

PROCESSO	- A. I. N° 146551.0002/16-7
RECORRENTE	- CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA. (G. BARBOSA)
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ES.TADUAL
RECURSO	- PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO – Acórdão CJF nº 0175-12/18
ORIGEM	- IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 08/08/2019

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0196-12/19

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 em relação à Decisão proferida por esta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, em 11/07/2018, fls. 352/368, quando apreciou o Recurso Voluntário relativo ao Acórdão da 3ª JJF nº 0170-03/17 que julgou, por decisão não unânime, Parcialmente Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 15/09/2016, reduzindo o valor original do lançamento para o valor histórico de R\$4.816.012,90, acrescido das multas de 60%, sobre o valor de R\$2.506.139,17 e de 100% sobre R\$2.309.873,73, previstas no Art. 42, incisos VII, alíneas “a”, “b”, “d” e “f”, e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa percentual no valor de **R\$1.637.707,19**, prevista no inciso II, “d”, do mesmo artigo e diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado o valor recolhido.

Ainda inconformado, às fls. 383/392, o Contribuinte interpõe PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO e após breve relato sobre o Auto de Infração e os Julgamentos subsequentes, passa a apontar as razões do seu pedido, com base no entendimento de que o Acórdão proferido por esta 2ª Câmara merece reforma.

Assim, passa a analisar a Infração 02:

O Sr. Agente Fiscal incluiu, por equívoco, na análise das informações fiscais da Contribuinte e na elaboração do cálculo da infração, mercadorias que não estão sujeitas a sistemática da substituição tributária.

A mercadoria considerada por equívoco foi “confeito”. Referidos produtos não estão sujeitos à substituição tributária e sobre eles incide tributação normal. O item 8.3 do inciso II, do art. 353, do RICMS/BA foi revogado em 31/10/2008, com efeitos a partir 01/01/2009.

Para comprovar suas razões de defesa, a Recorrente anexou na defesa, planilha contendo a enumeração das mercadorias sujeitas à substituição ou antecipação tributária com base no Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, com a indicação do produto Confeito e respectiva NCM, bem como a ilustração da mercadoria conforme fornecedor, tornando imperiosa a exclusão dos produtos indevidos no valor de R\$ 2.812,98.

Em seguida analisa a Infração 09

A acusação fiscal foi de omissão de ICMS referente as operações não escrituradas em Livros Fiscais próprios.

A ora Recorrente verificou Notas Fiscais de saída com destaque de Substituição Tributária com as seguintes situações: devolução, cancelada, uso e consumo, conforme planilha, Registro Saída NFe e SAP constantes do CD em anexo à defesa.

Todavia, o ilustre julgador de 2^a instância manteve a exigência das operações internas sob o fundamento de que as “*notas fiscais relativas a operações internas, mesmo que relativas a devoluções, deveriam ter sido escrituradas, bem como efetuado o recolhimento do imposto, de forma a compensar o crédito do imposto pela entrada*” (trecho da página 12 do acórdão).

Notem Srs. Julgadores, que manter a exigência em tela referente a notas fiscais canceladas, devoluções e uso e consumo, é permitir que o Contribuinte seja penalizado com cobrança de imposto que se mostra absolutamente indevida, o que deve ser prontamente corrigido.

Não é demais lembrar que no caso de operações internas de devolução, de acordo com as Cláusulas Terceira e Quarta do Convênio ICMS nº 81/93 e alterações, no caso de desfazimento do negócio, não cabe o recolhimento antecipado do ICMS retido por substituição tributária, bastando somente a emissão da nota fiscal (devolução) para que o fornecedor possa se ressarcir do imposto que foi retido originalmente.

Portanto, ao não considerar os termos do Convênio ICMS acima referido, os e. Julgadores de 2^a Instância aplicaram entendimento contrário ao que diz a legislação do imposto, devendo ser reconsiderada a decisão e excluídos da exigência, os montantes de tais operações.

Por fim analisa as Infrações 10, 11 e 12.

Conforme exposto no auto de infração e nos fundamentos recursais da Contribuinte, as infrações 10, 11 e 12 são relativas à exigência do ICMS nas transferências entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica situados dentro e fora do Estado da Bahia.

Ao analisar as razões recursais, os E. Julgadores de 2^a instância reconheceram a inexistência do fato gerador do ICMS nas operações internas entre o mesmo Contribuinte, mas mantiveram a exigência quanto às operações interestaduais.

Todavia, esse posicionamento não está em consonância com a atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e nem coaduna com o entendimento unânime da Câmara Julgadora, tendo havido voto divergente no julgamento quanto a essa matéria, o qual se pede vênia para colacionar abaixo:

VOTO DIVERGENTE (Infrações 11 e 12)

Em que pese a usual e costumeira perspicácia do relator na prolação de seus votos, peço-lhe vénia para discordar, *in casu*, do entendimento esposado em seu correlato voto, notadamente em relação às infrações 11 e 12.

Isto porque, limita-se o Ilustre relator a excluir do lançamento fiscal a exigência do ICMS nas operações internas de transferência, quando meu voto é no sentido que deva ser excluído do lançamento a exigência do ICMS para toda e qualquer transferência realizada entre estabelecimentos de uma mesma empresa, inclusive nas operações interestaduais.

Considerando que o fato gerador do ICMS é o negócio jurídico que transfere a posse ou a titularidade de uma mercadoria, a mera saída física da mercadoria do estabelecimento não constitui “circulação”, para efeito de incidência do ICMS, haja vista que não há mudança de sua titularidade por força de uma operação jurídica, tal como: compra e venda, doação ou permuta.

Ademais, a lide gira em torno de uma questão que já está absolutamente superada pela jurisprudência dos nossos tribunais.

Ao apreciar a matéria decidiu o Supremo Tribunal Federal que:

“O simples deslocamento de coisas de um estabelecimento para outro, sem transferência de propriedade, não gera direito à cobrança de ICM. O emprego da expressão ‘operações’, bem como a designação do imposto, no que consagra o vocabulário ‘mercadoria’ são conducentes à premissa de que deve haver o envolvimento de ato

mercantil e este não ocorre quando o produtor simplesmente movimenta frangos”. (AI 131.941-1 – Rel. Min. Marco Aurélio – un. DJ 19.4.91, p. 4583)

No mesmo sentido o Superior Tribunal de Justiça, como se verifica da Súmula nº 166, editada em 1996:

“Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.”

Voto, portanto, pela IMPROCEDÊNCIA das infrações 11 e 12, consequentemente, pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

Vejam Ilustres Julgadores, que conforme o entendimento do voto divergente também defendido pela Contribuinte em suas razões recursais, há que ser aplicada a doutrina e jurisprudência quanto a inexistência do fato gerador do ICMS nas transferências de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo Contribuinte, devendo as infrações 10, 11 e 12 serem integralmente canceladas.

E como inclusive foi bem exposto no voto do E. Relator, a própria PGE ao emitir o Parecer de Uniformização de Jurisprudência nº 2016.169506-0 já determinou a aplicação dos precedentes jurisprudenciais dos Tribunais Superiores que colocaram uma pá de cal sobre o assunto, ao definirem que não existe fato gerador do ICMS nas transferências entre estabelecimentos do mesmo Contribuinte.

Portanto, não há que se falar na manutenção, ainda que parcial, das exigências perpetradas pelas supostas infrações 10, 11 e 12, sendo este pedido de reconsideração para que seja estendida a aplicação do entendimento de inexistência de fato gerador do imposto quanto a totalidade das operações objeto das infrações acima referidas.

INFRAÇÃO 14: “Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento”.

Pede-se a reconsideração da decisão para sejam excluídos do cálculo da infração os materiais gráficos, os quais estão fora do campo de incidência do ICMS, conforme amplamente demonstrado pelos documentos juntados pela Contribuinte ao longo do processo administrativo.

INFRAÇÃO 15: “O Contribuinte utilizou indevidamente créditos fiscais relativos às entradas interestaduais contempladas com Benefício Fiscal do ICMS NÃO AUTORIZADO por Convênio ou Protocolo nos termos da Lei Complementar nº 24/75”.

Pede-se a reconsideração da decisão que afastou as legações recursais da Contribuinte na medida em que aplica ao caso em tela, o estorno de créditos presumidos que não foram utilizados por seus fornecedores.

Foi demonstrado pela Contribuinte no decorrer do processo administrativo que algumas das operações glosadas pelo Sr. Agente Fiscal, não tiveram o aproveitamento do crédito presumido, de modo que não se aplica o Decreto nº 14.213/2012 da SEFAZ/BA que determina a vedação de créditos fiscais relativos às entradas interestaduais de mercadorias contempladas com benefício fiscal no estado de origem.

Tais fatos são facilmente constatados através de uma análise mais detida dos documentos fiscais de tais operações e pelas declarações de alguns fornecedores atestando que não fazem uso do benefício fiscal vinculado à vedação de crédito prevista no Decreto nº 14.213/2012 as quais foram anexadas aos autos na ocasião do protocolo da defesa.

Portanto, manter o lançamento de supostos créditos indevidos sob o fundamento de que seriam abarcados por incentivos fiscais não convalidados, quando há a confirmação de que tais operações não consideraram nenhuma benesse fiscal, é permitir o enriquecimento sem causa do Estado e exigir tributo com efeito de confisco do patrimônio da Contribuinte, sendo a medida que se impõe, a reconsideração da decisão também quanto à infração nº 15.

INFRAÇÃO 16: “Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias destinadas a contribuinte diverso do indicado no documento fiscal”.

A acusação fiscal foi de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias destinadas a contribuinte diverso do indicado no documento fiscal. A Contribuinte requereu a realização de diligência para comprovação do equívoco no preenchimento dos documentos fiscais.

Como houve o indeferimento do pedido de diligência pleiteado desde a defesa, ficou impossibilitada de comprovar a improcedência da autuação.

Sendo assim, pede-se a reconsideração do r. acórdão para que seja deferido o pedido de diligência, de modo a comprovar a improcedência da autuação.

INFRAÇÃO 19: “Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado”.

Ao receber a autuação quanto a infração descrita acima, a Contribuinte realizou análise pormenorizada dos seus registros de inventário e declarações transmitidas ao Fisco. O exame teve por objeto o inventário, a EFD e o BI - sistema interno de controle de estoques.

Através dessa análise, constatou a existência de informações incorretas no inventário e na EFD, em comparação com o BI do período em questão, e essas informações equivocadas foram entregues ao Fisco e culminaram com a lavratura da autuação em montante absolutamente irreal.

A Contribuinte anexou o novo relatório do quantitativo de estoques em 31/12/2013 que afasta as omissões de saída objeto da autuação e pediu a realização de diligência para comprovar o equívoco da autuação.

Como o tópico é complexo e demanda análise de grande número de informações e documentos para comprovação das razões de defesa, a Contribuinte requereu a realização de diligência.

Todavia, de forma absolutamente arbitrária e contra os princípios da verdade material, ampla defesa e contraditório, o pedido de diligência foi indeferido tanto no julgamento de 1^a quanto de 2^a instância.

Pede-se vênia para colacionar o trecho do voto do relator que aborda o indeferimento da diligência quanto à infração ora em análise (pág. 15 do acórdão):

O Autuado alegou a existência de informações incorretas no livro Registro de Inventários e requereu a realização de diligência para a retificação da EFD com o intuito de corrigir as informações em seus estoques. Entretanto, não há como autorizar o pleito, tendo em vista a impossibilidade de retificação de sua escrituração fiscal digital fora do prazo previsto na cláusula décima-terceira do Ajuste SINIEF 02/2009, conforme previsão do Art. 251, do RICMS/12.

Da leitura das razões de indeferimento do pleito da Contribuinte, nota-se que o E. Relator se ateve a norma que dispõe sobre o prazo de retificação da escrituração digital, se limitando a alegar que em razão da expiração do período de retificação tornaria inviável a realização a perícia.

Todavia, é justamente por essa razão que a única forma de comprovação da improcedência da infração é através da realização de diligência para que seja realizada análise das informações corretas da Contribuinte, não sendo permitido que um mero equívoco na entrega de suas obrigações fiscais possa justificar a exigência de imposto no valor histórico de mais de R\$2 193.477,86 (dois milhões cento e noventa e três mil quatrocentos e setenta e sete reais e oitenta e seis centavos), o que fatalmente impactará negativamente no seu patrimônio, dificultando, inclusive, honrar com seus compromissos trabalhistas e com fornecedores, implicando também na retração de investimentos que seriam realizados nos seus estabelecimentos sediados nesse Estado.

Isso sem mencionar que a eventual manutenção da exigência sem que a Contribuinte seja dado comprovar os equívocos cometidos e a irreabilidade dos dados considerados pelo Sr. Agente Fiscal na elaboração da autuação, implicará em enriquecimento sem causa do Estado, em detrimento do patrimônio do Contribuinte, bem como em ofensa direta, repita-se, aos princípios da verdade material, ampla defesa e do contraditório.

DA NECESSIDADE RECONSIDERAÇÃO QUANTO AO INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE DILIGÊNCIA

Em todo o curso do processo administrativo, a Contribuinte demonstrou que grande parte de seus fundamentos de defesa só poderão ser comprovados através da realização de diligência.

O pedido de diligência reiterado no Recurso Voluntário apresentado pela Contribuinte, foi indeferido pelo E. Relator com base nos seguintes argumentos (pág. 11 do acórdão):

Indefiro os pedidos de diligência e perícia solicitados pelo Autuado, nos termos do Art. 147, I e “a” e “b”, e II, “b”, do RPAF/99, por entender que os dados constantes no processo são suficientes para a minha apreciação e por ser destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do Autuado e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos, bem como pelo fato da prova pretendida não depender do conhecimento especial de técnicos.

Ora E. Julgadores, por todas as razões expostas nos recursos e pela complexidade e extenso volume das informações a serem analisadas, já fica demonstrada a necessidade de realização de diligência para comprovação da improcedência da autuação, fazendo cair por terra a fundamentação do E. Relator, ao manifestar a tese de que os dados constantes do processo seriam suficientes para a análise completa do caso. Pois não são!

Os aspectos defendidos só serão solucionados se os E. Julgadores, diante do grande número de documentos e informações relacionados, converterem o presente processo em diligência, para assim toda a documentação e operação ser depurada e o lançamento tributário refletir a certeza e liquidez o qual lhe deve ser atinente

E nem se diga que a conversão em diligência seja pedido extravagante, uma vez que o Processo Administrativo Fiscal é justamente o ambiente propício para investigação fiscal, visto que é justo nesse ambiente que se aplica o princípio da verdade material.

A ampla possibilidade de produção de provas na fase administrativa é o que alicerça a legitimação dos princípios da ampla defesa, do devido processo legal e da verdade material.

Nesse cenário, portanto, devem ser consideradas todos os fatos e provas lícitos, ainda que não tragam benefício à Fazenda Pública. Essa verdade é apurada no julgamento dos processos administrativos fiscais de acordo com a análise de documentos, oitiva das testemunhas, análise de perícias técnicas e na investigação dos fatos. É premente nesse momento a busca pela realidade dos fatos, desprezando-se as presunções tributárias ou outros procedimentos que atentam apenas à verdade formal dos fatos.

Assim sendo, o próprio órgão fazendário deve promover, de ofício, as investigações necessárias à elucidação da verdade material, para que a partir dela, seja possível prolatar uma decisão justa e coerente com a verdade. Ou seja, a prova deve ser considerada em toda a sua extensão, assegurando todas as garantias e prerrogativas constitucionais possíveis do contribuinte no Brasil.

Portanto, é fundamental a análise não realizada pelo Agente Fiscal dos documentos juntados pela Contribuinte. É na análise da documentação extravagante que será constatado que a autuação combatida é fruto de um trabalho incompleto, que não presou pelos princípios administrativos que regem a Administração Pública, como a eficiência.

Ser punida com uma multa exigência fiscal que ultrapassa milhões de reais, fruto de um trabalho absolutamente inconsistente, será devastador para o patrimônio da Contribuinte.

Portanto, sob qualquer ângulo de análise, não restam dúvidas que a questão do Auto de Infração reside na conversão do feito em diligência, para que o órgão fazendário, por meio de todas as informações que detém, possa realizar sua atividade administrativa em plenitude, com foco na eficiência e na segurança jurídica da Contribuinte, que, nessa oportunidade, se vê refém de um procedimento incompleto.

No entanto, tal presunção se mostra absolutamente impertinente no presente caso, haja vista que o que inspira o dever de constituir determinados créditos fazendários é a da prova direta: compete à Autoridade Administrativa comprovar a efetiva ocorrência do fato jurídico.

Isso porque, no processo administrativo deve-se sempre buscar a verdade, em respeito (como disposto até o momento), também, a outro princípio de relevante importância, qual seja, o do interesse público. A Autoridade Administrativa, portanto, pode (e deve) buscar todos os elementos que possam influir no seu convencimento, promovendo diligências averiguatórias e probatórias que contribuam com a maior aproximação da verdade, podendo se valer de outros elementos além daqueles já trazidos aos autos.

Assim, como exposto em todo esse tópico, o Fiscal Autuante deveria ter tomado suas decisões com base nos fatos tais como se apresentam na realidade, nada impedindo, então, que buscasse essa verdade em informações alheias às constantes dos autos, como já dito. Conclui-se, portanto, que no processo administrativo a cognição deve ser ampla, apurando-se os fatos com o maior grau de aproximação da verdade possível.

É por aplicação do princípio da verdade material, aliás, que os E. Julgadores não podem ignorar o pedido da Contribuinte.

Por tais razões, caberá a esse órgão Julgador, *data venia*, reconsiderar a decisão que indeferiu o pedido de diligência requerido pela Contribuinte, de modo que possa comprovar de forma inequívoca todos os seus argumentos de defesa que ao final demonstrarão a improcedência da autuação.

Por todo o exposto e considerando a imprescindibilidade da realização de diligência pericial para comprovação dos fundamentos de defesa da Contribuinte que certamente culminarão com a improcedência da autuação, requer a este E. Órgão Julgador se digne em reconsiderar o indeferimento do pedido de diligência, em observância aos princípios da verdade material, contraditório e ampla defesa, com a consequente baixa do processo ao órgão de fiscalização para averiguação de todos os fatos e documentos constantes dos autos bem como outros adicionais, os quais a Contribuinte pugna desde já pela juntada até o momento da realização da perícia.

Subsidiariamente, caso não seja este o entendimento dessa Colenda Câmara Julgadora, requer a Contribuinte seja acolhido o presente pedido de reconsideração, com o fim de reconsiderar parcialmente o julgamento do auto de infração em tela, apenas para reformar a decisão na parte em que restou vencida a Contribuinte com o consequente decreto de improcedência do Auto de Infração nº 146551.0002/16-7.

VOTO

Considerando tempestivo o presente PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO, preliminarmente devo verificar se este atende o requisito para seu conhecimento, previsto no art. 169, I, do RPAF/BA, qual seja o preenchimento cumulativo dos seguintes requisitos:

- a) que a decisão da Câmara tenha reformado no mérito a do juízo administrativo originário;
- b) que verse sobre matéria de fato ou fundamento de direito ventilados na defesa e não apreciados nas fases anteriores de julgamento.

Inicialmente vejo que, ao contrário do que alega a Recorrente, todos os questionamentos aduzidos pelo Contribuinte, tanto em sede de Impugnação quanto em seu Recurso Voluntário, foram analisados exaustivamente pela 3^a Junta de Julgamento Fiscal e, da mesma forma, por esta 2^a Câmara no julgamento do subsequente Recurso Voluntário.

Da análise dos Autos, pode-se constatar que a decisão desta 2^a Câmara, ora questionada, diante das prerrogativas que lhe confere o disposto no art. 169, inciso I, alínea “a” do mesmo Decreto que regula este pedido de reconsideração, reformou o julgamento de primeira instância, lastreando-se em fatos e fundamentos também ventilados na fase anterior desse julgado.

Assim, constata-se que o Pedido de Reconsideração interposto não atendeu ao primeiro requisito de admissibilidade, pela não modificação da decisão de 1^a instância pela 2^a Câmara de Julgamento Fiscal e, inclusive, não atende o segundo que verse sobre matéria de fato ou fundamento de direito ventilados na defesa e não apreciados nas fases anteriores de julgamento.

Devo ainda destacar que o referido Art. 169, I, “d”, do RPAF/99, foi alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 18/08/2018, sendo ainda mais restritivo para a admissibilidade do Pedido de Reconsideração, mantendo como pressuposto apenas que a decisão tenha, em julgamento de Recurso de Ofício, reformado, no mérito, a de primeira instância em processo administrativo fiscal.

Ressalto também que o Pedido de Reconsideração não visa um novo julgamento, em 3º grau, mas apenas e tão somente resolver questões pontuais previstas na norma acima enunciada. Afinal, não foi esse o objetivo do legislador ao inserir tal Recurso.

Pelo exposto, concluo que a utilização desse recurso, no caso em análise, não é possível por estarem ausentes os requisitos para seu conhecimento.

Assim, Voto pelo NÃO CONHECIMENTO do Presente Pedido de Reconsideração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a 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 146551.0002/16-7, lavrado contra **CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA.** (G. BARBOSA), devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$4.816.012,90**, acrescido das multas de 60% sobre R\$2.506.139,17 e 100% sobre R\$2.309.873,73, previstas no Art. 42, incisos VII, alíneas “a”, “b”, “d” e “f”, e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa percentual no valor de **R\$1.637.707,19**, prevista no inciso II, “d”, do mesmo artigo e diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado o valor recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de junho de 2019.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS