

PROCESSO - A. I. Nº 140777.0002/09-7
RECORRENTE - TAKRAF DO BRASIL SOLUÇÕES TECNOLÓGICAS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO - ACÓRDÃO CJF 0108-12/11
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET - 27/12/2011

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0431-12/11

EMENTA: ICMS. INADMISSIBILIDADE DE RECURSO. Constitui requisito para a admissibilidade do Pedido de Reconsideração da Decisão da Câmara de Julgamento Fiscal, 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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO CONHECIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Pedido de Reconsideração contra o julgamento de 2ª Instância relativamente ao Auto de Infração lavrado em 02 de fevereiro de 2009, o qual exige ICMS de R\$329.286,12, além de multa no percentual de 60%, relativo à seguinte infração:

“Falta de recolhimento do ICMS sobre importação, relativo a mercadorias e/ou bens procedentes do exterior, destinados fisicamente a este Estado, no caso do importador ser estabelecido em outra unidade da Federação e o desembaraço aduaneiro ocorrer ou não em Estado diverso de seu domicílio”.

Inicialmente, o feito foi julgado pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal, que, através do Acórdão JJF 0315-03/09 entendeu ser o lançamento nulo, recorrendo de ofício de tal Decisão, na forma do artigo 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99 (fls. 154 a157).

Submetido o Auto de Infração a julgamento pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, através do Acórdão CJF 0068-11/10 (fls. 168 a 172), tal órgão de segunda instância, anulou a Decisão anterior, retornando o processo para nova apreciação por parte da Junta de Julgamento Fiscal originária, que, através do Acórdão JJF 0201-03/10 (fls. 188 a 194), em nova apreciação, desta vez julgou o lançamento improcedente, recorrendo de ofício mais uma vez, em atenção à norma legal.

Distribuído para a 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, o processo foi julgado procedente, na forma do Acórdão CJF 0108-12/11 (fls. 208 a 218). Diante de tal Decisão, o sujeito passivo apresentou Pedido de Reconsideração (fls. 227 a 235), no qual faz breve síntese dos fatos, afirmando, inicialmente, ser uma empresa idônea, e que realizou a importação objeto do presente lançamento diante de sua necessidade precípua de comercialização.

Afirma que a fiscalização do Estado da Bahia, que no caso em tela, entendeu que o imposto seria ao mesmo devido, diante do fato de ter reputado a operação de importação como fato gerador do ICMS, apreendendo, inclusive, a mercadoria, a qual somente foi liberada via medida judicial, o que não impediu de efetivar o lançamento tributário, ao qual se seguiu verdadeira “*batalha administrativa*”, tendo, em primeira instância, seu pleito sido acolhido, mediante julgamento do Auto de Infração como nulo.

Após tecer consideração acerca do cabimento do pedido realizado, no seu entender, atendido, vez que “*dispõe o artigo 169, do Decreto n. 7.629, de 1999, que regulamenta o procedimento administrativo fiscal no Estado da Bahia, que caberá Pedido de Reconsideração, em face de Decisão colegiada que modifique entendimento exarado em primeira instância*”, e que “*não*

restam dúvidas acerca da adequação do presente caso à hipótese legalmente estampada, uma vez que o acórdão ora vergastado reformou a Decisão de primeira instância, favorável ao contribuinte”.

A seguir, faz uma série de observações acerca do mérito do lançamento, especialmente no tocante ao fato gerador do ICMS contido no artigo 155, parágrafo 2º, inciso IX, alínea “a” da Constituição Federal, para, a seguir, informar que ao realizar o procedimento de importação, recolheu o tributo em favor do Estado que entendia ser devido, em face da legislação e jurisprudência.

Cita Decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), cujo teor da ementa transcreve, para sustentar o seu posicionamento, adentrando em considerações acerca do caráter confiscatório da multa, baseando sua posição em texto doutrinário de Sacha Calmon, aduzindo que, tendo agido de boa fé a multa deva ser revista pelo julgador, razão pela qual, ao final, requer o recebimento e julgamento do Pedido de Reconsideração, com a declaração de nulidade do Auto de Infração, face à ilegitimidade ativa do Estado da Bahia, ou, alternativamente, caso tal hipótese não aconteça, a anulação ou redução da multa aplicada, vez que de natureza confiscatória.

Opinativo da PGE/PROFIS, de fl. 239, após indicar que o Pedido de Reconsideração nada mais é do que a repetição das alegações já postas anteriormente, posiciona-se que o mesmo não deve ser conhecido, por não preencher os requisitos de admissibilidade, uma vez que não há matéria de fato ou fundamento de direito arguido na impugnação e não apreciado anteriormente.

Diz, ainda, que a norma de regência do referido Recurso, tem como premissa evitar a supressão de instância, e que, não havendo pendência de apreciação de fato ou argumento jurídico pelas duas instâncias, não há que se permitir seu seguimento, opinando, pois, pelo Não Conhecimento do mesmo.

VOTO

Inicialmente, cabe ao julgador o exame da admissibilidade do Recurso apresentado vez que o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), exige que o Pedido de Reconsideração verse sobre matéria de fato ou fundamento de direito arguidos pelo sujeito passivo na impugnação e não apreciados nas fases anteriores de julgamento, conforme redação contida no artigo 169, inciso I, alínea “d” do RPAF/99. Quanto à questão de direito está claro que a Decisão atacada enfrentou os fundamentos contidos na impugnação e no voto do relator da 1ª Instância. O Conselheiro desta Câmara de Julgamento Fiscal, na Decisão “*a quo*”, ao fundamentar seu voto analisou a matéria na sua totalidade, inclusive avançando, ao comentar a Decisão de primeiro grau, para decidir pela reforma do julgado, conforme pode ser visto nos trechos do julgamento atacado, a seguir transcritos:

Quanto à legitimidade da cobrança do imposto pelo Estado da Bahia:

“...A discussão, igualmente, não passa sobre a questão de destinatário “físico” ou “jurídico” das mercadorias, tendo em vista que a documentação acostada ao processo não deixa qualquer sombra de dúvidas de que o importador da mercadoria é a empresa autuada, especialmente a Declaração de Importação de nº 09/0037716-4, além do Comprovante de Importação, constante às fls. 6, 7 e 21 a 26 e 6 dos autos.

Embora de aspecto polêmico, ensejando discussões acadêmicas, doutrinárias e jurídicas, a questão se apresenta, na minha, visão de uma maneira extremamente clara, senão vejamos.

Em primeiro lugar, parte de uma constatação, qual seja, a de que as mercadorias importadas pelo Porto de Salvador, pelo autuado, não transitaram no seu estabelecimento, localizado no Estado de Minas Gerais, sendo encaminhadas, após o desembarque aduaneiro para o destinatário real das mesmas, localizado no Estado da Bahia. E tal conclusão advém do fato de que a ocorrência foi verificada pela fiscalização existente no porto de Salvador, precisamente no Posto Fiscal ali instalado, no momento do desembarque físico das mercadorias. Tem-se, portanto, um fato, não uma suposição ou elucubração”.

Mais adiante, assim se posiciona o relator de 2º grau:

"Pacífico, pois, o entendimento de que o sujeito passivo do ICMS na operação de importação é o importador, assim constante nos documentos de importação, sendo irrelevante a questão do destino físico da mercadoria importada, à vista, repita-se, do mencionado artigo 573, o qual, determina, ainda em seu § 3º que para documentar a operação, o importador emitirá Nota Fiscal relativa à entrada simbólica das mercadorias ou bens, sem destaque do imposto, na qual deverá constar, além dos demais requisitos, no campo próprio, a indicação de que o ICMS relativo à importação foi recolhido em favor do Estado onde ocorreu a entrada física das mercadorias ou bens".

E concluindo o voto, observa:

"Percebe-se, pois, que a questão se encontra posta de forma bastante clara pela legislação, e mais: o acerto com que o funcionário fiscal agiu, dentro da sua competência, e em obediência ao comando legal, e no pleno exercício do princípio da legalidade, que é a expressão maior do Estado Democrático de Direito, traz a garantia de que a sociedade não está presa às vontades ou interesses particulares e/ou pessoais, daquele que governa, sendo os seus efeitos e importância bastante visíveis no ordenamento jurídico, bem como na vida social".

Quanto à questão da confiscatoriedade da multa, consta no voto ora atacado:

"Quanto ao aspecto da excessividade do percentual de multa aplicada (60%), como pretendido pela recorrida em sua peça defensiva, igualmente não pode ser aceita, diante da descrição da infração cometida, e de sua previsão legal, tendo em vista a Lei nº 7.014/96, artigo 42, que em seu inciso II, alínea "f", contempla exatamente com o percentual atacado, a conduta adotada pela empresa.

Descabe, pois, qualquer outra penalidade, diante dos princípios da legalidade e da segurança jurídica, que dispensariam maiores comentários, entretanto, ainda assim, os abordaremos.

Dessa forma a tese arguida pelo autuado de que as multas possuiriam caráter confiscatório, motivo, inclusive de pedido ao final de sua peça defensiva, e diante dos percentuais aplicados observo que dentre os princípios vigentes no processo administrativo, um deles, dentre os de maior importância é o da legalidade, o qual tem a sua gênese na Constituição Federal, artigo 5º, inciso II, ao dispor que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". Esse princípio tem forte ligação com o próprio Estado de Direito, uma vez que nele é assegurado o "império da lei" ou "jus imperium"."

Por outro lado, reitere-se, o artigo 169, inciso I, alínea "d" do RPAF/99, com a redação em vigor, fruto da alteração promovida pelo Decreto nº. 8.866/04, de 05 de janeiro de 2004, ao prever a possibilidade de apresentação de Pedido de Reconsideração, estabeleceu que as premissas necessárias para o seu conhecimento são que a Decisão da CJF 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 (grifo do relator);

Note-se que a expressão "desde" existente na frase tem o sentido de estabelecer o requisito adicional, caso ocorrida à reforma de Decisão por órgão colegiado, ou seja, indica que o primeiro requisito deve estar presente, condicionado com o segundo, excluindo, de plano, apenas a presença de um deles, de forma autônoma, para ocorrer a possibilidade de seu acatamento e análise, tal como entende o recorrente na sua expressão "...caberá Pedido de Reconsideração, em face de Decisão colegiada que modifique entendimento exarado em primeira instância", e que "não restam dúvidas acerca da adequação do presente caso à hipótese legalmente estampada, uma vez que o acórdão ora vergastado reformou a Decisão de primeira instância, favorável ao contribuinte".

Isso significa dizer, que não basta pura e simplesmente à reforma de Decisão, como postulado. Há de existir, ainda, matéria de fato ou fundamento de direito que não tenha sido objeto de apreciação, ainda que alegados pelo sujeito passivo, o que no caso em tela incorreu.

Dessa forma, entendendo que apenas um dos requisitos legais seria condição bastante para a interposição do Recurso ora apreciado, qual seja, aquele que diz respeito apenas ao requisito "da Decisão colegiada que modifique o entendimento exarado em primeira instância", desconsiderando o outro requisito que seria a análise da "matéria de fato ou fundamento de direito arguidos pelo sujeito passivo na impugnação e não apreciados nas fases anteriores de julgamento".

Por seu turno, o inciso V, do artigo 173, do mencionado RPAF/99, preconiza que não se conhecerá o Recurso Voluntário sem a demonstração de existência de matéria de fato ou fundamento de direito arguidos pelo sujeito passivo e não apreciados em decisões anteriores, com referência ao pedido de reconsideração previsto na alínea "d" do inciso I do artigo 169.

Da leitura dos citados dispositivos, repito, vê-se que existem dois requisitos para a admissibilidade do Pedido de Reconsideração, e que, embora tenha sido atendida a primeira parte do requisito, ou seja, a reforma de Decisão, por outro lado inexistente o outro requisito de admissibilidade, qual seja questão de fato ou de direito não apreciada no julgamento anterior, uma vez que foram devidamente enfrentados, havendo posicionamento detido do julgador quanto aos mesmos, a rigor, repetidos no Pedido de Reconsideração, como bem observado no Parecer da PGE/PROFIS.

Neste aspecto, é pacífico o entendimento deste Conselho de Fazenda, à vista, inclusive, dos Acórdãos CJP 0163-12/09, CJP 0225-12/09 e CJP 0124-12/04.

Dessa alinhando-me com o opinativo da PGE/PROFIS e voto pelo NÃO CONHECIMENTO do Pedido de Reconsideração, pois ausentes no pleito do recorrente os pressupostos previstos no artigo 173, inciso V, do RPAF/99.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO CONHECER** o Pedido de Reconsideração apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **140777.0002/09-7**, lavrado contra **TAKRAF DO BRASIL SOLUÇÕES TECNOLÓGICAS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$329.286,12** acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "f", da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de dezembro de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - RELATOR

ROSANA MACIEL BITENCOURT PASSOS – REPR. DA PGE/PROFIS