

**PROCESSO** - A. I. Nº 206828.0004/06-0  
**RECORRENTE** - FLORÍSIO ALVES MOREIRA NETO (ARMAZÉM MOREIRA)  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO – Acórdão 2ª CJF nº 0061-12/09  
**ORIGEM** - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA  
**INTERNET** - 06/04/2010

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACORDÃO CJF Nº 0033-12/10

**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 desta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal que não deu provimento ao Recurso Voluntário interposto pela empresa, confirmando a Decisão da JJJ que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe (Acórdão JJJ nº 286-01/07), o qual foi lavrado em 30/6/2006, para exigir ICMS, no valor de R\$119.446,67, em decorrência das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1 – falta de recolhimento do ICMS, em decorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através da manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, no exercício de 2001, exigindo imposto no valor de R\$ 93.017,97, acrescido da multa de 70%.

INFRAÇÃO 2 – falta de recolhimento do ICMS, em decorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de saldo credor de caixa, nos meses de fevereiro a julho e outubro 2002, sendo exigido imposto no valor de R\$ 14.000,86, acrescido da multa de 70%.

INFRAÇÃO 3 – Recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 [inciso II do art. 353 do RICMS/97], no valor de R\$ 283,46, acrescido de multa de 60%.

INFRAÇÃO 4 – Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, no mês de julho de 2001, exigindo ICMS no valor de R\$ 7.236,25, acrescido da multa de 60%.

INFRAÇÃO 5 – Falta de recolhimento, no prazo regulamentar, do ICMS referente a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, no mês de setembro de 2001, sendo exigido imposto no valor de R\$ 120,08, acrescido da multa de 70%.

INFRAÇÃO 6 – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, em relação a notas fiscais capturadas no CFAMT – Sistema de Controle Informatizado de Mercadorias em Trânsito, no mês de novembro de 2001, resultando no valor total de R\$ 144,90, correspondente a 10% do valor das mercadorias.

INFRAÇÃO 7 – Extravio de documentos fiscais, sendo aplicada multa

INFRAÇÃO 8 – Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a imposto não destacado na Nota Fiscal nº 021.616, no valor de R\$ 43,15, acrescido da multa de 60%.

Os julgadores de Primeira Instância administrativa, ao analisarem as peças processuais e procederem a saneamentos necessários para o perfeito julgamento da lide, afastaram todas as preliminares de nulidades arguidas pelo recorrente e, no mérito, reduziram os valores dos débitos inicialmente exigidos nas infrações 1 e 2. Mantiveram as demais infrações à empresa imputadas.

Inconformado com a Decisão proferida em Primeira Instância Administrativa, o contribuinte ingressou com Pedido de Reconsideração, arguindo, preliminarmente o efeito suspensivo do processo e a nulidade das infrações 1 e 2, sob o fundamento de que embora tenha acolhido o Parecer Técnico nº 096/2007, elaborado pela Assessoria técnica deste Conselho, não foi superado o cerceamento do seu direito de defesa, uma vez que a referida nulidade é decorrente da ausência de provas das omissões alegadas, o que lhe impossibilitaria de fazer prova em contrário.

A representante da PGE/PROFIS, inicialmente ressalta que analisou o Pedido de Reconsideração como Recurso Voluntário, em respeito ao princípio da fungibilidade decorrente da instrumentalidade das formas. Quanto ao pedido de chamamento do feito à ordem, em face do suposto conflito entre a intimação datada de 21.09.2007 feita ao autuado e o Recurso de Ofício, assevera que tal requerimento não possui pertinência legal, tendo em vista que o Recurso de Ofício possui efeito suspensivo. Discorda da tese de nulidade arguida, uma vez que as presunções legais, ora em lide, encontram-se previstas em lei, podendo ser elididas pelo autuado, caso sejam, por ele, produzidas provas em contrário, fato não ocorrido. Aduz, ainda, que o processo foi devidamente analisado pela instância inferior, que foram realizadas diligências para sanar as falhas apuradas, remanescendo, apenas, o quanto realmente devido pelo contribuinte, sendo o presente Recurso meramente procrastinatório, o que torna imperiosa a manutenção do julgado.

