

PROCESSO - A. I. Nº 152846.0007/13-8
RECORRENTE - FIRE COMÉRCIO DE MATERIAIS ELÉTRICOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO - Acórdão 2ª CJF nº 0279-12/14
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 23.12.2014

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0393-12/14

EMENTA: ICMS. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO. FALTA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS À SUA INADMISSIBILIDADE. Embora tenha havido reforma da Decisão de primeira instância pela Câmara de Julgamento Fiscal, não foi argüida matéria de fato ou fundamento de direito, desde a impugnação, que não tenha sido apreciado em ambas as instâncias de julgamento. Inadmissível, portanto, a utilização do Pedido de Reconsideração, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea "d", do RPAF/99. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO CONHECIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuida-se de Pedido de Reconsideração interposto em face da Decisão proferida por esta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, que deu Provimento ao Recurso de ofício para restabelecer o débito da infração 2 do lançamento originário, cuja imputação é de haver deixado o contribuinte de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES NACIONAL, no período de novembro de 2009 a dezembro de 2011, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado.

Os fundamentos da Decisão exarada pelos membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, expressos no voto da Conselheira Denise Andrade Barbosa, e que modificaram a Decisão de piso, dizem, *ipsis litteris*:

VOTO

O Recurso de Ofício foi interposto em face do julgamento em primeira instância, pela procedência em parte da infração 2, na qual se acusa o autuado de ter deixado de efetuar o recolhimento do ICMS devido em razão da antecipação parcial, referente a mercadorias adquiridas de fora do Estado da Bahia, no período de novembro de 2009 a dezembro de 2011.

A Junta de Julgamento Fiscal decidiu que não cabia a cobrança de ICMS, mas somente da penalidade prevista no § 1º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, ao entendimento de que o autuado teria comprovado o débito do imposto nas operações de saídas das mercadorias.

Observo, do exame dos autos, que se trata empresa enquadrada no Simples Nacional, no período objeto da autuação, e, portanto, estava obrigado a calcular o valor mensal devido com base numa "cesta" de tributos, sendo o ICMS apenas uma parcela do débito mensal.

Conforme indicado na Decisão recorrida, a Lei Complementar nº 123/06, que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte (Simples Nacional), prevê o seguinte:

Art. 13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições:

(...)

§ 1º O recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:

(...)

XIII - ICMS devido:

(...)

g) nas operações com bens ou mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, nas aquisições em outros Estados e Distrito Federal:

1. com encerramento da tributação, observado o disposto no inciso IV do § 4º do art. 18 desta Lei Complementar;

2. sem encerramento da tributação, hipótese em que será cobrada a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sendo vedada a agregação de qualquer valor;

(...)

A mencionada Lei ainda estabeleceu, no § 6º do artigo 13, que caberia ao Comitê Gestor do Simples Nacional disciplinar a "forma e as condições em que será estabelecido o regime de antecipação do ICMS previsto na alínea g do inciso XIII do § 1º deste artigo". Vejamos os dispositivos:

§6º O Comitê Gestor do Simples Nacional:

I - disciplinará a forma e as condições em que será atribuída à microempresa ou empresa de pequeno porte optante pelo Simples Nacional a qualidade de substituta tributária; e

II - poderá disciplinar a forma e as condições em que será estabelecido o regime de antecipação do ICMS previsto na alínea g do inciso XIII do §10 deste artigo.

o RICMS/97, vigente à época dos fatos, prevê o que se segue:

Art. 352-A. Ocorre a antecipação parcial do ICMS nas entradas interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso IX do art. 61, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.

(...)

§ 8º Os contribuintes enquadrados na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte, optantes pelo Simples Nacional, deverão calcular a antecipação parcial decorrente de aquisições interestaduais nos termos da alínea "b" do inciso VII do art. 386, sem prejuízo das reduções previstas nos §§ 2º a 5º e 6º deste artigo.

(...)

Art.386. O recolhimento na forma do Simples Nacional não exclui a incidência do ICMS devido:

(...)

VII - nas operações com bens ou mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, nas aquisições em outros Estados e Distrito Federal:

a) com encerramento da tributação, observado o disposto no inciso IV do § 4º do art. 18 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006;

b) sem encerramento da tributação (antecipação parcial), hipótese em que será cobrada a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sendo vedada a agregação de qualquer valor, sem prejuízo das reduções previstas nos §§ 2º a 5º e 6º do art. 352-A;

Parágrafo único. A diferença entre a alíquota interna e a interestadual de que tratam a alínea "a" do inciso VII e o inciso VIU deste artigo será calculada tomando-se por base as alíquotas aplicáveis às pessoas jurídicas não optantes pelo Simples Nacional.

Pelo exame dos autos, constata-se que a autuante, para comprovar a infração, colacionou aos autos (fls. 73 a 1248) todas as notas fiscais relacionadas em seus demonstrativos de fls. 13 a 38 e o próprio contribuinte reconheceu a acusação fiscal, limitando-se, em sua peça defensiva, a alegar que o imposto estadual foi recolhido nas saídas das mercadorias e que a alíquota de 17% não poderia ter sido aplicada.

