

PROCESSO - A. I. Nº 206888.0005/11-4
RECORRENTE - DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS SÃO ROQUE LTDA.
(DISTRIBUIDORA SÃO ROQUE)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO – Acórdão 2ª CJF nº 0336-12/15
ORIGEM - IFEP - DAT/NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET 06/10/2016

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0122-12/16

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. Em que pese à ocorrência da reforma da decisão de piso, no caso concreto, inexistente matéria de fato ou fundamento de direito arguidos pelo sujeito passivo e não apreciados nas fases anteriores de julgamento. 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 0336-12/15 (fls. 6.073 a 6.084), que Não Proveu o Recurso de Ofício, interposto no Acórdão nº 0288-03/13, assim como também proveu parcialmente o Recurso Voluntário apresentado pelo sujeito passivo (fls. 5.029 a 5.041), modificando a Decisão da Primeira Instância que julgou Parcialmente Procedente o Auto de Infração, no valor de R\$1.151.998,98, e julgá-lo Procedente em Parte no valor de R\$1.149.627,25, cujo lançamento de ofício, no valor original de R\$1.458.176,39, decorre da constatação de nove infrações.

Em seu Recurso de Pedido de Reconsideração, às fls. 6.109 a 6.114 dos autos, o recorrente aduz que, nos termos do artigo 169, I, alínea d, do RPAF-BA, caberá Recurso de Reconsideração para uma das Câmaras do CONSEF, quando a 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.

Alega que diversos argumentos de fato e de direito apresentados pelo recorrente tanto na defesa quanto no Recurso Voluntário não foram apreciadas em fases anteriores do julgamento, e por isso só restou a reapreciação através do presente Recurso de Pedido de Reconsideração.

Em seguida, diz que a questão essencial suscitada em diversas manifestações pelo autuado de que não foi considerado pelo corpo de julgadores até o trânsito em julgado desta peça acusatória de que na infração 7 só foi retirado o exercício de 2007, não sendo excluídos os exercícios de 2008 e 2009.

Sustenta ser fundamental apreciar essa questão, eis que distorce o valor do imposto a ser exigido do contribuinte e, por consequência, depara em injustiça fiscal e enriquecimento ilícito do Estado, o que deve ser evitado pelos membros deste Colegiado, do que invoca o art. 164, I e III, do RPAF.

Diz que uma análise superficial da escrita fiscal e contábil do recorrente é suficiente para demonstrar os equívocos cometidos pelo autuante na elaboração dos demonstrativos, no enquadramento e tipificação das infrações, na fixação das multas, dentre outros vícios, o que conduzirá à reforma do lançamento de ofício, devendo ser considerado totalmente improcedente,

principalmente no que se refere à infração 7, na qual se exigiu ICMS por falta de recolhimento do imposto retido nas operações internas subsequentes na qualidade de sujeito passivo por substituição nas vendas realizadas para contribuintes neste Estado, do que salienta que o autuante só retirou as irregularidades comprovadas relativas ao exercício de 2007, alegando que:

“a autuada somente anexou como prova as notas fiscais do ano de 2007.

Excluimos do demonstrativo do ano de 2007 a notas de devolução cujo ICMS retenção foi cobrado, conforme DEMONSTRATIVO INFRAÇÃO 07, onde estão discriminadas as notas de devolução e ainda conforme demonstrativo RESUMO da infração também anexado”

O recorrente ressalta ser dever do autuante observar a verdade material dos fatos e proceder a uma completa revisão do lançamento fiscal desta infração 7, até mesmo em razão de ter o apelante acostado ao processo somente as notas fiscais do ano de 2007 à título de amostragem.

Diz que o autuante deixou de observar que tal exação fiscal foi feita com base em notas fiscais de devolução emitidas pelo autuado, de mercadorias recebidas com o imposto retido pelo remetente ou notas fiscais de entrada emitidas pelo defendente quando o seu cliente devolvia mercadorias por ele comercializadas. Assim, evidente que na situação em que ocorre a devolução da mercadoria adquirida com imposto retido pelo remetente, deverá haver o destaque do imposto originalmente retido para que possa haver anulação da operação com substituição tributária, conforme preconiza o artigo 368 do RICMS-BA.

Ou seja, no caso em apreço as notas fiscais emitidas pelo defendente foram objeto de devolução ou desfazimento do negócio e não cabendo recolhimento de imposto retido, pois não haverá uma operação subsequente com as mercadorias. Da mesma forma quando da emissão da nota fiscal de entrada de mercadorias comercializadas pelo defendente devolvidas pelos seus clientes, não cabe o recolhimento do imposto a título de substituição tributária.

Diante do acima relatado, considera que o autuante não revisou os exercícios de 2008 e 2009, do que acosta aos autos mídia relativa à planilha dos referido exercícios.

Por fim, pede que seja desconsiderada a infração 7 e excluído do levantamento os exercícios de 2008 e 2009, tendo em vista que as notas fiscais consideradas pelo autuante se referem à devolução de mercadorias, do que protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitido, inclusive testemunhais, e a juntada de novos documentos para elucidar a questão, e a realização de perícia e diligência.

O Parecer da PGE/PROFIS, às fls. 6.134 e 6.135 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, um dos requisitos indispensáveis ao conhecimento do pedido de reconsideração não se encontra presente, vez que os fundamentos apresentados pelo recorrente não versam sobre matéria de fato ou fundamento de direito arguido na impugnação e não apreciados pelos julgadores anteriores.

Aduz ainda o parecer que, ao revés, o fundamento ora apresentado pelo contribuinte em relação à infração 7, solicitando a exclusão das notas fiscais dos exercícios de 2008 e 2009 por se tratarem de devoluções de mercadorias, fora apreciado tanto na primeira instância quanto na segunda instância administrativa como se observa da leitura de ambos os votos constantes às fls. 6.075 e 6.081/6.084.

Diante do exposto, a PGE/PROFIS opina pelo Não Conhecimento do Pedido de Reconsideração.

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 um dos requisitos de

admissibilidade previstos no art. 169, I “d”, do RPAF, pois, em que pese a decisão da Câmara de Julgamento Fiscal ter reformado, no mérito, a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal, inexistente matéria de fato ou fundamento de direito arguidos pelo sujeito passivo não 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, conforme salientou o opinativo da PGE/PROFIS, o Acórdão recorrido proveu parcialmente o Recurso Voluntário interposto e não proveu o Recurso de Ofício, modificando-se consequentemente em parte a decisão de primeira instância administrativa.

Contudo, em que pese a decisão da Câmara de Julgamento Fiscal tenha reformado, no mérito, a de primeira instância, dando provimento parcial ao Recurso Voluntário e, em consequência, reduzido a exigência fiscal, tal fato ocorreu justamente em razão da análise e acolhimento da alegação recursal relativa à parte dos exercícios de 2007, 2008 e 2009 da sétima exação fiscal, em decorrência do resultado da diligência realizada pelo autuante, às fls. 5.956 a 5.977 dos autos.

É válido ressaltar que na aludida diligência se considerou os documentos trazidos aos autos, quando do Recurso Voluntário, e relativos às devoluções ocorridas, consoante documentos apensados aos autos às fls. 5.148 a 5.944, referentes aos exercícios de 2007, 2008 e 2009 (fls. 5.975/5.977), reduzindo o débito original de R\$48.293,98 para R\$44.272,71, em consequência da exclusão de R\$4.021,27 (referentes aos valores de R\$1.649,54 do exercício de 2007; R\$1.487,14 do exercício de 2008 e R\$884,59 do exercício de 2009), cujo valor deduzido foi adequado à Decisão recorrida, e não ao lançamento de ofício original como fez o diligente, o que resultou no valor remanescente de R\$35.583,91, conforme apurado no Acórdão da CJF nº 0336-12/15, ora recorrido.

Segundo a decisão da Câmara de Julgamento Fiscal, quando da análise do Recurso de Ofício, à fl. 6.084 dos autos, “*Para a infração 7, restou constatado que para o ano de 2007, as notas fiscais apresentadas pelo ora recorrente tiveram o condão de elidir a acusação fiscal para aquele ano.*”

Já da análise do Recurso Voluntário, à fl. 6.083 dos autos, a CJF consignou que “*... não há outra possibilidade senão a de prover parcialmente ao apelo recursal no que pertine ao mérito da infração 7, cujos documentos dos exercícios de 2008 e 2009, fizeram reduzir o valor julgado da referida infração (fls. 5976/5977), ...*”

Assim, concluo que o recorrente não demonstrou a existência de matéria de fato ou fundamento de direito arguidos pelo sujeito passivo e não apreciados em Decisões anteriores, pois, no que concerne aos fatos alegados no Pedido de Reconsideração, restou comprovado que tanto a Junta de Julgamento Fiscal, quanto a Câmara de Julgamento Fiscal, apreciaram as alegações e documentos do sujeito passivo, quando trazidos aos autos.

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 **206888.0005/11-4**, lavrado contra **DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS SÃO ROQUE LTDA. (DISTRIBUIDORA SÃO ROQUE)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$1.149.627,25**, acrescido das multas de 50% sobre R\$41.995,78; 60% sobre R\$1.061.519,81; 70% sobre R\$10.527,75 e 150% sobre R\$35.583,91, previstas no art. 42, incisos I, “a”, II, alíneas “a”, “b”, “d” e “e”, III, V, “a” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de setembro de 2016.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS