

PROCESSO - A. I. Nº 207104.0038/07-6
RECORRENTE - MERCADINHO PARATIGI LTDA. (LARANJA & CIA.)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO - Acórdão 2ª CJF nº 0397-12/10
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 15/03/2013

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0021-12/13

EMENTA: ICMS. INADMISSIBILIDADE DE RECURSO. 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 dos requisitos acima. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO CONHECIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Pedido de Reconsideração interposto pelo recorrente, por intermédio de sua representante legal, devidamente habilitada através do instrumento à fl. 472 dos autos, em relação à Decisão proferida por esta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal através do Acórdão nº 0397-12/10 que decidiu pela Procedência Parcial do Recurso Voluntário anteriormente apresentado em relação a Decisão proferida pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão nº 0240-03/08 que houvera julgado Procedente o Auto de Infração em referência, lavrado em 25/09/2007, para exigir ICMS no valor de R\$16.186,90, acrescido da multa de 70%, em decorrência da omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito, em montante inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito/débito, no período de janeiro/2006 a maio/2007, de acordo com os demonstrativos de fls.10 a 48.

Inicialmente, alega o recorrente a existência de notório disparate entre o teor da norma legal e a interpretação da legislação dada pelos julgadores de 1ª e 2ª Instâncias. Afirma que alegou em suas Razões de Defesa que tem como linha mestra a correta interpretação da legislação vigente, citando o "*inciso VI do § 3º do art. 2º do RICMS*" (sic) o qual considera que é consubstancial com o § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, que transcreveu, observando a legislação vigente à época da interposição do Recurso sob análise e daquela que vigia quando da ocorrência dos fatos.

Cita que chamava a atenção para o fato de que a correta interpretação é que somente haveria presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis "*se, e somente se os valores fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito fossem superiores aos valores de vendas declarada pelo autuado*" afirmando adiante que, para que a presunção seja legítima é preciso que os valores de vendas declaradas sejam inferiores aos informados pelas instituições financeiras.

Diz que no período de janeiro de 2006 a maio de 2007 prestou as informações por meio das DME, onde são informados os valores estabelecidos pelo § 2º, do art. 355 do RICMS/BA, que refletem aqueles constantes nos documentos fiscais, vindo daí a informação relativa a vendas declaradas de que trata o § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96.

Após outras considerações pontua que não pode a expressão ***declaração de vendas pelo contribuinte*** ser modificada para ser entendida como vendas declaradas em cartão de crédito como entendeu o julgador, transcrevendo, em seguida trecho do voto com o destaque onde defende que a posição manifestada pelo julgador fere frontalmente a legislação vigente à época.

Pontua que toda sua argumentação é que deveria ser comparada a totalidade das vendas declaradas com os valores das informações prestadas pelas administradoras de cartão de crédito enquanto que para os julgadores de 1ª e 2ª Instâncias a interpretação foi diferente, com total equívoco por parte destes, visto que a interpretação dos julgadores está expressa em norma nova que não se aplica a fatos pretéritos.

Passa a arguir cerceamento ao seu direito de defesa afirmando que requereu a exibição de documento que se encontra em poder do sujeito ativo, com objetivo de provar o alegado em sua defesa, agindo em consonância com o previsto pelos arts. 144 e 145 do RPAF/BA, subsidiariamente aplicado o CPC, arts. 358 e 359, não podendo haver recusa pelo julgador administrativo, sem embasamento legal, que prova seja constituída pelas partes do processo, sendo que, negar o direito de prova é negar um direito constitucional. Destaca trecho do voto onde o julgador negou a realização da diligência que solicitou.

Apresenta demonstrativos indicando o confronto mensal entre as ***"vendas declaradas x valores informados pelas administradoras de cartões"*** com o intuito de comprovar a ocorrência de omissão de saídas apenas nos meses de setembro de 2006 e maio de 2007.

Por fim, citando que a exibição da prova requerida comprova os seus argumentos, requer que as decisões de 1ª e 2ª Instâncias sejam anuladas por cerceamento ao seu direito de defesa, requerendo, ainda, que seja aplicado o disposto no art. 142 do RPAF/BA, em relação às suas alegações para os comparativos entre as vendas declaradas e os valores informados pelas administradoras de cartão de crédito e de débito.

A PGE/PROFIS se pronuncia à fl. 478 dos autos opinando pelo Não Conhecimento do Pedido de Reconsideração em face do seu não cabimento, uma vez que a Decisão de segunda instância não restaurou exigência eventualmente expurgada pela Junta de Julgamento Fiscal, citando a norma do art. 169, I do RPAF/BA para embasar seu posicionamento.

Em 19/02/13, através do Processo SIPRO nº 026720/2013/00, fls. 480 a 485, foi protocolada petição da lavra do Dr. Ednilton Meirelles de Oliveira Santos, onde solicita o adiamento do julgamento do presente PAF, previsto para o dia 21/02/2013, ao argumento de que nessa mesma data e horário estará compromissado com outra audiência de julgamento referente a processo que tramita perante o Juizado Cível de Defesa do Consumidor, cuja audiência se encontra agendada desde 18/08/2012. Juntou documentos para fim de comprovação. Acrescentou, ainda que, apesar de constar a habilitação da Dra. Catarina Dias, também advogada, como signatária do Pedido de Reconsideração, cita que *"aquela é de minha autoria e conhecimento, sendo ela signatária em razão de minha ausência desta cidade quando do protocolo"*.

Submetido o pedido de adiamento à apreciação desta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, o mesmo foi indeferido por unanimidade, ao entendimento de que, sendo a peça recursal subscrita por profissional legalmente habilitada, poderia a patrona que a subscreveu, comparecer normalmente ao julgamento, em atendimento a pauta publicada, que, inclusive, consta o nome da Dra. Catarina Dias.

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/BA, se encontram preenchidos.

Também, o inciso V do art. 173 do mesmo RPAF, preconiza que não se conhecerá 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.

Assim, estatui o art. 169, I, "d", do RPAF/BA, *verbis*:

"Art. 169. Caberão os seguintes Recursos, com efeito suspensivo, das decisões em processo administrativo fiscal:

I – para as Câmaras de Julgamento do CONSEF:

*d) 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.**" (grifos nossos)*

Da análise do supracitado dispositivo regulamentar, deflui-se que são dois os requisitos de admissibilidade do aludido Recurso:

- a) ter ocorrido reforma, no mérito, da Decisão de Primeira Instância; e
- b) não terem sido apreciadas, por parte dos julgadores do CONSEF, matéria de fato ou fundamento de direito arguidos na impugnação.

In casu, considero importante observar que a Decisão proferida em segunda instância por parte desta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, como muito bem pontuou a douta PGE/PROFIS, não restabeleceu qualquer exigência que tivesse sido eventualmente expurgada pela Junta de Julgamento. Ao contrário, deu provimento parcial ao Recurso Voluntário apresentado pelo contribuinte.

Ademais, inexistem nos fólios processuais qualquer matéria de fato ou fundamento jurídico arguido pelo recorrente em sua impugnação que não tenha sido apreciado nas fases anteriores de julgamento, pelo que, não há como prosperar o pleito constante da peça recursal.

Destarte, tendo em vista que o recorrente não satisfaz os requisitos de admissibilidade insculpidos na norma regulamentar, voto no sentido de **NÃO CONHECER** o Pedido de Reconsideração interposto, mantendo a Decisão recorrida em todos os seus termos.

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 **207104.0038/07-6**, lavrado contra **MERCADINHO PARATIGI LTDA. (LARANJA & CIA.)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$14.393,37**, 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, 21 de fevereiro de 2013.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE/RELATOR

MARIA OLIVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA - REPR. DA PGE/PROFIS