Ressalto que, ao contrário do que foi alegado pelo autuado, o cálculo do valor do ICMS - antecipação parcial foi feito com base na diferença entre a alíquota interna (17%) e a alíquota interestadual (7%), consoante as planilhas acostadas às fls. 13 a 38 dos autos.

Para comprovar a sua alegação, de que as mercadorias teriam sido objeto de tributação nas operações de saídas, o recorrente anexou ao PAF apenas os documentos de arrecadação do Simples Nacional (fls. 1287 a 1331) com valores, em diversos meses, muito inferiores àqueles que deveriam ter sido recolhidos a título de ICMS por antecipação parcial, consoante os exemplos abaixo, não havendo como haver a certeza de que as mercadorias realmente tiveram a sua tributação feita nas operações de saída e no valor efetivamente devido ao Estado da Bahia:

1. no mês de julho de 2010, o débito lançado neste Auto de Infração foi de R\$14.116,09, enquanto que o valor pago pela "cesta" de tributos (todos) foi de R\$3.004,12 (fl. 1302);

2. no mês de agosto de 2010, o débito lançado neste Auto de Infração foi de R\$32.708,23, enquanto que o valor pago pela "cesta" de tributos (todos) foi de R\$3.480,09 (fl. 1303);

3. no mês de setembro de 2010, o débito lançado neste Auto de Infração foi de R\$21.025,44, enquanto que o valor pago pela "cesta" de tributos (todos) foi de R\$3.562,38 (fl. 1304).

Sendo assim, concluo que não se encontra devidamente demonstrada a alegação defensiva, de que as mercadorias objeto desta autuação foram devidamente tributadas nas operações de saídas e no valor exato devido de imposto.

Além disso, observo que a Junta de Julgamento Fiscal laborou em equívoco, ao aplicar somente a multa prevista no § 1º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, haja vista que o dispositivo legal é dirigido apenas às empresas sujeitas à apuração normal do ICMS. Vejamos a legislação:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

II - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente:

d) quando o imposto não for recolhido por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares; (redação dada pela Lei nº 10.847/07, efeitos a partir de 28/11/07).
(...)

§ 1º No caso de o contribuinte sujeito ao regime normal de apuração deixar de recolher o imposto por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares, mas, comprovadamente, recolher o imposto na operação ou operações de saída posteriores, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea "d" do inciso II"; (grifos não originais)

Por tudo quanto foi exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para restabelecer o débito relativo à infração 2 do lançamento de ofício, ressaltando que deve ser retificada a penalidade da infração 2 para 60% em todos os meses da autuação.

Cientificado da Decisão da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, o contribuinte interpõe Pedido de Reconsideração, fls. 1405/1411, para o qual requer provimento no sentido de que seja reformado o Acórdão CJF nº 0279-12/14, para que seja declarada a improcedência do Auto de Infração.

Após breve relato dos fatos, e dizendo do julgamento de primeiro grau que estabeleceu a procedência das infrações 1, 2 e 4, e parcial procedência da infração 2, aduz que a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal deixou de apreciar alguns argumentos apresentados na impugnação, o que justifica o seu pedido de reconsideração, a fim de que todas as razões de impugnação sejam enfrentadas pela Câmara de Julgamento Fiscal.

Aduz que a Junta de Julgamento Fiscal apenas se restringiu a declarar a procedência das infrações 1, 3 e 4, rejeitando o seu argumento atinente à aplicação da multa confiscatória, por entender não ser de sua competência a declaração da inconstitucionalidade da referida multa, sendo vedada a sua redução ou cancelamento, fato que entende prejudicar as razões de defesa apresentadas, pois, ignoradas em julgamentos anteriores à Decisão da Segunda Câmara de Julgamento Fiscal.

Por primeiro, destaca que a Agente de Tributos, quando da acusação fiscal, não observou os valores que foram pagos quando da apuração mensal do tributo, fato que determinaria que o imposto exigido não poderia ser cobrado novamente. Destaca e reproduz entendimento do CARF, aduzindo que "... dúvidas não remanescem acerca do equívoco constatado nos demonstrativos apresentados no Auto de Infração, quanto à utilização da base de cálculo, tendo em vista que a Requerente foi autuada no valor total do recolhimento do ICMS, quando, em verdade, realizou o recolhimento o referido tributo no momento da venda das mercadorias, conforme DASN juntados à impugnação, sendo este fato ignorado pela agente de Tributos".

Registra que sua conduta em nada prejudicou a Fazenda Estadual, lembrando que os valores a título de ICMS foram devidamente recolhidos aos cofres públicos, conforme os competentes Documentos de Arrecadação juntados à Impugnação.

Salienta que foi desprezado o fato de que a Requerente tinha enquadramento no regime do Simples Nacional, o que determina que a alíquota do ICMS deve ser aplicada de forma reduzida, redundando em autuação carente de liquidez e certeza, haja vista que tem fundamento em cálculos que não se coadunam com a realidade dos fatos e com a legislação estadual. Aduz que o Auto de Infração deve ser considerado NULO de pleno direito. Cita e transcreve a Súmula CONSEF nº 01/02.

Derredor da multa, assevera que além de confiscatória, tem caráter punitivo para os casos em que o contribuinte comete um ilícito. Entretanto, circunstância que destoa da realidade dos fatos, pois, de acordo com os elementos probatórios juntados à impugnação, não houve falta de recolhimento do ICMS, ainda que se admita a hipótese da impontualidade.

Concluindo, entende inegável o excesso de punição na aplicação da multa de 60%, por descumprimento de uma obrigação principal, devidamente recolhida, fato que restou desconsiderado pela Fiscalização.

Por derradeiro, requer seja dado provimento ao seu Pedido de Reconsideração, para que seja reformado o Acórdão CJF nº 0279-12/14, para que seja o Auto de Infração julgado improcedente.

Também requer que futuras publicações e intimações sejam dirigidas aos subscritores do presente Pedido.

Não há manifestação da PGE/PROFIS.

VOTO

Trata o presente de Pedido de Reconsideração, tempestivo, interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “d”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 2ª CJF deste CONSEF, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do imposto exigido no presente Auto de Infração.

Analisando a admissibilidade do presente Recurso, por primeiro há que se trazer à baila o Art. 169, I, “d”, do RPAF/99, cuja dicção é a seguinte:

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; (grifo do Relator)

A leitura da norma nos leva à conclusão de que requisitos precisam ser atendidos sob pena de não conhecimento do pedido formulado pelo Sujeito Passivo, quais sejam:

1. Que a Câmara tenha reformado, no mérito, Decisão prolatada em primeiro grau de julgamento;
2. Que a matéria motivadora da reforma tenha versado sobre matéria de fato ou fundamento de direito arguidos pelo sujeito passivo na impugnação, e que os ditos fatos ou fundamentos de direito não tenham sido apreciados nas fases anteriores de julgamento.

Da aplicação da norma ao caso concreto vê-se que para o item 1, acima referido, de fato a Câmara de Julgamento Fiscal reformou, no mérito a Decisão prolatada pela Junta de Julgamento Fiscal, restabelecendo a integralidade da exigência fiscal, contudo, a matéria que ensejou a reforma do julgado, em verdade não versa sobre matéria de fato ou fundamento de direito arguidos pelo sujeito passivo na impugnação, pois, a base da impugnação foi a desobrigação genérica de recolhimento do imposto exigido no Auto de Infração em razão de haver procedido ao recolhimento dos impostos inseridos na “cesta de tributos” contemplados pelo SIMPLES

Nacional.

Neste ponto, verifico que a Junta de Julgamento Fiscal afastou parte da exação com fundamento de que os documentos carreados aos autos pelo Contribuinte teriam o condão de elidir, pelo pagamento do imposto da cesta de tributos, a exigência atinente à Antecipação Parcial do ICMS.

Entendo claro que este segundo requisito resta desatendido para fins de conhecimento do pedido de Reconsideração, pelos motivos acima expostos, e muito mais pelas próprias razões do Requerente que aduz, *ipsis litteris*, que “No entanto, a Quarta Junta de Julgamento Fiscal, em seu Acórdão JJF nº 0074-04/14, deixou de apreciar alguns argumentos apresentados na impugnação protocolizada pela Requerente, o que motivou o presente pedido de reconsideração, a fim de que todas as razões impugnadas sejam enfrentadas pela competente Câmara de Julgamento Fiscal” – fato afeito à nulidade da Decisão recorrida que sequer foi trazido à apreciação da Câmara de Julgamento Fiscal.

Demais disso, no que concerne à não apreciação dos ditos fatos ou fundamentos de direito, vejo que também resta inatendido este requisito, na medida em que todas as razões de defesa foram devidamente enfrentadas pelos julgadores da Decisão de primeiro grau, notadamente aquela concernente à redução ou cancelamento da multa que, acertadamente, decidiram por não apreciar questões que envolvem a declaração de inconstitucionalidade, fato de sabença corriqueira, conquanto disposto no RPAF/Ba.

O breve registro feito acima serve ao propósito de demonstrar que as questões levantadas pelo Sujeito Passivo e atinente à nulidade do lançamento, foram devidamente apreciadas em 1º grau de julgamento administrativo, sem que houvesse insurgência contra a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal, fato que afasta a possibilidade de se conhecer do Pedido de reconsideração formulado pelo autuado.

Avançando, mesmo considerando que nulidade pode ser suscitada a qualquer tempo, entendo que o Pedido de Reconsideração não é meio próprio, vez que tem regramento específico no que atine à admissibilidade.

Por todo o exposto, impedido de avançar sobre o mérito do Pedido formulado pelo Sujeito Passivo em razão da falta de atendimento aos requisitos de admissibilidade, voto no sentido de NÃO CONHECER do Pedido de Reconsideração interposto.

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 **152846.0007/13-8**, lavrado contra **FIRE COMÉRCIO DE MATERIAIS ELÉTRICOS LTDA.** devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$455.107,66**, acrescido das multas de 50% sobre R\$2.461,46 e 60% sobre R\$452.646,20, previstas no art. 42, incisos I, “b”, item 1 e II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de dezembro de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS