

PROCESSO - A. I. Nº 140779.0003/15-3
RECORRENTE - MULTIBEL UTILIDADES E ELETRODOMÉSTICOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO - Acórdão 2ª CJF nº 0280-12/17
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 16/05/2018

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0071-12/18

EMENTA: ICMS. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO. FALTA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS À SUA ADMISSIBILIDADE. Apesar de ter havido a reforma da Decisão de primeira instância pela Câmara de Julgamento Fiscal, não foi arguida 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

Trata-se de Pedido De Reconsideração apresentado pelo sujeito passivo contra decisão da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal que julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração, lavrado em 29 de setembro de 2015, com exigência de R\$ 898.698,09 de ICMS, acrescido das multas de 60% e 100%, através do Acórdão CJF nº. 0280-12/17, pela constatação das seguintes infrações à legislação tributária:

Infração 01. 04.05.02. Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração decorrente, decorrente da falta de registro de entradas de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado de 2010, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário - o das saídas tributáveis, no montante de R\$ 33.207,27. Multa de 100%.

Infração 02. 04.05.05. Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$ 255.747,73, constatado pela apuração de diferença tanto de entrada como de saída de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária - a das operações de entrada - com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no exercício de 2011, bem como multa de 100%.

Infração 03. 04.05.08. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro, desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado (2011), totalizando R\$ 538.262,63, além de multa de 100%.

Infração 04. 04.05.09. Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de margem de valor adicionado, deduzida parcela d tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro, desacompanhada de documento fiscal, decorrente de omissão de registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado, no valor de R\$ 71.480,46, além da multa de 60%, para fato gerador verificado em 2011.

A decisão de piso foi no sentido de alterar a decisão de piso, com manutenção parcial do lançamento, ao invés da manutenção total, conforme decidido na primeira instância, na forma contida no voto condutor então proferido pelo Relator e acompanhado pelos demais Conselheiros integrantes da Câmara de Julgamento Fiscal:

“Trata-se de Recurso Voluntário contra Decisão proferida por meio do Acórdão 1ª JJF nº 0100-01/16, que

julgou Procedente o Auto de Infração acima epigraçado, lavrado no dia 29/09/2015 para exigir crédito tributário no montante de R\$898.698,09.

Preliminarmente o recorrente argui a nulidade do Auto de Infração com os seguintes argumentos: (a) Reclama que o Auto não aponta o dispositivo ou dispositivo da legislação relativamente a cada situação. (b) Afirma que não consta no Auto a enumeração das situações de redução da multa caso a empresa optasse por recolher o tributo antes do prazo para apresentação de defesa.

No Auto de Infração foram obedecidas todas as determinações inseridas no art. 39, do RPAF/BA, quais sejam: a identificação do sujeito passivo, a descrição da infração, o dispositivo da legislação tributária infringido, a indicação da base de cálculo, alíquota e valor do imposto exigido, permitindo ao recorrente o exercício do seu direito de defesa e do contraditório.

Ora, o procedimento fiscal foi realizado à luz do quanto exigido no inciso II, do § 4º, do art. 28 do RPAF/BA, tendo em vista que o fiscal autuante, colacionou aos cadernos processuais levantamentos essenciais à demonstração das infrações 1 a 4, objeto do presente Recurso de Voluntário.

Da análise dos documentos e demais elementos que instruem o presente PAF, em confronto com o quanto decidido no julgamento realizado em Primeira Instância, constata-se que, de fato, o direito de defesa do contribuinte foi devidamente atendido, no caso vertente, não ensejando a nulidade do presente Auto de Infração.

O recorrente em sua defesa diz que não consta no Auto a enumeração das situações de redução da multa caso a empresa optasse por recolher o tributo antes do prazo para apresentação de defesa. Entendo que tal situação não é motivo para nulidade do lançamento. As reduções das multas são previstas nos arts. 45 e 45-B da Lei nº 7.014/96.

Quanto ao pedido de nova diligência entendo que não deve prosperar, uma vez que o Auto de Infração foi baixado em diligência pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal em 12/12/2016, e finalizada em 10/03/2017, a empresa acostou manifestação a informação fiscal em 04/04/2017, e não traz ao PAF novos argumentos ou provas capazes de reverter o resultado da diligência.

Desta forma, rejeito o pedido de realização de nova diligência formulado pelo recorrente, pois entendo que os elementos constantes dos autos são suficientes à formação do convencimento deste órgão de julgamento administrativo (acorde o artigo 147, inciso I, letra "a", do RPAF/99). Além disso, se há alguma prova ainda a ser apresentada, certamente é proveniente de documentos que o próprio sujeito passivo possui e, assim sendo, é dele o ônus de trazê-los aos autos, sendo inadequada, para tal finalidade, a diligência solicitada.

Em relação à Infração 1 acolho o resultado da diligência que refez os demonstrativos, conforme transcrevo abaixo:

Em relação ao ano de 2010 (Infração 01), foi identificada a ocorrência de lançamentos repetidos (Fls.172 a 196), o diligente fez as correções e apresenta novo demonstrativo de débito fls.201/202. Desta forma para o exercício de 2010 apenas ocorreram Omissões de entradas com base de cálculo no valor de R\$3.342,99 e ICMS de R\$439,40.

O autuante manteve-se silente sobre o resultado da diligência.

Assim entendo que a Decisão de Piso merece reparo e julgo a infração 1 procedente em parte, mudando a sua capitulação para: falta de recolhimento do ICMS constatada pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo lançado o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária, a das entradas, sendo lançado tributo no valor de R\$439,40, com multa de 100%.

Em relação às Infrações de 2 a 4 o recorrente não traz aos cadernos processuais nenhum elemento de prova capaz de combater a exigência destas infrações.

A diligência sobre esta matéria assim se manifestou:

Em relação ao ano de 2011, (Infrações 02, 03 e 04), não se identificaram divergências nos demonstrativos, bem como não trouxe a empresa informação a respeito deste exercício civil, em específico. No CD por ela apensado ao Recurso Voluntário, apenas apresenta cópias de notas fiscais deste período, sem se esclarecer o real objetivo em relação às mesmas.

Assim entendo que nenhum reparo merece a Decisão de Piso e voto pela subsistência da infração 2 a 4.

Voto, portanto, pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida e julgar o Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE. Assim, o montante da autuação é conforme abaixo”:

INF	VLR. HISTÓRICO	VLR. JULGADO-JFF	VLR. JULGADO-CJF	MULTA	RESULTADO
01	33.207,27	33.207,27	439,40	100%	PROC. EM PARTE
02	255.747,73	255.747,73	255.747,73	100%	PROCEDENTE
03	538.262,63	538.262,63	538.262,63	100%	PROCEDENTE
04	71.480,46	71.480,46	71.480,46	60%	PROCEDENTE
Total	898.698,09	898.698,09	865.930,22		

Como já afirmado anteriormente, a decisão deu provimento parcial ao Recurso Voluntário, com redução apenas e tão somente da infração 1, diante das conclusões da diligência realizada por estranho ao feito, em atendimento a solicitação da 2ª CJF.

Cientificado da mesma, o sujeito passivo adentrou com Pedido de Reconsideração (fls. 241 a 246), no qual, após firmar a sua tempestivamente, aponta estar tal pleito amparado nos artigos 169, inciso I, alínea “d” e 171 do RPAF/99, sendo a base os fatos e fundamentos declinados.

Fala que o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/1999, com as alterações introduzidas posteriormente, no seu artigo 169, I, “d”, outorga às Câmaras de Julgamento do CONSEF, competência para julgar o pedido de reconsideração, *in verbis*:

“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”.

No caso em apreço, percebe que existe omissão no julgado, pois em sede de preliminar, no Recurso Voluntário, foi alegada a nulidade da infração, em razão ao desrespeito ao quanto preceituado no artigo 39, V, do RPAF/99, no entanto, a Câmara de Julgamento Fiscal “CJF” não acolheu, simplesmente pelo fato do Auto de Infração conter: *“indicação do sujeito passivo, a descrição da infração, o dispositivo da legislação tributária infringido, a indicação da base de cálculo, alíquota e valor do imposto exigido”*.

Aduz que, apesar de conter esses requisitos, o artigo supramencionado traz um rol taxativo, expresso, cujo teor prevê que o Auto de Infração também deve conter: *“a indicação do dispositivo ou dispositivos da legislação tributária, relativamente a cada situação”*, no entanto, conforme pode ser facilmente observado, este requisito não foi respeitado no lançamento e, portanto, resta nulo.

Destaca que é obrigação inexorável, a indicação no Auto de Infração das situações, em que à multa aplicada poderá ser reduzida, vez que o contribuinte necessita ter conhecimento prévio das reduções pertinentes, razão pela qual pugna pela reconsideração do Acórdão e declaração da nulidade do Auto de Infração.

No que tange as infrações 1, 2, 3 e 4, assevera que o Acórdão também merece ser reconsiderado, diante do fato do parecer da diligência fiscal de fls. 201/206, ter aduzido que:

‘Em relação ao ano de 2010 (infração 01), foi identificada a ocorrência de lançamentos repetidos (fls. 172 a 196), o diligente fez as correções e apresenta novo demonstrativo de débitos fls. 201/202. Desta forma, par ao exercício de 2010 apenas ocorreram Omissões de entrada com base no cálculo no valor de R\$ 3.342,99 e ICMS de R\$ 439,40.’

‘Em relação ao ano de 2011, (Infrações 02, 03 e 04), não se identificaram divergências nos demonstrativos, bem como não trouxe a empresa informação a respeito deste exercício civil, em específico. No CD por ela apensado ao Recurso Voluntário, apenas apresenta cópias de notas fiscais deste período, sem se esclarecer o real objetivo em relação às mesmas.’

Assim, a CJF, ao analisar os autos, apenas repetiu o parecer realizado pelo agente diligente sem, de fato, adentrar no mérito das provas acostadas pela Recorrente, a qual não apenas traz apenas fatos e meras alegações de inobservância do quanto disposto em lei, mas provas concretas da inexistência das infrações ora impugnadas, as quais devem ser julgadas totalmente improcedentes.

Cotejando a descrição das infrações averiguadas, tal como narradas, com os documentos juntados ao auto de infração, infere serem insuficientes para estabelecer ao certo se o fiscal constatou a venda de mercadorias sem notas fiscais ou se apenas em razão da não escrituração das notas fiscais de entrada, presumiu a venda das mesmas sem notas fiscais.

Fala ser o fato descrito omissor. Confunde falta de registro de notas fiscais com vendas de mercadorias. Há ausência da descrição do fato de forma clara e precisa.

Nota que a decisão em nada abordou acerca desta afirmativa, tampouco adentrou na omissão do agente diligente que fora apontada pelo recorrente na manifestação à informação fiscal

apresentada. Ou seja, se a CJF, não adentra no quanto trazido aos autos, resta também, na sua visão, omissa.

Fala ser a diligência procedimento fiscal externo destinado a coletar e a analisar informações de interesse da administração, no entanto, ela não substitui a análise da CJF, e uma vez ocorrida a diligência fiscal, fala ser obrigação do Órgão Julgador analisar as inúmeras provas carreadas por ela nos autos, bem como verificar a análise do agente diligente, para, assim, proferir sua decisão.

Ocorre que, *concessa vênia*, esta CJF apenas se coadunou com os argumentos do agente diligente, proferindo acórdão *pro fisco*, não perfazendo a análise minuciosa e apurada de todos os arquivos colacionados ao processo, garante.

Fala ser prova evidente desta afirmação que no mérito das infrações supostamente cometidas, o Acórdão apenas transcreve o resultado da diligência, demonstrando, pois, que apenas acolheu as informações fiscais trazidas, mas sequer analisou, de fato, as provas acostadas pelo recorrente.

Não obstante terem sido juntadas as provas das incongruências do auto de infração, a CJF manteve quase que integralmente as infrações 1, 2, 3 e 4, sem se atentar de forma satisfatória para as informações prestadas pela empresa contribuinte.

Neste contexto, faz-se a necessária a análise minuciosa da mídia digital carreada aos autos, isto na tentativa de sanar os erros cometidos pelo auditor fiscal e, data vênia, reproduzidos no Acórdão, a fim de que reste totalmente comprovada a retidão da sua conduta.

Da análise do levantamento fiscal, pode constatar que a auditoria de estoque foi feita obedecendo aos ritos fiscais, ou seja, foram realizados os levantamentos dos estoques iniciais e finais, entradas e saídas por espécie de mercadorias, com fulcro nos demonstrativos acostados ao presente processo administrativo fiscal, tendo sido dado conhecimento de tais levantamentos ao sujeito passivo, com todos os arquivos que embasaram o levantamento de estoque.

Diz ainda que até o presente momento, o Fisco não logrou êxito em apontar, demonstrar satisfatoriamente onde estaria a incongruência da infração em relação a este levantamento de estoque referente aos exercícios de 2011 a 2012.

Destarte, a respectiva autuação não merece prosperar, assevera, tendo em vista que jamais descumpriu dispositivo legal editado pelo Estado da Bahia, como restou provado nas provas colacionadas, não subsistindo, portanto, meios de sustentar o Auto de Infração.

Diante de todo o exposto, entende restar irrefutável a conclusão no sentido de não omissão no recolhimento de ICMS, afigurando-se ilegal qualquer investida do Fisco deste Estado no sentido de impor tal exigência, merecendo, portanto, ser julgado improcedente o lançamento, neste ponto, e afastada a cobrança da multa de 100% apontada nos presentes itens.

Requer que, demonstrada a insubsistência e improcedência da ação fiscal, seja o Auto de infração totalmente reformado nas infrações 01 a 04, conforme exposto e diante da prova documental, juntada novamente, assim que seja julgado improcedente o Auto de Infração na forma do exposto.

Na sessão de julgamento, o Conselheiro Thiago de Moura Simões se declarou impedido de participar do julgamento deste processo.

VOTO

Inicialmente cumpre ao julgador analisar a admissibilidade do Pedido de Reconsideração apresentado. O Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia, no artigo 169, inciso I, alínea “d”, estabelece os requisitos ou pressupostos para a admissibilidade do Pedido de Reconsideração, quais sejam, que a Decisão da Câmara de Julgamento Fiscal tenha reformado, no mérito, a de primeira instância em processo administrativo fiscal, e que verse sobre matéria de fato ou fundamento de direito arguidos pelo sujeito passivo na impugnação e não apreciados nas fases anteriores de julgamento.

Da leitura da decisão recorrida transcrita linhas acima, se observa que a decisão de segundo grau modificou apenas e tão somente a infração 1, reduzindo o seu montante ante aquele lançado, acolhendo e se aliando às conclusões da diligência realizada por estranho ao feito.

Da análise dos autos, facilmente se verifica que, apesar de a Decisão da Câmara de Julgamento Fiscal ter reformado, no mérito, a da 1ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JFF nº 0255-01/12), não foi ventilada, desde a impugnação, matéria de fato ou argumento de direito que não tenha sido devidamente apreciado nas duas instâncias de julgamento, o que implicaria na ausência de pressuposto para a interposição do presente Recurso.

O fato de ter sido solicitada e realizada diligência pela 2ª instância, da mesma forma, não trouxe qualquer prejuízo para a empresa, ao contrário, reformou a decisão quanto á infração 1, reduzindo-a de forma substancial, sequer mudou o fulcro da autuação, ou deixou de apreciar qualquer questão defensiva, reitero.

Assim, constata-se que o Pedido de Reconsideração interposto não atende ao segundo requisito de admissibilidade, uma vez que o primeiro foi satisfeito, pela modificação da decisão de primeira instância pela Câmara de Julgamento Fiscal.

Todavia, não restou comprovada a presença do segundo requisito de admissibilidade do Pedido de Reconsideração, uma vez que a matéria de fundo ou de fato da autuação foi devidamente analisada tanto em primeiro, quanto em segundo grau, o que afastaria a presença deste requisito normativo para o conhecimento do Recurso. O fato de ter determinado a realização de diligência não obriga a Câmara, nem faculta ao contribuinte a remessa de volta à primeira instância, como pretendido.

Não se encontra presente, pois, ao contrário do entendimento da Recorrente, na norma regulamentar, determinação no sentido de se reavaliar qualquer preliminar de nulidade, como pretende a Recorrente no início da sua peça recursal ora analisada, sequer visa o Pedido de Reconsideração ser um novo julgamento, como pretende, igualmente, mas apenas e tão somente resolver questões pontuais previstas na norma acima enunciada. Não foi esse o objetivo do julgador ao inserir tal Recurso.

Igualmente, não funciona o Pedido de Reconsideração como Recurso de Revista ou Embargo de Declaração uma vez que tais tipos recursais não mais existem na legislação estadual.

Desta forma, em conformidade com o disposto no artigo 173, inciso V, do RPAF/99, não há como se acolher o reclame do sujeito passivo, e tomar conhecimento do citado pedido.

Lastreado em tais argumentos, voto pelo NÃO CONHECIMENTO do Pedido de Reconsideração.

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 **140779.0003/15-3**, lavrado contra **MULTIBEL UTILIDADES E ELETRODOMÉSTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$865.930,22**, acrescido das multas de 60% sobre R\$71.480,46 e 100% sobre R\$794.449,76, previstas no art. 42, incisos II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de março de 2018.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE -REPR. DA PGE/PROFIS