

**PROCESSO** - A. I. Nº 120208.0018/17-8  
**RECORRENTE** - F. M. P OLIVEIRA - ME  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO – Acórdão 2ª CJF nº 0254-12/19  
**ORIGEM** - INFAZ VAREJO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 04/09/2020

## **2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO CJF Nº 0182-12/20-VD**

**EMENTA:** ICMS. FALTA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS À SUA ADMISSIBILIDADE. Não houve reforma da Decisão de Primeira Instância pela Câmara de Julgamento Fiscal. Todas as alegações defensivas e recursais foram devidamente combatidas, tanto preliminarmente, como meritoriamente e, também, rebatidas em relação ao pedido de perícia e diligência. Inadmissível, portanto, a utilização do Pedido de Reconsideração, nos termos do Art. 169, I, “d” do RPAF/99, pois a existência de matéria de fato ou fundamento de direito arguidos pelo sujeito passivo na impugnação e não apreciados nas fases anteriores de julgamento. Tal requisito não foi preenchido no caso concreto. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO CONHECIDO**. Decisão unânime.

## **RELATÓRIO**

Trata-se de Pedido de Reconsideração interposto contra Decisão pelo Não Provimento do Recurso Voluntário (A-0254-12/19) confirmando a Decisão de piso (A-0025-04/19) que julgou pela Procedência do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 26/03/2019, para exigir crédito tributário no valor histórico de R\$470.965,67, sendo objeto do Pedido somente a infração referente aos exercícios de 2013, 2014 e 2015, transcrita a seguir:

*Infração 01 – 05.08.01*

*Omissão de saída de mercadoria tributada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.*

De se destacar o texto da “Descrição dos Fatos” (fl. 01):

*[...] Exercícios de 2013, 2014 e 2015: omissão de saída de mercadorias tributadas apurada através de venda com cartão de crédito/débito conforme sistema TEF/SEFAZ e falta de emissão da nota fiscal ou cupom fiscal de venda. Os valores da REDUÇÃO Z foram apurados através das reduções Z fornecidas em papel e em CD pelo contribuinte. Apesar de intimado o contribuinte não forneceu outras notas fiscais de venda de mercadorias – coluna 3 do Demonstrativo nem os Livros Fiscais. Foi utilizada a proporcionalidade de 100% porque o contribuinte comercializa mercadorias de tributação normal.*

Da análise dos elementos trazidos aos autos, a 4ª JJF, decidiu pela Procedência do Auto de Infração (fls. 85 a 88), sendo que a autuada em sua defesa alega nulidade por cerceamento do direito de defesa sob o argumento de desconhecer os fatos ou motivo que embasaram a presunção da base de cálculo e, também, solicita diligência ou perícia para o fato alegado. A 2ª CJF manteve a decisão de piso julgando pelo Não Provimento do Recurso Voluntário (fls. 111 a 113), onde o relator de 2ª Instância verificou que a autuada, ora recorrente na fase recursal, se defende dos mesmos fatos da peça inicial, não trazendo nada de novo ou prova que comprove a sua alegação de nulidade, conforme o voto reproduzido abaixo:

### **VOTO**

*A via recursal eleita pelo Sujeito Passivo é cabível e adequada, ante sua previsão no art. 169, inciso I, alínea “b”, do RPAF/99. Foi deduzido tempestivamente (art.171 do RPAF/99), atendendo, aos demais requisitos*

formais para a sua interposição. Sou pelo seu conhecimento.

Considerando que as razões recursais praticamente reeditam as razões de defesa, o trabalho desta 2ª CJF fica praticamente adstrito a aferir se o julgamento em primeiro grau contemplou aquilo que foi objeto de impugnação quando da instauração da fase contenciosa.

Passo, primeiramente, ao exame da arguição de cerceamento do direito de defesa, que veio em meio a um pleito de realização de prova pericial contábil. Com a devida vênia, acompanho a 4ª JJF por não encontrar nos autos qualquer cerceamento do direito de defesa, tanto mais que se oportunizou, para além da fase não-contenciosa do procedimento, uma oportunidade extraordinária para que o Sujeito Passivo trouxesse documentos em sua defesa, apresentasse sua escrita contábil, demonstrasse, enfim, o compasso entre os relatórios de vendas de cartão de crédito e os registros fiscais de venda.

Em lugar de aproveitá-lo, o Sujeito Passivo limitou-se a, no escoar do prazo (de sessenta dias), requerer uma “dilação de prazo”, sem sequer apontar qual seria o prazo de que necessitaria. Entre a intimação do sujeito passivo, em 18/10/2018, fl. 77 (repita-se, no curso do Processo Administrativo Fiscal, isso muito após concluída a Ação Fiscal que, sem qualquer dúvida, também conteve intimação do mesmo a apresentar seus livros – v. fl. 07) e o julgamento de primeira instância, em 26/03/2019, decorreu tempo bem mais que o razoavelmente esperado para que o Sujeito Passivo apresentasse o relatório que lhe fora facultado.

Sim, dizemos facultado, pois sob o Sujeito Passivo pairava uma presunção legal relativa – mas efetiva – que está na Lei do ICMS (não no regulamento, e sim na Lei), art. 4º, § 4º, inciso VI, alínea “a”, já indicado ao mesmo quando da lavratura do auto de infração: “Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento: [...] § 4º Salvo prova em contrário, **presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar:** [...] VI - valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte inferiores aos informados por: a) instituições financeiras;” (grifo nosso).

Nesse mesmo passo, não se pode entender de modo diverso daquele empreendido pela 4ª JJF em relação ao requerimento de perícia, pois o caso não comporta exame de fatos eminentemente técnicos, a ser realizado por pessoa que tenha reconhecida habilidade ou experiência técnica na matéria questionada (art. 147, inciso II, alínea “a” do RPAF/99). Cabia ao Sujeito Passivo fornecer dados que, diante da presunção acima, sabia ser necessário ter em ordem, na eventualidade de ter de elidi-la. E esses dados nada mais são do que a regular escrita fiscal ou (na sua falta) a regular escrita contábil.

Esta relatoria já manifestou sua preocupação com o abuso na utilização de técnicas de aferição indireta do fato gerador, e com especial atenção à utilização de presunções legais. Todavia, no caso concreto a presunção parece-nos razoável, e não ofende princípios tributários.

Ora, é de se presumir que as receitas do Sujeito Passivo via cartão de crédito são receitas operacionais, decorrentes das vendas. O valor das operações de vendas é base de cálculo do ICMS. Logo, na omissão do contribuinte em informar suas operações de venda, é razoável que se presuma que as informações prestadas via cartão de crédito correspondam às receitas decorrentes das vendas; do mesmo modo, é razoável presumir, como presumiu o Autuante, que a alíquota a se aplicar seria a normal, dado o caráter das mercadorias comercializadas pelo Sujeito Passivo. Todas essas presunções, repita-se, poderiam ser elididas por meio de provas que cabiam ao Sujeito Passivo.

Restou evidenciado no curso deste Processo Administrativo Fiscal que o Sujeito Passivo se furtou de apresentar indicativos de ter escriturado adequadamente suas operações. Também se furtou de trazer elementos que afastassem a presunção de que suas vendas de cartão de crédito (segundo relatórios comuns ao Fisco, ao Contribuinte e às Administradoras de Cartão de Crédito) não estariam relacionadas com a base de cálculo do ICMS apurado. O Sujeito Passivo não cuidou sequer de demonstrar que deteria créditos fiscais a influenciar no tributo a recolher!

O Sujeito Passivo insiste em basear sua defesa em argumentos principiológicos, mas descura-se em examinar, com a devida vênia, todas as consequências e contornos dos princípios de que se socorre. Não se pode abusar do direito de defesa, e para o seu exercício é mandatário que não se soneguem provas. Colaboração deve haver, sim, entre Fisco e Contribuinte, mas não há colaboração – em fase Judicial, haver-se-ia de cogitar sobre má-fé processual – quando se postula prorrogação indefinida de prazo, ou quando se formula requerimento instrutório em dissonância com as normas processuais que regulam a prova pleiteada. Também não se há de aventar favorecimento ao Contribuinte na dúvida, quando a “dúvida” (que não há, dada a presunção presente na legislação) é alimentada por argumentos defensivos não provados, sequer indiciados.

No mérito, também acompanho a decisão do órgão julgador de primeiro grau, pois não se vê na peça defensiva ou recursal qualquer argumento minimamente convincente ou provado para que se afaste a presunção operada. Sem esclarecimentos sobre quanto esse Sujeito Passivo realizaria de receitas operacionais de vendas é inviável acreditar que tudo o que foi informado pelas Administradoras de Cartão de Crédito seriam “juros” ou “correção monetária”. Como exemplo, tome-se o período de apuração de fev/2015. As operações com cartão de crédito somaram R\$384.307,06, ao passo que a “Redução Z” (que é o documento fiscal impresso durante o

*fechamento do caixa, e totaliza o movimento do dia) totalizou R\$91.974,42. Parece inverossímil, se esta é a tese do Sujeito Passivo, que toda a diferença R\$292.332,64 decorra de juros de vendas a prazo. A mera negativa genérica não socorre ao Sujeito Passivo, ante as circunstâncias apontadas.*

*Também no que se refere à multa, acompanho a decisão de piso, pois dada a sua previsão em Lei editada pelo Parlamento deste Estado, não caberia ao CONSEF declarar sua inconstitucionalidade, ao teor do art. 161 do RPAF/99 e do art. 125 do COTEB.*

*Ante o exposto, sou pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.*

O contribuinte, ainda em fase recursal, inconformado com a decisão da 2ª CJF que manteve o Não Provimento do Recurso Voluntário, interpõe com Pedido de Reconsideração, fls. 128 a 130, que passe a discorrer sobre os fatos que alega não foram combatidos, como veremos abaixo:

Sustenta que o voto do colegiado da Segunda Instância foi omissivo no tocante a matéria recursal atinente a alegação de nulidade por cerceamento do direito de defesa e consequente produção de prova pericial contábil, infringindo assim o art. 5º, LV da Constituição Federal, como amplamente demonstrado nas peças de defesa e recurso, *in casu*, para não permitir ao contribuinte a ampla defesa, obstruindo o direito de prova pericial contábil no presente Processo Administrativo Fiscal.

Afirma que não foi enfrentada no respeitável voto exarado, na medida em que o ponto relacionado a ampla defesa não foi objeto de enfrentamento pelo Julgador, não havendo fundamentação na decisão acerca do tema para deferir a prova pericial contábil.

E que também não houve enfrentamento, da negativa do pedido de prova pericial contábil, cerceando o contribuinte do direito a ampla defesa, protegido constitucionalmente o seu direito, certo de que a recorrente se irressignou ao ter o seu direito de produção de prova obstruído ilegalmente.

Inferre que ao ter a iniciação de Procedimento Administrativo Tributário, cerceou ao contribuinte de uma produção de prova que infringe os mais mezinhos princípios constitucionais tributários no tocante a produzir a sua prova pericial contábil.

Finaliza requerendo o enfrentamento da matéria relacionada ao cerceamento de defesa do contribuinte, no tocante a produção de sua prova pericial contábil no âmbito do presente Processo Administrativo Fiscal para deferir a recorrente o referido direito de produção de prova pericial contábil, consequentemente, anulando a decisão das duas instâncias, no sentido de o contribuinte faça a efetiva prova.

## VOTO

De início, o parâmetro deste recurso/pedido seria se o mesmo teria o seu conhecimento ou não para se aferir nas questões tanto preliminares como de mérito ou pericial suscitadas em suas teses anteriores. Vejo que o Pedido de Reconsideração tem alguns requisitos para se ter o seu conhecimento. Vejamos, então, o referido dispositivo:

*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 da Câmara que tenha, em julgamento de recurso de ofício, reformado, no mérito, a de primeira instância em processo administrativo fiscal;*

Em complemento, transcrevo também o art. 173, V do RPAF:

*Art. 173. Não se tomará conhecimento do recurso que for interposto:*

*(...)*

*V - 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 art. 169.*

Verifica-se também que houve a mudança dos requisitos para o conhecimento de tal pedido

publicado em 18/08/2018.

Logo, de início, não conheço o pedido, pois na leitura dos citados dispositivos, das razões demonstradas acima, tanto na 4ª JJF como nesta Câmara, vê-se que nos dois requisitos para a admissibilidade de tal pedido, não se procedeu:

- i. Que na decisão de Câmara de Julgamento Fiscal tenha, em julgamento de Recurso de Ofício, reformado, no mérito, a de Primeira Instância em Processo Administrativo Fiscal;
- ii. Que verse sobre matéria de fato ou fundamento de direito arguidos pelo sujeito passivo e não apreciados nas fases anteriores de julgamento.

Ademais, como forma de informação da autuação, observo que a peça principal do pedido é a alegação de omissão por parte deste órgão julgador (2ª CJF): “*atinente a alegação de nulidade por cerceamento do direito de defesa e consequente produção de prova pericial contábil, infringindo ...o art. 5º, LV da CF, .... para não permitir ao contribuinte a ampla defesa*”, obstruindo o direito de prova pericial contábil no presente PAF.

Analisando as duas decisões, tanto da Primeira Instância, como desta 2ª CJF, vejo que alegação não procede, pois nos votos prolatados das duas decisões, foram devidamente e substancialmente debatidos as principais e todas as alegações proferidas pelo autuado/recorrente. Destaco algumas transcrições.

A relatora da 4ª JJF, após discorrer sobre os fatos da autuação e dar direito ao contribuinte de fazer provas a favor do mesmo para contrariar a autuação, votou o seguinte:

*No que diz respeito à nulidade arguida pelo impugnante, de que a fiscalização considerou como base de cálculo do tributo os encargos financeiros nas vendas a prazo (correção monetária) os quais não integram a base de cálculo do tributo, constato que não há como prosperar a pretensão defensiva, haja vista que a base de cálculo foi constituída de acordo com a legislação pertinente, e o contribuinte não apresentou quaisquer documentos que comprovassem os alegados equívocos cometidos. Como tais provas se referem a documentos que estão de posse do próprio contribuinte, caberia a este trazê-los aos autos para elidir a infração, demonstrando as incorreções alegadas, o que não ocorreu.*

*Isto posto, deixo de acolher a totalidade dos pedidos de nulidade do Auto de Infração apresentados pela defesa, por não restar configurado nos autos qualquer afronta ao contraditório e ao exercício pleno da ampla defesa pelo autuado.*

*Em relação à perícia requerida, pontuo que esta tem a finalidade de esclarecer fatos eminentemente técnicos, a ser realizada por pessoa que tenha reconhecida habilidade ou experiência técnica na matéria questionada, o que não é o caso dos autos, já que não é necessário conhecimento especializado para o deslinde da questão, razão pela qual fica indeferida, com fulcro no art. 147, inciso II, alínea “a” do RPAF/BA.*

*No mérito, o autuado apenas nega o cometimento da infração, porém, não anexou quaisquer documentos e/ou planilhas, comprovando a sua assertiva. Como tais provas se referem a documentos que estão de posse do próprio contribuinte, caberia a este trazê-los aos autos para elidir a infração, demonstrando as incorreções alegadas, o que não se verifica.*

*Como esclarecido nas preliminares de nulidades, o sujeito passivo recebeu os TEFs Diários, e sendo assim, para que fosse elidida de modo válido a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, o autuado deveria ter feito o cotejamento entre o que consta nos “Relatório de Informações TEF – Diário”, com os valores correspondentes às notas fiscais/ cupons fiscais emitidos, de modo a comprovar as diferenças objeto do presente lançamento, haja vista que nos citados TEF’s diários estão especificadas as vendas diárias, por operações, dos meses objeto do levantamento fiscal, feitas através de cartões de crédito e débito, relativamente a cada instituição ou administradora de cartão, separadamente.*

*Portanto, resta caracterizada a infração, tendo em vista que a declaração de vendas, pelo contribuinte, em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, cabendo ao contribuinte a prova da improcedência da presunção, conforme determina o artigo 4º, §4º da Lei nº 7.014/96, o que não ocorreu no presente caso.*

Já na Segunda Instância, o relator foi devidamente cirúrgico nas questões debatidas, proferiu o voto detalhadamente, arguindo e combatendo todos os fatos desta autuação. Nesse voto relator (A-0254-12/19), verifica-se que rebateu todas as questões preliminares (cerceamento de defesa),

convalidou os autos em seu prosseguimento de procedência da autuação dizendo que, quem só poderia fazer provas contrária neste caso, seria o próprio contribuinte, pois além dos 60 (sessenta) dias para proferir defesa inicial, trazer provas, o que não fez, teve ainda, diligência proferida pela 1ª Instância no sentido de entregar os relatórios TEFs ao contribuinte e, durante este prazo de entrega a JJF reabriu o prazo com mais 60 (sessenta) dias para nova defesa. Novamente o representante do recorrente, não trouxe nada de novo para a contrariedade da autuação. Ainda teve 30 (trinta) dias, em peça recursal, para o advogado fazer uso do seu direito de provar que tanto a autuação como o voto proferido pela Junta e Câmara, que manteve a decisão, estariam equivocados e, não fez uso do seu direito de prova.

Constato ainda que, os relatores de primeira e segunda instâncias, estão corretos em afirmar que, neste caso, *“não comporta exame de fatos eminentemente técnicos, a ser realizado por pessoa que tenha reconhecida habilidade ou experiência técnica na matéria questionada (art. 147, inciso II, alínea “a” do RPAF/99). Cabia ao Sujeito Passivo fornecer dados que, diante da presunção ..., sabia ser necessário ter em ordem, na eventualidade de ter de elidi-la. E esses dados nada mais são do que a regular escrita fiscal ou (na sua falta) a regular escrita contábil”* (voto da 2ª CJF – A-0254-12/19 – Relator: Henrique Oliveira).

Esclareço que nenhum dos dois requisitos constam neste pedido: primeiro, a decisão de piso não recorreu de Recurso de Ofício, pois manteve a Procedência do Auto de Infração; segundo, todos os fatos foram devidamente combatidos, apreciados e, até dado muito tempo ao contribuinte para trazer provas materiais, o que não fez naquele momento e, neste momento não caberia a apreciação, portanto, não constam requisitos atendidos, pois as decisões proferidas não deixou de cuidar sobre todas as matérias de fato e de fundamentos de direito que haviam sido arguidos, mesmo em sede de defesa.

Vejo que o Pedido de Reconsideração não visa um novo julgamento, mas apenas e tão somente resolver questões pontuais previstas na norma enunciada. Afinal, não foi esse o objetivo do legislador ao inserir tal Recurso.

Diante do exposto, voto pelo NÃO CONHECIMENTO do Pedido de Reconsideração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, à unanimidade, **NÃO CONHECER** o Pedido de Reconsideração apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **120208.0018/17-8**, lavrado contra **F. M. P OLIVEIRA - ME**, devendo ser intimado o recorrente a efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$470.965,67**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 23 de julho de 2020.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO DE OLIVEIRA PINHO – RELATOR

EVANDRO KAPPES – REPR. DA PGE/PROFIS