

PROCESSO - A. I. Nº 206825.0045/09-5
RECORRENTE - BAHIA ALUMÍNIO COMÉRCIO E INDÚSTRIA DE PERFIS E LAMINADOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO – Acórdão 2ª CJF nº 0050-12/14
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 13/05/2015

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0103-12/15

EMENTA: ICMS. INEXISTÊNCIA DE PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO. Constituem requisitos para a admissibilidade do Pedido de Reconsideração da Decisão da Câmara, a reforma no mérito da primeira instância e 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, nos termos do art. 169, I, “d” do RPAF/99, contra a Decisão da 2ª CJF – Acórdão nº 0050-12/14 (fls. 2.082 a 2.094), que não proveu o Recurso de Ofício, interposto no Acórdão nº 0131-03/13 (fls. 1.959 a 1.969), assim como também não proveu o Recurso Voluntário apresentado pelo sujeito passivo (fls. 1.978 a 1.985), homologando a Decisão da Primeira Instância que julgou Parcialmente Procedente o Auto de Infração, no valor de R\$105.567,15, cujo lançamento de ofício, no valor original de R\$531.496,30, decorre da constatação de cinco infrações.

Em seu Recurso de Pedido de Reconsideração, às fls. 2.102 a 2.112 dos autos, o recorrente esclarece que o presente recurso é interposto face ao inconformismo em relação à decisão proferida inerente à infração 2, que trata de falta de recolhimento de antecipação parcial do ICMS para alguns meses dos exercícios fiscais de 2005 e 2006, onde se exige o pagamento de imposto acréscimo de multa por infração.

Alegou que, considerando a redação vigente à época, vislumbra-se que a infração apontada pelo preposto fiscal não estava contemplada dentre as previstas no art. 42 da Lei nº 7.014/96, pois a alínea “d” do inciso II do citado dispositivo legal, à época, tinha a seguinte redação: “*d) quando o imposto não for recolhido por antecipação, nas hipóteses regulamentares*”.

Reitera que, por força da Lei nº 10.847/2007, com efeitos a partir de 28/11/2007, a redação do mencionado dispositivo passou a ser: “*d) quando o imposto não for recolhido por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares*”.

Assim, só quando da nova redação foi acrescentada a hipótese de falta de recolhimento de ICMS por antecipação parcial, onde antes não havia tal previsão legal. Dessa forma, o fato constatado pelo preposto fiscal era atípico, para fins de aplicação de penalidade.

Ressalta ainda o recorrente que o ICMS devido pela venda das mercadorias foi apurado e pago dentro do prazo do ICMS próprio, cujo prazo de pagamento é até o nono dia do mês subsequente ao da saída da mercadoria. Assim é que, ainda que a antecipação parcial não tenha sido paga no prazo regulamentar, e mesmo sendo fato atípico à época para fins de aplicação de penalidade, o erário não sofreu prejuízo.

Enfatiza ainda que, de acordo com o disposto no § 1º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, com redação dada pela Lei nº 10.847/07, neste caso, se fosse devida a aplicação de penalidade, a infração teria como valor máximo o valor resultante da aplicação do percentual de 60% sobre o valor do ICMS que deixou de ser pago no prazo regulamentar, visto que não se apropriou do valor a título de crédito fiscal e o ICMS devido na operação de venda das mercadorias foi pago regularmente, pois o citado dispositivo é taxativo ao afirma que *deve ser dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação*, no caso de recolhimento do imposto na operação ou operações de saídas posteriores.

Destaca que a alegação inicial da recorrente foi pela atipicidade de conduta infracional com aplicação de penalidade, tendo o relator de 1ª instância assim descrito o fato:

A lei que o defendente se referiu está relacionada à multa exigida no caso em que não é recolhido o ICMS relativo à antecipação parcial, considerando que a partir de 28 de novembro de 2007, a alínea "d" do inciso II do art. 42 da mencionada Lei 7.014/96, foi alterada, pela Lei nº 10.847/07, incluindo no percentual de 60% do imposto exigido por antecipação parcial não recolhido. Esta alteração tem efeitos a partir de 28/11/2007, e a exigência do imposto nesta autuação foi efetuada em relação aos exercícios de 2005 e 2006.

O recorrente salienta que a infração foi modificada pelo autuante, passando a ter nova acusação, atribuindo a tipificação contida na alínea "f" do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96, tendo o relator de 1ª instância se manifestado nos seguintes termos:

Observo que até o mês 27/11/2007, apesar de não haver multa específica para a falta de recolhimento da antecipação parcial, a alínea "f" do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96 previa a multa de 60% para todo e qualquer caso em que se configurasse infração diversa das expressamente previstas nos demais tópicos do art. 42, que importasse descumprimento de obrigação tributária principal, não havendo dolo. Assim, de acordo com o mencionado dispositivo legal, está correta a multa indicada na autuação, no percentual de 60%, alterando-se apenas o seu enquadramento legal, salientando-se que este tem sido o entendimento no âmbito do CONSEF, conforme ACORDÃO CJF 0235-11/10.

Reitera o recorrente que a não aplicação do disposto no § 1º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, é uma aberração, pois, no seu entender, o autuante somente poderia exigir o imposto se provasse que não fora recolhido na operação ou operações de saídas posteriores, em respeito ao princípio da verdade material, do que tece considerações dos limites constitucionais ao poder de tributar.

O recorrente destaca que no julgamento em 2ª instância houve divergência de entendimento quanto à incidência da multa aplicada, do que passa a transcrever, na íntegra, o voto divergente, para em seguida declarar que tais manifestações expressam tudo o quanto a recorrente arrazoou em suas peças defensivas e recursais.

Aduz o recorrente que também corrobora suas alegações defensivas e recursais o fato de que a própria relatora de 2ª Instância afirmou:

No mais, ressalto a possibilidade do contribuinte requerer a dispensa da multa a ele imposta, se valendo do meio processual previsto no art. 159 do RPAF/BA, com pedido dirigido à Câmara Superior, considerando que o errôneo enquadramento do fato infracional pelo autuante o impossibilitou a exercer seu direito de pagar o tributo com redução de 100% da multa, conforme autorizava o comando normativo contido no art. 45-A, da Lei nº 7.014/96. Nesse sentido o CONSEF tem reiteradamente se manifestado.

Em seguida, o recorrente passa a analisar a "ordem e a estrutura" do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96 e conclui que, conforme dispõe o art. 18 do RPAF, a mudança da tipificação legal da infração é motivo de nulidade do lançamento. Além disso, diz que o lançamento fiscal para a infração 2 não traz em si como prova fundamental os documentos fiscais propriamente ditos, pois fundamenta-se em relação de notas fiscais, o que fere decisões reiteradas do CONSEF.

Por fim, requer:

- a) seja declarada nula a infração 2 por cerceamento ao direito de contraditório e ampla defesa em razão da alteração na capitulação legal da infração e pela falta de cópias dos documentos fiscais a que correspondem a exigência do imposto no lançamento de ofício;
- b) não sendo acatada a nulidade requerida na alínea anterior, seja reformada a decisão para decretar a procedência parcial da infração com aplicação unicamente da multa pelo recolhimento intempestivo, haja vista a imperiosa dispensa da exigência do imposto devido por antecipação quando o imposto tiver sido pago pela saída (aplicação imperiosa do disposto no § 1º do art. 42 da Lei nº 7.014/96);
- c) seja dispensada a multa imposta na infração 2, considerando que o errôneo enquadramento da infração pelo autuante impossibilitou exercer o direito de pagar o tributo com redução de 100% da multa, conforme autorizava o art. 45-A, da Lei nº 7.014/96.

O Parecer da PGE/PROFIS, às fls. 2.122 e 2.123 dos autos, é pelo não conhecimento do Recurso de Pedido de Reconsideração, em razão de não preencher os requisitos de admissibilidade previstos no art. 169, I "d", do RPAF, a saber: 1) decisão de Câmara que tenha reformado no mérito a decisão de primeira instância administrativa; 2) versar sobre matéria de fato ou fundamento de direito não apreciados nos julgamentos anteriores.

Salienta o opinativo que, no presente caso, nenhum dos dois requisitos indispensáveis ao conhecimento do pedido de reconsideração encontra-se presente, seja porque a decisão de Câmara homologou a decisão de Primeira Instância administrativa, seja porque os fundamentos apresentados pelo recorrente não versam sobre matéria de fato ou fundamento de direito não apreciados pelos julgadores anteriores.

Aduz o parecer que, da análise dos autos, o pedido de reconsideração interposto tem a finalidade de rediscutir as questões materiais já apreciadas pelas duas instâncias administrativas do CONSEF.

VOTO

Da análise da peça recursal, concordo com o Parecer da PGE/PROFIS, pelo não conhecimento do Recurso de Pedido de Reconsideração, em razão de não preencher os requisitos de admissibilidade previstos no art. 169, I “d”, do RPAF, pois, a decisão da Câmara de Julgamento Fiscal não reformou, no mérito, a decisão da Junta de Julgamento Fiscal, como também a matéria de fato ou fundamento de direito arguidos pelo sujeito passivo na impugnação foram apreciados nas fases anteriores de julgamento.

Reza o art. 169, I, “d”, do RPAF/99, que caberá, com efeito suspensivo, para as Câmaras de Julgamento do CONSEF, 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.

Já, o inciso V, do art. 173, do mesmo RPAF, preconiza que não se conhecerá o Recurso 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 art. 169.

Da leitura dos citados dispositivos, vê-se que existem dois pressupostos para a admissibilidade do Pedido de Reconsideração:

1. a decisão de Câmara de Julgamento Fiscal tenha reformado no mérito, a de primeira instância em processo administrativo fiscal;
2. 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.

No presente caso, o Acórdão recorrido não reformou a decisão de primeira instância, apenas a homologou, não dando provimento aos Recursos de Ofício e Voluntário, o que por si só já afastaria o aludido recurso, nem tampouco existe matéria de fato ou fundamento de direito arguido pelo sujeito passivo na impugnação não apreciado nas fases anteriores de julgamento.

Do exposto, voto pelo NÃO CONHECIMENTO do Pedido de Reconsideração apresentado.

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 EM PARTE** o Auto de Infração nº **206825.0045/09-5**, lavrado contra **BAHIA ALUMÍNIO COMÉRCIO E INDÚSTRIA DE PERFIS E LAMINADOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$105.567,15**, acrescido das multas de 50% sobre R\$5.185,88 e 60% sobre R\$100.381,27, previstas no art. 42, incisos I, “a” e II, alíneas “b” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de abril de 2015.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS