÇÕES BAHIA LTDA.
(QUEIJO & CIA.)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO – Acórdão 2ª CJF nº 0293-12/09
ORIGEM - INFAZ SANTO ANTÔNIO DE JESUS
INTERNET - 08/10/2010

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0338-12/10

EMENTA: ICMS. INEXISTÊNCIA DE PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO. Constitui requisito para a admissibilidade do Pedido de Reconsideração da Decisão da Câmara, que reformou no mérito a da primeira instância, a existência de matéria de fato ou fundamento de direito arguidos pelo sujeito passivo na impugnação e não apreciados nas fases anteriores de julgamento. Tais condições não ocorreram no caso concreto. Recurso **NÃO CONHECIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Pedido de Reconsideração formulado pelo contribuinte em face da referida Decisão, proferida por esta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, através do Acórdão CJF nº 0293-12/09, que Negou Provimento aos Recursos de Ofício e Voluntário, apresentados, respectivamente, pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal e pelo contribuinte.

O Auto de Infração, lavrado em 29/6/2006, exige ICMS no valor de R\$345.274,18, acrescido das multas de 70% e 60%, pelas seguintes irregularidades:

- 1 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 entrada, 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 (exercícios de 2004 e 2005) – R\$82.134,70;
- 2 Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas da respectiva documentação fiscal, e consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias (exercício de 2004 e 2005) – R\$137.130,89;
- 3 Falta de recolhimento do ICMS por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro em sua escrita de entrada de mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária apurado por levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado (exercício de 2004 e 2005) – R\$126.008,59.

Após tramitação regular do presente PAF em primeira e segunda instâncias, esta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, em Decisão não unânime quanto à infração 1, negou provimento a ambos os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados.

O voto proferido pelo ilustre Conselheiro Relator Márcio Medei:

infração 1, invocou os seguintes fundamentos:

“VOTO VENCIDO (Quanto ao Recurso Voluntário – Exercício de 2004 – Infração 1)”

“Tratam os autos de Recurso Voluntário e de Recurso de Ofício, o segundo interposto pela Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do art. 169, I, “a”, item 1, do RPAF/99, considerando que o julgamento levado a efeito pela instância originária resultou em sucumbência para a Fazenda Pública.

A infração 1 acusa o sujeito passivo de falta de recolhimento de ICMS constatado pela apuração de diferença tanto de entradas como de saídas de mercadorias sendo exigido 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.

Os julgadores de Primeira Instância administrativa, durante a instrução do feito, realizaram uma diligência, a fim de se apurar, com maiores detalhes, os valores obtidos na fiscalização, onde foi constatado que a omissão de maior valor monetário foi a das operações de saídas, e não a de entradas como entendeu o autuante. Tendo em vista o resultado das diligências realizadas durante a instrução do feito a I. Julgadora manteve a autuação relativa à infração no valor inicialmente exigido.

Analizando todo o in fôlio fica evidente a nulidade da infração 1, no tocante ao exercício de 2004. Como é de sabença notória o lançamento de ofício é um ato vinculado, e deve preencher aqueles requisitos no RPAF. No presente caso, pode-se constatar que a presente autuação não indicou a infração e o valor do débito com a devida segurança, vez que o agente fiscal indicou que as omissões de entradas possuíam uma diferença de maior expressão monetária, enquanto, no curso do feito foi constatado o contrário.

Assim, tendo em vista o vício insanável na autuação, vez que o fulcro da fiscalização foi alterado, de omissão de entradas para omissão de saídas, bem como a elevação do valor do débito, não há outra saída a este julgador a não ser julgar nula a infração 1 quanto ao exercício de 2004.

Quanto as demais infrações, observo que o sujeito passivo não trouxe aos autos argumentos ou provas novas que pudessem alterar o Acórdão hostilizado. Ressalte-se, ainda, que os julgadores de Primeira Instância administrativa ao analisarem a documentação e os argumentos trazidos pelo recorrente, acolheram em parte tais alegações e reduziu consideravelmente os valores inicialmente exigidos.

Não há como se acolher a alegação de nulidade sob o fundamento de que as infrações 2 e 3 estavam correlacionadas com a infração 1, pois, conforme se pode constatar, os objetos das referidas infrações são totalmente diferentes e, conseqüentemente, a anulação da infração 1 não vicia as demais infrações.

Quanto ao Recurso de Ofício, o mesmo merece ser totalmente improvido. Conforme se extrai dos autos, as reduções levadas a efeito pela JJF foi baseada em provas materiais, onde ficou constatado o equívoco da autuação.

Desta forma, voto do sentido em dar provimento parcial ao Recurso Voluntário, para julgar nula a infração 1 (exercício de 2004), e não prover o Recurso de Ofício.

Recomendo, ainda, a renovação da ação fiscal no tocante à infração 1.

