

PROCESSO - A. I. Nº 281332.0004/18-3
RECORRENTE - R. F. ATACADO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO – Acórdão 1ª CJF Nº 0368-11/19
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 12/02/2020

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0336-11/20-VD

EMENTA: ICMS. REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA. Tendo se insurgido contra decisão que apreciou Recurso Voluntário, não é possível, ao Sujeito Passivo, manejar o Pedido de Reconsideração, haja vista que já teve a oportunidade de ver debatidos os seus argumentos em duas instâncias administrativas (duplo grau de jurisdição). Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO CONHECIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Pedido de Reconsideração, interposto pela Autuada, com fundamento no art. 169, inciso I, alínea “d” do RPAF/99, em face do Acórdão da 1ª CJF, nº 0368-11/19, que dera Provimento Parcial ao Recurso Voluntário, julgando Procedente em Parte o Auto de Infração, lavrado em 26/12/2018, para exigir créditos tributários no valor histórico de R\$145.185,48, em decorrência de dez infrações distintas.

Após o Auto de Infração ter sido julgado Procedente em Parte pela 1ª JJF, mediante Acórdão 0104-01/19, em 23/07/2019, a 1ª CJF apreciou o Recurso Voluntário, no dia 18/12/2019 (fls. 206 a 220) e decidiu pelo Provimento Parcial, por unanimidade. O acórdão foi fundamentado nos seguintes termos:

“VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a decisão de piso que julgou Parcialmente Procedente o Auto de Infração, entendendo pela Insustentação da infração 01 (não objeto de análise neste momento, em virtude da inexistência de Recurso de Ofício) e da manutenção das demais infrações em sua integralidade.

O recurso apresentado tem como estrutura um breve resumo de cada infração e a consequente razão recursal. Assim, procederemos da mesma maneira, a fim de manter a didática adotada e a melhor compreensão da decisão apresentada.

No pertinente à infração 02, após o resumo dos fatos, alega a recorrente como razão recursal que não há como modificar a infração por descumprimento de obrigação acessória para descumprimento de obrigação principal, bem como não foi obedecido o devido processo legal, pela falta de ciência do autuado, motivo que justifica a nulidade da infração.

Em segundo plano, na medida em que a JJF não poderia deixar de apreciar os argumentos relativos a modificação da multa aplicada, que reforma o enquadramento de uma infração por descumprimento de obrigação acessória em principal, suprimindo a primeira instância da apreciação das arguições aqui apresentadas, requer também a nulidade da infração.

Da análise da questão posta, percebe-se, quanto às alterações promovidas na tipificação da multa aplicada, que, de fato, não estaria a decisão de piso eivada de vício, uma vez que o próprio RPAF permite as alterações realizadas, como preconiza o art. 19 do RPAF/99.

Ressalte-se que as alterações foram em relação à tipificação da multa aplicada, inalterando os valores cobrados. A conduta ilícita cometida (o comportamento adotado pelo contribuinte) não foi objeto de questionamento. Como se sabe, a multa é proposta pela autoridade administrativa, cabendo ao julgado aplicar conforme o caso concreto.

Infração 02 Procedente.

No pertinente à infração 03, o contribuinte, em suas razões recursais, afirma que a Junta de Julgamento Fiscal

não se debruçou sobre a arguição de nulidade, o pedido de diligência, a utilização de créditos fiscais, bem como a ilegitimidade passiva e questões inerentes ao mérito, o que torna a decisão de primeira instância nula.

Pois bem.

No momento em que o julgador de piso fundamenta o seu voto na aplicação da norma que referenda a cobrança do imposto autuado, as questões preliminares encontram-se superadas por uma questão lógica.

Ao reconhecer que a conduta praticada tem como fundamento legal o art. 6º, XV da Lei nº 7.014/69, o julgador entende pela insubsistência das demais alegações trazidas.

Ademais, o próprio STJ já decidiu nesse sentido. Vejamos:

“O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão.

O julgador possui o dever de enfrentar apenas as questões capazes de infirmar (enfraquecer) a conclusão adotada na decisão recorrida.

Assim, mesmo após a vigência do CPC/2015, não cabem embargos de declaração contra a decisão que não se pronunciou sobre determinado argumento que era incapaz de infirmar a conclusão adotada.

STJ. 1ª Seção. EDcl no MS 21.315-DF, Rel. Min. Diva Malerbi (Desembargadora convocada do TRF da 3ª Região), julgado em 8/6/2016 (Info 585).”

Descabida a nulidade aventada. Infração 03 Subsistente.

Em relação à infração 04, a recorrente aduz que a infração não está clara, não podendo o contribuinte realizar uma defesa amparada em deduções, procurando decifrar o que a fiscalização fez ou quais cálculos realizou para chegar ao valor do imposto devido.

Ademais, afirma que a decisão do órgão a quo não enfrentou especificamente as arguições de nulidade, não tratou da exclusão das mercadorias destinadas a outra unidade federativa, bem como não enfrentou a arguição específica de improcedência da autuação.

Vislumbro que não merece reparo a decisão proferida neste ponto, uma vez que, ao analisar a planilha apresentada pelo autuante, anexada ao CD na fl. 30, resta clarividente a metodologia aplicada pelo autuante. Assim, caberia ao contribuinte promover objetivamente o confronto de suas alegações com a legislação pertinente, apontando a discordância em relação ao enquadramento atribuído pela fiscalização.

Nulidade superada. Mantida a infração 04.

No pertinente à infração 05, alega a improcedência da autuação que apurou uma infração relativa ao produto Charque, cuja revogação da redução da base de cálculo se ampara em norma ilegal e inconstitucional, visto que, independente da forma com que foi concedido, o benefício, que é de responsabilidade exclusiva do Estado, não foi atendido o procedimento legal e constitucional para a revogação da redução de base de cálculo, que deveria ocorrer por meio de Convênios ICMS, obedecendo ao rito preconizado pela Lei Complementar 24/75, especificamente alinhado em seu parágrafo segundo, bem como não foi observada a anterioridade e a já mencionada e necessária noventena para a elevação da base de cálculo do produto.

Saliento que este órgão administrativo não tem competência para analisar ilegalidade nem inconstitucionalidade, cabendo a devida aplicação da norma legal, o que foi realizado nesta infração.

Quanto ao princípio da anterioridade, o julgador de piso deixou bem clara a sua inaplicabilidade no presente caso, tendo em vista que: não se trata de criação de um novo tributo ou mesmo aumento de tributo já existente. Na realidade, ocorreu apenas que a redução da base de cálculo da mercadoria charque concedida pelo ente tributante, no caso o Estado da Bahia, deixou de existir passando a base de cálculo a ser integral a partir da alteração. Do mesmo modo, não há que se falar em noventena, haja vista que descabe a observância do prazo de 90 dias, no presente caso, pois não se trata de aumento de tributo.

Assim, descabe a nulidade/improcedência aventada, eis que a extinção da redução da base de cálculo nas operações de saídas de charque, de fato, ocorreu, cabendo ao recorrente o ajuste da norma estadual às operações por ela realizadas.

Atinente à infração 06, aduz que a decisão de piso não se ajusta a realidade dos fatos, pois no que tange à Nota Fiscal nº 9255, de 08/08/2014, cuja base de cálculo no demonstrativo do Auto de Infração é de R\$104.400,00, cabe observar que se trata de mercadoria extraviada, alvo de “furto” ocorrido no percurso entre o remetente e o destinatário, conforme Boletim de Ocorrência nº 0412014003416, registrado em 13/08/2014, às 16h04minhs da tarde, no qual consta a placa do veículo EFO7986, indicando o transporte, para vários adquirentes, de 600 caixas de charque, pesando, cada uma, 30 kg.

Informa, ainda, que o caminhão da transportadora, conforme consta do boletim de ocorrência, continha 18.000

kg de charque. Desse total, 9.000 kg - ou seja, 300 caixas - eram destinadas à empresa ora autuada, R. F. ATACADO LTDA (metade da mercadoria roubada, conforme consta da Nota Fiscal nº 9255, alvo da autuação, anexa aos autos).

Lembra também que a mercadoria, relativa à nota fiscal acima indicada, foi alvo de furto antes mesmo de ingressar no estabelecimento do adquirente.

Assim, solicita diligência para que o órgão de Assessoria Técnica possa, in loco, ou através dos meios de comunicação disponíveis, fazer contato com o fornecedor constante do documento fiscal, bem como o responsável pelo transporte, até mesmo a delegacia que foi registrada a ocorrência e quem mais o Ilustre Relator entender pertinente.

De início, informo que descabe o pedido de diligência formulado, uma vez que tal produção de prova contrária compete ao contribuinte, sendo seu o ônus de provar fato impeditivo, extintivo ou modificativo, inexistindo razão para a diligência suscitada, até porque já consta nos autos elementos de prova para a convicção dos julgadores.

Da análise dos documentos apresentados, vislumbro que assiste razão sua alegação quanto à Nota Fiscal nº 9255. Toda pertinência tem suas alegações, devidamente comprovadas, conforme BO e nota fiscal apresentada. Assim, procedo com a exclusão da referida nota dos demonstrativos do autuante, sendo esta nota referente ao período de 08/2014, constante no levantamento fiscal, conforme anexo apresentado pelo autuante.

Infração 06 parcialmente caracterizada. Exclusão do mês de 08/2014, passando a autuação a valorar em R\$21.966,81.

Em relação à infração 07, afirma a recorrente que, para afastar a alegação de nulidade trazida quanto as planilhas apresentadas, a decisão a quo deveria demonstrar as notas e produtos que compõem a exigência fiscal, que os totais que constam da planilha resumo coincidem com o exigido no lançamento de ofício.

Salienta que a alegação de que nas planilhas constam notas fiscais, períodos, remetente, mercadoria com código de NCM com a identificação clara de que se trata de mercadorias sujeitas a antecipação, é claramente insuficiente para afastar a arguição defensiva de que, inclusive, a planilha resumo não coincide com o exigido no lançamento, bem como não coincidem os períodos reclamados.

E requer a nulidade da Infração 07, cabendo o retorno ao órgão a quo para, sem suprimir instâncias, reavalie especificamente as arguições defensivas, bem como o necessário enfrentamento em relação nulidade e a improcedência arguida pela defesa e não examinadas em sua plenitude.

Novamente, o contribuinte tenta imputar ao julgador o ônus de prova que lhe compete. As notas e produtos que compõem a exigência fiscal, como salientou o julgador de piso, foram devidamente citadas nas planilhas apresentadas pela autuante, inexistindo razão de nulidade.

Ademais, o contribuinte não se insurgiu objetivamente contra as operações autuadas, razão pela qual Subsiste integralmente a infração 07.

Quanto à infração 08, reforça o pedido de nulidade, alegando que não há como identificar, nos demonstrativos apresentados pela fiscalização, os valores efetivamente exigidos no Auto de Infração, relativos à infração 08, ou seja, não consta qualquer demonstrativo indicando quais notas fiscais e correspondentes mercadorias efetivamente são alvo da infração imputada, obstruindo, dessa forma, a identificação das mesmas e a impugnação do lançamento fiscal.

Totalmente descabida as alegações da recorrente. Ao verificar o CD dos trabalhos realizados pela autuante (fl. 30), constam os anexos da infração 08, segregados por período, constando efetivamente os valores autuados, as chaves de acesso das notas fiscais e a metodologia adotada pela autuante.

Ademais, como bem pontou o julgador a exigência fiscal diz respeito a mercadorias adquiridas para comercialização cujas saídas são tributadas normalmente e não sujeitas ao regime de substituição tributária. Diversamente do alegado pelo autuado, as planilhas elaboradas pela autuante permitem identificar com clareza os documentos fiscais arrolados neste item da autuação e respectivos valores exigidos.

Infração 08 Procedente.

No pertinente à infração 09, afirma, a recorrente, que a presente exigência fiscal é relativa à multa por falta da antecipação parcial, e que a multa aplicada não se ajusta à exigência fiscal, visto que o dispositivo indicado da Lei nº 7014/96, trata da multa por descumprimento de obrigação principal. Ademais, salienta que a JF não observou o devido processo legal, previsto no § 1º, do art. 18 do RPAF/BA, ou seja, não comunicou ao sujeito passivo, fornecendo-se lhe no ato da intimação cópia dos novos elementos, com a indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar, querendo.

Não houve alteração de capitulação da multa, tendo em vista que o § 1º, do artigo 42 da Lei nº 7.014/96 estabelece que se aplica a penalidade prevista na alínea "d" do inciso II deste artigo, quando o Contribuinte deixa de recolher o imposto por antecipação parcial, nos prazos regulamentares, mas, comprovadamente,

recolhe o imposto na operação ou operações de saída posteriores.

Assim, a autuação já aplicou a previsão correta, conforme determina o §1º do art. 42 da Lei.

Infração 09 Subsistente.

Quanto à infração 10, afirma que, no presente caso, o inciso IX, do art. 42 da Lei nº 7014, que fundamenta a aplicação da multa exigida na infração 10, foi revogado. A decisão da JJF é, no mínimo, incompleta na medida em que não enfrenta a arguição defensiva de que mais se aplica a multa em questão.

Em verdade, não houve a revogação da penalidade aplicada, mas tão somente a unificação da tipificação dos incisos IX e XI, ambos passando a adotar a mesma porcentagem. Deste modo, descabe a alegação de nulidade/improcedência da autuação, nos moldes apontados. Infração 10 Subsistente

Deste modo, por tudo quanto exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, acatando as alegações recursais tão somente em relação à infração 06, mantendo as demais nos termos da decisão de piso, conforme o demonstrativo abaixo:

INF	RESULTADO	VL LANÇADO	VL JULG-JJF	VL JULG-CJF	MULTA
01	IMPROCEDENTE	1.297,74	0,00	0,00	60%
02	PROCEDENTE/N.PROVIDO	3.723,00	3.723,00	3.723,00	60%
03	PROCEDENTE/N.PROVIDO	10.137,90	10.137,90	10.137,90	60%
04	PROCEDENTE/N.PROVIDO	31.273,08	31.273,08	31.273,08	60%
05	PROCEDENTE/N.PROVIDO	25.487,88	25.487,88	25.487,88	60%
06	PROCEDENTE/P.PROVIDO	39.714,81	39.714,81	21.966,81	100%
07	PROCEDENTE/N.PROVIDO	21.064,59	21.064,59	21.064,59	60%
08	PROCEDENTE/N.PROVIDO	6.883,57	6.883,57	6.883,57	60%
09	PROCEDENTE/N.PROVIDO	3.123,09	3.123,09	3.123,09	-----
10	PROCEDENTE/N.PROVIDO	2.479,82	2.479,82	2.479,82	-----
TOTAL		145.185,48	143.887,74	126.139,74	

Inconformado, com fundamento no art. 169, I, “d” do Decreto nº 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), o contribuinte interpôs Pedido de Reconsideração às fls. 229 a 257, mediante o qual aduz variadas razões.

Preambularmente, pede que seja exercitado o competente controle da legalidade, por parte da PGE.

No mérito, discute, individualmente, cada uma das dez infrações apontadas, ao tempo em que acosta documentação comprobatória, solicitando que seja cancelado o presente lançamento.

Assim, requer seja conhecido e provido o presente Pedido de Reconsideração para que o acórdão, proferido pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, seja reformado, cancelando-se integralmente o presente Auto de Infração.

Termos em que, pede deferimento.

VOTO

Como já destacado no relatório, trata-se de Pedido de Reconsideração da decisão da 1ª CJF contida no Acórdão Nº 0368-11/19, a qual dera Provimento Parcial ao Recurso Voluntário interposto pela empresa Recorrente, R. F. ATACADO LTDA.

Pois bem, tratando-se de Pedido de Reconsideração, por se tratar de espécie recursal de natureza extraordinária, diferentemente daquilo que ocorre com as demais modalidades recursais, faz-se necessário que preencha os requisitos de admissibilidade, previstos no art. 169, inciso I, alínea “d” do RPAF, cuja redação vigente à data da prolação da decisão recorrida (que se mantém até a presente data) reproduzo abaixo.

“Art. 169. Caberão os seguintes recursos, com efeito suspensivo, das decisões em processo administrativo fiscal:

I - para as Câmaras de Julgamento do CONSEF:

...

d) pedido de reconsideração da decisão da Câmara que tenha, em julgamento de recurso de ofício, reformado, no mérito, a de primeira instância em processo administrativo fiscal (grifos acrescido);

...

Como se depreende da leitura do texto regulamentar acima transcrito, são dois os requisitos para o cabimento do presente recurso, quais sejam, que a Decisão recorrida tenha tido por objeto um Recurso de Ofício, bem como que tenha modificado a decisão de piso.

Examinando a decisão da 1ª CJF, Acórdão nº 0368-11/19, nota-se que não teve por objeto apreciação de Recurso de Ofício, mas examinou Recurso Voluntário, interposto pela empresa autuada, conforme se extrai da leitura de sua ementa, abaixo transcrita.

**“1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 0368-11/19**

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. REGISTRO DE VALORES SUPERIORES REFERENTES À ANTECIPAÇÃO PARCIAL. Fato comprovado. Infração subsistente. 2. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. A exigência fiscal se apresenta correta, haja vista que, em face do remetente não ser inscrito no Estado da Bahia na condição de substituto tributário, o destinatário/autuado assume a condição de responsável solidário pelo pagamento do imposto, conforme determina o artigo 6º, inciso XV c/c com o artigo 8º, § 5º da Lei nº 7014/96. Infração subsistente. 3. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. As planilhas elaboradas pela autuante contém todos os elementos que permitem identificar nas suas colunas os valores objetos deste item da autuação. Ou seja, nas colunas “Vlr do item” consta o valor da mercadoria, porém, na coluna referente à alíquota utilizada consta 0 (zero) e, por consequência, na coluna do valor do ICMS, também consta 0 (zero). Infração subsistente. 4. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. Incabível a discussão no âmbito do julgamento fiscal administrativo sobre a inconstitucionalidade aduzida pelo impugnante. A extinção da redução da base de cálculo nas operações de saídas de charque, de fato, ocorreu, cabendo ao Contribuinte observar as disposições legais vigentes à época dos fatos. Assim sendo, como o autuado aplicou indevidamente a redução da base de cálculo, a exigência fiscal se apresenta correta. Infração caracterizada. 5. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Da análise dos documentos apresentados, assiste razão a alegação recursal quanto à Nota Fiscal nº 9255, tendo pertinência suas alegações, devidamente comprovadas, conforme BO e nota fiscal apresentada. Procede-se a exclusão da referida nota dos demonstrativos do autuante, sendo esta nota referente ao período de 08/2014 constante no levantamento fiscal. Infração parcialmente caracterizada. Modificada a Decisão recorrida. 6. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS. As planilhas elaboradas pela autuante cuja ciência foi dada ao autuado, não permite qualquer dúvida sobre a exigência fiscal. Ou seja, identifica as Notas Fiscais arroladas na autuação; o período, o remetente, a mercadoria com o seu código NCM, sendo possível identificar-se claramente que se trata de mercadorias sujeitas à antecipação do imposto, o que não foi feito pelo autuado, conforme a acusação fiscal. Infração procedente. 7. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS PROVENIENTES DE OUTROS ESTADOS DA FEDERAÇÃO. a) FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. A exigência fiscal diz respeito a mercadorias adquiridas para comercialização cujas saídas são tributadas normalmente e não sujeitas ao regime de substituição tributária. Diversamente do alegado pelo autuado, as planilhas elaboradas pela autuante permitem identificar com clareza os documentos fiscais arrolados neste item da autuação e respectivos valores exigidos. Infração subsistente. b) MULTA DE 60% SOBRE O IMPOSTO QUE DEVERIA TER SIDO PAGO POR ANTECIPAÇÃO. O § 1º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96 estabelece que, se aplica a penalidade prevista na alínea “d” do inciso II deste artigo, quando o Contribuinte deixa de recolher o imposto por antecipação parcial, nos prazos regulamentares, mas, comprovadamente, recolhe o imposto na operação ou operações de saída posteriores. Infração procedente. 8. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Infração caracterizada. Não acolhida a preliminar de nulidade arguida. Recurso PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão unânime..”

Ora, tendo se insurgido contra decisão que apreciou Recurso Voluntário, não é possível, ao Sujeito Passivo, manejar o Pedido de Reconsideração, haja vista que já teve a oportunidade de ver debatidos os seus argumentos, em duas instâncias administrativas (duplo grau de jurisdição).

Assim, é forçoso reconhecer que inexistente, no presente caso, o direito de ação do Contribuinte.

Do exposto, voto pelo NÃO CONHECIMENTO do Pedido de Reconsideração.

Considerando que o Sujeito Passivo anexou provas que julga capazes de elidir a presente exigência fiscal, recomenda-se que peticione à PGE, com vistas a que aquele órgão exercite o

competente controle de legalidade, nos termos do art. 113 e seguintes do RPAF/99.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO CONHECER** o Pedido de Reconsideração interposto para manter o **Provimento Parcial** do Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281332.0004/18-3**, lavrado contra **R. F. ATACADO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento imposto no valor total de **R\$120.536,83**, acrescido das multas de 60% sobre R\$98.570,02 e 100% sobre R\$21.966,81, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “d”, VII, “a” e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$2.479,82** e multa percentual no valor de **R\$3.123,09**, previstas, respectivamente, nos incisos XI e II, “d” do mesmo artigo e diploma legal já citados, com os acréscimos moratórios na forma da Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 27 de novembro de 2020.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS