

PROCESSO - A. I. Nº 269440.0005/17-1
RECORRENTE - MAURO FERREIRA BORGES & CIA. LTDA. - ME
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO – Acórdão CJF nº 0081-11/20
ORIGEM - DAT SUL / INFAZ BARREIRAS (OESTE)
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 23/02/2022

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0391-12/21-VD

EMENTA: ICMS. REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA. Tendo se insurgido contra decisão que não apreciou recurso de ofício, 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 1ª CJF (Acórdão CJF nº 0081-11/20), que Negou Provimento ao Recurso Voluntário interposto contra o Acórdão JJF nº 0020-06/19, o qual julgara Procedente o Auto de Infração em lide.

O presente Auto de Infração lançou ICMS no valor total de R\$ 1.144.240,21, e foi lavrado em decorrência de uma única infração, descrita da forma abaixo:

“Omissão de saídas de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito”

Após julgamento pela Procedência, o contribuinte recorreu à Segunda Instância deste Conselho de Fazenda, que, conforme Acórdão nº 0081-11/20, Negou Provimento ao Recurso Voluntário, voto cujo teor reproduzo abaixo.

“VOTO

O processo em lide, diz respeito à cobrança do ICMS sobre valores de saídas de mercadorias declarados a menor pela Recorrente, apurados através do confronto entre os valores informados pelas administradoras de cartões crédito e débito, e os constantes nas informações prestadas na EFD.

De início, analiso a preliminar de nulidade apresentada pela Recorrente.

A nulidade das autuações fiscais está definida no RPAF/BAHIA, no seu artigo 18, que assim determina:

Art. 18. São nulos:

- I - os atos praticados por autoridade, órgão ou servidor incompetente;*
- II - os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa;*
- III - as decisões não fundamentadas;*
- IV - o lançamento de ofício:*

- a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;*
- b) em que se configure ilegitimidade passiva.*

§ 1º As eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado 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.

§ 2º Não se declarará a nulidade sem prejuízo ou em favor de quem lhe houver dado causa ou se o ato praticado de forma diversa houver atingindo a sua finalidade.

§ 3º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele sejam diretamente dependentes ou consequentes.

Em se tratando de cobrança pelo fato de as receitas oriundas das vendas efetuadas e recebidas através de cartões de crédito e débito, o que vemos é a Recorrente, em momento algum, nem mesmo diante da diligência requerida pela Junta Julgadora, apresentar qualquer comprovação que contradiga o que foi afirmado pelo preposto autuante, quando teve, em todo o processo, oportunidade de comprovar irregularidade da cobrança,

exercendo o seu direito de defesa e o contraditório de maneira ampla.

O processo está revestido de todas as formalidades legais, atende ao que determina o RPAF/BAHIA, a Recorrente teve ciência de todos os demonstrativos que foram apresentados pelo autuante, não podendo, desta forma, alegar cerceamento de defesa.

A afirmativa da Recorrente que ocorreria bis in idem devido ao duplo enquadramento das mesmas operações, não procede, como afirmado e comprovado, a Notificação nº 269440.0004/17-5, diz respeito à Infração 02.01.02, enquanto a Notificação que gerou o presente processo diz respeito à Infração 05.08.01, não ocorrendo qualquer similitude entre os processos, pois os fatos geradores são totalmente diferenciados.

Além do mais, em momento algum ocorreu qualquer infringência ao quanto disposto no artigo 18 do RPAF.

A alegação de não lhe ter sido facultado o prazo de 30 dias para correção dos arquivos relativos ao SPED, pelo que restou configurado no decorrer do processo, não lhe traz qualquer guarida, pois, pelo que consta, até mesmo o atendimento à diligência a Recorrente não atendeu, havendo, tão somente, após o processo ser pautado para julgamento, encaminhado relações de notas fiscais que pede sejam consideradas como redutoras da autuação.

Saliente-se que os fatos geradores da presente autuação foram relativos ao período de Novembro de 2015 a Novembro de 2016, a autuação foi efetuada em 17.02.2017, tendo a Recorrente tomado conhecimento da mesma em 16.03.17, portanto, já com dois exercícios fiscais e contábeis já encerrados.

As DMA'S apresentadas pela Recorrente sequer foram retificadas para comprovar a segregação das operações tributadas, isentas e outras, assim como os arquivos do SPED, o que poderia ser efetuado após a lavratura do Auto de Infração, e apensadas ao processo em sede de defesa ou de Recurso Voluntário.

Em momento algum a Recorrente apresenta qualquer comprovação das receitas apresentadas pelas administradoras de cartões de crédito e débito, limitando-se unicamente a alegar nulidade da autuação, por não lhe ser informado pelo autuante quais inconsistências existiriam em seus arquivos magnéticos, o que a ela mesma competiria detectar.

É dever do contribuinte apresentar os arquivos magnéticos, atendendo às normas legais estatuídas e com integridade fazer a análise comparativa dos mesmos de forma a que as informações não sejam conflitantes.

A Recorrente não apresenta meios que se possa atender ao requerido, de aplicação do que dispõe a Instrução Normativa nº 56/2007, pois o simples encaminhamento de relações das notas fiscais passíveis de uso para o cálculo da proporcionalidade nela prevista, resta prejudicada, em face de sua escrituração digital (SPED), bem como suas DMA'S, não fornecerem elementos que possam servir de base para tanto.

O que se vê, no caso, é a Recorrente apresentar a sua EFD ZERADA e os arquivos das DMA'S apresentando suas operações em sua totalidade como Isentas ou não Tributadas, o que, ela mesma confessa, não corresponde à realidade dos fatos, sendo que não se pode acatar a alegação que no período ocorria dificuldades para o cumprimento destas obrigações, já definidas deste o exercício de 2013.

Em vista de não haver a Recorrente, em momento algum, apresentado comprovações que venham a elidir a autuação, estar a sua escrituração fiscal sem condições de segregar as operações tributadas, isentas e outras, acato a representação da Junta Julgadora, no sentido de que se encaminhe à autoridade competente, em face da projeção decadencial, orientação de reabertura do processo fiscalizatório para apuração de possíveis omissões de recolhimento de tributos ao erário público, rejeito a preliminar de nulidade, NEGÓ PROVIMENTO ao Recurso Voluntário e julgo PROCEDENTE o Auto de Infração em apreço.

Após verificar a resolução, pontuei erro material referente à aplicação da multa, sendo que, de ofício, corrijo a mesma, pois a indicação é de 100% e não 60%, conforme o inciso. A correção referente ao erro material está prevista no Art. 164, § 3º do RPAF/BA."

Irresignado com a decisão da CJF, o Sujeito Passivo interpôs o presente Pedido de Reconsideração (fls. 823/834), em 09/10/2020, com base nas razões abaixo.

Após fazer um breve histórico da autuação e dos julgamentos, explica que a sua EFD continha equívocos, fato que reconhece. Alega, todavia, que tal circunstância afasta a possibilidade de que viesse a ser autuado, pois sustenta que a fiscalização deveria ter-lhe concedido o prazo de trinta dias para a correção da sua escrita, conforme prevê o art. 247, § 4º do RICMS/12. Transcreve julgados deste Consef, em apoio aos seus argumentos.

Referindo-se, especificamente, ao atendimento dos requisitos de admissibilidade do pedido de reconsideração, alega que, não somente a 6ª JJF (primeira instância), mas também a 1ª CJF (segunda instância) deixou de apreciar os argumentos postos pela empresa recorrente. Nesse sentido, transcreve trechos das decisões citadas.

Assim, considerando que a autuação teve por base a EFD da empresa, bem como o fato de que a EFD continha incorreções, defende que seja declarada a nulidade do presente auto de infração.

Nesses termos pede deferimento.

Registro a presença na sessão de julgamento do advogado do Autuado que efetuou a sustentação oral, Sr. Wagner Curvelo de Mattos - OAB/BA nº 57.723.

É o relatório.

VOTO

Como já destacado no relatório, trata-se de Pedido de Reconsideração da decisão da 1ª CJF contida no Acórdão Nº 0081-11/20, o qual Negou Provimento ao Recurso Voluntário interposto pela empresa Recorrente, MAURO F. BORGES & MARCOS D. DO NASCIMENTO.

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 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 reformado, no mérito, a de primeira instância.

Examinando a decisão da 1ª CJF, Acórdão nº 0081-11/20, nota-se que não teve por objeto examinar recurso de ofício, mas sim recurso voluntário, ao qual negou provimento, conforme se extrai da leitura de sua ementa, abaixo transcrita:

*“1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 0081-11/20-VD*

EMENTA. ICMS: DECLARAÇÃO DE VENDA COM PAGAMENTO EM CARTÃO DE CRÉDITO OU DE DÉBITO EM VALOR INFERIOR AO INFORMADO POR INSTITUIÇÃO FINANCEIRA OU ADMINISTRADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTADAS. Afastado pedido de nulidade. Empresa não optante do Simples Nacional. Ação fiscal de constituição do crédito tributário praticada por agente público legalmente competente para fiscalização. Presunção legal não elidida. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.”

Ora, tendo se insurgido contra a decisão que não apreciou o recurso de ofício, 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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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** o Auto de Infração nº **269440.0005/17-1**, lavrado contra **MAURO FERREIRA BORGES & CIA. LTDA. - ME**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 1.144.240,21**, acrescido da multa 100%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual de Sessões do CONSEF, 10 de dezembro de 2021.

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR/PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS