

PROCESSO - A. I. Nº 089643.0013/16-2
RECORRENTE - LULU MOTOS COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO, EXPORTAÇÃO E TRANSPORTES LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO – Acórdão 2ª CJF nº 0276-12/17
ORIGEM - INFRAZ FEIRA DE SANTANA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 15/10/2018

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0216-11/18

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 segunda 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 nº 0276-12/17) que Proveu Parcialmente o Recurso Voluntário interposto contra o Acórdão da 3ª JJF nº 0236-03/16 que julgou Procedente o Auto de Infração nº 089643.0013/16-2, lavrado em 14/01/2016, para exigir crédito tributário no valor histórico de R\$341.294,70, em razão da seguinte irregularidade:

Infração 01 - 07.01.01 Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior, nos meses de maio e novembro de 2012, abril a junho, e dezembro de 2013, julho e outubro de 2014, fevereiro, abril, julho e setembro de 2015 conforme demonstrativo às fls. 01 a 04.

Após tramitação regular do presente PAF em primeira instância, a 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, através do Acórdão nº 0276-12/17, decidiu, por unanimidade, pela Procedência em Parte do presente auto, conforme voto transscrito abaixo:

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário contra Decisão proferida por meio do Acórdão 2ª JJF nº 0236-03/16, que julgou Procedente o Auto de Infração acima epigrafado, lavrado no dia 26/06/2014 para exigir crédito tributário no montante de R\$341.294,70.

Cuida o presente Auto de Infração da falta de recolhimento do ICMS das mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação, quando da aquisição de motocicletas de outras unidades da federação, conforme Convênio ICMS 52/93, cujo remetente não possui inscrição estadual ativa como substituto tributário neste Estado, conforme art. 6º, Inc. XV da Lei nº 7.014/96, sendo o adquirente, logo, solidário responsável pelo recolhimento do tributo das mercadorias constante do PAF em epígrafe.

Em relação aos DANFES de nºs: 28818 a 28839, 28843 a 28861, 28864, 29637 a 29657, 29659 a 29667, 29669 a 29688, 30016 a 30026, 30028 a 30049, 30051 a 30056, 30058 a 30117, 30119, 30181 a 30189, 30191 a 30195, 30197 a 30225, 30227 a 30229, 30231 a 30234, 30245 a 30246, 30251, 30254 a 30255, 30258, 30262, 30268, 30270, 30272 a 30273, 30275, 30277, 30279, 30307, 30309 a 30315, 30317 a 30326, 30328 a 30384, 30387 a 30395, 30397 a 30398, 30400 a 30404, 30406, 30408 a 30448, 30450 a 30452, 30977, 30984, emitidos pela empresa Tec Way da Amazônia Ind. Com. Ltda., CNPJ nº 05.377.079/0001-98, arrolados no levantamento fiscal e discriminados em sua defesa à fl. 421, referente a aquisição de 350 motocicletas, informou que ciente da aplicação do regime de substituição tributária por antecipação, em conjunto com a empresa remetente calculou o valor do imposto incidente na operação no valor de R\$177.310,00 e efetuou três remessas para a Tec Way da Amazônia Ind. Com. Ltda., conforme troca de e-mails que diz anexar aos autos, para que o remetente recolhesse

o ICMS-ST correspondente através da GNRE. Para sua surpresa recebeu a notificação da lavratura do Auto de Infração.

O recorrente lavrou o Boletim de Ocorrência nº DECECAP SSA-BO-16-00090, junto à Delegacia de Crimes Econômicos e Contra a Administração Pública - DECECAP, no dia 14/04/2016, narrando à Autoridade Policial os fatos em apreço, para fins de investigação quanto à conduta da dita empresa.

Verifico nos fólios processuais que foi apensado aos autos cópias das comprovações de seus argumentos, mas, conforme determina, o art. 6º, Inc. XV da Lei nº 7.014/96, sendo o adquirente, logo, solidário responsável pelo recolhimento do tributo das mercadorias constante do PAF em epígrafe.

Desta forma, não é possível afastar sua responsabilidade tributária solidária, pois ela é intransferível.

Apesar de haver um acordo de pagamento entre o recorrente a empresa Tec Way da Amazônia Ind. Com. Ltda., tal contratos entre particulares não geram qualquer repercussão no âmbito do Direito Tributário, precipuamente não desonera a responsabilidade do sujeito expressamente estatuído em lei.

Ante o exposto conluso pela subsistência da infração, cuja exigência deve ser mantida.

Da mesma sorte, mantendo a multa aplicada por entender que ela foi corretamente tipificada para a irregularidade cometida, consoante previsão contida na alínea "d", do inciso II, do art. 42, da Lei nº 7.014/96.

Com relação ao pedido de afastamento da aplicação da MULTA sobre o valor principal, diante da boa-fé do contribuinte, temperando-se a interpretação do art. 136 do CTN com a aplicação dos Princípios da Equidade e do "In Dubio Pro Contribuinte", como orienta o Superior Tribunal de Justiça, entendo que não se enquadra na possibilidade previstas no art. 42, § 8º, da Lei Estadual nº 7.014/96, transcrita abaixo, pois não trata a presente infração de obrigação principal.

§ 8º Poderá ser proposta ao Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF) a dispensa ou redução de multa concernente a infração de obrigação principal, por equidade, conforme o disposto em regulamento.

Em relação aos DANFES de nºs 4220, 4416 e 4417, cujas operações o recorrente alegou não ser devida a exigência apurada no Auto de Infração, pelo fato de se tratar de remessas em consignação que foram devolvidas mediante emissão de nota fiscal correspondente e que cumpriu rigorosamente o estabelecido no art. 334 do RICMS-BA/12.

Verifico nos cadernos processuais que o autuante ao prestar informação fiscal refutou o argumento da defesa esclarecendo que, por se tratar de operação interestadual de mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária, o Parágrafo Único do referido dispositivo regulamentar expressamente determina a não aplicação nas devoluções no caso em tela.

"Art. 334. Na realização de operação de consignação mercantil, observar-se-ão os seguintes procedimentos (Ajuste SINIEF 2/93);

[...]

III - Na venda da mercadoria remetida a título de consignação mercantil;

IV - Na devolução de mercadoria remetida em consignação mercantil;

[...]

Parágrafo único. As disposições contidas neste artigo não se aplicam às operações sujeitas ao diferimento ou ao regime de substituição tributária por antecipação, exceto nas operações internas em que a fase de tributação já tenha sido encerrada."

Ante o exposto, mantenho a Decisão a quo. Para julgar subsistente a infração.

Em relação aos DANFES de nºs 4540 e 4610, o recorrente alega que se trata de operações de devoluções, realizadas através dos DANFES de nºs 11173 e 11298, que foram enquadradas erroneamente no CFOP 6949 - outras saídas de mercadorias ou prestação de serviço não especificado, quando o correto seria o CFOP 6202 - Devolução de compra para comercialização.

Ao compulsar a documentação acostada aos autos pela defesa (PENDRIVE fl. 434) constato que as cópias dos referidos DANFES de nºs 11173 e 12298 se referem às mesmas mercadorias dos DANFES de nºs 4540 e 4610, e que consta nas informações complementares a citação de que tratam de devolução de mercadoria das referidas DANFES.

Ante o exposto entendo que foram comprovados os efetivos retornos das mercadorias através dos correspondentes DANFES de nºs 11173 e 12298, assim excluo o valor de R\$ 32.131,78, referentes as mercadorias das notas fiscais

Em relação aos DANFES de nºs 4538, 4619 e 4632, o recorrente alega que não foi considerada a alíquota de 4% prevista na Resolução do Senado nº 13/2012 na apuração da exigência objeto da autuação, pelo fato de

constar no demonstrativo de apuração as alíquotas de 12% e 17%.

Verifico nos cadernos processuais que o autuante em sua informação fiscal, esclareceu que a apuração do ICMS-ST foi efetuada corretamente como se constata no demonstrativo de apuração, uma vez que foi considerado o crédito fiscal de 4% destacado nas operações interestaduais amparadas pela referida resolução aplicada à correspondente MVA e incidindo a alíquota de 12% para as operações subsequentes com motocicletas ou, de 17% nas operações com peças.

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

Em relação ao DANFE nº 4618, o recorrente em sua tese recursal informa que desconhece essa operação e requer a sua exclusão, trazendo aos autos cópia de declaração do emitente, Sazaki Motores Ltda. constante na mídia “pendrive”, fl. 434, informando que ocorreu um equívoco.

Verifico que no PAF consta a declaração da emitente da referida nota fiscal de que ocorreu equívoco em sua emissão, mas não vejo, no processo fiscal, nenhuma nota de devolução desta operação.

Desta forma não acato a tese recursal, pois não há provas de que a operação foi desfeita. E fica claro que a nota fiscal existe no sistema de Notas Fiscais eletrônicas e, somente o devido cancelamento no ambiente público de arquivamento é que poderia ser aceito o desfazimento do negócio e a consequente desoneração do autuado.

Nada impede que o recorrente faça a correção da operação com o respectivo pedido de emissão extemporânea da nota fiscal de devolução, mediante as provas que possui da não realização/desfazimento desta operação.

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

Em relação aos DANFES de nºs 51321, 086 e 155, o recorrente em sua defesa que fez o recolhimento e que colacionou aos autos os correspondentes comprovantes.

Ao compulsar os documentos acostados aos autos no pen drive, fl. 434, verifico há uma cópia de uma GNRE do DANFE de nº 51321, na havendo prova de que ele foi pago, pois não existe nenhum documento de comprovação do dito pagamento.

Verifico que em relação aos demais DANFE S, 086 e 155, não constam quaisquer comprovantes nos cadernos processuais.

Ante ao exposto, voto, portanto, pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida e julgar o Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE, com a exclusão do valor de R\$32.131,78, referente as devoluções ocorridas.

Inconformado, o Recorrente interpôs Pedido de Reconsideração, visando a reapreciação da Decisão da 2ª CJF pelos fatos e fundamentos abaixo arrolados:

No Pedido de Reconsideração o recorrente, afirma que tomou ciência em 05/09/2017, e requer suspensão do auto, previsto no caput do art. 169 do RPAF, bem como a submissão do pedido à Câmara de Julgamento Fiscal em apreço, o que faz consoante às razões anexas, que sejam remetidas juntamente com os autos.

Preliminarmente, o recorrente argui, que nos termos do art. 171 do RPAF, o prazo para Pedido de Reconsideração, que tenha reformado no mérito a decisão de primeira instância em processo administrativo fiscal é de 20 (vinte) dias, contado da data da ciência da Decisão recorrida e que para interposição do Recurso Voluntário apenas há de recair no dia 25 de setembro de 2017 (segunda-feira), assim tornando tempestiva a presente irresignação.

Nas razões para o Pedido de Reconsideração o recorrente, aduz que a manifestação da 2ª CJF acerca de pontos que, apesar de invocados nas instâncias anteriores, não foram abordados nas decisões proferidas.

Afirma o requerente que a CJF deixou de se manifestar acerca do pedido subsidiário expressamente formulado, relativo à prerrogativa contida no art. 42, § 8º da Lei Estadual nº 7.014/96, que autoriza, com base em aplicação de equidade e do princípio *in dubio pro contribuinte*, que seja afastada a penalidade aplicada em face de contribuinte que agiu em estrita boa-fé.

Traz, também, que o acórdão em apreço foi baseado, quase que totalmente, em interpretação excessivamente restritiva do Princípio da Legalidade, limitando-se a afirmar que “a legislação prevê tal penalidade”, especificamente no art. 42, II, “d” da Lei Estadual nº 7.041/96, sem levar em

conta que a mesma lei, no parágrafo 8º do mesmo dispositivo, também oportuniza à autoridade julgadora a aplicação da equidade, para afastamento de sanções desmedidas. Ao simplesmente aplicar a penalidade, de modo indistinto, equipara a autoridade fiscal os contribuintes de boa e de má-fé, tornando letra morta o dito § 8º.

Observa que, o CONSEF/BA pode entender, em sua cognição administrativa, que não é o caso de aplicação do art. 42, § 8º da supracitada lei. Todavia, é necessário abordar e explicitar as razões para tanto. O pedido subsidiário expressamente formulado deve ser, em suma, enfrentado com mais clareza.

O recorrente, cita como paradigma, o ACÓRDÃO CS Nº 0010-21/09, da CÂMARA SUPERIOR, que traz a dispensa de multas, onde ficou evidenciado nos autos que o sujeito passivo agiu de boa-fé.

Traz, ainda, que punir o recorrente com multa, implica em equiparar os contribuintes de boa-fé com aqueles que deliberadamente visam descumprir a legislação tributária.

Por fim, requer que seja acolhido o Pedido de Reconsideração, especificamente para que seja afastada a aplicação da MULTA sobre o valor principal, diante da boa-fé do contribuinte, temperando-se a interpretação do art. 136 do CTN com a aplicação dos Princípios da Equidade e do “In Dubio Pro Contribuinte”, como orienta o Superior Tribunal de Justiça.

VOTO

Regularmente intimada, o Recorrente, inconformada com a decisão da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal (Acordão nº 0276-12/17), que Proveu Parcialmente o Recurso Voluntário interposto conta o Acordão da 3ª JJF nº 0236-03/16 que julgou Procedente o Auto de Infração nº 089643.0013/16-2 vem, por seu representante legal, às fls. 509/512, expor as razões que motivam seu Pedido de Reconsideração.

O Auto de Infração em análise, trata do não recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior, nos meses de maio e novembro de 2012, abril a junho, e dezembro de 2013, julho e outubro de 2014, fevereiro, abril, julho e setembro de 2015.

Ao dispor sobre as espécies recursais, o art. 169, Inciso I, alínea “d”, do RPAF/99, prevê que caberá P da decisão de Câmara que tenha, em julgamento de Recurso de Ofício, reformado, no mérito, a de primeira instância em processo administrativo fiscal.

Por seu turno, o inciso V, do art. 173, do mesmo RPAF/99, 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 requisitos para a admissibilidade do Pedido de Reconsideração:

- i. Que 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;
- ii. 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 análise do Pedido de Reconsideração interposto e das demais peças processuais, constato que os dois requisitos não foram atendidos, pois o Acordão da 2ª CJF nº 0276-12/17 não reformou a Decisão de primeira instância, bem como as alegações contidas no referido pedido já foram abordadas em decisões anteriores.

Em face do acima exposto, considero que o Pedido de Reconsideração apresentado não atende os requisitos de admissibilidade previstos no art. 169, Inciso I, alínea “d”, do RPAF/99.

Voto pelo NÃO CONHECIMENTO do Pedido de Reconsideração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO CONHECER o Pedido de Reconsideração apresentado que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 089643.0013/16-2 lavrado contra **LULU MOTOS COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO, EXPORTAÇÃO E TRANSPORTES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$309.162,92**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de agosto de 2018.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ELDE SANTOS OLIVEIRA – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO – REPR. DA PGF/PROFIS