

PROCESSO - A.I. Nº 113840.0015/00-4
RECORRENTE - COMERCIAL DE ESTIVAS J. SANTOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0331-02/02
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 18.12.02

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0447-11/02

EMENTA: ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NOVA DECISÃO. Nulidade da Decisão de Primeira Instância exarada através do Acórdão nº 0331-02/02, diante da interposição prévia de Recurso Especial contra a Decisão de Segunda Instância que havia modificado o primeiro julgamento efetuado pela JJF, Recurso este ainda não apreciado. Recurso Voluntário **PREJUDICADO**, diante da nulidade da Decisão Recorrida. Encaminhamento do PAF à Câmara Superior para julgamento do Recurso Especial interposto pelo sujeito passivo. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso Voluntário - previsto no art. 169 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, impetrado pelo sujeito passivo contra a Decisão exarada pela 2ª JJF, através do Acórdão nº 0331-02/02, que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração epigrafado.

Nesta Decisão Recorrida apreciou-se o item 1 da autuação – onde imputa-se ao recorrente o recolhimento a menos do ICMS em decorrência de erro na escrituração e apuração do imposto nas saídas de mercadorias realizadas através de PDV – proferindo-se voto – fls. 299 a 302 - pela sua procedência, com a seguinte fundamentação, que ora transcrevemos, “*in verbis*”:

“Tendo em vista que foi afastada a nulidade processual quanto à infração 01, conforme Decisão da 1ª CJF, Acórdão de nº 0238-11/02, fls. 269 a 274 do PAF, cabe analisar as questões de mérito, considerando os elementos acostados aos autos, as alegações defensivas e a informação fiscal prestada pela autuante.

O item 1 do Auto de Infração, em análise, trata de recolhimento do ICMS efetuado a menos em decorrência de erro na escrituração e apuração do imposto nas saídas de mercadorias realizadas através de PDV, sendo alegado pelo autuado que adquiriu equipamentos incompatíveis com as necessidades da empresa, uma vez que constatou insuficiência de memória no banco de dados das balanças eletrônicas para cadastrar todas as mercadorias vendidas a peso, e por isso, foi criado um código de produto com a denominação “PRODUTOS SEM CÓDIGO DE BARRA” para todas as mercadorias sujeitas a pesagem e produtos não identificados pelo código de barra, todos tributados com a alíquota de 17%.

O procedimento adotado pelo contribuinte foi objeto de consulta por ele formulada à Secretaria da Fazenda, que respondeu, de acordo com o Parecer Opinativo à fl. 73 dos autos, informando ao autuado que a mudança na sistemática de apuração do imposto por ele adotado não encontra amparo na legislação.

Considerando que houve equívoco na sistemática de apuração do imposto adotada pelo autuado, foi realizado levantamento fiscal apurando-se o imposto devido, abatendo os créditos fiscais e o imposto recolhido referentes ao período de dezembro de 1995 a junho de 1996, conforme demonstrativos e cópias de páginas do RAICMS, fls. 21 a 46 do PAF, sendo portanto, desconsiderados os estornos de débito lançados de forma equivocada no livro Registro de Apuração.

Nas razões de defesa, foi alegado que não há possibilidade de se identificar as saídas isentas ou não tributáveis e cesta básica que passaram pelas balanças com emissão de etiquetas sem código de barras.

Constata-se pelos demonstrativos elaborados pela autuante, que o imposto debitado em cada mês da apuração levou em consideração as diversas alíquotas, conforme discriminado pelo equipamento, procedimento que está de acordo com o art. 293 do RICMS/89, vigente à época. Assim, considero que é subsistente a exigência fiscal quanto a esse primeiro item do Auto de Infração.

Em relação aos valores recolhidos pelo contribuinte após a lavratura do Auto de Infração, DAEs de fls. 100 a 107 do PAF, os valores deverão se abatidos do débito calculado por ocasião da quitação do valor apurado no levantamento fiscal, tendo em vista que não foi acatada a espontaneidade para o contribuinte recolher o imposto sem atribuição das penalidades regulamentares.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, considerando a subsistência da infração 01 declarada neste voto, e o segundo item também julgado procedente, conforme Acórdão 1760/00, fls. 116 a 119 do presente processo.”

Irresignado com o julgamento proferido, o sujeito passivo interpôs o presente Recurso Voluntário – fls.309 a 339 – onde após historiar os autos e afirmar que reitera os argumentos defensivos e recursais já expendidos anteriormente, apresenta quatro preliminares de nulidade da exigência fiscal: a primeira seria a nulidade dos Recursos anteriores, a segunda diante do Parecer exarado pela PROFAZ opinando pela realização de diligência, que não teria sido acatado; a terceira a existência de autuação sobre a mesma matéria e no mesmo período fiscalizado, que teria sido julgada improcedente pela 3ª JJF, através do Acórdão nº 2194/03-01, e a terceira seria decorrente do cerceamento de direito de defesa que teria sofrido pela negativa da realização de diligência que solicitara desde a defesa.

No mérito, após discorrer longamente sobre o ICMS, citando doutrina e jurisprudência, alega que não foi observado o princípio da verdade material, pois caberia à Repartição Fazendária analisar se todas as mercadorias saídas a qualquer título foram tributadas com a alíquota de 17%, analisar a repercussão tributária e se houve prejuízo à Fazenda Estadual, e não efetuar a autuação sem levar em conta estes fatos. Apresenta questionamentos que entende devam ser respondidos através de revisão fiscal e reconhece parte dos valores pertinentes à exigência fiscal ora contestada. Alega, ainda, ofensa aos princípios do contraditório, ampla defesa e informalismo, que não teriam sido considerados pela JJF, discorrendo sobre os mesmos, citando diversos doutrinadores, ao tempo que conclui ser nulo o Auto de Infração por não ter sido permitido pela JJF a produção de provas capazes de viabilizar a defesa. Cita, ainda, os princípios da equidade e da moralidade, para concluir que deve lhe ser aplicado a dispensa de multa. Ao final, conclui solicitando a realização de diligência, para que seja comprovada suas alegações, decretando-se a improcedência das parcelas impugnadas, ao tempo que requer lhe seja dispensado os benefícios do Decreto nº 7814/00 –anistia – das parcelas reconhecidas.

A PROFAZ, em seu Parecer – às fls. 384 e 385 – manifesta-se pelo Improvimento do Recurso, por entender que o recorrente não traz qualquer demonstração específica de equívoco no lançamento contestado, e que ela mesma está ciente que o procedimento por ela seguido não possui amparo na legislação, cabendo-lhe demonstrar que embora irregular o seu procedimento não ocasionou prejuízos aos cofres públicos, pois dela é o ônus da prova.

VOTO

Inicialmente devemos de logo suscitar uma questão prejudicial que nos impede de apreciar as razões recursais ora postas, representada pela existência de Recurso Especial interposto pelo sujeito passivo – vide fls. 286 a 288 - contra o julgamento proferido pela 1ª CJF, proferido através do Acórdão nº 0238-11/01 – fls. 269 a 274 - Recurso este que inclusive foi apreciado pela PROFAZ através de emissão de Parecer formal – vide fls. 296 . A interposição deste Recurso foi ignorada pela Secretaria do CONSEF, que destinou os autos para novo julgamento pela Primeira Instância – fl. 298 - sem atentar para o fato de que caberia seu encaminhamento à Câmara Superior, competente para julgá-lo. Por sua vez, a 2ª JJF também ignorou este fato, proferindo julgamento quanto ao mérito da exigência fiscal, motivando o presente Recurso Voluntário.

Ora, impende diante destes fatos a decretação da nulidade do julgamento proferido pela 2ª JJF, para que seja o presente processo colocado nos seus “trilhos” normais, sendo regularmente processado o Recurso Especial interposto, com o encaminhamento à Câmara Superior para julgamento.

Ressalte-se que muito embora evidencie-se a efetiva procrastinação deste PAF, processualmente tem o sujeito passivo o direito de interpor este Recurso, como expressa o art. 169, II, “b”, diante da anulação do Recurso especial anteriormente interposto e dos demais atos processuais que se seguiram ao julgamento proferido pela 1ª CJF, através do Acórdão nº 2226/00, por Decisão da Câmara Superior, expressa através do Acórdão nº 0036-21/02 – fls. 262 e 263.

Em conclusão, encontra-se PREJUDICADO o presente Recurso Voluntário, ao tempo em que decretamos a NULIDADE da Decisão Recorrida, devendo os autos serem remetidos à Secretaria do CONSEF para distribuição a um dos membros da Câmara Superior para julgamento do Recurso Especial interposto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, declarar **PREJUDICADO** o Recurso Voluntário apresentado e decretar a **NULIDADE** do Acórdão JJF nº 0331-02/02 que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **1138400015/00-4**, lavrado contra **COMERCIAL DE ESTIVAS J. SANTOS LTDA.**, devendo os autos serem encaminhados à Câmara Superior para julgamento do Recurso Especial interposto pelo sujeito passivo.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de novembro de 2002.

ANTÔNIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE - RELATORA

ADRIANA LOPES VIANNA DIAS DE ANDRADE - REPR. DA PROFZ