

PROCESSO - A. I. Nº 269181.0904/03-1
RECORRENTE - MARCELINO NÓBREGA
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO – Acórdão 2ª CJF nº 0045-12/05
ORIGEM - INFAZ SANTO AMARO
INTERNET - 30/06/2005

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0195-12/05

EMENTA: ICMS. INADMISSIBILIDADE DO RECURSO. A demonstração de existência de matéria de fato ou fundamento de direito argüidos pelo sujeito passivo e não apreciados em decisões anteriores se constitui em pressuposto para admissibilidade do Pedido de Reconsideração, condição esta, não atendida pelo contribuinte. Recurso **NÃO CONHECIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente julgamento de Pedido de Reconsideração apresentado pelo sujeito passivo, em face da Decisão proferida no Acórdão CJF nº 0045-12/05 desta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, que proveu, em decisão por maioria, o Recurso de Ofício e, por unanimidade, não proveu o Recurso Voluntário, para modificar parcialmente o julgamento da primeira instância e considerar parcialmente procedente o Auto de Infração, restabelecendo parte do débito da infração 3, exercício de 2002.

O Auto de Infração, lavrado em 29/9/03, exige imposto no valor total de R\$ 60.582,20, em razão das seguintes irregularidades:

1. Falta de recolhimento de ICMS por antecipação, no valor de R\$3.572,51, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos anexos 69 e 88.
2. Recolhimento a menos de ICMS devido por antecipação, no valor de R\$1.370,00, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos anexos 69 e 88.
3. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor na conta Caixa, sendo lançado imposto no valor de R\$55.639,69.

O contribuinte apresentou defesa tempestiva e, preliminarmente, suscitou a nulidade do Auto de Infração nos termos do art. 18, IV, “a”, do RPAF/99, alegando que não há prova da ocorrência do fato gerador.

Assevera que o lançamento é nulo por inobservância do devido processo legal e por cerceamento do direito de defesa, nos termos do art. 18, II, do RPAF/99, pois não recebeu, no ato da intimação, cópias das notas fiscais arroladas nos demonstrativos. Alega que esse vício é insanável, haja vista que o RPAF só autoriza a correção de eventuais incorreções ou omissões.

Ainda em preliminar, diz que o Auto de Infração é nulo, já que não foi lavrado o Termo de Início de Fiscalização. Observa que, de acordo com o art. 28, I, do RPAF/99, no início da ação fiscal a autoridade fiscalizadora é obrigada a emitir Termo de Início de Fiscalização, para documentar o início da ação fiscal e para que o contribuinte fique sabendo que se encontra sob fiscalização.

Adentrando no mérito, o autuado protesta que a descrição dos fatos nos itens 1º e 2º do Auto de Infração foi feita de forma clara e precisa, como determina o art. 39, III, do RPAF/99. Alega que o Auto de Infração se refere a mercadorias “relacionadas nos anexos 69 e 88”, porém nestes autos não existem anexos com esses números – 69 e 88. Afirma que houve cerceamento de defesa e aponta erros de cálculo, relativamente à margem de valor adicionado (MVA).

No tocante ao item 3º, a defesa alega que a descrição do fato não é clara e nem precisa. Aduz que saldo credor de Caixa não é fato gerador de ICMS. Diz que o autuante não abateu o crédito fiscal de 8%, de acordo com a orientação introduzida no art. 19 da Lei nº 7.357/98 pela Lei nº 8.534/02. Alega que, se for para ser mantida a autuação, devem ser excluídos da base de cálculo os valores relativos a operações com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Argumenta que as mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária são mercadorias tributáveis, e tanto são tributáveis que o imposto é pago por antecipação, de modo que o contribuinte não pode ser obrigado a pagar de novo o imposto que já foi antecipado.

Ao finalizar, solicita a decretação da nulidade do Auto de Infração, ou que, caso as preliminares sejam ultrapassadas, que sejam feitas as devidas correções dos lançamentos.

Na informação fiscal, o autuante afirma, em relação às duas primeiras preliminares de nulidade, que o contador do contribuinte acompanhou os trabalhos da fiscalização, tomou conhecimento de todo o procedimento e recebeu cópia dos demonstrativos. Diz que uma parte das notas fiscais foi entregue pelo contribuinte e outra foi arrecadada pelo CFAMT, estando as notas relacionadas com data de emissão, número, nome do remetente e valor da operação. Quanto a terceira preliminar, diz que o instrumento acostado à fl. 7 indica como foi iniciada a ação fiscal.

Relativamente ao mérito, o autuante diz que, na descrição dos fatos nos itens 1º e 2º, faltou explicar que o Anexo 69 diz respeito ao Regulamento de 1969, e o Anexo 88 se refere aos Regulamentos de 1996 e 1997. Afirma que as MVAs empregadas na apuração do imposto estão corretas, pois as mercadorias foram adquiridas dos fabricantes.

Quanto ao item 3º, o autuante diz que o fato gerador na situação em exame é previsto no art. 1º, inc. I, do RICMS-BA/97. Após reconhecer que o crédito fiscal a que o contribuinte faz jus é de 8%, o auditor refez os cálculos e reduziu o débito desse item para R\$ 49.585,27.

O processo foi convertido em diligência para que fossem fornecidas ao sujeito passivo cópias dos documentos de fls. 707 a 999, bem como para que a Assessoria Técnica (ASTEC) deste Conselho calculasse o percentual da participação das entradas das mercadorias cujo imposto foi pago por antecipação em relação ao total das entradas das mercadorias.

A ASTEC informou que as entradas de mercadorias do regime de substituição tributária representam 9,83% do total das entradas de mercadorias no estabelecimento, no exercício de 2002.

Instado a se pronunciar sobre o resultado da diligência, o contribuinte diz que o Auto de Infração foi lavrado com base em suposições. Destaca a existência de violação aos princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal. Reitera que não lhe foram entregues cópias das notas fiscais. Frisa que os atos nulos não são passíveis de convalidação posterior. Solicita que o Auto de Infração seja julgado nulo ou improcedente.

Considerando que a diligência não foi totalmente atendida, o processo foi convertido em nova diligência para a sua complementação.

Ao se pronunciar nos autos, o autuado alega que está sendo instado a se manifestar a todo o momento, ao passo que a acusação deveria ter sido feita de uma só vez. Aduz que, em razão das nulidades apontadas e das freqüentes retificações, o Auto de Infração foi lavrado com base em suposições, sendo desprovido de respaldo fático e jurídico. Destaca que os atos nulos não são passíveis de convalidação posterior. Solicita a nulidade ou a improcedência do lançamento.

O Auto de Infração foi julgado procedente em parte, conforme o Acórdão JJF Nº 0420-02/04.

As preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado foram afastadas pelo relator, Dr. José Bezerra Lima Irmão, por entender que a falta de entrega ao autuado de cópias das notas fiscais foi sanada na fase de instrução do processo, tendo sido as cópias entregues e o prazo de defesa reaberto. Diz que as dúvidas referentes aos “anexos 69 e 88” e à falta de descrição das espécies das mercadorias, foram aclaradas pelo autuante quando prestou os devidos esclarecimentos. Explica que as diligências e as reaberturas de prazo de defesa visaram aperfeiçoar o lançamento, tendo sido o sujeito passivo cientificado dos novos elementos acostados ao processo. Afirma que a insegurança alegada pelo autuado não é razão para a nulidade do lançamento, já que foram adotadas as providências para a eliminação da referida insegurança. Afirma que o Termo de Início de Fiscalização foi lavrado e está anexado ao processo.

No mérito, o relator afirma, relativamente aos itens 1 e 2, que as MVAs estão corretas e que não houve erro na apuração do imposto. Manteve as exigências fiscais referentes a esses dois itens.

O 3º item do Auto de Infração foi julgado procedente em parte, tendo a 2ª JJF decidido a questão da seguinte forma:

[...] O item 3º deste Auto de Infração acusa o sujeito passivo de “Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor na Conta Caixa”. Para que fique patente a razão da cobrança do imposto neste caso, cumpre fazer alguns esclarecimentos, uma vez que a exigência de ICMS deve ser feita sempre em função da ocorrência de um fato que corresponda à descrição legal da hipótese de incidência, ou seja, a realização de operação de circulação de mercadorias ou a prestação de serviços compreendidos no âmbito de aplicação desse imposto.

Em princípio, saldos credores de Caixa não constituem fato gerador de nenhum tributo. No caso do ICMS, quando se apuram saldos credores daquela conta, o ICMS não é exigido em virtude desse fato em si, mas com base na presunção legal de omissão de saídas de mercadorias, haja vista que a existência de saldos credores de Caixa denuncia a falta de contabilização de receitas. A conta Caixa, por integrar o Ativo, deve ter sempre saldos devedores. Quando apresenta saldos credores, diz-se, no jargão contábil, que houve “estouro” de Caixa, ficando evidente que a empresa efetuou pagamentos com Recursos não contabilizados. Esses Recursos, até prova em contrário, presumem-se decorrentes de operações (vendas) anteriormente realizadas e também não contabilizadas.

A defesa reclamou dos cálculos do imposto, alegando que o fiscal não abateu o crédito fiscal de 8%, de acordo com a orientação introduzida no art. 19 da Lei nº 7.357/98 pela Lei nº 8.534/02, haja vista que o seu estabelecimento é inscrito no SimBahia. Embora negue que as Notas Fiscais em que o fisco se baseou tivessem relação com a empresa, o autuado alega que, não obstante isso, se for para ser mantida a autuação, deve ao menos serem excluídos da base de cálculo os valores relativos a operações com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, tais como charque, leite de coco, açúcar, biscoitos, café, balas, etc., uma vez que o imposto dessas mercadorias é pago antecipadamente. Argumenta que, embora não admita a presunção em que se baseia o fisco, tal presunção é de que saldos credores de Caixa indicam existência de omissões de receitas, de modo que deve ser levado em conta que a lei, ao prescrever que em caso de saldos credores de Caixa se presumem omissões de saídas de mercadorias tributáveis, não manda que as mercadorias sejam tributadas duas vezes. Argumenta que charque, açúcar, biscoitos, café, etc. são mercadorias tributáveis, e tanto são tributáveis que o imposto é pago por antecipação, sendo que, quando são vendidas mercadorias enquadradas no regime de substituição, já tendo estas mercadorias sido tributadas por antecipação, não há mais imposto a ser pago, de modo que o contribuinte não pode ser obrigado a pagar de novo o imposto que já foi antecipado. Argumenta que se devam

separar os valores relativos a mercadorias tributáveis dos valores das mercadorias que já foram tributadas por antecipação. Pediu a realização de diligência para se determinar qual o percentual das operações com mercadorias tributáveis e o percentual das mercadorias tributadas por antecipação, de modo a se conhecer, com base nessa proporção, qual o valor que seria efetivamente devido.

Atendendo ao pleito da defesa, foi determinada a realização de diligência para que se calculasse o percentual da participação das entradas das mercadorias cujo imposto foi pago por antecipação em relação ao total das entradas de todas as mercadorias no mesmo exercício. A diligência foi cumprida pela Assessoria Técnica (ASTE) deste Conselho. O auditor incumbido da revisão encontrou erros no levantamento fiscal, e refez o demonstrativo, apurando um saldo credor na conta Caixa no valor de R\$ 482.100,92. Com isso, o demonstrativo no final da fl. 1068 substitui o da fl. 39. Excluindo-se desse valor as operações com mercadorias cujo imposto é pago por antecipação, equivalentes a 9,83% (R\$ 47.390,52), resta uma diferença de R\$ 434.710,40. O imposto, à alíquota de 17%, é de R\$ 73.900,77. Abatendo-se o crédito de 8% (R\$ 34.776,83), como manda o art. 19 da Lei nº 7.357/98, na redação dada pela Lei nº 8.534/02, haja vista que se trata de contribuinte inscrito no SimBahia, resta a ser lançada a quantia de R\$ 39.123,94.

Por considerar que a Decisão proferida no item 3 do Auto de Infração, excluindo da exigência fiscal as operações com mercadorias com imposto pago por substituição tributária, era contrária à legislação tributária estadual, o presidente do CONSEF submeteu o presente processo a uma nova análise, via Recurso de Ofício, consoante o disposto no § 2º do art. 169 do RPAF/99.

O sujeito passivo, por não se conformar com a Decisão exarada pela 2ª JF, apresentou Recurso Voluntário, solicitando a reforma da Decisão, conforme relatado a seguir.

Preliminarmente, suscita a nulidade do lançamento por inexistência de provas da ocorrência do fato gerador. Aduz que não recebeu cópia das notas fiscais obtidas pelo CFAMT. Diz que não há nenhuma explicação clara e precisa quanto às fontes dos dados que embasaram o lançamento. Alega que não há a certeza e a segurança necessárias ao lançamento, fato que diz ter sido reconhecido na própria Decisão recorrida. Destaca que os atos nulos não são passíveis de convalidação posterior. Afirma que as quantidades das mercadorias arroladas nos demonstrativos que acompanham o Auto de Infração são excessivamente elevadas, o que diz não condizer com a natureza da empresa. Aduz que, nos termos do art. 112 do CTN, a legislação deve ser interpretada de forma mais favorável ao contribuinte quando houver dúvidas.

Assevera que o Auto de Infração é nulo por falta de entrega dos elementos de prova ao sujeito passivo. Explica que, ao ser intimado acerca da autuação, não recebeu as cópias de todos os termos, demonstrativos e levantamentos elaborados pelo autuante, como determina o art. 46 do RPAF/99. Saliencia que o lançamento deve estar adstrito aos requisitos previstos nesse dispositivo regulamentar, sob pena de nulidade do Auto de Infração. Após citar os artigos 2º e 18, inciso II, do RPAF/99, afirma que no procedimento do lançamento tributário em questão não foi observado o devido processo legal. Reitera que o cerceamento do direito de defesa constitui vício insanável, não passível de convalidação posterior. Aduz que o art. 18, § 1º, do RPAF/99, só autoriza que se dê vista de novos elementos quando se tratar de “eventuais” incorreções, omissões ou inobservância de exigências meramente formais. Afirma que o lançamento deve ser completo e acabado, acompanhado de elementos suficientes para comprovar, com segurança, a infração. Transcreve trecho de Decisão proferida pelo Tribunal de Impostos e Taxas de São Paulo.

Ainda em preliminar, suscita a nulidade do procedimento, por descumprimento de formalidade essencial e por cerceamento do direito de defesa. Alega que, ao teor do disposto no art. 28, inc. I, do RPAF/99, a autoridade administrativa está obrigada a emitir o Termo de Início de Fiscalização, destinado a documentar o início do procedimento fiscal, com indicação do dia e hora da

lavratura, devendo ser colhida a assinatura do intimado no instrumento ou recibo. Para embasar a sua alegação, transcreve ementa de Decisão proferida por este CONSEF.

No mérito, o recorrente alega, em relação aos itens 1 e 2 do Auto de Infração, que as MVAs incidentes nas aquisições de suco de fruta e de bebidas lácteas são de, respectivamente, 30% e 10%, não sendo aplicáveis as MVAs de 60% e de 40%, conforme consta na Decisão recorrida. Explica que, na qualidade de microempresa, faz as suas aquisições de mercadorias no atacado.

Relativamente ao item 3º do Auto de Infração, diz que a ocorrência de saldo credor de Caixa não é fato gerador de nenhum tributo legalmente previsto. Frisa que, em Direito Tributário, o Fisco tem o dever jurídico de provar as acusações. Alega que desconhece a origem das notas fiscais utilizadas pelo Fisco para constatar a ocorrência de saldos credores de Caixa, já que não adquiriu as mercadorias objeto dos levantamentos. Ressalta que o fato de ter solicitado o abatimento dos créditos fiscais referentes às operações com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária não quer dizer que reconheça a omissão de saídas de mercadorias, como alegado na Decisão recorrida. Menciona que os cálculos do imposto foram realizados por mais de duas vezes, o que diz demonstrar a fragilidade do procedimento fiscal.

