

**PROCESSO** - A. I. Nº 279459.0002/07-8  
**RECORRENTE** - MERCANTIL RODRIGUES LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO – Acórdão 1ª CJF nº 0241-11/10  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**INTERNET** - 09/05/2011

### 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJF Nº 0078-11/11

**EMENTA:** ICMS. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE. São dois os requisitos exigidos, cumulativamente, para a admissibilidade do Pedido de Reconsideração: 1) a reforma no mérito, pela segunda instância, de Decisão proferida pela Primeira Instância e 2) a existência de matéria de fato ou fundamento de direito arguidos pelo sujeito passivo na impugnação e não apreciados nas fases anteriores de julgamento. Não preenchimento do segundo requisito. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO CONHECIDO. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata-se de Pedido de Reconsideração, nos termos do art. 169, I, “d” do RPAF/99, contra a Decisão da 1ª CJF, proferida através do Acórdão CJF nº 0241-11/10 que deu pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário e pelo Provimento do Recurso de Ofício, interpostos em relação ao Acórdão JJF nº 0040-02/08, modificando parcialmente a Decisão da Primeira Instância para julgar Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, onde se comina ao recorrente a prática de 8 infrações, tendo sido objeto dos referidos recursos as infrações previstas nos itens 1, 2 e 8, sendo que o Julgado ora atacado restabeleceu integralmente a infração descrita no item 2, julgada improcedente pela JJF, abaixo descrita, e objeto do Recurso ora em apreciação:

INFRAÇÃO 2 – Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente à parte proporcional da redução.

No julgamento de Segunda Instância, concluiu a CJF quanto ao referido item no seguinte sentido:

*“...Por fim, quanto ao Recurso de Ofício, inerente à segunda infração, observo que a Decisão recorrida está equivocada, pois, conforme já dito, tal exigência foi objeto de reconhecimento e parcelamento do débito pelo contribuinte, não havendo sequer lide. Logo, salvo a hipótese de nulidade flagrante do lançamento de ofício, o que não se verificou, não poderia o órgão julgador eximir o contribuinte desta exigência. Por outro lado, ao cotejar os demonstrativos que fundamentaram a primeira infração, relativo à redução indevida da base de cálculo das vendas a atacado, às fls. 21 e 22 dos autos, com os demonstrativos que sustentam a segunda infração, às fls. 78 e 83, observo que não existe duplicidade das exigências, como entendeu a Decisão recorrida, pois, conforme já dito, a primeira infração exige o imposto relativo à redução indevida da base de cálculo nas vendas por atacado, após a anulação dos estornos de débitos e dos estornos de créditos, previstos nos art. 1º e 6º do Decreto 7799/00, em razão da inobservância da condição para fruição do benefício fiscal. Já a segunda infração, a exigência é em razão de o contribuinte ter se utilizado a “maior” do ICMS sobre as entradas internas, ao realizar “estorno de crédito fiscal” na proporção, de 10% para 17%, das saídas a varejo – ECF. Assim, diante de tais considerações, concluo pelo restabelecimento do valor originalmente exigido de R\$ 792.381,40, relativo à segunda infração.”*

No presente Recurso, às fls. 649 a 658, consigna inicialmente o recorrente que a Decisão recorrida reformou, no mérito, o Julgado de Primeira Instância, que havia decretado a Improcedência do item 2 da autuação, julgando-a Procedente, o que entende possibilita o conhecimento do Recurso.

Alega, ainda, que existem fatos e fundamentos de direito questionados pela defesa, assim como levantados pelo próprio Julgado da CJF, não apreciados no julgamento reconsiderando, e que, conduzem, no mínimo, à nulidade deste item da autuação.

Afirma que o primeiro ponto não apreciado pela CJF, a ser discutido, pois é matéria de direito não atingida pela preclusão ou, até mesmo, pela revelia, diz respeito à *"impossibilidade do exercício do direito de defesa"*, ante o parcelamento da dívida. Aduz que, apesar de ter solicitado, por cautela, o parcelamento da suposta dívida, o autuado exerceu no prazo regulamentar o direito de defesa previsto no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, e que o pedido de parcelamento não obsta esse direito.

Aduz, ainda, que o Erário somente pode receber aquilo que lhe é devido, sob pena de enriquecimento sem causa e que, assim, ainda que o contribuinte opte por parcelar a suposta dívida, se posteriormente, dentro do prazo legal, se defende, o pagamento há que ser considerado como um ato de cautela, para sua proteção, em especial no que concerne à redução da multa por infração, não se aplicando o disposto no art. 127-C, inciso III, do COTEB, que prevê o encerramento do processo administrativo fiscal no reconhecimento do débito pelo sujeito passivo;

Alega que tal norma é aplicada quando, existindo o processo administrativo fiscal, o contribuinte, no seu curso, desiste da ação, reconhecendo a dívida e efetuando o pagamento, o que acontece normalmente nos casos de anistia fiscal, mas no caso em tela não há que se falar em encerramento do processo administrativo, eis que o mesmo somente passa a existir com a apresentação da defesa, nos termos do art. 128, I do RPAF, que determina que se instaura o processo administrativo fiscal quando da apresentação da defesa.

Assim, entende que o pagamento antes da apresentação da defesa, ou seja, antes do nascimento do processo administrativo fiscal, não pode surtir o efeito de encerramento da ação, pois no momento em que foi feito existia tão-somente um procedimento fiscal, e que o pagamento, no caso, pode assumir, no máximo, o condão de um depósito administrativo, aplicando-se as peculiaridades atinentes ao parcelamento, ao tempo que alega que a PGE/PROFIS até mesmo nos casos de revelia, quando se depara com cobranças que venham de encontro às possibilidades legais, atua no sentido de revisar ou extinguir o crédito tributário, mediante representações, vislumbrando superada a questão, conforme aparato legal citado, não apreciado pela 1ª CJF.

Afirma, ainda, que existe nulidade flagrante no lançamento, não observada pela CJF no caso do item 2, apesar de ter sido a nulidade do item 1 declarada em situação exatamente igual, em razão da constatação de que não foram apresentados os demonstrativos analíticos necessários à formação do processo, como se constata da leitura do referido Acórdão.

Neste sentido, afirma que em relação ao item 2, igualmente não foram apresentados os demonstrativos analíticos da apuração, ou ao menos tais elementos não foram ofertados à autuada para o regular exercício do direito de defesa, já que o CD de fl. 572, segundo o autuante no pronunciamento de fl. 557, foi a base da demonstração das cobranças dos itens 1 e 2.

Conclui que, se tais demonstrativos, como dito pela Câmara de Julgamento Fiscal, não possuem as informações necessárias referentes ao item 1, também não possuem a demonstração analítica do item 2, ensejando, pela mesma motivação, a nulidade da segunda infração, ao tempo que registra que já havia alegado que o vício constatado em relação ao item 1 contaminava também o item 2, conforme se pode auferir nos itens 10 a 19 da manifestação apresentada em 06/04/2009, e que se as saídas não foram detalhadas, como asseverou a CJF, não se pode atribuir segurança na cobrança a título de *"estorno de crédito não efetuado, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo"*, já que a proporção a que se refere o item 2 em momento algum foi objeto de detalhamento, tornando insegura a determinação da infração e a apuração dos valores.

Afirma também que a CJF não analisou que a apuração sintética foi utilizada para mensurar as proporções dos itens 1 (de vendas para atacado e varejo) e 2 (da proporção das vendas com

redução de base de cálculo e equacionalização da carga tributária – 10% e 17%) e, se as planilhas sintéticas não servem para uma coisa (item 1), não servem para outra (item 2), devendo o CONSEF, por provocação ou de ofício, decretar a nulidade do item 2, como o fez em relação ao item 1, e em outros julgados, atuando de ofício ou por provocação dos interessados, conforme ementas de acórdãos que transcreve.

Ao final da peça recursal, protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, requerendo o Conhecimento e Provimento do presente Pedido de Reconsideração para que seja restaurada a improcedência, ou declarada, ainda que de ofício, a nulidade, da infração 2 do Auto de Infração.

A PGE/PROFIS, em Parecer às fls. 662 e 663, opina pelo Conhecimento e Não Provimento do Pedido de Reconsideração, consignando que discorda do entendimento do recorrente no sentido de que o pedido de parcelamento não implica no encerramento do processo administrativo, já que feito anteriormente à apresentação de defesa, visto que o Decreto nº 8.047/2001, em seu art. 1º; §1º, prevê que o parcelamento do débito implica em confissão da dívida, sendo que tal ato é incompatível com a sua impugnação, daí a razão da previsão do encerramento do contencioso administrativo, pela inexistência de lide. Consignou, ainda, que o processo administrativo fiscal inicia-se também com a lavratura do Auto de Infração, nos termos do art. 127, IV, do COTEB, podendo ser encerrado com a confissão de dívida, na forma prevista pelo art. 127-C, III, do RPAF/BA.

Na assentada do julgamento, o procurador José Augusto Martins Júnior manifestou-se pelo não conhecimento do Pedido de Reconsideração, por entender que em decorrência do pagamento do débito antes da defesa operou-se a preclusão lógica, não cabendo, assim, apreciação de quaisquer recursos contra a Decisão da CJF que declarou a extinção do crédito tributário pelo pagamento.

## VOTO

Inicialmente, tratando o Pedido de Reconsideração de espécie recursal que exige o preenchimento de requisitos para sua admissibilidade, impende que em preliminar se faça a verificação se tais requisitos, previstos no art. 169, I “d”, do RPAF/99, se encontram preenchidos.

Assim, reza o art. 169, I, “d”, do RPAF/99, 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.

Já o inciso V do art. 173 do mesmo RPAF, preconiza que não se conecerá o Recurso sem a demonstração de existência de matéria de fato ou fundamento de direito arguidos pelo sujeito passivo e não apreciados em decisões anteriores, com referência ao Pedido de Reconsideração previsto na alínea “d” do inciso I do art. 169.

Da leitura dos citados dispositivos, vê-se que existem dois requisitos ou pressupostos cumulativos 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 o Pedido de Reconsideração verse sobre matéria de fato ou fundamento de direito arguidos pelo sujeito passivo na impugnação e não apreciados nas fases anteriores de julgamento.

No presente caso, o Acórdão recorrido reformou a Decisão de Primeira Instância, dando Provimento ao Recurso de Ofício, restabelecendo integralmente a exigência fiscal descrita no item 02 da autuação, estando, assim, preenchido o primeiro desses requisitos.

Quanto ao segundo requisito, entendemos que o mesmo não restou preenchido, pois o recorrente não logrou comprovar que seu Recurso verse sobre matéria de fato ou de direito por ele arguidos na Impugnação e não apreciados nas fases anteriores de julgamento.

Inicialmente, da análise da Defesa apresentada – fls. 426 a 442 – verificamos que o sujeito passivo alegou quanto à infração descrita no item 2 que a mesma seria nula por sua redação ser “*conflitante e confusa, prejudicando, sobremaneira, a regularidade do lançamento de ofício, provocando, inclusive, embaraços à defesa*” e por não haver nexo de causa e efeito entre os dispositivos dados como infringidos com a descrição fática da autuação. No mérito, solicitou a sua Improcedência, ao argumento de que ilegal sua manutenção, pois “*a ineficácia do item 1, automaticamente, afasta o item 2, pois mantida a possibilidade de adoção do Regime Especial, desaparece a possibilidade de tratamento genérico da questão*”, além de entender a exigência fiscal indevida por não haver respaldo na LC 87/96 para exigência de estorno de crédito em operações sujeitas à redução de base de cálculo. Por outro lado, após a informação fiscal, instado a se manifestar, apresentou petição de fls. 498 a 500, onde ratifica os termos da sua defesa, contestando as colocações do autuante, afirmando que “*...Se não há base legal para a sustentação do lançamento de ofício, não há que se falar em homologação dos cálculos, mesmo em relação aos itens parcelados, na medida em que a defesa foi exercida dentro do prazo legal, inexistindo diploma que impeça o exercício do contraditório.*”.

Registre-se que na peça impugnatória o sujeito passivo em nenhum momento informa que efetuou parcelamento da referida exigência fiscal ou requer a apreciação da questão por parte da JJF.

Por sua vez, no julgamento proferido pela JJF, o Relator afastou expressamente as alegações de nulidade suscitada pelo sujeito passivo em sua peça defensiva, conforme os seguintes excertos extraídos do seu voto:

“*Em sua defesa, preliminarmente, o autuado suscita a nulidade da infração 02, aduzindo que a redação é conflitante e confusa, prejudicando, sobremaneira, a regularidade do lançamento de ofício, provocando, inclusive, embaraços à defesa... Afasto a preliminar suscitada, uma vez que é lógico que a imputação decorre da falta de estorno de crédito fiscal de ICMS, uma vez que houve constituição do crédito tributário mediante lavratura do Auto de Infração, o que caracteriza que o autuante entendeu que houve prejuízo ao Estado. Devo ressaltar que na planilha acostada à folha 78, parte integrante da infração conforme descrito no campo do Auto de Infração relativa a infração, a qual foi entregue ao autuado mediante recibo, não deixa qualquer dúvida sobre a imputação que é feita: “DEMONSTRATIVO ESTORNO DE CRÉDITO CALCULADO A MAIOR”. .... Alega o autuado que outro ponto que dificulta o exercício da ampla defesa é que os dispositivos indicados como infringidos, especialmente para o período de janeiro a abril de 2004, junho e julho de 2004, outubro e dezembro de 2004, maio e junho de 2005 e janeiro de 2005, não estabelecem nexo de causa e efeito com a descrição fática.... Observo que tal alegação se refere apenas a um fato gerador, o que ocorreu em 31/01/2005, no valor de R\$113.628,38, enquanto o valor da infração é de R\$792.381,40, com diversos fatos geradores nos exercícios de 2004 e 2005, estando com a indicação correta do dispositivo infringido. Tal fato, em meu entendimento, possibilita o pleno exercício do direito de defesa, pois o equívoco quanto à capitulação legal do fato, neste caso, não constituiu cerceamento de defesa, pois a descrição das situações verificadas foi feita de forma satisfatória.*”

No mérito, o Relator da JJF entendeu que não havendo saída com base de cálculo reduzida, não haveria que se falar em estorno do crédito, julgando improcedente a autuação, analisando a questão sobre o ponto de vista do Termo de Acordo a que se refere o Decreto nº 7.799/99 e decretando sua improcedência “*em que pese o parcelamento do referido valor como ressaltou o autuante em sua informação fiscal*”.

Já no julgamento proferido pela 2ª Instância, o Relator da CJF de logo consignou que não cabe análise de mérito da exigência fiscal, porquanto houve o pagamento do débito exigido no item 02 da autuação, antes da Impugnação, através de parcelamento, caracterizando, assim, a confissão da dívida e a renúncia ao direito de discuti-la na esfera administrativa.

Como exposto, embora o recorrente alegue que não foi discutida pela JJF a questão que ele teria levantado na sua peça defensiva e que envolveria a possibilidade de apreciação da matéria relativa ao item objeto do parcelamento, ante o parcelamento da dívida, questão que alega também não ter sido tratada pela CJF, restou comprovado que sequer trouxe este fato quando da

apresentação da sua Impugnação. Aliás, como visto, sequer informou na defesa que havia sido pago o débito exigido quanto a este item da autuação. Apenas quando se manifestou em relação à informação fiscal do autuante é que, comentando trecho em que o autuante informa que houve o pagamento do valor referente a tal item, aduz que tal pagamento não obstaria a sua apreciação por parte do órgão julgador, porquanto apresentada defesa no prazo legal.

Por outro lado, ao adentrar no mérito da referida exigência fiscal e julgá-la improcedente, ainda que houvesse nos autos a informação sobre o pagamento do débito correlato a tal exigência, resta claro que a JJF apreciou, sim, tal questão jurídica, e concluiu pela possibilidade do julgamento da matéria, o que está expresso no seguinte trecho do voto do Relator de Primeira Instância : “*em que pese o parcelamento do referido valor como ressaltou o autuante em sua informação fiscal*”.

Assim, o segundo requisito de admissibilidade do Pedido de Reconsideração não restou preenchido, o que nos leva a votar pelo seu NÃO CONHECIMENTO.

## 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 homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279459.0002/07-8, lavrado contra **MERCANTIL RODRIGUES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$3.087.710,83**, acrescido das multas de 60% sobre R\$2.759.219,50 e 70% sobre R\$328.491,33, previstas no art. 42, II, alíneas “a”, “b” e “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de abril de 2011.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

SANDRA URÁNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS