

PROCESSO - A. I. Nº 232854.0042/06-4
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e FRANKSON DE S. VELOSO (EQUIPAN)
RECORRIDOS - FRANKSON DE S. VELOSO (EQUIPAN) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0425-02/06
ORIGEM - FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 02/10/2007

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0312-11/07

EMENTA: ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NOVA DECISÃO. Decretada a nulidade da Decisão Recorrida por ter o relator da JJF alterado de ofício os demonstrativos de débitos das infrações imputadas, ferindo os princípios do contraditório e da ampla defesa. Devolvam-se os autos à Junta de Julgamento Fiscal para novo julgamento. Recurso de Ofício **PREJUDICADO**. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício apresentado pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, e de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão que julgou o Auto de Infração Procedente em Parte – Acórdão JJF nº 0425-02/06-, lavrado em decorrência das seguintes irregularidades:

1. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de Caixa, no exercício de 2001, sendo lançado ICMS no valor de R\$5.986,27, com multa de 70%;
2. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas, nos exercícios de 2001, 2002, 2003, 2004 e 2005, sendo lançado ICMS no valor de R\$154.914,13, com multa de 70%.

A Junta de Julgamento Fiscal inicialmente rechaçou as preliminares de nulidade suscitadas e, no mérito, consignou que o autuado comprova que a data da abertura do estabelecimento foi 11/5/01, conforme cópia do Documento de Informação Cadastral (DIC), tendo seu pedido de inscrição deferido no dia 29/5/01, daí porque deduziu o Relator que o contribuinte somente iniciou suas atividades em junho de 2001, o que entendeu corroborado pelas primeiras Notas Fiscais de compra anexadas pelo próprio autuante (fls. 13/15), que são datadas de junho, setembro e outubro de 2001. Desse modo, para a infração imputada no item 01, excluiu as parcelas relativas aos meses de fevereiro, março, abril e maio de 2001.

Consignou, ainda, que estando o contribuinte, nos exercícios compreendidos na ação fiscal, inscrito no SimBahia, para as duas infrações imputadas caberia a apuração do imposto com base no art. 19 da Lei nº 7.357/98, que determina que o tributo seja exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, uma vez que tais fatos estão compreendidos nas situações previstas nos seus arts. 15, 16, 17 e 18.

Como tais fatos - saldos credores de Caixa e omissões de entradas de mercadorias - enquadram-se no art. 15, V, da citada lei, ou seja, houve a ocorrência da prática de uma infração de natureza grave – como elenca o art. 408-L, V, do RICMS/97 – observou que o imposto deve ser apurado com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, concedendo-se os créditos fiscais correspondentes e, como tal não foi observado pelo autuante, que não abateu do valor apurado o crédito presumido de 8% sobre as saídas consideradas, elaborou novo demonstrativo de débito para as duas imputações, que faz parte o voto do acórdão, ao tempo que ressalta que “..a rigor, como o fiscal, na informação, não refez os cálculos, este processo deveria ser remetido em diligência para que fosse efetuada a correção dos lançamentos. No entanto, para evitar remeter este processo em diligência, em prejuízo do Estado e do contribuinte, farei eu mesmo os ajustes devidos, embora esta não seja tarefa minha, como julgador. Faço-o em nome do princípio da economia processual”.

Irresignado, o sujeito passivo interpõe o presente Recurso Voluntário - fls. 544 a 549 – onde alega, em preliminar, que a JJF, em que pese ter reconhecido a sua condição de optante do SIMBAHIA, manteve parte do lançamento, refazendo-o, bem como os cálculos feitos pelo fiscal autuante, extrapolando, dessa forma, sua competência como órgão julgador de Primeira Instância. Assim, requer a nulidade do Acórdão da JJF, por ter os julgadores extrapolado sua competência ao assumir as atribuições que seriam do agente fiscalizador ao refazer o lançamento por ele realizado. Entende manifestamente ilegal tal atitude, por ofender, com um só ato, toda uma gama de garantias e normas previstas no ordenamento jurídico, ressaltando que por mais “zeloso e abnegado” que seja o julgador, não pode ele avocar para si a atividade e as atribuições que a lei atribui aos auditores fiscais, como o próprio relator reconhece em trecho do seu voto.

Alega que em nome da economia processual o relator da JJF sacrificou uma série de direitos e garantias que claramente ofendem o princípio da legalidade, entre diversos outros, pois além de refazer os demonstrativos o acórdão altera uma série de elementos da substância do próprio ato, sem que o recorrente sequer tenha tido oportunidade de exercer o seu direito ao contraditório e à ampla defesa.

Aduz que a JJF, ao “fazer o que o fiscal deixou de fazer” – repetindo as palavras do relator, atesta-se que o recorrente tem razão ao afirmar que o lançamento de ofício já surgiu no mundo jurídico eivado de inconstitucionalidade, e ao reconhecer as incorreções do Auto de Infração não poderia deixar o órgão julgador de declarar sua nulidade.

No mérito, alega que houve grave falha do órgão julgador ao aplicar a legislação a este caso concreto, uma vez que não aplicaram o tratamento tributário dispensado aos optantes do SimBahia, embora os mesmos tenham o reconhecido como tal. Afirma que o RICMS é claro ao determinar, em seus arts. 118-A e 386-A, que o imposto devido pelos optantes do SimBahia será pago e apurado em valores fixos, transcrevendo-os. Conclui que desse modo em nenhum momento da Decisão restou configurada alguma circunstância que determinasse a aplicação de outro regime de apuração e pagamento que não aquele aplicado aos optantes do SimBahia, daí porque pede a improcedência do lançamento de ofício, vez que pagou todo o ICMS devido na forma em que a legislação do ICMS prevê para aqueles que adotam este regime.

A PGE/PROFIS, em seu opinativo às fls. 555 a 557 – se manifesta no sentido de que de fato ao acórdão recorrido encontra-se eivado de nulidade, uma vez que no próprio corpo do julgamento foram refeitos os cálculos do débito, excluindo-se elementos, bem como se inserindo outros, sem oportunizar ao contribuinte manifestar-se previamente sobre tais valores apurados.

Aduz que o princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório, bem como os arts. 127, §7º; 137, “b” e 149 do RPAF, por sua vez, impõem à prévia intimação do contribuinte para se manifestar quando, ente outros fatores, novos elementos e demonstrativo de débito foram trazidos aos autos, ainda que favoráveis ao contribuinte. Completa seu entendimento afirmando que identificados equívocos nos cálculos adotados no lançamento, deveria o processo ser convertido em diligência pelo Relator da JJF, para que a Assessoria Técnica do CONSEF, previamente ao Julgamento, e seguindo o método por ele traçado, identificasse o novo valor líquido da dívida, e posteriormente, após intimado o contribuinte para que se manifestasse sobre as inovações, remetendo-se o processo para julgamento, quando, no exercício da sua atividade jurisdicional, o órgão julgador aceitaria ou não os novos cálculos.

Assim, conclui opinando pela nulidade da Decisão recorrida, para que seja devolvido o processo à Primeira Instância, para a conversão do processo em diligência, posterior intimação ao contribuinte e novo julgamento.

VOTO

Como neste processo se impõe a apreciação em preliminar do pedido de nulidade da Decisão recorrida, suscitada pelo sujeito passivo em seu Recurso Voluntário, impende de logo nos manifestarmos sobre a mesma.

E, também, de logo nos manifestarmos pelo acolhimento da nulidade suscitada, concordando com o opinativo da douta PGE/PROFIS no mesmo sentido, visto que o relator da JJF ao elaborar

novo demonstrativo de débito, para exclusão de valores e concessão de crédito presumido de 8%, não adotado pelo autuante, de fato refez o lançamento de ofício, inovando-o sem previsão legal para tanto e sem que o sujeito passivo tivesse possibilidade de se manifestar sobre tais alterações, o que fere os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

E, nem se alegue que tais alterações beneficiaram o sujeito passivo, visto que reduziram o débito inicialmente exigido, o que afastaria qualquer prejuízo ao mesmo, já que a ofensa ao contraditório e à ampla defesa ainda assim continuaria presente, consubstanciado no fato de que o contribuinte não teve oportunidade de vir aos autos e se manifestar sobre os novos cálculos efetuados e os novos elementos que foram inseridos em relação às infrações que lhe foram imputadas no lançamento de ofício, embora favoráveis.

Como bem frisado pela douta procuradora, caberia ao Relator de Primeira Instância converter o presente processo em diligência para que o próprio autuante ou fiscal estranho ao feito efetuasse as exclusões dentro dos critérios que solicitaria, elaborando novo demonstrativo de débito, com intimação subsequente ao sujeito passivo para manifestação, se querendo, com fornecimento de cópias da solicitação da diligência, do Parecer revisional e do novo demonstrativo de débito, tudo em consonância com as garantias da ampla defesa e do contraditório, refletidas nas normas dos arts. 127, §7º; 137, alínea “b” e 149-A do RPAF/BA.

Ressalte-se que a alegação do relator para proceder à inovação no lançamento de ofício, com base no princípio da economia processual, não pode afastar a obediência a princípios de base constitucional, como os acima citados, inseridos na legislação processual administrativa do Estado – RPAF/BA.

Quanto às razões de mérito trazidas pelo sujeito passivo, deixo de apreciá-las, em vista do acolhimento da preliminar de nulidade da Decisão recorrida, motivo também pelo qual julgamos PREJUDICADO o Recurso de Ofício.

Assim, pelas razões acima aduzidas somos pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para que seja decretada a NULIDADE do Acórdão JJF nº 0425-02/06, devendo ser remetidos os autos à 2ª JJF, para que seja proferido novo julgamento, após a conversão do PAF em diligência e subsequente intimação ao sujeito passivo para tomar ciência do seu resultado, e manifestação, querendo.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADO** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado e declarar julgando **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº **232854.0042/064**, lavrado contra **FRANKSON DE S. VELOSO (EQUIPAN)**, devendo os autos retornar à Primeira Instância para novo julgamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de setembro de 2007.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

LEILA VON SOHSTEN RAMALHO - REP. DA PGE/PROFIS