

**PROCESSO** - A. I. Nº 094858.0006/10-9  
**RECORRENTE** - CLARILDA MENEZES BRITO (SUPER MINI PREÇO)  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO - Acórdão 2ª CJF nº 0293-12/11  
**ORIGEM** - INFAZ VAREJO  
**INTERNET** - 30/11/2012

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0362-12/12

**EMENTA:** ICMS. INADMISSIBILIDADE DO RECURSO. A legislação processual deste Estado, à luz do Art. 169, inciso I, “d”, prevê a possibilidade de interposição de Pedido de Reconsideração desde que a Decisão de Câmara de Julgamento Fiscal tenha reformado, no mérito, a de Primeira Instância em processo administrativo fiscal e que verse sobre matéria de fato ou fundamento de direito arguidos pelo sujeito passivo na impugnação e não apreciados nas fases anteriores de julgamento, requisitos estes não atendidos pelo recorrente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO CONHECIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Cuida-se de Pedido de Reconsideração interposto contra a Decisão proferida por esta Câmara de Julgamento Fiscal, que deu Provimento ao Recurso de Ofício interposto pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal, reformando a Decisão da Primeira Instância que decretou a parcial procedência da exigência veiculada nesta autuação, julgando procedente a exigência de ICMS em razão da omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada pela diferença entre o somatório dos cupons fiscais emitidos pelo autuado e o valor informado pelas operadoras de cartões de crédito e de débito, no exercício de 2008, período de 1º de janeiro a 31 de dezembro.

Os fundamentos da Decisão exarada pelos membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, expressos no voto do eminente Conselheiro Rodrigo Lauande Pimentel, e que reformaram a Decisão de piso, dizem essencialmente que:

### **VOTO**

(...)

*Nos autos, não há provas capazes de elidir a presunção de omissão de saídas de mercadorias. O art. 143 do RPAF é bem claro em determinar que: “A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal”.*

*Entendo que o autuado foi incapaz de demonstrar, dia a dia, quais foram os valores concernentes a cupons fiscais ou as notas fiscais referentes a mercadorias pagas através de cartão de crédito ou débito.*

*O levantamento efetuado na peça de Defesa é uma mera conjectura que não pode ser considerada como prova fiscal eficaz e capaz de afastar a exação pretendida. Digo que a referida planilha elaborada pelo autuado e levada em consideração pela JJF não prova que foram respeitados os ditames legais do art. 238, §7º do RICMS/BA. Os supostos dados diários relacionados pela empresa não foram embasados em nenhum documento fiscal e nem contábil.*

*Se o autuado tentar rebater essa afirmação com a tese de que todos os documentos fiscais foram perdidos, pergunto: como ele conseguiu elaborar o seu levantamento diário na sua Defesa, se não havia nenhum dado ou documento fidedigno para se basear?*

*Portanto, não acolho a planilha apresentada pelo recorrido por entender que este não comprovou que a diferença apontada pelo autuante entre o somatório dos cupons fiscais por ele emitidos e o valor informado pelas operadoras de cartões de crédito e débito estava incorreta.*

*Ante o exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para modificar a Decisão recorrida e julgar PROCEDENTE o Auto de Infração epigrafado.*

Nas razões de fls. 156/163, o contribuinte aduz que provou que foi vítima de incêndio que destruiu todo seu estabelecimento, e que ficou demonstrado que a presunção aplicada não restou configurada conforme exigido pela fiscalização.

Diz que diante das razões de defesa a Junta de Julgamento Fiscal, cotejando os totais diários obtidos nos Relatório TEF e a relação de Notas Fiscais relacionada pela própria fiscalização, entendeu que a infração era parcialmente procedente. Do valor a que chegou a Junta de Julgamento Fiscal, diz que procedeu ao recolhimento ao erário.

Submetida ao reexame necessário pela Câmara de Julgamento Fiscal, a Decisão de primo grau foi reformada, e a autuação foi julgada procedente, entendendo o Conselheiro Relator que o Sujeito Passivo “*não comprovou que a diferença apontada pelo autuante entre o somatório dos cupons fiscais por ele emitidos e o valor informado pelas operadoras de cartões de crédito e débito estava incorreta*”, pois “*não há provas capazes de elidir a presunção de omissão de saídas de mercadorias*”.

Do exposto, conclui que resta demonstrado admissível o Pedido de Reconsideração que formula, vez que a 2ª Câmara de Julgamento Fiscal não considerou o fato da planilha apresentada pelo contribuinte ter sido elaborada baseada em informações da própria fiscalização e se limitou a afirmar que não havia provas capazes de elidir a presunção de omissão de saída de mercadorias. Cita e transcreve dispositivo do RPAF que cuida dos Recursos.

Referindo-se ao roteiro de auditoria, afirma que foi baseada em exigência sem previsão legal. Assevera que da análise dos demonstrativos fiscais percebe-se que o fiscal elaborou duas planilhas de relação de Notas Fiscais. A primeira, com base na sua escrita fiscal - anterior ao incêndio -, relacionando as notas fiscais sem correspondência, individualmente consideradas, com as operações informadas pela administradora do cartão de crédito e cartão de débito (Relatório TEF). A segunda, em movimento inverso, o autuante elabora relação de notas fiscais que possui correspondência, individualmente consideradas, com as operações informadas pela administradora do cartão de crédito/débito (Relatório TEF).

Afirma que ao contrario do que fez o autuante, que considerou apenas as notas fiscais que tinham individualmente correspondência com as operações informadas pelo cartão de crédito/débito, ele, Sujeito Passivo, elaborou planilha e fundamentou sua defesa nas relações de Notas Fiscais elaboradas pelo fiscal autuante, com base na sua escrita fiscal antes do fatídico incêndio, motivo pelo qual não se pode alegar suposta falta de provas.

Quanto à presunção de omissão de saída de mercadorias tributáveis decorrente de vendas em valores inferiores aos informados por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, alega que, como previsto no art. 2º, § 3º, VI, do RICMS, não se pode exigir que as operações com cartões de crédito/débito tenham, individualmente, correspondência com os documentos fiscais. Cita e transcreve o § 7º, do art. 238 do RICMS, e afirma que a auditoria, como realizada, exige do Contribuinte “*algo sem previsão legal*”.

Cita os Professores Celso Antonio Bandeira de Mello e Hely Lopes Meirelles para dizer do princípio da motivação, dizendo que atos da administração fundados em motivos falsos, inexistentes ou mesmo inidôneos, são atos administrativos sem motivação, e assim, nulos “*ex radice*”, inconvaleáveis. Discorre sobre o lançamento do crédito tributário, suas características e requisitos, além da vinculação do Agente administrativo e os atos que lhe são atribuídos. Cita doutrina.

Nessa seara, aduz que a responsabilidade pela infração que lhe é imputada carece de motivos que a sustentem, haja vista que não ocorreu descumprimento de obrigação principal. Entende que no máximo poderia ensejar a imputação de multa por descumprimento de obrigação acessória, pois, os fatos em discussão não implicaram em falta de recolhimento de imposto ou prejuízo para aos cofres públicos.

Pelo exposto, pede que seja dado provimento ao seu pedido de reconsideração, para que seja mantida a Decisão de primeiro grau que julgou procedente em parte o lançamento tributário originário, bem como seja determinada a homologação dos valores já pagos.

A Dra. Maria José Coelho Lins de A Sento-Sé, Procuradora da PGE/PROFIS, exara Parecer às fls. 166/167, opinando pelo Não Conhecimento do Recurso, ao argumento de que não se encontram presentes os requisitos autorizadores do Pedido de Reconsideração, sobretudo aquele previsto no art. 169, I, “d” do RPAF/99, que diz que a interposição de Pedido de Reconsideração de decisões

exaradas pela Câmara de Julgamento Fiscal estará autorizada quando restar demonstrado que *"tenha reformado no mérito a de primeira instância em processo administrativo fiscal, desde que verse sobre matéria de fato e de direito argüidos pelo sujeito passivo na impugnação e não apreciados nas fases anteriores de julgamento"*.

Nesse diapasão, a ilustre Procuradora afirma que *"o recorrente sequer cuida de demonstrar quais as supostas questões de mérito não foram discutidas quando do julgamento proferido em primeira e segunda instâncias administrativas. Em verdade, o sujeito passivo apresenta argumentos inéditos com o objetivo de obter a improcedência do Auto de Infração, o que não se compatibiliza com a interposição do Pedido de Reconsideração"*.

## VOTO

Trata o presente de Pedido de Reconsideração, tempestivo, interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea "d", do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 2ª CJF deste CONSEF, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do imposto exigido no presente Auto de Infração.

O Art. 169, I, "d", do RPAF/99, diz textualmente que caberá, com efeito, suspensivo, das decisões em processo administrativo fiscal, 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.

Da leitura e análise dos citados dispositivos acima, depreende-se que existe pressuposto necessários à admissibilidade do Pedido de Reconsideração, qual seja: - que a Decisão de Câmara de Julgamento Fiscal tenha reformado, no mérito, a de Primeira Instância em processo administrativo fiscal e que verse sobre matéria de fato ou fundamento de direito arguidos pelo sujeito passivo na impugnação e não apreciados nas fases anteriores de julgamento.

Da apreciação do caso em tela, vê-se que a hipótese é de não conhecimento do Pedido de Reconsideração. O fato é que o Pedido de Reconsideração da Decisão proferida por esta Câmara de Julgamento Fiscal não atendeu aos requisitos necessários ao seu conhecimento, haja vista que não demonstra que tenha esta 2ª CJF reformado, no mérito, a Decisão de Primeira Instância que verse sobre matéria de fato e de direito arguidos pelo sujeito passivo na impugnação e não apreciados nas fases anteriores de julgamento. Em verdade, vê-se claramente que a Decisão motivadora do presente Pedido de Reconsideração derivou da enfática abordagem e análise do Recurso de Ofício interposto pela 3ª JJF com vistas ao reexame da Decisão proferida em primeiro grau.

Ante o exposto, com abse no art. 173, V, do RPAF/99, voto pelo NÃO CONHECIMENTO do Pedido de Reconsideração formulado.

## 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 **094858.0006/10-9**, lavrado contra **CLARILDA MENEZES BRITO ME (SUPER MINIPREÇO)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$44.841,19**, 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, 08 de novembro de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASLAI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS