

PROCESSO - A. I. Nº 010210.4001/06-5
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - RIPEM IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO MOTTA LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0202-04/06
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 22/02/2007

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0011-12/07

EMENTA: ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NOVA DECISÃO. É nula a decisão não fundamentada. Ofensa ao princípio do devido processo legal. A decisão é omissa em relação a aspecto essencial exigido pela legislação. Não há indicação, no Acórdão, da prova em que se baseou o julgador da instância originária para proceder à revisão do lançamento de ofício. Esta omissão invalida a Decisão recorrida. Violação expressa de norma processual tributária: art. 18, inc. III, do RPAF/99, c/c o art. 60, § 1º, do RICMS/97. Nulidade suscitada de ofício. O processo deve retornar à Junta de Julgamento Fiscal para novo julgamento. Recurso **PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício apresentado contra a Decisão proferida pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal (4ª JJF), interposto nos termos do disposto no § 2º do art. 169, do RPAF/99.

O Auto de Infração em lide foi lavrado para exigir ICMS, no valor de R\$ 82.411,78, em virtude das seguintes irregularidades:

1. [...]
2. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, no valor de R\$ 11.937,07, apuradas através de entradas de mercadorias não registradas.
3. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, no valor de R\$ 65.925,41, apurada através de saldo credor de caixa.

Na Decisão recorrida, a infração 2 foi julgada procedente em parte. Ao proferir o seu voto, o ilustre relator afastou a alegação de cerceamento de defesa e explicou que a exigência fiscal está embasada em uma presunção legal não foi elidida pelo autuado. Em seguida, os débitos referentes aos meses de março de 2002 e agosto a outubro de 2003 foram excluídos da infração em tela, com base na seguinte fundamentação:

[...]

Considerando que o sujeito passivo foi autuado nas infrações 02 e 03 pelo mesmo motivo, ou seja, presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, nos meses de março/2002, agosto, setembro e outubro/2003, entendo que os referidos meses devem ser excluídos da infração 02.

Por entender que a Decisão proferida pela 4ª JJF, relativamente à infração 2, configurava uma Decisão manifestamente contrária às provas dos autos, bem como à legislação tributária (art. 60,

§ 1º, do RICMS/BA), o presidente do CONSEF, nos termos do § 2º do art. 169, do RPAF/99, submete o presente processo a nova análise, via Recurso de Ofício, conforme despacho à fl. 197.

Notificado acerca da interposição do Recurso de Ofício, o recorrido alega cerceamento de defesa, argumentado que a manifestação de fl. 197 não esclarece qual a prova que foi contrariada e o seu motivo determinante. Sustenta que a exclusão efetuada pela 4ª JJF deve ser mantida porque houve superposição de lançamentos. Diz que cabia ao recorrente demonstrar as razões da manutenção original do Auto de Infração.

Prosseguindo em sua manifestação, o recorrido aduz que a remessa dos autos à Câmara de Julgamento Fiscal não impede que os fundamentos alinhados na impugnação sejam mais uma vez analisados, especialmente em relação às imprecisões no levantamento empreendido para as infrações 1 e 2, assim como pela prova produzida de inexistência de saldo credor na conta caixa.

Ao finalizar, o recorrido requer que seja Negado Provento ao Recurso de ofício e que sejam analisados os fundamentos alinhados na impugnação.

Na sessão de julgamento, o Conselheiro Fauze Midlej suscitou a preliminar de não conhecimento do Recurso de Ofício, por entender que não estão presentes nos autos os requisitos de admissibilidade do referido Recurso de Ofício. Por seu turno, o Conselheiro Tolstoi Seara Nolasco argüiu a nulidade da Decisão recorrida, por considerar que a mesma carece de fundamentação legal.

VOTO VENCIDO

Afasto a preliminar de não conhecimento do Recurso de Ofício, pois entendo que o mesmo preenche os requisitos previstos no art. 169, § 2º, do RPAF/99, quais sejam: foi interposto pela autoridade competente, o presidente do CONSEF; foi indicada a Decisão tida como contrária à legislação tributária, às provas dos autos ou ao entendimento manifestado em reiterados julgamentos deste CONSEF; o valor da desoneração do sujeito passivo foi inferior aos limites previstos no art. 169, I, “a”, do RPAF/99. Ademais, o padrão utilizado na interposição do Recurso de Ofício é o rotineiramente adotado neste CONSEF e tem sido aceito pelas duas Câmaras deste colegiado, conforme se observa nos Acórdãos CJF Nºs 0067-11/06, 0357-12/06, 0307-11/06 e 0371-11/06.

Também não acolho a preliminar de nulidade referente à falta de fundamentação da Decisão recorrida quanto à infração 2, pois entendo que a Decisão foi fundamentada, conforme transcrito no relatório que integra o presente Acórdão. Pode-se até alegar que a fundamentação foi breve ou mesmo equivocada, porém ela existe e, portanto, não há como se nulificar a Decisão recorrida por esse motivo.

Não acato o alegado cerceamento de defesa argüido pelo recorrido, pois o despacho de fl. 197, do qual o recorrido recebeu cópia, explica que o julgamento levado a efeito pela 4ª JJF, em relação à segunda infração, contrariou o disposto no art. 60, § 1º, do RICMSA/BA. Além disso, nos termos do art. 169, § 2º do RPAF/99, compete ao presidente do CONSEF apenas interpor o Recurso de Ofício, restando a este colegiado decidir sobre a efetiva existência de Decisão contrária às provas e/ou à legislação tributária.

VOTO VENCEDOR

Peço *venia* para discordar do ilustre relator, pois entendo que a Decisão de 1ª Instância afronta o princípio do devido processo legal. Em decorrência, suscito de ofício a nulidade do Acórdão da Junta de Julgamento. Exponho a seguir as razões do meu convencimento.

Quanto ao aspecto formal, a violação ao princípio retromencionado se encontra na motivação. A referida Junta de Julgamento Fiscal ao deliberar sobre as infrações 2 e 3, considerou que o sujeito passivo foi autuado pelos mesmos motivos, ou seja, presunção de omissão de saídas de

mercadorias tributáveis, envolvendo, respectivamente, omissões apuradas em decorrência da falta de registro de entradas (item 2) e saldo de credor de caixa (item 3). Foram excluídas da exigência fiscal as parcelas da infração 2, cujos períodos mensais eram coincidentes com a infração 3, envolvendo os meses de março de 2002 e agosto, setembro e outubro de 2003.

Ocorre que a legislação do ICMS, mais especificadamente, o art. 60, § 1º, do RICMS/97, autoriza a exclusão efetuada pela Junta de Julgamento Fiscal, se somente se, restar demonstrado que uma presunção se encontra compreendida na outra. Em outras palavras: só se configura o “*bis in idem*” ou a dupla exigência tributária, com a demonstração de que os valores apurados em uma infração já se encontram inclusos na outra infração. Portanto, não basta que se verifique a coincidência temporal, deve existir também a identidade material. Na “*a quo*” é indicada exclusivamente a igualdade temporal de parte do lançamento. Todavia, não foi mencionado pelo julgador quais os elementos do processo lhe serviram de suporte para concluir que a presunção de omissão de saídas estampada na infração 2, se encontrava absorvida na infração 3. Há, portanto, ofensa ao devido processo legal, quanto ao aspecto formal, posto que a decisão é omissa em relação a aspecto essencial, exigido pela legislação. Vale dizer: não foi indicada no Acórdão, pelo julgador da instância originária, a prova que lhe serviu de suporte para proceder à revisão do lançamento de ofício. Essa omissão invalida a Decisão recorrida, pois há violação expressa da norma processual tributária, mais especificadamente, o art. 18, inc. III, do RPAF/99, c/c o art. 60, § 1º, do RICMS/97.

Ademais, se esta instância revisora fosse ingressar no exame das provas existentes nos autos para proferir decisão de mérito acerca das exclusões efetuadas pela JJF, em atendimento ao pedido formulado no Recurso de Ofício interposto na forma do art. 169, § 2º, do RPAF/99, haveria supressão de instância, resultando em violação a outros princípios do processo.

Destarte, considerando o acima exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para anular, de ofício, a Decisão de 1º grau, devendo o processo retornar à instância originária para novo julgamento.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **PROVER** o Recurso de Ofício apresentado para declarar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº **010210.4001/06-5**, lavrado contra **RIPEM IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO MOTTA LTDA.**, devendo o processo ser remetido à Primeira Instância para nova Decisão.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros Tolstoi Seara Nolasco, Bento Luiz Freire Villa-Nova e Nelson Antonio Daiha Filho.

VOTO VENCIDO: Conselheiros Álvaro Barreto Vieira, José Hilton de Souza Cruz e Fauze Midlej.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de janeiro de 2007.

TOLSTOI SERARA NOLASCO – PRESIDENTE/VOTO VENCEDOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR/VOTO VENCIDO

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. PGE/PROFIS