Quanto ao exercício de 2005, verifico que a mesma encontra-se correta, pois desde o início o imposto foi exigido como omissão de entrada”.

Divergindo do voto condutor, proferiu o Conselheiro Álvaro Barreto Vieira voto vencedor quanto à infração 1, nos seguintes termos:

“VOTO VENCEDOR (Quanto ao Recurso Voluntário – Exercício de 2004 – Infração 1)”

“Quanto ao Recurso de Ofício, acompanho o voto proferido pelo ilustre conselheiro relator, todavia, respeitosamente, divirjo do seu posicionamento no que tange ao Recurso Voluntário, pois considero que a Decisão recorrida relativamente à infração 1 não carece de qualquer reparo.

Ao se apurar uma omissão de saída de mercadoria mediante levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado, o ICMS é cobrado com base na própria operação de saída omitida; tratando-se de omissão de entrada, o ICMS é exigido com base na presunção legal de que o Recurso financeiro empregado na aquisição da mercadoria cuja entrada foi omitida teve origem em uma operação de saída anteriormente realizada desacompanhada de documentação fiscal. Dessa forma, tanto na hipótese de omissão de saída como na de omissão de entrada, o fato gerador do ICMS lançado é o mesmo: a operação de saída de mercadorias sem a emissão da correspondente documentação fiscal. Não há, portanto, mudança no fulcro da autuação quando se passa de uma cobrança de imposto com base em uma omissão de entrada para uma cobrança com base em uma omissão de saída.

No caso em tela é importante salientar que as duas espécies de omissões constaram no levantamento quantitativo original e eram, desde a lavratura do Auto de Infração, do conhecimento do recorrente. Além disso, quando se passou a exigir o imposto com base na omissão de saída, cuidou a primeira instância de notificação do autuado acerca desse fato e de reabrir integralmente o prazo defensivo, não havendo, assim, qualquer cerceamento de defesa.

O disposto no artigo 14 da Portaria nº 445/98 prevê que, quando se apurar omissões de entradas e de saídas em um mesmo levantamento quantitativo, caso o sujeito passivo venha a comprovar a improcedência da presunção relativamente à omissão de entrada, deverá a fiscalização manter a cobrança referente à omissão de saída. Essa disposição contida nesse citado artigo 14 robustece o meu entendimento de que a mudança no tipo da omissão apurada mediante um mesmo levantamento quantitativo de estoque não acarreta modificação no fulcro da autuação.

Uma vez que não houve mudança na razão da autuação, passo a examinar o aspecto referente ao valor que foi lançado.

Na infração 1, foi originalmente cobrado ICMS no valor total de R\$82.134,70, sendo R\$ 35.862,12 em relação ao exercício de 2004 e R\$ 46.272,58 pertinente ao exercício de 2005. O cerne da nossa questão se prenderá ao exercício de 2004, pois, em relação ao exercício de 2005, não houve mudança nem quanto ao valor cobrado e nem quanto à espécie de omissão apurada.

Em primeira instância, após as devidas retificações, o valor cobrado em relação ao exercício de 2004 passou de R\$ 35.862,12 para R\$ 239.261,58. Ante a impossibilidade de majorar o valor originalmente lançado, a relatora da Decisão recorrida manteve o valor cobrado no Auto de Infração e representou à autoridade competente para que instaurasse novo procedimento fiscal visando cobrar a diferença apurada.

Não vislumbro qualquer correção a fazer nessa Decisão da Primeira Instância, pois as retificações efetuadas estão corretas e encontram respaldo em documentação acostada ao processo, bem como entendo que há segurança na determinação da infração e do valor devido. O fato de o valor devido ser superior ao originariamente lançado não invalida a autuação, desde que se represente à autoridade fazendária competente para providenciar nova ação fiscal visando cobrar o valor que não pode ser alcançado neste lançamento, conforme fez a primeira instância.

Quanto às alegações recursais pertinentes aos equívocos na determinação de valores devidos, às mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária e a divergências entre os números reais e os apurados pelo autuante, acolho, sem ressalva, o resultado da última diligência, efetuada por auditora fiscal da ASTEC. Do mesmo modo afasto os argumentos referentes a Auto de Infração anteriores, pois conforme já explicados na Decisão recorrida, “eles não interferem na presente lide”.

Por fim, ressalto que a repartição fazendária de domicílio do recorrente deverá instaurar o mais breve possível nova ação fiscal visando cobrar o valor que não alcançado pela infração 1, tendo em vista que o direito de constituição do referido crédito tributário decairá em 31/12/09.

Quanto às infrações 2 e 3, acompanho em sua totalidade o brilhante voto proferido pelo ilustre relator.

Pelo acima exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter inalterada a Decisão recorrida.”

Inconformado com a referida Decisão, interpõe o autuado “Recurso de Reconsideração” (fls. 1554 a 1557), através do qual inicialmente ressalta que esta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal “*julgou não provido por Decisão não unânime o Recurso Voluntário interposto.*” Diz que as infrações 2 e 3 apresentam os seguintes valores: a) infração 2 – R\$137.230,87, e b) infração 3 – R\$126.080,59, tendo sido reduzidas, de acordo com o Relatório de Julgamento, cujo teor transcreve, para R\$89.938,84 e R\$81.498,26, respectivamente, totalizando R\$171.437,10. Argumenta que, considerando que na resolução consta um débito de R\$253.472,80, entende haver um engano por ser retificado, pelo que requer a reconsideração do julgamento proferido em primeira instância.

Instada a se manifestar, a Douta PGE/PROFIS salienta, inicialmente, que inexistente tal espécie recursal na legislação de regência do processo administrativo fiscal do Estado da Bahia, asseverando, porém, que “*para que reste extirpada de dúvidas que não se está violando direito processual do contribuinte*” seria analisado o conteúdo recursal.

Assinala que “*houve equívoco do autuado em sua irresignação e pedido*”, invocando o art. 173, IV, § 2º, do RPAF/99 para aduzir que,

Recurso sem previsão legal, como fora atestado pelo Parecer da Profis, deve a Presidente da CONSEF (sic) indeferir liminarmente, com Parecer fundamentado.” Ao final, manifesta-se no sentido de que deve o PAF ser remetido ao gabinete da Presidente do Consef, para cumprimento da legislação pertinente.

O insigne Auditor Fiscal Assessor da Presidência, Dr. Valtécio Serpa Júnior apresenta manifestação (fls. 1562 e 1563), através da qual, após historiar os fatos que norteiam o presente PAF e transcrever o art. 169, “d”, do RPAF/99, entende que o pleito do autuado deve ser processado como “pedido de reconsideração”, independente do erro de nomenclatura cometido pelo sujeito passivo, *“tendo competência para apreciação, conforme texto legal supra transcrito, uma das Câmaras de Julgamento Fiscal, razão pela qual deve ser encaminhado via sorteio para um de seus Conselheiros.”*

A ilustre Presidente do CONSEF, exara nos fôlios processuais o seu “*DE ACORDO*”, determinando à Secretaria deste CONSEF *“para a ciência aos interessados, e demais procedimentos de sua alçada, especialmente a remessa para um dos Conselheiros das Câmaras de julgamento para apreciação.”*

Foram acostados aos autos extratos do SIGAT (fls. 1570 e 1571), demonstrando o pagamento parcial do débito autuado.

VOTO

Inicialmente, faz-se mister o enfrentamento dos pressupostos de admissibilidade do Pedido de Reconsideração formulado pelo autuado.

Estatui o art. 169, I, “d”, do RPAF, *ad litteram verbis*:

“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.”* (grifos nossos)

Da análise do supracitado dispositivo regulamentar, deflui-se que são dois os requisitos de admissibilidade do aludido Recurso:

- a) ter ocorrido reforma, no mérito, da Decisão de Primeira Instância; e
- b) não terem sido apreciadas, por parte dos julgadores do CONSEF, matéria de fato ou fundamento de direito arguidos na impugnação.

In casu, percebe-se que a Decisão proferida em segunda instância por parte desta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal negou provimento aos Recursos de Ofício e Voluntário, apresentados, respectivamente, pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal e pelo contribuinte, razão pela qual não houve reforma de mérito, da Decisão proferida em primeira instância.

Ademais, inexistem nos fôlios processuais qualquer matéria de fato ou fundamento jurídico arguido pelo recorrente em sua impugnação que não tenha sido apreciado nas fases anteriores de julgamento, pelo que, também por este aspecto, não há como prosperar o pleito constante da peça recursal.

Destarte, tendo em vista que o recorrente não satisfaz qualquer dos requisitos de admissibilidade insculpidos na norma regulamentar, voto no sentido de NÃO CONHECER do Pedido de Reconsideração interposto, mantendo a Decisão recorrida em todos

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO CONHECER** do Pedido de Reconsideração apresentado e homologar a Decisão recorrida que negou provimento aos Recursos de Ofício e Voluntário e manteve a Decisão que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269141.0004/06-8**, lavrado contra **COMLAB COMERCIAL ATACADISTA E REPRESENTAÇÕES BAHIA LTDA. (QUEIJO & CIA.)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$253.472,80**, acrescido das multas de 70% sobre R\$171.974,54 e 60% sobre R\$81.498,26, previstas, respectivamente, no art.42, incisos III e II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$50,00**, prevista no art.42, XXII, da mesma lei, com os acréscimos moratórios estabelecidos a partir da Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de setembro de 2010.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR

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