Ao finalizar, solicita a reforma da Decisão recorrida, a fim de ser declarada a nulidade do Auto de Infração. Caso as preliminares de nulidade sejam ultrapassadas, requer a realização de diligência, a fim de que possa o Auto de Infração ser julgado Improcedente.

O representante da PGE/PROFIS, Dr. José Augusto Martins Júnior, ao se pronunciar nos autos, afirma que as preliminares de nulidade não podem prosperar, pois os documentos acostados ao processo comprovam as acusações feitas ao recorrente, especialmente após a realização da diligência pela ASTEC e a entrega das notas fiscais faltantes ao recorrente. Diz que o documento acostado à fl. 7, assinado pelo autuado, atesta a lavratura do Termo de Início de Fiscalização. Frisa que o recorrente, ao apresentar o documento de fl. 1035, omitiu a assinatura constante no documento original e, por esse motivo, requer que cópias dos documentos sejam encaminhadas ao Ministério Público Estadual da Comarca de Santo Amaro, para os devidos fins.

Quanto ao mérito, diz que as alegações recursais não podem prosperar, pois são desprovidas de substrato legal (no caso das MVAs), e por serem totalmente contrárias ao disposto no art. 4º, § 4º, da Lei nº 7014/96 (no caso da presunção legal). Ressalta que as notas fiscais arroladas na autuação foram, em sua grande maioria, fornecidas pelo próprio recorrente, razão pela qual novamente se explicita o cometimento de crime contra a ordem tributária (declaração falsa ao Fisco), mais um motivo para que as peças sejam encaminhadas ao Ministério Público Estadual.

Ao concluir o seu Parecer, o ilustre procurador opina pela Procedência do Auto de Infração, nos termos da Decisão já prolatada pelo CONSEF, tendo sido o referido Parecer ratificado pelo Assistente da PGE/PROFIS, conforme despacho à fl. 1138.

A 2ª CJF, através do Acórdão CJF nº 0045-12/05, negou provimento, por unanimidade, ao Recurso Voluntário interposto, e deu Provimento, por maioria, ao Recurso de Ofício apresentado, fazendo-o com espeque nos seguintes fundamentos:

- a) quanto à primeira preliminar de nulidade por cerceamento de defesa suscitada, rejeitou-a, posto que os demonstrativos e os livros e documentos fiscais anexados ao processo comprovam a ocorrência dos fatos geradores que originaram a autuação, tendo o autuante esclarecido quais as irregularidades elencadas na autuação, e cópias das notas fiscais coletadas no CFAMT foram entregues ao recorrente, sem prejuízo da reabertura de prazo de defesa em trinta dias;
- b) quanto à segunda preliminar de nulidade, restou igualmente rejeitado o pedido, vez que, com a realização de diligência saneadora determinada pela 2ª JF, o recorrente recebeu

- cópia dos elementos probantes que ainda não eram do seu conhecimento e, em seguida, como já pronunciado na preliminar anterior, foi reaberto o prazo de defesa, sendo possível o aperfeiçoamento do lançamento tributário por se tratar de vício sanável;
- c) quanto à terceira preliminar de nulidade, o pleito fora afastado em razão do Termo de Início de Fiscalização ter sido lavrado e o recorrente ter tido ciência do mesmo, e, ainda que inexistisse o mesmo, o Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos Fiscais (fl. 7) serviria para demarcar o início da ação fiscal, à luz do art. 28, II, do RPAF/99;
 - d) com relação à solicitação de pedido de diligência, fora o mesmo indeferido, posto que os elementos existentes no processo foram suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, sem prejuízo do fato de que a necessidade de realização da diligência não foi devidamente fundamentada, como prevê o art. 145, do referido Regulamento;
 - e) no que tange ao mérito do Recurso Voluntário, ficou demonstrado ter agido com acerto a Decisão de primeira instância em relação aos itens 1 e 2 do Auto de Infração, tendo sido lançados os percentuais na autuação em perfeita consonância com o previsto no Anexo 88, do RICMS-BA/97 (Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97); além disso, no que se refere ao item 3, as notas fiscais incluídas na auditoria são idôneas, sendo destinadas ao estabelecimento do recorrente e constituem provas materiais das aquisições nela consignadas; o saldo Credor de Caixa não é fato gerador de ICMS, estando o imposto em questão a ser exigido com fulcro no art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, que permite ao fisco presumir a omissão de operações de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, toda vez que a escrituração indicar a existência de saldo credor de Caixa, cabendo ao contribuinte comprovar a improcedência da presunção legal; o fato de o imposto ter sido calculado mais de uma vez não demonstra a fragilidade do procedimento, pois se tratam de simples correções do valor devido, efetuadas com o objetivo de apurar o real valor do débito tributário, buscando a verdade material dos fatos;
 - f) no que concerne ao Recurso de Ofício, objeto do presente Pedido de Reconsideração, o Provimento, por maioria, do Recurso de Ofício fulcrou-se no fato de que a redução do débito tributário decorreu de três fatos, quais sejam, da adequação da exigência fiscal à legislação do SimBahia, da correção sugerida pelo diligenciador da ASTEC e da exclusão da exigência fiscal das operações realizadas com o imposto pago por substituição tributária, tendo agido com acerto a Decisão de primeiro grau quanto à adequação do imposto ao regime do SimBahia e à correção efetuada pelo diligenciador da ASTEC, o mesmo não se podendo dizer relativamente à exclusão, da exigência fiscal, do valor correspondente às operações com mercadorias com imposto pago por antecipação tributária, equivalente a 9,83% (R\$ 47.390,52); isso porque a exclusão da base de cálculo da omissão, das operações realizadas com mercadorias com o ICMS pago por antecipação tributária, contraria o disposto no § 4º, do art. 4º, da Lei nº 7.014/96, o qual expressamente prevê que as operações omitidas são de mercadorias tributadas, razão pela qual não é sensato admitir que a empresa tenha deixado de registrar operações com mercadorias com fase de tributação já encerrada, notadamente porque o ICMS *in casu* é exigido em decorrência de operações efetuadas anteriormente sem o pagamento do tributo; cabia ao recorrente, que assim não procedeu, comprovar que as receitas obtidas e não registradas foram efetivamente decorrentes da venda de mercadorias com o imposto pago por substituição tributária, retificando a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal quanto ao item 3 da autuação;

Inconformado com a Decisão prolatada pela Colenda 2ª CJF, formulou o recorrente Pedido de Reconsideração da Decisão anteriormente prolatada, invocando, para tanto, o art. 169, do RPAF, para demonstrar a sua legitimidade para interpor o presente Pedido de Reconsideração. Aduz que

está a se insurgir contra o item 3 do referido Auto de Infração que foi julgado parcialmente procedente pela Primeira Instância e, posteriormente, considerado totalmente procedente pela segunda instância administrativa. Alega que a descrição do fato constante do Auto de Infração deve estar de acordo com a disposição do art. 39, III, do RPAF, que determina que esta deve ser clara e precisa, tendo o ente da administração se baseado em meras presunções para proceder a autuação do recorrente. Afirma que a mera constatação de saldo credor de Caixa não constitui fato gerador de tributo, podendo, um erro de Caixa, dar margem a presunção de irregularidade, não sendo possível afirmar que houve omissão de saídas de mercadorias simplesmente em face da presunção, verdadeiro ato ilegal, vez que o procedimento administrativo deve lastrear-se em fatos concretos e devidamente comprovados pelo autuante. Argumenta que a acusação feita no Auto de Infração denota fragilidade, em decorrência dos erros de cálculo, com manifesta violação da Orientação Normativa nº 1, uma vez que diante das diligências realizadas, foram refeitos os cálculos para correção do valor do tributo a ser cobrado ao contribuinte inscrito no SimBahia, na condição de microempresa. Além disso, assevera que o órgão deixou de considerar que as mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, necessariamente, já foram submetidas à tributação, de modo que, a sua não exclusão ao se presumir o saldo credor de caixa como saída de mercadorias não tributadas, acarreta o odioso “bis in idem”, levando o contribuinte a pagar imposto duas vezes pelo mesmo fato gerador, o que, segundo o recorrente, é contrário ao disposto na legislação, ferindo de morte o nosso ordenamento jurídico, à medida que viola diversos princípios constitucionais, caracterizando o confisco. Ao final, pede que seja acolhido o pedido para os fins de julgar improcedente a infração 3, bem como, alternativamente, a reforma da Decisão da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal que erroneamente modificou a Decisão de Primeira Instância no tocante àquela infração, tornando definitivo, nesse ponto, o julgamento de Primeira Instância.

A Ilustre representante da PGE/PROFIS, após transcrever o art. 169, inciso I, alínea d, do RPAF/99, observa que a legislação aplicável ao caso concreto quanto à apuração da exigência fiscal foi amplamente discutida nas decisões exaradas no procedimento administrativo, sendo, inclusive, objeto de diligências na fase de instrução, razão pela qual, ante a ausência dos pressupostos legais para a sua interposição e por terem sido analisadas todas as questões suscitadas pelo recorrente no curso da instrução processual, opina pelo não conhecimento do Pedido de Reconsideração para que sejam mantidos integralmente os termos da Decisão de Segunda Instância.

VOTO

Trata-se de Pedido de Reconsideração formulado pelo recorrente contra a R. Decisão prolatada no Acórdão CJF nº 0045-12/05, que deu Provimento, por maioria, ao Recurso de Ofício interposto pelo presidente do CONSEF (fl. 1108) no que se refere à parte da infração descrita no item 3 da ação fiscal.

Inicialmente, convém salientar que o art. 169, I, “d”, do RPAF/99, consagra a possibilidade de cabimento de *“Pedido de Reconsideração da Decisão da 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 argüidos pelo sujeito passivo na impugnação e não apreciados nas fases anteriores do processo”* (grifo nosso).

Da simples leitura do dispositivo legal supra transcrito, deflui-se, com clareza solar, que um dos pressupostos legais de admissibilidade do Pedido de Reconsideração é a NÃO APRECIACÃO DE MATÉRIA DE FATO OU FUNDAMENTO DE DIREITO ARGÜIDOS PELO SUJEITO PASSIVO E NÃO APRECIADOS NAS FASES ANTERIORES DO PROCESSO.

Concessa venia, não há como prosperar o Pedido de Reconsideração formulado pelo autuado, posto que as suas razões não preenchem o pressuposto legal de admissibilidade. Senão, vejamos.

Em suas razões recursais de fls. 1161 *usque* 1.164, o recorrente praticamente reitera, quanto à infração 3 objeto de autuação, todas as questões pelo mesmo suscitadas tanto na sua peça defensiva, quanto nas razões do Recurso Voluntário interposto, tendo sido, todas elas, devidamente enfrentadas de *per si* na Decisão prolatada pela 2ª CJF, ora recorrenda.

Ora, observa-se que a legislação aplicável ao caso vertente, no que concerne à apuração da exigência fiscal, foi amplamente discutida nas decisões prolatadas no âmbito do procedimento administrativo, tendo sido inclusive, objeto de diligência do curso da instrução processual.

Ademais, o Acórdão recorrido analisou todas as questões suscitadas pelo recorrente e verificou a necessária adequação da exigência fiscal à legislação do SimBahia.

Destarte, por tudo quanto acima exposto, em que evidenciado não ter o recorrente preenchido os pressupostos legais de admissibilidade do Pedido de Reconsideração, à luz do art. 169, I, “d”, do RPAF/99, com fulcro no Parecer exarado pela ilustre representante da PGE/PROFIS, voto no sentido de NÃO CONHECER o Pedido de Reconsideração formulado, mantendo a R. Decisão prolatada pela Colenda 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, através do Acórdão CJF nº 0045-12/05, que DEU PROVIMENTO ao Recurso de Ofício interposto pelo presidente do CONSEF.

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 **269181.0904/03-1**, lavrado contra **MARCELINO NÓBREGA**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$48.331,59**, acrescido das multas de 60% sobre R\$4.942,51 e 70% sobre R\$43.389,08, previstas no art. 42, II, “d”, e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de junho de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS