

PROCESSO - A. I. Nº 281401.0070/13-5
RECORRENTE - S.A. FÁBRICA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS VIGOR
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO – Acórdão 1ª CJF nº 0187-11/15
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 14/12/2015

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0346-11/15

EMENTA: ICMS. INEXISTÊNCIA DE PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DO 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. No presente caso, ambos os requisitos não foram atendidos. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO CONHECIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes de Pedido de Reconsideração, em razão da Decisão proferida pela 1ª CJF, constante no Acórdão nº 0187-11/15, que concluiu pela Procedência do Auto de Infração epigrafado, lavrado em 18/12/2013, em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1: Falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saída de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias nos exercício fechado de 2008, levando-se em conta, para cálculo do imposto, o maior valor monetário - o das saídas tributáveis. ICMS no valor de R\$293.630,11 e indicada a multa de 70%.

INFRAÇÃO 2: Falta de retenção e o consequente recolhimento do ICMS, na condição de contribuinte substituto, relativo às operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, e consequentemente sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias no exercício fechado de 2008. Exigido o valor de R\$57.438,51 e indicada a multa de 60%;

Após análise dos argumentos delineados pelo Autuado e pelo fiscal Autuante, a 3ª JJF proferiu a Decisão unânime, transcrita abaixo (fls. 1.481/1.488):

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade argüida pelo autuado, por constatar que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais, haja vista que a descrição dos fatos foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante demonstrativos do levantamento quantitativo de estoques os levantamentos acostados aos autos e entregue cópias ao impugnante. Quanto à alegada insegurança na determinação da infração em decorrência de enquadramento legal genérico não deve prosperar tendo em vista que, de acordo com o art. 19 do RPAF-BA/99, “a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal”. Portanto, não se encontram os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99, para determinar a nulidade do presente Auto de Infração.

O impugnante, albergado no que dita o §4º do art. 150 da CTN, argumenta que a ciência obtida, acerca da autuação, deu-se em 19/12/2013, assim, os fatos geradores, relativas às exigências tributárias concernentes aos

períodos de janeiro a dezembro de 2008, estariam atingidos pela decadência, haja vista que teria sido regularmente intimado do Auto de Infração há mais de cinco anos da ocorrência de todos os fatos geradores envolvidos nestes períodos.

A questão da contagem do prazo decadencial afigura-se assente e pacificada nesse Contencioso Administrativo, tem sido objeto de reiteradas decisões, que tratam do tema sob o mesmo enfoque hermenêutico aplicando-se a previsão contida no inciso I do art. 173 do CTN, a exemplo dos Acórdãos CJF nos 0365/11-14, 0011/12-14, 0371-11/14 e 0376-12/14.

O Código Tributário Nacional permitiu que, através de lei, o ente federativo respectivo possa estipular um outro marco para a contagem de prazo para aplicação dos efeitos decadenciais, conforme alinhado no §4º do art. 150.

A legislação do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento e, por isso, não é acatada a alegação referente à determinação do art. 150, §4º, do CTN, que prevê: “se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador”.

O disposto no art. 107-A, inciso I do COTEB, instituído pela Lei nº 3.956/81, que em sua essência transcreve o art. 173, I do CTN, estabelece como prazo de decadência 5 anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Assim, os fatos geradores ocorridos no exercício de 2008 só seriam atingidos pela decadência a partir de primeiro de janeiro de 2014. Nestes termos, fica comprovada nos presentes autos que na data da ciência da autuação pelo impugnante ainda não havia decaído o direito de Fazenda Estadual constituir o crédito tributário.

No mérito o Auto de Infração refere-se à falta de recolhimento do imposto, relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta para cálculo do imposto o maior valor monetário - o das saídas tributáveis, infração 01; e falta de retenção e o conseqüente recolhimento do ICMS, na condição de contribuinte substituto, relativo às operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, e conseqüentemente sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias no exercício fechado - infração 02.

Em sede de defesa, o impugnante refutou a acusação fiscal asseverando que o levantamento fiscal não levou em consideração os estornos realizados em razão das mercadorias devolvidas e das perdas de mercadorias avariadas, perecidas ou sinistradas. Sustentou que as omissões apuradas decorreram de ajustes em seus estoques por esses fatores inerentes ao seu ramo de atividade - fabricação e distribuição de produtos alimentícios.

Em homenagem ao princípio da busca da verdade material esta 3ª JJF deliberou converter os autos em diligência para que o autuado apresentasse a comprovação inequívoca de suas alegações atinentes às perdas de mercadorias não contempladas no levantamento quantitativo de estoques. Entretanto, não se logrou êxito, uma vez que o autuado não se manifestou no prazo regulamentar de dez dias concedido para manifestação.

Quanto ao pedido de benefício do Decreto nº 7799/00, conforme corretamente afirmou a autuante, constato que o autuado não faz jus à redução de base de cálculo, considerando que o levantamento quantitativo de estoques apurou saídas de mercadorias sem o respectivo documento fiscal, portanto, impossível saber se o autuado cumpriu a condição prevista no art. 1º do citado Decreto, que é promover saídas das mercadorias para contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia.

Depois de examinar os elementos que consubstanciam a acusação fiscal, constato que os demonstrativos acostados aos autos e entregues ao autuado comprovam o cometimento das infrações pelo autuado e foram elaborados consoante nos moldes definidos na Portaria 445/08 e consoante previsão na legislação de regência.

Observe que a omissão de saídas de mercadorias tributáveis, e neste caso, a exigência de imposto relativo à diferença das quantidades de saídas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques, constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível, bem como da falta de retenção e o conseqüente recolhimento do imposto.

Considerando que o autuado não trouxe aos autos os elementos necessários a comprovar o não cometimento das irregularidades apontadas. Saliento que sendo o contribuinte possuidor dos possíveis elementos probatórios das alegações defensivas, não os trazendo aos autos, o entendo incurso nas disposições do art. 142 do RPAF-BA/99.

Assim, concluo pela subsistência das infrações 01, 02.

Quanto ao pedido do impugnante de que todas as intimações sejam encaminhadas ao escritório de seu advogado, FÁBIO AUGUSTO CHILO, OAB/SP nº 221.616, e-mail fabio.chilo@jbs.com.br, telefone (11) 3144-

4072, na Av. Marginal Direita do Tietê, nº 500, Vila Jaguará, CEP 05101-000, São Paulo - SP, ressalto que na esfera administrativa, embora não seja obrigatória a comunicação de intimações e decisões ao advogado da empresa, mas sim à parte envolvida na lide, no endereço constante do seu cadastro junto ao estado, nada obsta de que seu pleito seja atendido. O Órgão Competente desta Secretaria poderá enviar as comunicações sobre o presente processo no endereço indicado.

Diante do exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA** do Auto de Infração.

O Recurso Voluntário interposto pelo recorrente foi julgado pela 1ª CJF consoante Decisão transcrita abaixo (fls. 1.754/1.761):

Temos sob apreciação, Recurso Voluntário interposto em face da Decisão da 3ª JJF que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe lançado pelo suposto cometimento de 2 infrações.

O Recorrente alega nulidade do auto por falta de especificação dos artigos tipificadores das infrações e insegurança na indeterminação da infração, causando cerceamento do direito de defesa. No mérito Alega a decadência do lançamento quanto ao ano de 2008, bem como assegura a inocorrência de saída de mercadorias sem emissão de documentos, uma vez que as diferenças apuradas ocorreram em razão de ajuste de estoque decorrente da perda de mercadorias.

Cabe apontar também a existência de pedido de nova diligência/perícia, como também o pedido de nulidade do acórdão recorrido por falta de apreciação de fatos argüidos na inicial.

Início o exame das questões preliminares de nulidade.

Compulsando os autos, entendo que todos os requisitos previstos nos artigos 18 e 39 do RPAF/99 foram preenchidos. Percebo que as imputações estão claras, a base de cálculo foi determinada conforme cálculo previsto em lei, foram fornecidos os demonstrativos de débito referentes à autuação em discussão e foram respeitados todos os direitos e garantias do contribuinte, como a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal administrativo.

No que tange a argumentação de que há insegurança na determinação da infração por conta de enquadramento legal genérico, alinho-me ao entendimento dos julgadores de piso, pois, consoante o art. 19 do RPAF-BA/99, “a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal”.

Desta forma, não vejo nenhuma transgressão os art. 18, 19 ou 39 do RPAF-BA/99, que macule de nulidade o presente Auto de Infração.

Preliminares não acolhidas.

Quanto ao pedido de nova diligência, a indefiro com base no artigo 147, I, ‘a’ e ‘b’ do RPAF, por entender suficientes os elementos contidos no autos para formação da minha convicção, por entender que ela seria destinada a verificar documentos que estão em posse do contribuinte e por já ter sido deferida em primeira instância diligência no mesmo sentido, sem a devida resposta por parte da empresa. Assim, o pedido de diligência é indeferido.

No mérito o Sujeito Passivo sustenta que houve a decadência do direito do Fisco de constituição do crédito tributário conforme o art. 150, §4º do CTN, pois, segundo relata, os fatos geradores ocorreram nos anos de 2008 e a autuação foi lançada somente em 18.12.2013, ou seja, cinco anos após parte dos fatos geradores.

Em que pese a tese do Contribuinte ser válida, vejo que nas infrações em questão, a ocorrência do fato gerador se dá no último dia do ano, ou seja, no dia 31 de dezembro de 2008.

Portanto, não há que se falar em decadência no presente levantamento quantitativo em exercício fechado de estoques, uma vez que, o mesmo fora lançado em 18 de dezembro de 2013, pouco dias antes do término do prazo decadencial que se daria no dia 31 de dezembro de 2013.

Portanto, convirjo com o entendimento da primeira instância quanto a inocorrência da decadência no presente lançamento.

Passo ao exame do mérito propriamente dito.

A infração 1 tem como base a falta de recolhimento de imposto relativa a omissão de saídas de mercadorias efetuada sem a emissão de documentos fiscais e a infração 02, trata da falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias sem a emissão de documentos fiscais e consequente lançamento na escrita fiscal.

A tese defensiva do Sujeito Passivo que o levantamento fiscal não levou em consideração os estornos realizados derivados das mercadorias devolvidas e das perdas de mercadorias avariadas, perecidas ou sinistradas. Contudo, em que pese a verossimilhança da tese esposada pelo Contribuinte, não vejo nos autos provas ou

documentos fiscais requeridos pela legislação para comprovar suas alegações

Caberia à empresa, quando da perda da mercadoria, emitir documento fiscal acobertando tal operação conforme determina o RICMS-97/Ba, vigente a época dos fatos.

Quanto ao argumento de que deve ser reduzida a base de cálculo do imposto por força do Decreto nº 7799/00, coaduno-me com o entendimento da PGE/PROFIS que tal pleito não pode ser atendido, já que, como o levantamento quantitativo de estoque apurou saídas de mercadorias sem o respectivo documento fiscal, não há como se constatar que houve o cumprimento da condição prevista no artigo 1º do Decreto nº 7.799/00 para fruição do benefício, ou seja, não há como se constatar que as saídas omitidas foram operações para contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia.

Nestes termos, as infrações 1 e 2 são Procedentes.

Quanto à propalada falta de apreciação da JJF quanto a possibilidade de redução da alíquota sobre as operações lançadas, não há como acolher tal argumentação haja vista que os Julgadores a quo enfrentaram o tema quando da aplicação ou não do Decreto nº 7799/00 que trata sobre a redução da base de cálculo e aplicação de alíquota menor.

Por fim, quanto ao pedido de intimação em nome do advogado da parte, ressalto que não há nenhum óbice a que as intimações também sejam dirigidas ao procurador do recorrente no endereço constante do Recurso Voluntário, entretanto, o não atendimento a essa solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, a teor do artigo 108 do RPAF/99.

Pelo tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário para manter inalterada a Decisão de piso.

Inconformado, o contribuinte interpôs o Pedido de Reconsideração às fls. 1.771/1.782, sustentando preliminarmente nulidade do lançamento por insegurança na determinação da infração e decadência das ocorrências anteriores a dezembro de 2008.

No mérito, aduz inoccorrência da infração, pois não houve saída de mercadorias sem emissão de documentos, já que as diferenças apuradas ocorreram em razão de ajuste de estoque decorrente da perda de mercadorias.

Questiona a alíquota aplicada por não ter sido aplicado o benefício previsto no Decreto nº 7.799/00.

Pugna pela realização de diligência em homenagem ao princípio da verdade material.

Instada a se pronunciar a PGE/PROFIS, através de Parecer da lavra da Dra. Maria José Coelho Lins de A. Sento-Sé, às fls. 1.786/1.788 opina pelo Não Conhecimento do Pedido de Reconsideração em face do mesmo não preencher os requisitos esposados no art. 169, I “d” do RPAF que transcreve.

Destaca que as questões do Pedido de Reconsideração foram objeto da impugnação inicial e do Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo, tendo sido discutidas e decididas quando dos julgamentos proferidos em primeira e em segunda instância administrativa.

Ressalta que inexistente dúvida que a Decisão pelo Não Provimento do Recurso Voluntário cuidou de ratificar a Decisão de 1º grau e está dotada de fundamentos fáticos e legais, tendo sido apreciadas as questões relativas à redução da base de cálculo e da alíquota, assim como as arguições de nulidade do lançamento tributário.

VOTO

Trata-se de Pedido de Reconsideração interposto contra a Decisão desta 1ª CJF que julgou procedente em parte o Auto de Infração epígrafado, versando o Pedido de Reconsideração sobre a decadência, que foi acolhida pela maioria da CJF.

O Pedido de Reconsideração encontra guarida no art. 169, I “d” do RPAF, abaixo transcrito:

“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 argüidos pelo sujeito passivo na impugnação e não apreciados nas fases anteriores de julgamento;”

Da análise do Pedido de Reconsideração interposto e das demais peças processuais, constato que não foi atendido o primeiro requisito de admissibilidade do Pedido de Reconsideração, pois a Decisão da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal não reformou, no mérito, o julgamento da primeira instância.

Também não vislumbro a ocorrência do segundo pressuposto de admissibilidade.

O Pedido de Reconsideração somente é cabível se restar comprovado que o contribuinte apresentou, desde a impugnação, matéria de fato ou fundamento de direito que não foi apreciado em nenhuma das instâncias anteriores de julgamento.

Tal requisito não se amolda no presente caso, onde os argumentos defensivos foram devidamente apreciados nas duas instâncias e o fato da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal não ter acolhido a decadência por maioria não tem o condão de amparar a pretensão do recorrente.

Neste diapasão, considero que ambos os requisitos de admissibilidade não foram preenchidos, haja vista que, não houve reforma no mérito do julgamento de primeira instância, nem foi apresentada, desde a impugnação, matéria de fato ou argumento de direito que não tenha sido devidamente apreciado nas duas instâncias de julgamento.

Em face do acima comentado e em consonância com o opinativo da PGE/PROFIS, considero que o Pedido de Reconsideração apresentado não atende aos requisitos de admissibilidade previstos no artigo 169, I, alínea “d”, do RPAF/99.

Voto pelo NÃO CONHECIMENTO do Pedido de Reconsideração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 **281401.0070/13-5**, lavrado contra **S/A. FÁBRICA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS VIGOR**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$351.068,62**, acrescido das multas de 60% sobre R\$57.438,51 e 70% sobre R\$293.630,11, previstas no art. 42, incisos II, “e” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de dezembro de 2015.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

RAISA CATARINA OLIVEIRA ALVES FERNANDES – RELATORA

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