Esta 2ª CJF encaminha os autos à PGE/PROFIS solicitando a emissão de Parecer jurídico acerca da introdução legislativa advinda com a Lei nº 10.847/07, na qual inseriu a expressão “inclusive a antecipação parcial” na alínea “d” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96, penalidade imposta na infração 3. Esse Órgão Jurídico cumpriu o que foi solicitado.

Após tal ouvida foi proferida a seguinte Decisão:

*“O sujeito passivo ingressou com o presente Recurso Voluntário visando à nulidade das infrações 1 e 2 contidas no lançamento de ofício em lide, sustentando a tese de que o seu direito de defesa fora cerceado pelo fato de que o fiscal autuante, ao lavrar a presente autuação não colacionou aos autos provas concretas das omissões alegadas, impossibilitando, portanto, o recorrente de produzir provas em contrário à referida presunção legal. Arguiu, ainda, que o feito deve ser chamado à ordem para se conferir efeito suspensivo ao julgado.*

*Inicialmente, cumpre analisar o expediente utilizado pelo sujeito passivo para se insurgir contra a Decisão preferida em primeiro grau. Tendo em vista que a súplica recursal de fls. 510/511, foi interposta dentro do prazo de 10 dias, após intimação do julgamento da JJF, bem como preenche os demais requisitos processuais, conheço do presente expediente processual como se Recurso Voluntário fosse, atendendo ao princípio da fungibilidade que rege os processos administrativos.*

*Em relação ao pedido de chamamento do feito à ordem, entendo que o mesmo é totalmente inútil, isto porque a nossa legislação prevê a suspensão da exigibilidade do crédito fiscal, enquanto a Decisão no âmbito administrativo não se tornar definitiva. Assim, tendo em vista que a instância administrativa ainda não havia se esgotado, uma vez que pendente de análise de Recursos, o referido pleito não possui qualquer pertinência.*

*Quanto à alegação de nulidade - cerceamento de defesa – entendo que o mesmo não merece qualquer respaldo.*

*É de notória sabença, que rege no ordenamento jurídico a regra de que o ônus da prova incumbe a quem alega, porém, quando for difícil ou impossível se produzir uma determinada prova, a lei, em caráter excepcional, poderá prevê hipóteses de presunção legal, a qual poderá ser elida com a sua prova em contrário.*

*Como se pode perceber, as infrações impugnadas pelo recorrente foram baseadas numa presunção legal, nos termos do art. 2º, § 3º, inciso I, do RICMS/97, cabendo ao autuado trazer capazes elidir a presunção imposta.*

*Estando comprovado que a manutenção no passivo de obrigações já pagas (infração 1) e saldo credor de caixa (infração 2) a presunção prevista no inciso I, § 3º do art. 2º do ICMS é plenamente cabível.*

*Resta, portanto, rechaçada a alegação do recorrente de que o seu direito de defesa foi cerceado em decorrência da ausência de provas cabais das omissões alegadas, motivo pelo não acolho a preliminar argüida.*

*No tocante ao mérito das autuações, observo que o sujeito passivo trouxe em seu Recurso Voluntário nenhuma impugnação a este respeito, o que me permite concluir que o mesmo concordou com as razões expostas no Acórdão de fls. 483/499.*

*Ante todo o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter a Decisão recorrida inalterada.”*

Após, foi analisado e mantido o Recurso de Ofício interposto e ressaltado o não acolhimento do Parecer da PGE/PROFIS solicitado por esta 2º CJF (fls. 525/529), uma vez que as mercadorias objeto da infração 3 se referem, exclusivamente, à substituição total.

A empresa apresentou Pedido de Reconsideração (fls. 543/546) afirmando que tal pedido tem por fulcro as determinações contidas “art. 171, não se verificando a hipótese de que cuida o art. 173, II, inclusive, em face do óbice contido no inciso IV do mesmo artigo, todos do RPAF, ante a convalidação do anterior Pedido (fls. 510/511) em Recurso Voluntário (fls. 517), ao fundamento do art. 169 do mesmo diploma processual fiscal, não atraindo, portanto, a disposição contida no Parágrafo 2º, desse art. 173”.

Diz que sua insurgência é contra o julgamento, que entende ter havido e ao mesmo tempo não ter havido. Indicando a infração constada (omissão de saídas de mercadorias), do seu pedido de nulidade e/ou improcedência da autuação e das decisões de 1º e 2º Graus deste Colegiado, quando o ICMS exigido sofreu modificação para menos, entrou na questão de sua insubordinação, ou seja, que suas impugnações estavam calcadas na Constituição Federal, no Código Tributário Nacional – CTN e no Código de Processo Civil – CPC, enquanto que as decisões proferidas tiveram por base um Decreto, que não é lei e silenciou quanto às determinações da CF, o CTN e o CPC, o qual diz que o ônus da prova incumbe a quem faz a alegação em prol do seu direito (art. 333, I). Afirma que muito embora essa 2ª CJF reconheça este fato (transcreve parte de um parágrafo do voto do nobre Conselheiro Relator), inverte o ônus da prova, e, *esgueirando-se, faz um julgamento estribado em PRESUNÇÃO*, presunção esta que entende ser uma “heresia jurídica”, já que, como no Direito Tributário o objeto do litígio é dinheiro, o patrimônio do contributo, quem tem que provar a existência concreta da ocorrência do fato é o fisco, fato este que se constituiu quando das saídas das mercadorias, como determina o CTN. Desta forma, mesmo que tenha havido um julgamento, este não seguiu os cânones constitucionais, e aqueles preconizados pelo CTN. Entende que tal afirmativa se torna mais verdadeira, pois, *nem de soslaio, a Decisão os citou. E tal mutismo é sintomático! Os argumentos da defesa estão sedimentados na Lei Maior e naquela que lhe complementa em termos tributários, tornando-se a maior nessa área. Sendo, portanto, tais diplomas desacolhidos, não houve, porventura, preterição do direito de defesa, e tal Decisão não restou infundada. tornando-se NULA segundo a dicção do art. 18. II e III do RPAF?*

Afirma que, com a situação, o Estado acaba por exigir imposto não devido ao arrepio da CF e do CTN. Observa que o Estado possui mecanismos de controle sobre a vida mercantil dos seus contribuintes e *apregoa que “somente lhe interessa o que é seu”, e, por outro lado, recebe imposto sem ter provado a existência da omissão alegada, pelo que, com isso, mostra-se incongruo*. No julgamento foi dito que “o recorrente não colacionou provas suficiente para elidir a presunção legal, limitando-se a repisar argumentos frágeis e incapazes de alterar o julgado”, porém, pergunta, como não “repisar argumentos” se o Estado tem esquecidos os reclamos dos contribuintes que não são frágeis e se posiciona ao arrepio da CF e do CTN?

Após tais argumentos, faz as seguintes colocações, *in verbis*: *Foi dito aloures nesta peça que o valor reclamado pelo Fisco sofreu redução substancial. E isto sen*  
*CF e do CTN! Acolham-nos, 2ª CJF, e a pretensão posta no AI em*  
*Não condenem o réu por presunção! Permutam que a CF e o CTN;*

*A justiça que é o apanágio dos povos, enquanto que a injustiça é o opróbio das nações!. Para que Vossas Senhorias saibam, o autuado não possui casa própria, e paga aluguel também do ponto comercial onde exerce a atividade; não tem patrimônio! As infrações foram produto de equívocos contábeis, e não de ardis do autuado, visando lesar o Fisco, para usufruir daquilo que não é seu.*

Observa, em seguida, que houve juntada de documento aos autos (fls. 525/529), sem que tivesse conhecimento. Ainda que no mesmo tenha sido feita tal observação, conforme ali se vê (fl. 529), houve descumprimento das determinações do Parágrafo único do art. 137, c/c com os arts. 138 e 180, do RPAFBA e, por via de consequência, aquela contida no art. 398, do CPC, e, ainda e do art. 5º, LV, da Constituição Federal.

Requerendo que fosse reconsiderado o julgamento para que se decidisse pela nulidade ou improcedência do Auto de Infração, termina sua argumentação dizendo: *A perícia requerida foi substituída pelo PARECER ASTEC 096/2007 e o pedido de circularização junto aos fornecedores, lançado no olvido. O fato gerador do ICMS foi transmutado para a presunção de omissão, sem que se fizesse o levantamento físico e apresentasse documentos capturados pelo CFAMT, de modo a justificar a possibilidade de omissão. Como admitir omissão de saídas em valores tão elevados, sem a correspondente entrada de mercadorias? Certamente o CFAMT teria capturado as NFs dessas entradas, se as mesmas tivessem existido. Mas nada disso existiu. Malgrado, o Decreto fez emudecer a CF e o CTN. Nobres Julgadores. Não placitem tal situação!*

Ao exarar o Parecer de fls. 547/550, a representante da PGE/PROFIS após relatar os fatos no processo ocorridos, afirma que da análise das razões expedidas no Pedido de Reconsideração, considerava ausentes os requisitos de sua admissibilidade capazes de provocar o seu conhecimento, em obediência às determinações do art. 169, I, “d”, e art. 173, V, ambos do RPAF/BA. Aponta neste Parecer a ausência de interesse de agir do recorrente, tendo em vista a inadequação da via recursal por ele ora utilizada, bem como de que esta 2ª CJF não deixou sem apreciação qualquer matéria suscitada pelo contribuinte.

E, a despeito dessas questões preliminares, entende ser importante afirmar que, se possível fosse o pedido em exame, a hipótese seria pelo seu não provimento, uma vez que *o conjunto probatório acostado aos autos é suficiente para comprovar as infrações imputadas no presente lançamento de ofício, não tendo o recorrente se desincumbido de fazer prova contrária às conclusões oriundas da atuação fiscal, cingindo-se a reproduzir argumentações por ele já suscitadas ao longo do processo, já devidamente analisadas e refutadas nas decisões anteriores, não trazendo aos autos novos argumentos fáticos ou jurídicos aptos a conduzir a uma improcedência do lançamento, nem novas provas hábeis a elidir as infrações.*

Transcrevendo o art. 143, do RPAF/BA, opina pelo Não Conhecimento do Recurso.

## VOTO

Para Decisão da presente lide, necessário que se atente para o tipo de peça recursal apresentada, ou seja, Pedido de Reconsideração.

O art. 169, I, “d”, do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99) prevê que caberá, com efeito suspensivo, para as Câmaras de Julgamento do CONSEF, 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. Por outro lado, o art. 173, V, do citado Regulamento determina que não se deve conhecer o Recurso que não demonstre a existência de matéria de fato ou fundamento de direito arguidos pelo sujeito passivo e não apreciados em decisões anteriores,.

Da leitura e análise dos citados dispositivos acima expostos, some 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;
2. que verse sobre matéria de fato ou fundamento de direito arguidos pelo sujeito passivo na impugnação e não apreciados nas fases anteriores de julgamento.

Voltando para o presente caso, esta 2ª CJF não reformou a Decisão de 1ª Instância. Em assim sendo, cai por terra a primeira condição de admissibilidade do Recurso interposto pela empresa.

Quanto à segunda condição exigida para a admissibilidade do Pedido de Reconsideração, também a mesma não foi preenchida. Em sede de Recurso Voluntário, novamente, todas as preliminares de nulidade invocadas foram apreciadas, bem como, apreciado o pedido de diligência e enfrentadas todas as razões de mérito arguidas.

Nessas circunstâncias, não houve qualquer omissão por parte da JJF e CJF deste Conselho de Fazenda Estadual, que dê ensejo ao Recurso interposto. O recorrente não demonstrou a existência de matéria de fato ou fundamento de direito não apreciados nas Decisões anteriores prolatadas.

Pelo exposto e acolhendo o opinativo da douta PGE/PROFIS, voto pelo NÃO CONHECIMENTO do Pedido de Reconsideração interposto.

## 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 **206828.0004/06-0**, lavrado contra **FLORÍSIO ALVES MOREIRA NETO (ARMAZÉM MOREIRA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$25.662,27**, acrescido das multas de 70% sobre R\$18.099,41 e 60% sobre R\$7.562,86, previstas nos incisos III, II, “d” e VII, “a”, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$4.744,90**, previstas nos incisos IX e XIX, do artigo e lei citados, com os acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de março de 2010.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATOR

JOÃO SAMPAIO REGO NETO - REPR. DA PGE/PROFIS