

**PROCESSO** - A. I. Nº 019290.0013/05-0  
**RECORRENTE** - POSTUDO RESTAURANTE E COMÉRCIO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO – Acórdão 2ª CJF nº 0038-12/08  
**ORIGEM** - INFAZ VAREJO  
**INTERNET** - 04/12/2008

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0361-12/08

**EMENTA:** ICMS. INEXISTÊNCIA DE PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO. Constitui requisito para a admissibilidade do Pedido de Reconsideração da Decisão da Câmara, que reformou no mérito a da primeira instância, a existência de matéria de fato ou fundamento de direito argüidos pelo sujeito passivo na impugnação e não apreciados nas fases anteriores de julgamento. Tais condições não ocorreram no caso concreto. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO CONHECIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Pedido de Reconsideração contra a Decisão da 2ª CJF (Acórdão CJF nº 0038-12/08) que Negou Provimento do Recurso Voluntário interposto no Acórdão JJF nº 0246-03/07, que julgara Procedente o Auto de Infração em epígrafe.

O Auto de Infração em comento, lavrado em 29/06/05, lançou ICMS, no valor de R\$48.703,63, em razão da falta de recolhimento do imposto nos prazos regulamentares, referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, nos exercícios de 2003 e 2004. Consta, na descrição dos fatos, que a omissão foi apurada mediante o confronto das vendas realizadas por meio de cartões de crédito/débito declaradas com as informações prestadas pelas instituições financeiras e pelas administradoras de cartões de crédito.

Por meio do Acórdão JJF Nº 0246-03/07 (fls. 915 a 920) o Auto de Infração foi julgado procedente, tendo sido essa Decisão confirmada pelo Acórdão CJF Nº 0038-12/08 (fls. 971 a 975).

Não resignado com a Decisão proferida pela 2ª CJF, o contribuinte interpôs Pedido de Reconsideração, fls. 983 a 988, onde alega que o Acórdão CJF nº 0038-12/08 foi proferido sem o exame de todos os aspectos legais envolvidos no processo, conforme levantados na defesa e no Recurso Voluntário. Explica que o presente Pedido de Reconsideração tem a finalidade de obter, ainda na esfera administrativa, um exame de todos os aspectos legais envolvidos na autuação, assegurando o exercício regular do seu direito de defesa.

Afirma que, desde a defesa inicial, vem sustentando que o levantamento feito pelo autuante não pode servir de base para configurar a presunção contida no § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96, já que não houve uma confrontação entre os recebimentos informados pelas operadoras de cartões e as receitas declaradas pelo recorrente. Diz que foram ignorados os registros feitos no seu ECF, e as suas vendas foram superiores às informadas pelas administradoras de cartão. Alega que não se pode fazer uma interpretação elástica da referida norma, em face da necessária observância do princípio da estrita legalidade. Reitera que as declarações de vendas referidas no § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96 foram feitas por meio das DMEs apresentadas. Diz que, dessa forma, o Auto de Infração deve ser julgado improcedente.

Prosseguindo em seu arrazoado, o recorrente menciona que está cadastrado na SEFAZ como uma empresa de pequeno porte e, dessa forma, o imposto deveria ter sido apurado de acordo com o regime simplificado aplicável às empresas de pequeno porte, bem como deveria ter sido apurado

segundo o princípio da proporcionalidade previsto na Instrução Normativa nº 56/2007. Para embasar suas alegações, transcreve ementas de decisões proferidas neste CONSEF. Salienta que, conforme os demonstrativos e as fotocópias de notas fiscais que acosta aos autos, o valor do débito deveria se limitar a R\$11.255,43.

Ao finalizar, solicita que o Auto de Infração seja julgado improcedente, ou que se refaça o cálculo do imposto devido considerando apenas a parcela das operações submetidas a tributação normal pelo ICMS.

Ao exarar o Parecer de fls. 2093 a 2097 o representante da PGE/PROFIS afirma que não visualiza no Pedido de Reconsideração *“qualquer fato ou fundamento de direito novo que justifique nova apreciação pelo CONSEF, desde que absolutamente esgotado o ofício judicante desta corte com a apreciação de todas as matérias delimitadas na peça defensiva e no corpo do Auto de Infração”*.

Diz que *“por expressa determinação legal entendemos pelo não CONHECIMENTO do Recurso de reconsideração, por não haver na súplica qualquer demonstração de julgamento infra petita que justificasse e legitimasse o manuseio do presente apelo”*.

Prosseguindo, o procurador afirma que *“em homenagem ao princípio do informalismo e da economia processual, entendemos que o presente feito deve ser levado à diligência fiscal para apuração e, por conseguinte, aplicação da proporcionalidade no presente caso, na esteira de posicionamento pacificado no seio do CONSEF, evitando-se, desta forma, que a pretensão descrita no pedido de reconsideração seja trazida à baila por intermédio de desnecessário pedido de controle da legalidade”*.

Ao finalizar seu Parecer, o ilustre procurador opina pelo Não Conhecimento do pedido de reconsideração, encaminhando o presente pleito à ASTEC/CONSEF, com arrimo no artigo 113, § 3º, do RPAF/99, para que seja aplicada a proporcionalidade na apuração do imposto devido.

O processo foi incluído em pauta suplementar, tendo a 2ª CJF decidido que não havia necessidade de diligência, estando o PAF pronto para julgamento.

## VOTO

Ao dispor sobre as espécies recursais, o artigo 169, inciso I, alínea “d”, do RPAF/99, prevê que caberá o 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 argüidos pelo sujeito passivo na impugnação e não apreciados nas fases anteriores de julgamento.

Por seu turno, o inciso V, do artigo 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 argüidos pelo sujeito passivo e não apreciados em decisões anteriores, com referência ao pedido de reconsideração previsto na alínea “d” do inciso I do artigo 169.

Da leitura dos citados dispositivos, vê-se que existem dois requisitos para a admissibilidade do Pedido de Reconsideração:

1. que a Decisão de Câmara de Julgamento Fiscal tenha reformado no mérito, a de Primeira Instância em processo administrativo fiscal; e,
2. que verse sobre matéria de fato ou fundamento de direito argüidos pelo sujeito passivo na impugnação e não apreciados nas fases anteriores de julgamento.

Da análise do Pedido de Reconsideração interposto e das demais peças processuais, constato que não estão presentes nos autos os dois requisitos exigidos pela legislação tributária estadual para a admissibilidade do pedido de reconsideração. Em primeiro lugar, o Acórdão CJF nº 0038-12/08 não reformou a Decisão de primeira instância (Acórdão JJF nº 0246-03/07) e, em segundo lugar, não há

matéria de fato ou fundamento de direito que tenha sido argüido pelo sujeito passivo e que não tenha sido analisada nas fases anteriores de julgamento.

Acolho o opinativo da PGE/PROFIS quanto ao não conhecimento do Pedido de Reconsideração, em razão de o mesmo não preencher os requisitos de admissibilidade previstos no artigo 169, inciso I, alínea “d”, do RPAF/99.

Tendo em vista a inexistência dos requisitos de admissibilidade do Pedido de Reconsideração, não vejo como acolher a solicitação de diligência feita pelo representante da PGE/PROFIS, na atual fase processual. Todavia, em razão da alegação de proporcionalidade, poderá o referido pleito ser objeto por meio de ritopróprio.

Pelo acima exposto, voto pelo NÃO CONHECIMENTO do Pedido de Reconsideração apresentado.

### 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 homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **019290.0013/05-0**, lavrado contra **POSTUDO RESTAURANTE E COMÉRCIO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$48.703,63**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de novembro de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS