

PROCESSO - A. I. Nº 278937.1013/13-2
RECORRENTE - SADA BIO-ENERGIA E AGRICULTURA LTDA. (USINA SÃO JUDAS TADEU)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO – Acórdão 2ª CJF nº 0214-12/17
ORIGEM - SAT/COPEC
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 19/07/2018

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0162-12/18

EMENTA: ICMS. INEXISTÊNCIA DE PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO. Constitui requisito para a admissibilidade do Pedido de Reconsideração que a Câmara de Julgamento Fiscal tenha reformado, no mérito, desde que verse sobre matéria de fato ou de direito arguidos e não apreciados na impugnação e nas fases anteriores do julgamento. Restou comprovado nos autos, que a matéria de fato e os fundamentos de direitos foram apreciados na decisão da primeira e da segunda instância que reformou a decisão de mérito da Primeira Instância. Mantida a Decisão recorrida. Pedido **NÃO CONHECIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Pedido de Reconsideração interposto contra a decisão da 2ª CJF (Acórdão CJF nº 0214-12/17) que Negou Provimento ao Recurso de Ofício, e deu Provimento Parcial ao Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo, nos termos do art. 169, I, “d”, do RPAF/99.

O objeto do pedido se refere a Decisão da 2ª CJF que Não deu Provimento ao Recurso de Ofício, mantendo a exclusão dos valores pagos pela AROGÁS, e julgou parcialmente Procedente o Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo, reconhecendo ter havido violação ao princípio da anterioridade e noventena, no caso ora analisado, anulando parcialmente o lançamento referente ao ICMS/ST, mantendo os créditos tributários com vencimento posterior a 18.03.2013, bem como, o lançamento destinado ao Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza e a multa aplicada.

O Decisório da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, razão da interposição deste Pedido de Reconsideração, se encontra consubstanciado no Voto a seguir reproduzido:

Quanto ao Recurso de Ofício interposto pela 1ª JF, face à desoneração de parte dos valores exigidos, mediante à comprovação dos recolhimentos efetuados pela AROGÁS, cujos comprovantes de recolhimento conta dos autos (DOC 9).

O próprio autuante reconhece os pagamentos efetuados pelos adquirentes dos produtos e refez os demonstrativos de débito da infração. O novo demonstrativo reduz o valor inicialmente exigido de R\$3.244.821,28 (fls. 11/16) para R\$3.171.180,82 (fls. 298/306).

Pelo exposto, e considerando que o autuante fez os ajustes necessários a adequação do verdadeiro débito, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

Passamos agora a análise do Recurso Voluntário.

Em relação ao pedido de reforma do r. acórdão, tendo em vista que a instituição do regime de substituição tributária imputado à Recorrente na venda de AEHC para contribuintes situados no Estado da Bahia deve obedecer ao princípio constitucional da garantia nonagesimal, nos termos da atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sob pena de violação às alíneas ‘b’ e ‘c’ do inciso III do artigo 150 da Constituição da República. Entendo assistir razão o recorrente.

E me filio ao voto discordante do i. Julgador JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO e transcrevo trecho de seu voto abaixo:

“(…) a imputação de recolhimento por substituição tributária [...] não equivale à instituição ou majoração de

tributo, uma vez que a referida norma estadual (Lei nº 12.605/12) apenas alterou a forma de recolhimento do tributo devido em virtude da circulação de produtos.”

Vale ressaltar que este também é o entendimento atual do STF:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ALTERAÇÃO DO PRAZO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA NOVENTENA, POR ANALOGIA, TENDO EM CONTA OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE, DA NÃO SUPRESA E DA SEGURANÇA JURÍDICA. FUNDAMENTOS NÃO ATACADOS. MÉTODOS DE INTEGRAÇÃO DA NORMA. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

I - Aplicação analógica do disposto no art. 150, III, c, da CF, para assegurar ao contribuinte do ICMS o direito à observância do princípio da noventena em relação a decretos estaduais que implementaram o sistema de recolhimento do tributo por substituição tributária, mas não previram prazo razoável de adaptação em favor das substituídas, e afastar a consequente violação aos princípios da razoabilidade, da não surpresa e da segurança jurídica. (...)

(ARE 713196 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 10/06/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-148 DIVULG 31-07-2014 PUBLIC 01-08-2014).

Desta forma retiro do demonstrativo de debito fls. 298/306 os valores alcançados pelo princípio constitucional da garantia nonagesimal princípio constitucional da garantia nonagesimal.

Em relação ao pedido de reforma do r. acórdão para que seja excluído do presente lançamento fiscal do crédito tributário decorrente das operações realizadas com a Fix Distribuidora de Petróleo Ltda., por força da vigência do Regime Especial que postergou o recolhimento do ICMS devido na aquisição de álcool etílico pelo contribuinte baiano, sob pena de violação ao §5º do artigo 332 do RICMS/BA, entendo ter razão o recorrente.

A PGE PROFIS, Processo Administrativo Nº PGE 2014.679600-0, opina pelo provimento parcial do Recurso Voluntário, devendo ser excluídas da autuação as operações que destinaram AEHC à FIX Distribuidora de Petróleo Ltda., praticadas no período em que esteve vigente a Decisão concessiva de limiar de fls. 80/82, que veio a ser revogada pela sentença de fls. 86/93 (10/06/2013).

Desta forma retiro do demonstrativo de debito fls. 298/306 os valores referente às operações realizadas com a Fix Distribuidora de Petróleo Ltda., até a data da revogação da sentença, 10/06/2013, fl. 93 do PAF.

Em relação ao Convênio ICMS 110/2007 não autorizar a exigência do adicional ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza sobre o ICMS-ST devido na aquisição de álcool etílico por distribuidoras situadas no Estado da Bahia, entendo não assistir razão o recorrente.

Neste item me filio a Decisão de piso, conforme reproduzo abaixo:

Na reclamação do autuado contra a aplicação do referido adicional, tendo em vista a sistemática correspondente à substituição tributária, o direito também não assiste ao autuado, uma vez que a legislação estabelece que os estabelecimentos qualificados como responsáveis pela retenção e pelo pagamento do ICMS deverão apurar o imposto mediante a aplicação da alíquota integral sobre a base de cálculo determinada para efeito de retenção e pagamento do ICMS devido por substituição. Por força da cláusula Oitava do Convênio ICMS nº 81/93 (normas gerais a serem aplicadas a regimes de substituição tributária, instituídos por Convênios ou Protocolos firmados entre os Estados e o Distrito Federal), o sujeito passivo por substituição observará as normas da legislação da unidade da Federação de destino da mercadoria.

A Portaria 133/2002 estabelece a forma de recolhimento do ICMS resultante da adição de 2% às alíquotas do ICMS incidentes nas operações com os produtos especificados, que deverá ser efetuado em separado, conforme, inclusive, ocorre nos casos acostados aos presentes autos. Está, portanto, correta a exigência o adicional de 2% ao Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, além do ICMS no regime de substituição tributária, na aquisição de AEHC.

Quanto ao argumento de que as multas aplicadas possuem caráter confiscatório, observo que as mesmas estão previstas: Infração 1 e 2 no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96 e a Infração 3 no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, portanto é legal. No que se refere ao argumento de que é inconstitucional ressalto que conforme disposto no art. 167, I, do RPAF/BA, não se incluem na competência deste órgão julgador declarar a inconstitucionalidade da legislação tributária.

Assim, diante do exposto, voto no sentido de **NEGAR PROVIMENTO** ao Recurso de Ofício e **DAR PROVIMENTO PARCIAL** Voluntário apresentado, conforme ao novo demonstrativo da Infração 2:

Infração	Data	Data	Aiq	Valor	Valor	Multa
	Ocorrência	Vencimento	%	Histórico	Julgado	Julgada
08.10.03	18/03/2013	18/03/2013	17	9.625,66	9.625,66	60
08.10.03	18/03/2013	18/03/2013	17	9.614,98	9.614,98	60
08.10.03	22/03/2013	22/03/2013	17	12.704,09	12.704,09	60

08.10.03	22/03/2013	22/03/2013	17	2.579,63	2.579,63	60
08.10.03	26/03/2013	22/03/2013	17	1.891,14	1.891,14	60
08.10.03	26/03/2013	22/03/2013	17	2.920,56	2.920,56	60
08.10.03	26/03/2013	22/03/2013	17	757,07	757,07	60
08.10.03	27/03/2013	22/03/2013	17	2.616,43	2.616,43	60
Total					42.709,56	

Cientificado da Decisão da 1ª CJF, o sujeito passivo interpôs Pedido de Reconsideração. No Pedido de Reconsideração (fls.438/447), o sujeito passivo inicialmente comenta a decisão objeto do pedido e diz que:

- a) é inconstitucional o art. 16-A da Lei Estadual nº 7.014/96, que determinou o recolhimento adicional de 2% a título de Fundo Estadual de Combate e Erradicação a Pobreza sobre o ICMS devido ao Estado da Bahia;
- b) nos termos do art. 82 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988, o citado Fundo, não é imposto, mas sim, uma contribuição cuja receita está destinada para um fim específico;
- c) traça a distinção entre impostos e contribuições afirmando que a CF/88 só atribui aos Estados competência tributária para instituir contribuições, unicamente para o caso previsto no art. 149, contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas;
- d) o Convênio ICMS 110/2007 determinou que as Unidades da Federação poderiam atribuir ao remetente do álcool etílico a condição de sujeito passivo por substituição tributária exclusivamente sobre o ICMS, incidente sobre operações com esses produtos. Portanto, o referido Convênio, não autorizou que o Estado da Bahia pudesse exigir o multicitado adicional ao Fundo de Combate a Pobreza;
- e) frisa que a multa aplicada no presente Auto de Infração é desproporcional e confiscatória, atentando contra os princípios constitucionais da razoabilidade/proporcionalidade e não confisco. Sobre o tema, reproduz jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.
- f) por fim, requer que este Conselho de Fazenda receba o Recurso para reconsiderar a decisão prolatada pela primeira instância e afastar integralmente os créditos tributários que ainda remanescem e na hipótese de indeferimento deste pedido, reconsiderem a aplicação da multa nos patamares fixados, por considerá-las confiscatórias.

À fl. 450, consta que o Autuante tomou ciência do Pedido de Reconsideração feito pelo Autuado e não se manifestou.

VOTO

A figura jurídica do Pedido de Reconsideração se lastreia no artigo 169, I, “d”, do RPAF/99, que prevê que caberá às Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, dentre outras hipóteses recursais, analisar e julgar o “*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*”.

Por seu turno, o inciso V, do art. 173, do mesmo Diploma Administrativo (RPAF/99) preconiza que não se conhecerá do Recurso que não demonstre a 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 estatuído na alínea “d” do inciso I do art. 169.

Da leitura dos dispositivos normativos invocados, constata-se a exigência de dois pressupostos para a admissibilidade do Pedido de Reconsideração, quais sejam:

1. A Decisão da Câmara de Julgamento Fiscal tenha reformado, no mérito, a de Primeira Instância em Processo Administrativo Fiscal;

2. Verse acerca 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, embora o Acórdão recorrido (CJF Nº 0214-12/17) tenha reformado a Decisão de Piso (Acórdão 1ª JJF Nº 0212-01/14), dando provimento parcial ao Recurso Voluntário, da análise do processo, não se verifica qualquer matéria de fato ou de direito que tenha deixado de ser examinadas nas decisões anteriores.

Se tanto não bastasse, o Pedido de Reconsideração não trouxe ao universo processual qualquer matéria de fato ou fundamento de direito arguidos pelo sujeito passivo e não apreciados nas decisões anteriores, na medida em que as razões do inconformismo apresentadas pelo sujeito passivo foram apreciadas, tanto na oportunidade do julgamento de primeiro grau, quanto no de Segunda Instância.

Nesse contexto, posiciono-me no sentido de que o Pedido de Reconsideração formalizado não merece conhecimento, porquanto desatendidos os requisitos de admissibilidade insculpidos na norma regulamentar.

Do exposto, voto pelo NÃO CONHECIMENTO do Pedido de Reconsideração, mantendo a Decisão recorrida em todos os seus termos.

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 **278937.1013/13-2**, lavrado contra **SADA BIO-ENERGIA E AGRICULTURA LTDA. (USINA SÃO JUDAS TADEU)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$46.902,05**, acrescido das multas de 60%, sobre R\$42.709,56 e 150% sobre R\$4.192,49, previstas no art. 42, incisos V, “a” e II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de maio de 2018.

MAURICIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS