

PROCESSO	- A. I. Nº 206969.3000/16-1
RECORRENTE	- PERELO IMPORTAÇÃO, COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO – Acórdão CJF nº 0135-11/18
ORIGEM	- INFAC ILHÉUS
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 12.02.2021

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0342-11/20-VD

EMENTA: ICMS. REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA. Tendo se insurgido contra decisão que não reformou a Decisão recorrida, 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 contra a Decisão da 1^a CJF (Acórdão CJF nº 0135-11/18) que Negou Provimento ao Recurso Voluntário interposto contra o Acórdão JJF nº 0002-05/17, o qual julgara Parcialmente Procedente o Auto de Infração em lide.

O Auto de Infração lançou ICMS, no valor total de R\$159.064,44, e foi lavrado em decorrência de 8 infrações, tendo o Recurso Voluntário como objeto as infrações 1, 2, 3, 4 e 8, sendo de 1 a 3 Parcialmente Procedentes em Primeira Instância, a 4 e 8 Procedente.

INFRAÇÃO 1. 01.02.01. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, no valor de R\$3.770,51, ocorrência constatada nos meses de janeiro, março, maio, julho, agosto, outubro a dezembro de 2013.

INFRAÇÃO 2. 01.02.06. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, nos meses de dezembro de 2012, janeiro a dezembro de 2013, totalizando R\$81.756,43.

INFRAÇÃO 3. 01.02.26. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto, de R\$8.321,45, para fatos verificados nos meses de março, abril, junho, julho, setembro a dezembro de 2012, julho a setembro, novembro e dezembro de 2013.

INFRAÇÃO 4. 01.02.41. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais, nos meses de abril, junho a setembro de 2013, no montante de R\$1.422,90.

INFRAÇÃO 8. 07.01.02. Efetuou o recolhimento a menor 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, no total de R\$37.478,63, relativo aos meses de janeiro, outubro e novembro de 2013. Consta a indicação de que “... a apuração desta fiscalização já considerou os valores já cobrados por meio do PAF 800000.0205/15-3, Débito Declarado, datado de 28/04/2015”.

Após julgamento pela procedência parcial, o contribuinte recorreu à Segunda Instância deste Conselho de Fazenda, que, conforme voto abaixo, Negou Provimento ao Recurso Voluntário, mantendo a Decisão recorrida.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário que visa a reapreciação da decisão de piso em relação às infrações 1, 2, 3, 4 e 8. No pertinente à infração 1, a qual versa sobre suposto uso indevido de crédito fiscal de mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento da autuada, a Junta de Julgamento Fiscal verificou que as notas fiscais autuadas de nº 69336 (remessa de material promocional) e a 2743 (entrega futura), ambas sem destaque de ICMS, não se enquadravam na infração, eis que a natureza das operações não estava relacionada ao ativo permanente do estabelecimento.

Por esta razão, o julgador de piso, acertadamente, com base nas alegações do contribuinte, retirou da autuação todas as operações de CFOP 2910 e 1910, mantendo tão somente as operações de CFOP 1102, que tratam de entradas internas de mercadorias adquiridas para comercialização.

O recorrente aduz que as notas fiscais remanescentes não devem permanecer na autuação, eis que na verdade se tratam de televisores e máquinas de café que são entregues aos seus clientes varejistas para realizarem ações promocionais, e que, por erro, registrou as notas fiscais em referência fazendo constar o CFOP 1102. Pontuo que o recorrente tão somente traz a baila tal fato, sem, contudo, produzir qualquer tipo de prova que demonstre o erro no registro ou até mesmo a não comercialização de tais produtos.

Cabe a quem alega provar a veracidade de suas alegações, e como o recorrente não comprovou as afirmações exposadas, mantém-se a autuação em relação às notas fiscais de CFOP 1102, passando a infração a tais valores: MÊS NF ICMS 05/2013 5852 339,83 10/2013 2850 69,93 12/2013 199383 28,19 12/2013 195537 111,44 12/2013 195537 167,16 12/2013 199380 357,22 TOTAL DA INFRAÇÃO 01 1.073,77.

Quanto à infração 2, a qual trata de crédito indevido relacionado à aquisição de mercadorias com pagamento de imposto por substituição tributária, foram retiradas pelo autuante as operações envolvendo balanças digitais e bicicletas destinadas a brindes, sendo legítimo o direito ao crédito, conforme dispõe a legislação. Tal exclusão foi amparada pelo julgador de piso, que dispôs o seguinte: ao teor do artigo 565, em seu inciso I, o qual determina o lançamento da nota fiscal da mercadoria adquirida para ser distribuída como brinde, com direito ao crédito do imposto destacado na mesma, tal qual o fez o sujeito passivo, motivo pelo qual a exclusão encontra-se amparada na legislação e feita corretamente, motivo pelo qual concordo com a mesma. Em relação às operações remanescentes, o contribuinte atribui tal creditamento indevido a “um erro de procedimento do contribuinte levou à tributação dos respectivos itens na saída posterior, razão pela qual deve ser reconstruída a escrituração fiscal a fim de verificar, observando princípio da verdade material”.

Ora, saliento que os valores encontrados na infração são reflexos dos documentos contábeis da própria empresa. Não há como a fiscalização prever erro procedural muito menos produzir prova para o contribuinte, eis que este possui todos os documentos de sua contabilidade capazes de confrontar os erros de autuação acusados. Ademais, quanto a afirmação de que os débitos na saída podem compensar os créditos indevidamente tomados, assim como dito pelo i. Julgador de piso, o procedimento correto seria demonstrar o mesmo e postular o resarcimento dos valores eventualmente recolhidos a maior, junto ao órgão fazendário de sua circunscrição, em procedimento independente e apartado, não cabendo, ou podendo este Conselho de Fazenda determinar refazimento de conta corrente fiscal do contribuinte em tal hipótese.

Deste modo, mantenho Parcialmente Procedente a infração 2, nos termos da decisão da Junta. No pertinente à infração 3, referente a crédito indevido de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto, a Junta, atentamente, verificou que as Notas Fiscais nos 11.921, 12.668 e 12.669 já tinham sido retiradas da infração 2, por serem relativas a brindes, motivo pelo qual o seu creditamento era devido. Assim, estas também foram retiradas da infração 3, que passou a valorar em R\$8.133,75.

Quanto às operações remanescentes, alega o contribuinte que os mesmos argumentos levariam à exclusão de outras notas fiscais, tais como: 11.902, 11.920, 11.921, 12.668, 12.669 e 12.802, por todas tratarem da aquisição de brindes, cujo crédito poderá ser aproveitado integralmente. Todavia, compulsando as notas fiscais (fls. 47 a 74), a natureza das operações não deixou claro tratar-se de brindes, estando especificadas como saída de mercadorias prest. serv. não especificado, devidamente tributadas nas saídas. Assim, como não comprova, de fato, tratar-se de operações referentes a brindes, tais notas fiscais devem ser mantidas na autuação. Nesta senda, mantendo a infração 03 nos valores editados pela primeira instância.

Quanto à infração 4, pela análise dos documentos constantes no processo, constato que a Nota Fiscal nº 88951 (fl. 77) apresenta crédito de ICMS no valor de R\$1.802,89. No demonstrativo elaborado pela fiscalização (fl. 75), indica que o contribuinte se creditou de R\$1825,32, se apropriando de valor a maior, na monta de R\$22,43, devidamente exigido na autuação. O mesmo ocorre com as demais notas fiscais. Em relação à infração 8, cuja imputação é referente a recolhimento a menor de 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, aduz o contribuinte que esta não dispõe de liquidez e certeza, uma vez que se deixou de computar uma série de pagamentos feitos a título de ICMS ST, cujos comprovantes foram juntados.

Ocorre que os documentos apresentados tratam-se de espelho de alguns registros de arrecadação, extraídos do site da SEFAZ, os quais não fazem menção a quais documentos fiscais se reportam, não comprovando, efetivamente, as alegações do recorrente de que houve o recolhimento devido em cada mês.

Como salienta o julgador a quo, tal informação somente constaria no corpo do documento originariamente emitido e recolhido, o que não foi efetivamente apresentado pelo contribuinte. Sobre a alegação do contribuinte de que efetuou o recolhimento dos valores exigidos, verifico que, com relação ao mês de janeiro/2013 foi apurado o valor devido de R\$11.448,53. Conforme demonstrativo de fl. 123, neste mês foi recolhido o valor de R\$4.620,61, restando diferença, que foi devidamente exigida R\$6.827,92.

Assim, por se tratar de uma infração de comprovação material, como esta não ocorreu de forma a sanear as questões ventiladas pelo contribuinte, mantenho a infração nos moldes dos fundamentos apresentados pela Junta de Julgamento Fiscal.

Por tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo inalterada a decisão de primeiro grau.

O Pedido de Revisão Administrativa, fls. 347/48, que o Recorrente chama de Recurso de Revista, foi feito com base nos fatos e fundamentos a seguir declinados.

Pede, inicialmente, a nulidade por falta de clareza dos fatos alegados, falha esta que teria originado a apuração de valores indevidos. Alega que não se observou a existência de crédito tributário pertencente ao Recorrente conforme consta do livro de Apuração, o que representaria um cerceamento do seu direito de defesa.

No mérito, alega que possuía vários créditos de natureza tributária que não foram levados em consideração pelo fiscal na autuação, e diz que há necessidade da realização de perícia contábil. Também contesta as multas, que diz serem abusivas e que somente poderiam ser de 2% conforme Lei nº 9.298/96.

Ao final, pede novamente pela nulidade do lançamento, e que, caso seja superado o pedido de nulidade, que se realize perícia contábil para recalcular o real valor devido.

VOTO

Como já destacado no relatório, trata-se de Pedido de Reconsideração da decisão da 1^a CJF contida no Acórdão N° 0135-11/18, o qual dera Provimento Parcial ao Recurso Voluntário interposto pela empresa Recorrente, PERELO IMPORTAÇÃO, COMÉRCIO E DISTRIBUIDORA 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 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 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 (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 reformado, no mérito, a de primeira instância, bem como que verse sobre matéria de fato ou fundamento de direito arguidos pelo sujeito passivo na impugnação e não apreciados nas fases anteriores de julgamento.

Examinando a decisão da 1^a CJF, Acórdão nº 0135-11/18, nota-se que não reformou a decisão de piso, mas Negou Provimento ao Recurso Voluntário, interposto pela empresa autuada, conforme se extrai da leitura de sua ementa, abaixo transcrita.

***"1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF N° 0135-11/18***

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL INDEVIDO. a) MERCADORIAS ADQUIRIDAS PARA INTEGRAR ATIVO IMOBILIZADO. Comprovadas que muitas operações dizem respeito a remessas de material promocional a infração é procedente em parte; b) MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DE IMPOSTO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Autuante em sede de informação fiscal retira do lançamento as notas fiscais comprovadamente destinadas a brindes. Infração procedente em parte. c) AQUISIÇÃO DE

MERCADORIAS BENEFICIADAS COM ISENÇÃO OU REDUÇÃO DE IMPOSTO. Somente se admite o crédito fiscal proporcional quando as saídas subsequentes forem beneficiadas com redução de base de cálculo. Excluídas as mercadorias destinadas a distribuição de brindes. Infração mantida em parte. d) DESTAQUE A MAIOR DO IMPOSTO NOS DOCUMENTOS FISCAIS. Não tendo o sujeito passivo trazido elemento de prova para desconstituir o lançamento, a infração fica mantida. e) UTILIZAÇÃO A MAIOR DE CRÉDITO PROVENIENTE DE RECOLHIMENTO DE ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. Infração não contestada. 2. RECOLHIMENTO A MENOR. a) DESENCONTRO ENTRE O IMPOSTO LANÇADO E O RECOLHIDO. Infração não contestada. b) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS EM OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. O sujeito passivo não comprovou os recolhimentos que disse ter realizado. Infração mantida. 3. FALTA DE RECOLHIMENTO. DIFERENÇA ENTRE AS ALÍQUOTAS INTERNAS E INTERESTADUAIS. Diante do fato das operações se reportarem a remessas de material promocional, sem destaque de imposto, a infração é improcedente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.”

Ora, tendo se insurgido contra decisão que não reformou a Decisão recorrida, 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 inexiste, no presente caso, o direito de ação do Contribuinte.

Do exposto, 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 206969.3000/16-1, lavrado contra PERELO IMPORTAÇÃO, COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$153.202,01, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “b” e “d” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual de Sessões do CONSEF, 03 de dezembro de 2020.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

LEÔNCIO OGANDO DACAL – REPR. DA PGE/PROFIS