

PROCESSO - A. I. Nº 232962.0018/05-2
RECORRENTE - EXPRESSO BRASILEIRO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO – Acórdão 2ª CJF nº 0004-12/08A
ORIGEM - INFAZ ILHÉUS
INTERNET - 11/12/2008

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0369-12/08

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. Tal condição não ocorreu no caso concreto. Recurso **NÃO CONHECIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Pedido de Reconsideração interposto contra a Decisão da 2ª CJF (Acórdão CJF nº 0004-12/08A) que deu provimento ao Recurso de Ofício interposto no Acórdão JJF nº 0025-02/07, que julgara Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, reformando o mérito da Decisão da Primeira Instância e restabelecendo parcialmente a autuação.

O Auto de Infração em comento, lavrado em 22/12/05, apura os seguintes fatos:

1. recolhimento de ICMS efetuado a menos em decorrência de erro na apuração do imposto nas prestações de serviços de transporte rodoviário – serviço de transporte semi-urbano –, sendo lançado tributo no valor de R\$63.476,16, com multa de 60%;
2. “*Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de caixa*” [sic], sendo lançado ICMS no valor de R\$357.849,42, com multa de 70%.

Por meio do Acórdão JJF Nº 0201-02/06 (fls. 143 a 153) o item 1º do Auto de Infração foi julgado improcedente, tendo sido essa Decisão confirmada pelo Acórdão CJF Nº 0427-12/06 (fls. 166 a 177), estando, desse modo, a lide encerrada quanto a esse item do lançamento.

Em primeira instância, o item 2º do Auto de Infração foi julgado procedente em parte, no valor de R\$92.022,60, conforme o Acórdão JJF Nº 0025-02/07 (fls. 190 a 199). Considerando que o valor da desoneração do autuado era superior ao previsto no art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99, a primeira instância recorreu de ofício de sua Decisão.

Inconformado com a Decisão proferida pela primeira instância, o recorrente apresentou Recurso Voluntário, alegando que a Decisão recorrida merecia ser reformada. Discorreu sobre os princípios da verdade material e da ampla defesa e citou jurisprudência. Alegou que a matéria tratada no item 2º do lançamento já tinha sido objeto de Auto de Infração anterior. Acostou aos autos demonstrativos e documentos, porém ressaltou que em razão da exigüidade do prazo não pôde concluir os levantamentos que evidenciassem todos os erros cometidos pelo autuante. Solicitou a nulidade ou a improcedência do Auto de Infração.

Conforme o Acórdão CJF Nº 0004-12/08A (fls. 302 a 315), a 2ª CJF negou provimento ao Recurso Voluntário e deu Provimento Parcial ao Recurso de Ofício para modificar a Decisão recorrida e julgar o item 2º Procedente em Parte, no valor de R\$128.831,63.

Não resignado com a com a Decisão proferida pela 2ª CJF, o contribuinte interpôs, sob a denominação de Recurso Voluntário, a impugnação de fls. 322 a 341, onde alega que o Acórdão CJF Nº 0004-12/08A carece de reforma.

Inicialmente, o recorrente discorre acerca dos princípios da verdade material e da ampla defesa, para fundamentar a apresentação de “novas alegações, documentos e demonstrativos” na atual fase processual.

Frisa que a exigência fiscal contida na primeira autuação era superior ao valor da segunda, além de alcançar a mesma espécie de auditoria e os mesmos fatos geradores. Menciona que este CONSEF não verificou nenhuma irregularidade que justificasse a realização de novo procedimento fiscal, nos termos do art. 156 do RPAF/99. Salienta que a matéria já constituía coisa julgada administrativa. Diz que não há base legal para que a Corregedoria determinasse a instauração de novo procedimento, e que, ao agir dessa forma, a Corregedoria estava usurpando uma competência do CONSEF. Transcreve dispositivos do RPAF/99, bem como trechos do voto proferido pelo Conselheiro Nelson Antônio Daiha Filho na Decisão recorrida.

O recorrente sustenta que a exigência fiscal contida no item 2º do Auto de Infração é ilegal, pois a empresa opera única e exclusivamente prestando serviços de transporte rodoviário de passageiros. Diz que, o disposto no art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, apenas autoriza “a *presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis*”. Afirma que o RICMS-BA, no seu art. 2º, § 3º, inc. I, ao afirmar que “*Presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto*”, foi além do previsto na lei que lhe dá respaldo. Discorre sobre a definição de mercadoria e diz que, no caso em tela, houve cobrança de imposto sem a ocorrência do fato gerador correspondente. Alega que, havendo dúvida quanto à capitulação legal do fato, deverá ser aplicado o princípio do “na dúvida a favor do réu”. Para embasar suas alegações, o recorrente cita doutrina, dispositivos legais, jurisprudência e acostou fotocópia de balancetes.

Ao finalizar, o recorrente solicita que a autuação seja julgada nula.

Ao exarar o Parecer de fls. 361 a 364, a ilustre representante da PGE/PROFIS afirmou que o Recurso Voluntário apresentado pelo recorrente não se adéqua à situação em tela, haja vista que não pode ser interposto contra Decisão de segunda instância. Diz que ao Recurso não pode ser aplicado o princípio da fungibilidade dos meios recursais e processá-lo como um Pedido de Reconsideração, pois o Recurso não atende às condições previstas no art. 169, II, “c”, do RPAF/99. Dessa forma, opina pelo não conhecimento do Recurso interposto.

Ressalta que, caso seja ultrapassada a preliminar, no mérito, o Recurso não deve ser provido, uma vez que a ação fiscal em tela, embora tenha reexaminado o mesmo período abrangido pelo Auto de Infração anterior, foi promovida em razão de erros de fato desse procedimento, que culminou em novo lançamento. Reitera os Pareceres de fls. 263/264 e 270/271.

VOTO

A legislação tributária estadual não prevê a hipótese de interposição de Recurso Voluntário contra Decisão de segunda instância, todavia, divergindo do opinativo da ilustre representante da PGE/PROFIS, considero que a petição de fls. 322 a 341, com fulcro no princípio da fungibilidade dos meios recursais, deve ser processada como um Pedido de Reconsideração.

Recebida a petição de fls. 322 a 341 como sendo um Pedido de Reconsideração, passo a analisar os requisitos regulamentares para a sua admissibilidade.

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 o primeiro requisito foi atendido, pois, efetivamente, o Acórdão CJF Nº 0004-12/08A reformou o Acórdão JJF Nº 0025-02/07, restabelecendo parte da exigência fiscal referente ao item 2º do Auto de Infração. Contudo, observo que o segundo requisito não foi atendido, uma vez que as alegações contidas no referido Pedido já foram abordadas em decisões anteriores.

Em face do acima comentado, entendo que o recorrente não demonstrou a existência de matéria de fato ou fundamento de direito argüidos pelo sujeito passivo e não apreciados em decisões anteriores. Não estando, assim, presente um dos requisitos necessários à admissibilidade do Pedido de Reconsideração.

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 EM PARTE** o Auto de Infração nº **232962.0018/05-2**, lavrado contra **EXPRESSO BRASILEIRO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$128.831,63**, 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, 26 de novembro de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS