

**PROCESSO** - A. I. Nº 232954.0003/12-1  
**RECORRENTE** - CODICAL DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO – Acórdão 1ª JJF nº 0033-11/18  
**ORIGEM** - IFEP – DAT/NORTE  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 12/12/2018

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0332-11/18

**EMENTA:** ICMS. INEXISTÊNCIA DE PRESSUPOSTO 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 apreciadas nas fases anteriores de julgamento. Tais condições não ocorrem no caso concreto. Mantida a Decisão Recorrida. Recurso **NÃO CONHECIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Pedido de Reconsideração interposto contra a decisão da 1ª CJF (Acórdão nº 0033-11/18) que Negou Provisório do Recurso Voluntário interposto contra o Acórdão da 4ª JJF nº 0022-04/17 que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, lavrado em 28/06/12, para exigir créditos tributários no valor histórico de R\$800.117,80, em razão das seguintes irregularidades:

**INFRAÇÃO 1 - 01.05.03.** Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução. Valor do débito: R\$135.651,39. Multa de 60%. Consta que se trata de créditos superiores a 10%, limite estabelecido no art. 6º do Dec. nº 7.799/00.

**INFRAÇÃO 2 - 07.04.03.** Deixou de proceder a retenção e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Valor do débito: R\$187.717,83. Multa de 60%. Trata-se de saídas para contribuintes não inscritos/desabilitados no CAD-ICMS (Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado da Bahia).

**INFRAÇÃO 3 - 01.05.03.** Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução. Valor do débito: R\$38.768,95. Multa de 60%. Refere-se a mercadorias com redução da base de cálculo nas saídas, cujos créditos fiscais de aquisição foram utilizados em percentual superior àquele correspondente às saídas.

**INFRAÇÃO 4 - 03.02.06.** Recolheu a menos de ICMS em razão de utilização indevida da redução da base de cálculo do imposto. Valor do débito: R\$28.625,74. Multa de 60%. Consta que se refere a vendas realizadas para não contribuintes.

**INFRAÇÃO 5 - 03.02.06.** Recolheu a menos de ICMS em razão de utilização indevida da redução da base de cálculo do imposto. Valor do débito: R\$409.353,89. Multa de 60%. Trata-se de vendas realizadas para contribuintes desabilitados no CAD-ICMS.

Em seu Pedido de Reconsideração, fls. 2029 a 2036, com fulcro nos arts. 169, I, “d” e 171 do RPAF, apresentar Pedido de Reconsideração, com base nos fatos e fundamentos a seguir declinados:

Trás 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;*

Informa que a hipótese transcrita encaixa-se como uma luva ao presente processo, uma vez que há pedido expresso e não analisado pelo egrégio da CJF do CONSEF.

Observa que no caso em apreço, em que pese bem redigido o voto vencedor, data vênia, houve uma má compreensão da realidade dos fatos, vejamos o trecho do acórdão ora vergastado:

*“Entretanto, a Nota I, “b”, indica que ‘conta-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, com fundamento no art. 173, I, do CTN, quando: b) o contribuinte não declara a ocorrência do fato jurídico tributário, isto é, omite a realização da operação ou prestação tributável’.”*

*Logo, na situação presente a infração 2 indica que o contribuinte praticou operações de circulação de mercadorias sobre as quais devia proceder a retenção e o recolhimento do ICMS contidas no campo de incidência do imposto e declarou como não tributável (substituição tributária) tais operações. Consequentemente, não recolheu qualquer valor do imposto devido na qualidade de sujeito passivo por substituição relativo as operações consignadas nos demonstrativos elaborado pela fiscalização que foi objeto da autuação.”*

A recorrente traz que é de se observar que, conforme afirmado pela C. CJF, o contribuinte declarou como substituição tributária as operações, no entanto, o fato de a operação submeter-se ao regime de substituição tributária, sabe-se que, não aniquila a ocorrência do fato gerador, cita art. 150 da CF/88 que prevê a substituição tributária.

Aduz que, acaso a presente petição findasse por aqui já teria sido suficiente para compreender que o caso trazido à tona no voto vencedor, qual seja, o da infração 2, não condiz com a hipótese do art. 173, I, pois este afirma que se conta o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado nos casos em que o contribuinte não declara a ocorrência do fato jurídico tributário ou omite a realização da operação, no entanto, o que ocorreu foi a declaração da ocorrência de uma operação jurídica não tributável, ou seja, tal fato não traduz-se como “não declaração da ocorrência do fato gerador”, mas apenas o tipo da operação jurídica.

Observa que diferentemente da responsabilidade por transferência, a substituição tributária faz nascer, desde a incidência do tributo, o dever de recolher o tributo para uma pessoa estranha ao fato gerador, ou seja, nesta, o contribuinte, em momento algum, assume a obrigação.

Assim, afirma que resta claro que com a substituição tributária ocorre a incidência, portanto, acontece o fato gerador, contudo, a obrigação de pagar o tributo é destinada ao sujeito passivo indireto. Dessa forma, nota-se que, no presente caso, só estar-se-ia diante da regra do art. 173, I, acaso a operação tivesse sido declarada como isenta, sem de fato, o ser, eis que na isenção não ocorre, de fato, o fato gerador.

Noutra quadra, destaca que considera que a regra do art. 173, I, do CTN é viável para tributos que não se incluem na regra dos tributos sujeitos a homologação, por isso, muito acertado o Voto Vencido quando aduz: *“o pagamento, por si só do ICMS, não é o fator determinante da aplicação da referida norma. Como já dito anteriormente, em sendo o ICMS um imposto por homologação, de apuração mensal, condicionar a aplicação do art. 150, §4º ao pagamento seria desconsiderar a própria natureza do tributo.”*

Ressalta, ainda, que quanto aos argumentos de defesa trazidos, relativos às infrações 1, 2, 3, 4 e 5, apesar de terem sido objeto de análise, nota-se claramente que o julgamento limitou-se ao entendimento firmado pelo autuante, não considerando, pois, os documentos colacionados desde a impugnação e que comprovam a inoccorrência das infrações impostas.

Noutra quadra, menciona que desde a defesa apresentada fora solicitada a redução das multas aplicadas, inclusive trazendo à tona a Súmula nº 14 do Conselho de Contribuinte, contudo, tal pleito sequer fora analisado.

Traz ainda, que o acórdão ora combatido fora claramente omissos, bem como contraditórios, omissos porque sequer discutiu a possibilidade levantada e requerida: redução das multas de

ofício aplicadas.

Alega que é ilegal a aplicação de multas punitivas que sejam superiores ao valor do débito principal, ao real valor devido pelo contribuinte, eis que ocasionam indubitavelmente o confisco, expressamente vedado na Constituição Federal do Brasil, nos termos do seu artigo 150, inciso IV.

Informa que tal entendimento, acerca da legalidade ou ofensa à Constituição Federal pela aplicação pelos Fiscos de multas em percentuais superiores ao valor original do débito tributário chegou às mãos do Excelso Supremo Tribunal Federal, através de casos como o do Recurso Extraordinário 833.106.

Dessa maneira, resta evidente que a prática do Fisco em aplicação de multa em valor superior ao montante devido, como no caso em apreço, caracteriza o confisco, ato totalmente vedado pela Constituição Federal Brasileira, nos termos do artigo 150, IV.

Ante o exposto, demonstrada a insubsistência e improcedência da ação fiscal, bem como as referidas omissões, requer que o Auto de Infração seja reformado, conforme exposto e para que:

- i. O Voto vencedor seja revisto, assim que seja aplicado o voto vencido (do relator) na integra, em relação a interpretação sobre a decadência/prescrição.
- ii. Que seja analisado o pedido de redução da multa aplicada proporcionalmente ao valor do saldo remanescente.

## VOTO

Trata-se de Pedido de Reconsideração interposto contra a decisão da 1ª CJF (Acórdão nº 0033-11/18) que Negou Provimento do Recurso Voluntário interposto contra o Acórdão da 4ª JF nº 0022-04/17 que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração nº 232954.0003/12-1, lavrado em 28/06/12, para exigir créditos tributários no valor histórico de R\$800.117,80.

Regularmente intimada, a Recorrente, inconformada com a decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão nº 0022-04/17), que Negou Provimento do Recurso Voluntário interposto contra o Acórdão da 1ª CJF nº 0033-11/18 que julgou Procedente em Parte 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 Pedido de Reconsideração 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 na decisão de Câmara de Julgamento Fiscal tenha, em julgamento de Recurso de Ofício, reformado, no mérito, a de primeira instância em processo administrativo fiscal;
- ii. Que verse sobre matéria de fato ou fundamento de direito arguidos pelo sujeito passivo e não apreciados nas fases anteriores de julgamento.

Da análise do Pedido de Reconsideração interposto e das demais peças processuais, constato que

os dois requisitos não foram atendidos, pois o Acórdão da 1ª CJF nº 0033-11/18 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 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO CONHECER** o Pedido de Reconsideração apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232954.0003/12-1**, lavrado **CODICAL DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$525.444,36**, acrescido das multas de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “e” e VII, “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de dezembro de 2018.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ELDE SANTOS OLIVEIRA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS