

**PROCESSO** - A. I. Nº 298958.0001/21-0  
**RECORRENTE** - CENCOSUD BRASIL COMERCIAL S.A.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO – Acórdão 2ª CJF nº 0029-12/24-VD  
**ORIGEM** - DAT NORTE / IFEP NORTE  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 19/07/2024

**2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL****ACÓRDÃO CJF Nº 0266-12/24-VD**

**EMENTA:** ICMS. REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA. Tendo se insurgido contra decisão que não apreciou Recurso de Ofício, não é possível, ao Sujeito Passivo, manejar o Pedido de Reconsideração, haja vista que já teve a oportunidade de ver debatidos os seus argumentos, em duas instâncias administrativas (duplo grau de jurisdição). Assim, é forçoso reconhecer que inexistente, no presente caso, o direito ao conhecimento do Pedido de Reconsideração da Decisão do segundo grau arguido pelo Contribuinte, em conformidade com os termos do art. 169, inciso I, alínea “d” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99. Recurso **NÃO CONHECIDO**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Pedido de Reconsideração interposto em relação ao Acórdão CJF Nº 0029-12/24-VD, que modificou a Decisão de piso, em sede de Recurso Voluntário, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 28/04/2021, para exigência de crédito tributário no valor histórico de R\$ 111.386,86 inerente a 10 (dez) irregularidades referentes aos anos de 2016, 2017 e 2018, conforme demonstrativos constantes do CD/Mídia de fl. 27, tendo sido objeto da peça recursal as seguintes acusações (1, 2, 3, 4, 5, 8 e 9):

**INFRAÇÃO 01 - 001.002.006** - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria (s) adquirida(s) com pagamento de imposto por substituição tributária. Valor: R\$ 21.678,28. Período: Janeiro 2016 a dezembro 2018. Enquadramento legal: Arts. 9º e 29, § 4º, II da Lei 7.014/96, c/c o art. 290, II do RICMS-BA/2012. Multa: 60%.

**INFRAÇÃO 02 - 001.002.026**. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução de imposto. Valor: R\$ 13.315,50. Período: Janeiro 2016 a dezembro 2018. Enquadramento legal: Arts. 29, § 4º, II da Lei 7.014/96, c/c o art. 310, II, do RICMS-BA/2012. Multa: 60%..

**INFRAÇÃO 03 – 001.002.041**. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais. Valor: R\$ 15.611,05.(2016 a 2018). Multa: 60%.

**INFRAÇÃO 04 – 002.001.003** – Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Valor: R\$ 24.105,73 (2016 a 2018). Multa: 60%, art. 42, II, “a” da Lei 7014/96.

**INFRAÇÃO 05 - 003.002.002** - Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Valor: R\$ 15.900,06 (2016 a 2018). Multa: 60%.

**INFRAÇÃO 08 - 016.001.001** – Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s), bem(ns) ou serviço(s) sujeitos a tributação, sem o devido registro na escrita fiscal. Valor: R\$ 5.554,16. Período: Janeiro 2016 a novembro 2017. Enquadramento legal: Arts. 217 e 247 do RICMS-BA/2012. MULTA: 1% do valor do bem, mercadoria ou serviço entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados, prevista no art. 42, IX da lei 7.014/96.

**INFRAÇÃO 09 – 016.001.002** – Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s) não tributável (is) sem o devido registro na escrita fiscal. Valor: R\$ 9.304,38. Período: Janeiro 2016 a novembro 2017. Enquadramento legal: Arts. 217 e 247 do RICMS-BA/2012. Multa: Art. 42, IX da Lei 7.014/96.

Observe, então, que a 2ª JJF decidiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração, por

unanimidade, mediante o Acórdão 2ª JF nº 0214-02/22-VD (fls. 165 a 185), alterando o valor originalmente lançado de R\$ 111.386,86 para o valor de R\$ 91.121,17, na forma abaixo discriminado:

| INFRAÇÃO              | VL LANÇADO        | VL JULGDO        | RESULTADO     |
|-----------------------|-------------------|------------------|---------------|
| INF. 01 – 001.002.006 | 21.678,28         | 12.427,77        | PROC EM PARTE |
| INF. 02 – 001.002.026 | 13.313,5          | 13.275,81        | PROC EM PARTE |
| INF. 03 – 001.002.041 | 15.611,05         | 15.611,05        | PROCEDENTE    |
| INF. 04 – 002.001.003 | 24.105,73         | 24.105,10        | PROC EM PARTE |
| INF. 05 – 003.002.002 | 15.900,06         | 5.873,11         | PROC EM PARTE |
| INF. 06 – 006.001.001 | 2.646,53          | 2.488,48         | PROCEDENTE    |
| INF. 07 – 006.002.001 | 760,7             | 760,7            | PROC EM PARTE |
| INF. 08 – 016.001.001 | 5.554,16          | 5.537,07         | PROC EM PARTE |
| INF. 09 – 016.001.002 | 9.304,38          | 9.304,38         | PROCEDENTE    |
| INF. 10 – 016.001.006 | 2.512,48          | 1.737,70         | PROC EM PARTE |
| <b>Total</b>          | <b>111.386,87</b> | <b>91.121,17</b> |               |

Inconformado, então, com a decisão de primeira instância, através do Acórdão da 2ª JF nº 0214-02/22-VD, o Contribuinte Autuado interpôs Recurso Voluntário, com supedâneo no Art. 169, I, “b” do RPAF/99, tendo a 2ª CJF decidido pelo seu Provimento Parcial, modificando a Decisão recorrida, porém mantendo a sua Procedência Parcial, em decisão unânime, mediante o Acórdão 2ª CJF nº 0029-12/24-VD (fls. 250 a 264), com base no voto a seguir transcrito:

**“VOTO**

*O Auto de Infração acusa o cometimento de dez infrações, tendo sido julgadas procedentes as infrações 3, 4, 7 e 9 e procedente em parte as infrações 1, 2, 5, 6 e 10.*

*No Recurso Voluntário interposto a recorrente requereu reforma declarando a decadência parcial dos valores exigidos nas infrações 1, 2, 3, 4, 5, 8 e 9 (art. 150, § 4º do CTN), alegando que a 2ª JF acatou o pedido relativo as infrações 1 e 5, que deve ser aplicado as infrações 2, 3, 4, 8 e 9.*

*Com relação as infrações 1 e 5, argumenta que foi acatada a decadência relativa as operações ocorridas até 30/04/2016, ao invés de 24/05/2016, visto que tomou ciência da autuação em 24/05/21.*

*Inicialmente quanto ao pedido de que seja contado o prazo decadencial até o dia 24/05/2016, observo que o ICMS tem apuração mensal, ou seja, as operações ocorridas no período do dia 1º ao dia 30 do mês são apuradas em conjunto do montante de débitos e créditos, inclusive do pagamento do ICMS devido por antecipação parcial ou definitiva (ST). Neste contexto, o prazo decadencial deve ser considerado para efeito de contagem do prazo até o mês anterior que foi dado ciência ao contribuinte, mesmo porque é impraticável ou mesmo dificultoso segregar todas as operações ocorridas no decurso do mês. Fica rejeitado esse pedido.*

*Quanto ao pedido de que seja reconhecida a decadência em relação as infrações 2, 3, 4, 8 e 9, observo que as infrações 2 e 3 referem se a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS e a infração 4, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.*

*Observo que conforme apreciado da decisão recorrida a regra geral aplicável a faculdade da Fazenda Pública constituir o crédito tributária é prevista no art. 173 do CTN, com a contagem do prazo de cinco anos, do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado e regra especial para tributos originalmente sujeitos a lançamento por homologação com prazo de cinco anos a partir da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.*

*O Incidente de Uniformização PGE nº 2016.194710-0 manifestou entendimento de que:*

*Entendimento firmado: Conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, § 4º, do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário (entendendo-se como tal as operações ou prestações tributáveis), apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas.*

...

*Nota I: Conta-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, com fundamento no art. 173, I do CTN, quando: a) ...; b) o contribuinte não declara a ocorrência do fato jurídico tributário, isto é, omite a realização da operação ou prestação tributável; c) ...*

*Neste contexto, nas infrações 2, 3 e 4 o sujeito passivo declarou a ocorrência do fato jurídico tributário, apurou o montante do imposto que entendeu devido, possibilitando a verificação por parte do Fisco para efeito de homologação e deve ser considerado a contagem do prazo a partir da ocorrência do fato gerador nos termos do art. 150, § 4º do CTN. Acato o pedido da recorrente com relação a estas infrações, o que será feito pelo ajuste*

dos demonstrativos.

Com relação a decadência das infrações 8 e 9, observo que se referem a multa aplicada por descumprimento de obrigação acessória, por a empresa não ter escriturada notas fiscais pertinentes a entradas de mercadorias no estabelecimento, sem o devido registro na escrita fiscal.

Nestas situações, tendo omitido a realização da operação ou prestação tributável, o Fisco não teria como homologar a tributação do ICMS relativo a mercadorias que não foram registradas, e como previsto na Nota 1 do IU - PGE nº 2016.194710-0 com a contagem do prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, com fundamento no art. 173, I do CTN. Rejeitado o pedido em relação as infrações 8 e 9.

No mérito, quanto a infração 1 (crédito indevido/mercadorias ST), no recurso interposto foi alegado que diversas mercadorias (PEITO DE FRANGO; AMENDOA, AMENDOIN BRANCO, CARNE ANGLO BOV 320G, ESPETINHOS e LAPISEIRA) não fazem parte do regime de ST.

Em atendimento a diligência fiscal o autuante:

Excluiu os produtos PEITO DE FRANGO, AMENDOA, AMENDOIM BRANCO, CARNE ANGLO e LAPISEIRA.

Manteve ESPETINHOS com NCM 1601, 1602 e 0207 – Por estarem enquadrado no regime da ST.

O recorrente alegou que deveria ter excluído os produtos CASTANHA YOKI CAJU 100G e [SC] PÃO GRANDE 55 x 30 C/100.

Pelo exposto, com relação ao ESPETINHO JUNDIAÍ MISTO com NCM 1601, constato que nos itens 11.31.1 e 11.31.2, do Anexo 1 do RICMS/BA de 2016 constam as NCMs 0203; 0206; 0207; 0209; 0210 relativo a carnes e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, em salmoura, simplesmente temperados, secos ou defumados, resultantes do abate de aves e suínos, mas não consta a NCM 1601 e 1602.

Pelo exposto, fica mantida a exigência com relação aos produtos com NCM 0207 e afastado os com as NCM 1601, a exemplo de ESPETINHO JUNDIAÍ LINGUIÇA MISTA de 480G e 370 G cuja Nota Fiscal nº 90.450 juntada pela fiscalização à fl. 221 que indica ter sido tributada normalmente.

Com relação aos produtos CASTANHA YOKI CAJU 100G com NCM 1601 e 2008.1 observo que o item 11.10.1 indica como enquadrado na ST o produto com NCM 2008.1 Amendoim e castanhas tipo aperitivo, em embalagem de conteúdo igual ou inferior a 1kg. Portanto, produto enquadrado na ST. Fica mantido.

Quanto ao produto SC PÃO GRANDE 55 x 30 C/100 trata-se de produto utilizado na embalagem de pães que tem a tributação encerrada (art. 373, § 2º do RICMS/BA) e vedado a utilização do crédito fiscal, nos termos do art. 29, § 4º, II da Lei nº 7.014/1996. Fica mantido.

Pelo exposto, tomo como base o demonstrativo refeito pela fiscalização, mantendo o afastamento do valores que decaíram, conforme fundamentado na decisão recorrida, reduzindo o débito de R\$ 21.678,28 para R\$ 11.160,21.

| Data Ocorr. | Data Vento. | Autuado  | Julgado 2ª JFF | Julgado 2ª CJF |
|-------------|-------------|----------|----------------|----------------|
| 31/01/2016  | 09/02/2016  | 625,2    | -              | Decadência     |
| 29/02/2016  | 09/03/2016  | 625,15   | -              | Decadência     |
| 31/03/2016  | 09/04/2016  | 984,56   | -              | Decadência     |
| 30/04/2016  | 09/05/2016  | 568,93   | -              | Decadência     |
| 31/05/2016  | 09/06/2016  | 837,59   | 58,21          | 58,21          |
| 30/06/2016  | 09/07/2016  | 763,74   | 320,45         | 320,45         |
| 31/07/2016  | 09/08/2016  | 742,16   | 281,47         | 170,97         |
| 31/08/2016  | 09/09/2016  | 859,55   | 45,74          | 45,74          |
| 30/09/2016  | 09/10/2016  | 495,86   | 26,34          | 26,34          |
| 31/10/2016  | 09/11/2016  | 1.512,13 | 1002,45        | 972,51         |
| 30/11/2016  | 09/12/2016  | 571,51   | 68,59          | 68,59          |
| 31/12/2016  | 09/01/2017  | 805,85   | 142            | 70,99          |
| 31/01/2017  | 09/02/2017  | 956,72   | 383,85         | 335,17         |
| 28/02/2017  | 09/03/2017  | 414,89   | 132,87         | 39,58          |
| 31/03/2017  | 09/04/2017  | 460,26   | 421,02         | 350,61         |
| 30/04/2017  | 09/05/2017  | 1.036,06 | 1036,06        | 1.011,73       |
| 31/05/2017  | 09/06/2017  | 71,91    | 71,91          | 48,38          |
| 30/06/2017  | 30/08/2017  | 76,13    | 76,13          | 11,98          |
| 31/07/2017  | 09/08/2017  | 644,32   | 592,46         | 572,01         |
| 31/08/2017  | 09/09/2017  | 498,35   | 434,27         | 386,41         |
| 30/09/2017  | 09/10/2017  | 623,49   | 552,94         | 456,26         |
| 31/10/2017  | 09/11/2017  | 532,87   | 383,64         | 315,87         |
| 30/11/2017  | 09/12/2017  | 251,71   | 235,33         | 151,85         |
| 31/12/2017  | 09/01/2018  | 1.303,27 | 1303,27        | 1280,79        |
| 31/01/2018  | 09/02/2018  | 608,33   | 608,33         | 426,70         |



|              |            |                  |                  |                  |
|--------------|------------|------------------|------------------|------------------|
| 28/02/2018   | 09/03/2018 | 706,37           | 578,77           | 520,59           |
| 31/03/2018   | 09/04/2018 | 220,01           | 194,94           | 180,91           |
| 30/04/2018   | 09/05/2018 | 608,03           | 550,28           | 550,28           |
| 31/05/2018   | 09/06/2018 | 58,16            | 25,23            | -                |
| 30/06/2018   | 09/07/2018 | 448,86           | 331,59           | 331,59           |
| 31/07/2018   | 09/08/2018 | 62,60            | 28,23            | 28,23            |
| 31/08/2018   | 09/09/2018 | 348,93           | 272,08           | 272,08           |
| 30/09/2018   | 09/10/2018 | 1.221,07         | 1.167,8          | 1.167,80         |
| 31/10/2018   | 09/11/2018 | 410,99           | 394,89           | 373,53           |
| 30/11/2018   | 09/12/2018 | 289,62           | 284,06           | 284,06           |
| 31/12/2018   | 09/01/2019 | 433,10           | 422,57           | 330,00           |
| <b>Total</b> |            | <b>21.678,28</b> | <b>12.427,77</b> | <b>11.160,21</b> |

Quanto a infração 2, conforme apreciado no início fica afastado os valores relativos ao período de janeiro a abril de 2016, pela materialização da decadência totalizando R\$ 2.197,83, além do valor de R\$ 37,69 excluído pela 2ª JJF (fl. 179), o que resulta em valor devido de R\$ 11.077,98.

**Infração 2**

| Data Ocorr   | Data Vento.    | Autuado          | Julgado 2ª JJF  | Julgado CJF      |
|--------------|----------------|------------------|---|------------------|
| 31/01/2016   | 09/02/2016     | 203,94           | -   | Decadência       |
| 29/02/2016   | 09/03/2016     | 494,03           | -   | Decadência       |
| 31/03/2016   | 09/04/2016     | 1.416,22         | -   | Decadência       |
| 30/04/2016   | 09/05/2016     | 83,64            | -   | Decadência       |
| <b>Total</b> |                | <b>2.197,83</b>  | <b>Excluiu R\$ 37,69 referente ao mês 06/2017-Fl. 179</b> |                  |
|              | <b>Autuado</b> | <b>13.313,50</b> |   |                  |
| <b>Total</b> |                |                  | <b>13.275,81</b>  | <b>11.077,98</b> |

No que se refere a infração 4 (operações tributáveis como não tributáveis), no recurso interposto o recorrente alegou que os produtos ALECRIM TROP 20G (NCM 12119090) e MELANCIA ESPECIAL são isentos de tributação do ICMS e os produtos CANO CHUVEIRO LORENZETTI BCO (NCM 851690000), M ARROZ URB PAD500UN (NCM 219021900) são enquadrados no regime de ST.

Na decisão proferida pela 2ª JJF foi fundamentado que em relação a essas mercadorias:

**ALECRIM TROP 20G UM** – Produto industrializado da marca TROP. Trata-se de alecrim desidratado em processo industrial e vendido em embalagem de 20g. Portanto, de normal tributação;

**CANO CHUVEIRO LORENZETTI BCO** – O NCM 85169000 descrito não consta do Anexo 1 do RICMS-BA, que trata de substituição tributária. Portanto, mercadoria sob normal tributação;

**M ARROZ URB PAD 500 UN** – O Impugnante citou o Anexo 1, item 11.7, do RICMS-BA – Bombons, balas caramelos, confeitos pastilhas e outros produtos de confeitaria, contendo cacau, mas o Anexo citado não se refere ao produto descrito. Trata-se de massa de arroz e não à base de farinha de trigo, de modo que não está enquadrado na ST e sofre normal tributação;

**MELANCIA ESPECIAL UND** – Produto isento com apenas uma nota fiscal (1606 de 30/06/2016 com ICMS de R\$ 0,63) no levantamento. Foi excluído por ocasião da Informação Fiscal, conforme planilhas suportes refeitas e constante do CD de fl.107, cuja cópia foi entregue ao contribuinte (fl. 106), ajustando o valor da ocorrência 30/06/2016 de R\$ 924,00 para R\$ 923,37, remanescendo autuado R\$ 24.105,10.

Pelo exposto, os produtos ALECRIM TROP 20G (NCM 12119090) é um produto industrializado e tributado pelo ICMS; a MELANCIA ESPECIAL é isento de tributação do ICMS, mas já foi excluído o valor correspondente na informação fiscal.

Já o produto CANO CHUVEIRO LORENZETTI BCO com NCM 8516.9000 não está elencado no item 8.6 do Anexo 1 do RICMS/BA que indica NCM 7324 - Artefatos de higiene ou de toucador, e suas partes, de ferro fundido, ferro ou aço, incluídas as pias, banheiras, lavatórios, cubas, mictórios, tanques e afins de ferro fundido, ferro ou aço, para uso na construção. Item não acatado.

Da mesma forma, o produto M ARROZ URB PAD500UN (NCM 2190.21900) que o recorrente alega estar elencado no item 11.7 do Anexo 1 do RICMS/BA, observo que o referido item em 2016 indica NCM “1904.1 1904.9 - Salgadinhos à base de cereais, obtidos por expansão ou torrefação” e em 2017 a NCM 1806.9 Bombons, balas, caramelos, confeitos, pastilhas e outros produtos de confeitaria, contendo cacau. Portanto, o item autuado sofre tributação normal. Ficando rejeitada tal alegação.

Quanto a alegação de decadência, conforme apreciado no início, acato a alegação e faço a exclusão dos valores correspondentes no período de janeiro a abril/2016, ficando reduzido o débito de R\$ 24.105,10 para R\$ 15.815,49 conforme demonstrativo abaixo. Infração procedente em parte.

| <b>Infração 4</b> |             |          |                |             |
|-------------------|-------------|----------|----------------|-------------|
| Data Ocorr        | Data Vento. | Autuado  | Julgado 2ª JJF | Julgado CJF |
| 31/01/2016        | 09/02/2016  | 4.970,43 | -              | Decadência  |

|            |            |           |   |                  |
|------------|------------|-----------|---|------------------|
| 29/02/2016 | 09/03/2016 | 2.215,84  | - | Decadência       |
| 31/03/2016 | 09/04/2016 | 600,58    | - | Decadência       |
| 30/04/2016 | 09/05/2016 | 502,76    | - | Decadência       |
| 30/06/2016 | 09/07/2016 | 0,63      |   | Redução/Exclusão |
| Total      |            | 8.290,24  |   |                  |
| Autuado    |            | 24.105,73 |   |                  |
| Devido     |            | 15.815,49 |   |                  |

Ressalto que conforme apreciado inicialmente, fica rejeitado o pedido relativo à decadência pertinente às infrações 8 e 9 (multa por falta de registro de entrada de mercadorias).

Dessa forma, o débito total fica reduzido de R\$ 111.386,86 para R\$ 75.296,42 conforme resumo abaixo.

| Infração     | Autuado           | Julgado 2ª JF    | Julgado 2ª CJF   |
|--------------|-------------------|------------------|------------------|
| 1            | 21.678,28         | 12.427,77        | 11.160,21        |
| 2            | 13.313,50         | 13.275,81        | 11.077,98        |
| 3            | 15.611,05         | 15.611,05        | 11.541,30        |
| 4            | 24.105,73         | 24.105,10        | 15.815,49        |
| 5            | 15.900,06         | 5.873,11         | 5.873,11         |
| 6            | 2.646,53          | 2.488,48         | 2.488,48         |
| 7            | 760,70            | 760,70           | 760,70           |
| 8            | 5.554,16          | 5.537,07         | 5.537,07         |
| 9            | 9.304,38          | 9.304,38         | 9.304,38         |
| 10           | 2.512,48          | 1.737,70         | 1.737,70         |
| <b>Total</b> | <b>111.386,87</b> | <b>91.121,17</b> | <b>75.296,42</b> |

Voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

Ainda inconformado, o Autuado interpôs Pedido de Reconsideração (fls. 277 a 279), com base no Art. 169, I, “d” do RPAF/99, por violação a princípios basilares do processo administrativo fiscal, conforme os seguintes termos:

Diz que o princípio da verdade material é basilar ao processo administrativo fiscal, visando sempre alcançar o julgamento fiel à realidade dos fatos, não se limitando aos aspectos processuais formais.

Dessa forma, consigna que o processo administrativo deve ser considerado como instrumento de garantias à efetivação dos direitos fundamentais do Contribuinte relacionados à Administração Pública para enfrentar os conflitos de interesses entre ambos.

Diz que, no caso presente, o auto de infração foi lavrado para exigir ICMS em operações que seguiram todos os preceitos normativos atinentes ao imposto.

Tal equívoco, então, culminou na exigência de tributo de forma indevida, pois extrapolou o campo de tributação legalmente determinado, o que acaba por macular integralmente a autuação.

Aduz que é premente, nesse momento, a busca pela realidade dos fatos, desprezando-se as presunções tributárias ou outros procedimentos que atentam apenas à verdade formal dos fatos.

Assim sendo, diz que o próprio órgão fazendário deve promover, de ofício, as investigações necessárias à elucidação da verdade material, para que a partir dela, seja possível prolatar uma decisão justa e coerente com a verdade. Ou seja, a prova deve ser considerada em toda a sua extensão, assegurando todas as garantias e prerrogativas constitucionais possíveis do contribuinte no Brasil.

Isso porque, no processo administrativo deve-se sempre buscar verdade, em respeito também, a outro princípio de relevante importância, qual seja, o do interesse público. Diz que Autoridade Administrativa, portanto, pode (e deve) buscar todos os elementos que possam influir no seu convencimento, promovendo diligências averiguatórias e probatórias que contribuam com a maior aproximação da verdade, podendo se valer de outros elementos além daqueles já trazidos aos autos.

Assim, a análise no procedimento de fiscalização deveria ter sido realizada com base nos fatos tais como se apresentam na realidade, não considerando no levantamento, fatos que não confirmam a possibilidade de exigência do tributo.

Registra que no processo administrativo a cognição deve ser ampla, apurando-se os fatos com o maior grau de aproximação da verdade possível.

Dessa forma, ao exigir-se ICMS sobre operações que estão fora do campo de incidência do tributo, a consequência foi a mancha com a pecha de nulidade sobre a integralidade da autuação, sendo a medida que se impõe, o decreto de anulação da integralidade do auto de infração.

Diante do exposto, a Contribuinte requer seja dado integral provimento ao presente Pedido de Reconsideração, para anular integralmente o Auto de Infração.

## VOTO

Como já destacado no relatório, trata-se de Pedido de Reconsideração da decisão da 2ª CJF contida no Acórdão Nº 0029-12/24-VD, o qual deu Provimento Parcial ao Recurso Voluntário interposto pela empresa Recorrente, CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA, inscrita no CNPJ/MF sob nº 039.346.861/0061-00.

Pois bem, tratando-se de pedido de reconsideração, por se tratar de espécie recursal de natureza extraordinária, diferentemente daquilo que ocorre com as demais modalidades recursais, faz-se necessário que preencha os requisitos de admissibilidade, previstos no art. 169, inciso I, alínea “d” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, cuja redação reproduzo abaixo.

*“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; (grifos acrescido);*

*(...)”*

Como se depreende da leitura do texto regulamentar acima transcrito, são dois os requisitos para o cabimento do presente recurso, quais sejam, que a decisão recorrida tenha tido por objeto um recurso de ofício, bem como que tenha reformado, no mérito, a decisão de primeira instância.

Examinando a decisão da 2ª CJF, através do Acórdão nº 0029-12/24-VD, vê-se que não teve por objeto examinar Recurso de Ofício, mas sim Recurso Voluntário, ao qual deu Parcial Provimento, conforme se extrai da leitura de sua ementa, abaixo transcrita.

### **“2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL ACÓRDÃO CJF Nº 0029-12/24-VD**

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. USO INDEVIDO. a) MERCADORIAS COM ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA TOTAL. Diligência fiscal promoveu a exclusão dos valores relativos a produtos submetidos a tributação normal. Acolhida preliminar de decadência. Infração subsistente. Modificada a Decisão. Infração procedente em parte; b) MERCADORIAS ISENTAS OU COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO; c) DESTAQUE A MAIS EM DOCUMENTOS FISCAIS DE ENTRADAS REGISTRADAS. Acolhida a prejudicial de mérito de decadência. Modificada a Decisão. Infrações procedentes em parte. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Razões de defesa elidem em parte a autuação. Acolhida a preliminar de decadência. Infração procedente em parte. Modificada a decisão. 3. MULTA. FALTA DE REGISTRO. NFS DE ENTRADA. a) MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS; b) MERCADORIAS SEM TRIBUTAÇÃO. Afastada a alegação defensiva, por se tratar de descumprimento de obrigação acessória em que se aplicar a regra de contagem do prazo decadencial exposta no art. 173, I do CTN. Infrações subsistentes. Reformada a Decisão recorrida. Recurso PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão unânime

Ora, tendo se insurgido contra decisão que não apreciou Recurso de Ofício, não é possível, ao Sujeito Passivo, manejar o Pedido de Reconsideração, haja vista que já teve a oportunidade de ver debatidos os seus argumentos, em duas instâncias administrativas (duplo grau de jurisdição).

Assim, é forçoso reconhecer que inexistente, no presente caso, o direito ao Pedido de Reconhecimento arguido pelo Contribuinte, em conformidade com os termos do art. 169, inciso I, alínea “d” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Do do exposto, voto pelo NÃO CONHECIMENTO deste Pedido de Reconsideração.

**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 manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298958.0001/21-0**, lavrado contra **CENCOSUD BRASIL COMERCIAL S.A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 58.717,27**, acrescido das multas de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “f” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 16.579,15** prevista no inciso IX da mesma Lei e Artigo, com os acréscimos moratórios estabelecidos na Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 19 de junho de 2024.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO – REPR. DA PGE/PROFIS