

**PROCESSO** - A. I. Nº 298942.0006/02-8  
**RECORRENTE** - SUPERMERCADO VIDA LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0033/01-04  
**ORIGEM** - INFRAZ TEIXEIRA DE FREITAS  
**INTERNET** - 06.05.04

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0060-12/04

**EMENTA: ICMS.** NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. FALTA DE APRECIAÇÃO DE QUESTÕES SUSCITADAS PELA DEFESA. NOVA DECISÃO. Todos os pedidos formulados pelo impugnante e respectivos fundamentos devem ser enfrentados pelo julgador de 1ª Instância. Nulidade da Decisão da Junta de Julgamento Fiscal, por falta de apreciação de todas as questões suscitadas pelo contribuinte. Impossibilidade de supressão de instância. Devolvam-se os autos à Junta de Julgamento Fiscal para proferir nova Decisão, relativamente à infração 2. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Inconformado com a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal o contribuinte ingressou com Recurso Voluntário argüindo, preliminarmente, a nulidade da autuação, relativamente ao item 2, pois as provas trazidas aos autos não teriam correlação com a exigência fiscal. Neste Recurso, a matéria se circunscreve ao 2º item do Auto de Infração, onde é imputada ao contribuinte a prática de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor na conta Caixa.

Na impugnação apresentada na 1ª Instância o contribuinte sustentou a nulidade do lançamento fiscal, em razão da falta dos documentos probantes do cometimento da infração. Argüiu, ainda, nas razões de mérito, que comercializa, preponderantemente (em torno de 80% das vendas), com mercadorias da cesta básica, tributáveis à alíquota de 7% e que, em relação às notas fiscais integrantes do levantamento fiscal, que segundo o auditor não foram registradas, pleiteou que fossem considerados os créditos fiscais não computados pelo autuante, de forma que seja preservado o direito previsto na Constituição Federal.

A Decisão guerreada apresentou a fundamentação abaixo, transcrita em parte, e proferida após realização de diligência executada pela ASTEC/CONSEF:

*“A questão resume-se ao 2º item, que diz respeito à falta de recolhimento de ICMS relativo a omissão de saídas de mercadorias apurada através de saldos credores na conta Caixa. Os saldos tornaram-se credores após o levantamento, pelo Fisco, de aquisições de mercadorias e pagamentos de impostos e despesas de água, energia e telefone, circunstância que autoriza a presunção de que os pagamentos foram feitos*

*com recursos decorrentes de vendas de mercadorias não declaradas na contabilidade e, portanto, não tributadas.*

*O contribuinte reclama que o autuante não anexou aos autos os documentos fiscais das compras de mercadorias, nem as contas de água, energia e telefone, nem as guias de tributos pagas. Alega que os pagamentos não foram contabilizados pelo fato de não terem sido pagos, haja vista que a empresa se encontra inadimplente perante o fisco estadual, o fisco federal e seus fornecedores.*

*O questionamento da defesa precisa ser analisado como preliminar. De fato, o autuante deveria ter anexado ao Auto de Infração, no ato da lavratura, cópias de todos os elementos em que se baseou na ação fiscal. É insustentável a explicação dada na informação fiscal de que não anexou as Notas Fiscais “por não haver necessidade” pelo fato de o contribuinte dispor das primeiras vias. As provas devem ser postas nos autos, não importa se o contribuinte dispõe ou não de cópias delas. A diferença é que, em se tratando de elemento do qual o contribuinte disponha, não é necessário fornecer-lhe cópia no ato da intimação. Mas, repito, todas as provas precisam estar nos autos, não somente para convicção do sujeito passivo, em face dos princípios da ampla defesa e do contraditório, mas também para formação de juízo do órgão julgador, em atendimento ao princípio do devido processo legal. Além disso, é de bom alvitre que as provas sejam anexadas atendendo a alguma ordem ou critério. No presente caso, analisando os documentos às fls. 243 a 289, percebe-se que muitos documentos não parecem ter correlação com o Auto de Infração, e os que têm correlação se encontram dispersos, sendo difícil sua localização.*

*Porém o mais grave é a questão das despesas com água, energia e telefone. Na informação fiscal, o autuante diz que as contas de água, energia e telefone foram lançadas com base em “contas anteriores”, por falta de apresentação das contas reais. Ora, isto é arbitramento. E, sendo arbitramento, o débito teria de ser apurado de acordo com os métodos do art. 938 do RICMS/97. Não se admite que simplesmente se apurem os valores em função da valores “aproximados”, com base em “contas anteriores”.*

*Deverão ser excluídos do levantamento fiscal os valores das despesas com energia, água e telefone em relação aos quais não foram anexados pelo fiscal os documentos correspondentes. Ficam, contudo, mantidos os valores que foram contabilizados pela empresa, pois se o contribuinte os escriturou é porque os documentos de fato existem. Também ficam mantidos os valores relativos a aquisições de mercadorias e pagamentos de impostos”.*

Ao final, o relator da Junta de Julgamento Fiscal votou pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

No Recurso Voluntário o contribuinte reiterou as razões apresentadas na impugnação administrativa, pedindo que a Decisão de 1ª Instância fosse reformada para se declarar a IMPROCEDÊNCIA do item 2 da autuação, visto que já havia reconhecido a procedência do item 1.

Remetidos os autos para a Procuradoria Fiscal (PGE/PROFIS), foi elaborado Parecer, pela Dra. Maria Dulce Hasselman Rodrigues Baleiro Costa, que ao analisar o processo verificou, preliminarmente, que a doura Junta de Julgamento Fiscal deixou de apreciar o argumento defensivo da aplicação da alíquota de 7% sobre o saldo credor remanescente, o que conduz à

nulidade da Decisão recorrida. Afirmou que é cediço que todos os argumentos da defesa devem ser apreciados pelo julgamento, a fim de que sejam resguardados os princípios da ampla defesa e do contraditório, evitando-se, assim, supressão de instância. Concluiu, opinando pela decretação da nulidade da Decisão recorrida, devendo os autos retornar à Primeira Instância para apreciação do quanto alegado pela defesa.

## VOTO

Analisando o Acórdão elaborado pelo julgador de 1<sup>a</sup> Instância, observei que o mesmo, ao fundamentar seu voto, enfrentou apenas as questões relacionadas aos documentos vinculados ao cometimento da infração, expurgando da exigência fiscal as parcelas que estavam sem lastro documental nos autos, mais especificadamente, as despesas de energia elétrica, água e telefone, em relação aos quais o autuante não fez juntada ao processo dos correspondentes recibos. Acontece que nas razões de defesa, o impugnante argüiu que comercializa, preponderantemente, com mercadorias da “cesta básica, tributadas pela alíquota de 7%, além de formular pedido específico em relação aos créditos fiscais, não computados pelo autuante, com referência às notas fiscais integrantes do levantamento que compõem a autuação. Apesar dessas duas últimas questões constarem no relatório da Decisão “*a quo*”, as mesmas não foram enfrentadas no voto do relator, razão pela qual o julgamento de 1<sup>a</sup> Instância padece de um vício insanável, incidindo em nulidade da Decisão, conforme prescreve o art. 18, inc. III, do RPAF/99. A Decisão administrativa que não enfrentar todas as questões suscitadas na impugnação ou no recurso é nula, pois carece de fundamentação em relação aos pontos em que houve omissão. Houve afronta aos princípios do contraditório e da ampla defesa, que integram o devido processo legal. Além disso, a Câmara de Julgamento Fiscal fica impedida de apreciar os pontos omitidos pelo relator “*a quo*”, face à impossibilidade de supressão de instância. Por isso, acompanho o opinativo da Douta Procuradoria Estadual, e voto pela nulidade da Decisão de 1<sup>a</sup> Instância, devendo os autos retornar à Junta de Julgamento Fiscal para apreciação do quanto alegado pela defesa.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e julgar **NULA** a Decisão recorrida, referente ao Auto de Infração nº 298942.0006/02-8, lavrado contra **SUPERMERCADO VIDA LTDA.**, devendo os autos ser encaminhados à Junta de Julgamento Fiscal prolatora da Decisão anulada, para proferir nova Decisão, limitando-se o exame às questões não enfrentadas pelo relator da 1<sup>a</sup> Instância.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de abril de 2004.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

TOLSTOI SEARA NOLASCO - RELATOR

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