

PROCESSO - A. I. Nº 206984.0001/06-0
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e J.R. ALIANÇA LTDA. (SUPERMERCADO ALIANÇA)
RECORRIDOS - J.R. ALIANÇA LTDA. (SUPERMERCADO ALIANÇA) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0209-04/06
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0012-12/07

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 de Ofício **PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria. Recurso Voluntário **PREJUDICADO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da 4ª JJF que julgou procedente em parte o Auto de Infração em epígrafe, bem como de Recurso de Ofício interposto pelo Presidente do CONSEF nos termos do § 2º do art. 169 do RPAF/99.

O Auto de Infração em lide foi lavrado para exigir ICMS, no valor total de R\$ 23.746,62, em razão das seguintes irregularidades:

1. *“Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas. Referente a notas fiscais de entradas capturadas no sistema CFAMT e junto a fornecedores”*. Foi cobrado ICMS no valor de R\$ 21.868,77.
2. *“Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de pagamento(s) não registrado(s). Pagamento de duplicatas não registradas no livro Caixa”*. Foi cobrado ICMS no valor de R\$ 1.877,85.

O autuado apresentou defesa e, preliminarmente, suscitou a nulidade do lançamento, alegando que a infração 2 era referente ao mesmo tributo e à mesma circunstância da infração 1. No mérito, disse que as mercadorias arroladas na infração 1 possuíam documentação idônea e, pelo menos 50% delas, já estavam com o imposto pago por antecipação tributária.

Na Decisão recorrida, a infração 1 foi julgada procedente, sob o argumento de que *não foram trazidas provas da improcedência da presunção*. Por seu turno, a infração 2 foi julgada improcedente, por entender a 4ª JJF que *os períodos objeto da fiscalização coincidem com os da infração anterior, que tem a mesma base legal, ou seja, a presunção de omissão de saídas, sendo portanto improcedente a infração*.

Por considerar que, relativamente à infração 2, a Decisão da 4ª JJF era contrária às provas existentes nos autos e à legislação tributária, o presidente do CONSEF submeteu o PAF a nova análise, via Recurso de Ofício, nos termos do disposto no art. 169, § 2º do RPAF/99.

Inconformado com a Decisão proferida pela 4ª JJF, em 07/08/06, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário, onde alega que a infração 1 deve ser julgada improcedente, pois a presunção que a embasou não se confirmou. Sustentou que notas fiscais idôneas comprovavam a legalidade da operação realizada. Argumentou que não lhe foi apresentada prova da saída de mercadoria sem a emissão de documentação fiscal, não se configurando, assim, o fato gerador do ICMS. Disse que aproximadamente 50% das mercadorias em questão já estavam com o imposto pago pelo regime de substituição tributária e, portanto, com a fase de tributação encerrada. Ao finalizar, o recorrente solicitou a improcedência da infração 1, requereu a intervenção da PGE/PROFIS no processo e pediu a redução da multa originalmente indicada.

Ao exarar o Parecer de fls. 906 e 907, a ilustre representante da PGE/PROFIS afirmou que o recorrente não trouxe aos autos elemento novo capaz de afastar a presunção de omissão de saída decorrente da existência de entradas de mercadorias não registradas. Opinou pelo não provimento do Recurso Voluntário.

Às fls. 908 e 909, foram acostados aos autos documentos que comprovam o pagamento de R\$21.868,77, valor que corresponde ao montante remanescente após a Decisão da 4ª JJF.

Na sessão de julgamento, decidiu a 2ª CJF converter o processo em diligência, para que o recorrido fosse notificado acerca do Recurso de Ofício apresentado pelo presidente do CONSEF.

Atendida a diligência, o recorrido se pronunciou nos autos (fl. 916), informando que efetivou o pagamento do Auto de Infração, no dia 29/09/06, conforme DAE acostado à fl. 917, no valor de R\$21.868,77, com o benefício da Lei nº 10.328/06.

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

VOTO (Vencido quanto ao Recurso de Ofício)

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.

Vencido em questão preliminar, deixo de abordar o mérito do Recurso de Ofício e, no que tange ao Recurso Voluntário, o mesmo fica PREJUDICADO em razão da NULIDADE da Decisão proferida pela Junta de Julgamento Fiscal.

VOTO VENCEDOR (Quanto ao Recurso de Ofício)

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 Fiscal. 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 1 e 2, 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 1) e pagamentos não registrados no caixa (item 2). Foi excluída da exigência fiscal a infração 2, cujos períodos mensais eram coincidentes com a infração 1.

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 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 1. 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, a prova em que se baseou o julgador da instância originária 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 interposto na forma do no 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. Quanto ao Recurso Voluntário, este fica PREJUDICADO em razão da NULIDADE da Decisão prolatada pela JJF.

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 interposto e, por unanimidade, considerar **PREJUDICADO** o Recurso Voluntário apresentado e declarar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº **206984.0001/06-0**, lavrado contra **J.R. ALIANÇA LTDA. (SUPERMERCADO ALIANÇA)**, devendo retornar à Primeira Instância para novo julgamento.

VOTO VENCEDOR (Quanto ao Recurso de Ofício): Conselheiros Tolstoi Seara Nolasco, Bento Luiz Freire Villanova e Nelson Antonio Daiha Filho.

VOTO (Vencido quanto ao Recurso de Ofício): 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 (Quanto ao Recurso de Ofício)

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR/VOTO VENCIDO (Quanto ao Recurso de Ofício)

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. PGE/PROFIS