

**PROCESSO** - A. I. Nº 206766.0014/06-0  
**RECORRENTE** - UNIÃO COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA. (UNIÃO ATACADO)  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5º JJF nº 0094-05/07  
**ORIGEM** - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA  
**INTERNET** - 08/06/2010

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJE Nº 0147-12/10

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE DE DECISÃO. FALTA DE APRECIÇÃO DE ARGUMENTOS DEFENSIVOS. CERCEAMENTO DE DEFESA. NOVA DECISÃO. É nula, por cerceamento de defesa, a Decisão que deixar de apreciar alegação contida na impugnação apresentada. A referida omissão não pode ser suprida por esta Câmara de Julgamento Fiscal, pois implicaria supressão de instância. A Decisão é nula, nos termos do art. 18, II, do RPAF/99. O processo deve retornar à primeira instância para nova Decisão. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, inconformado com a Decisão de 1º Grau, com base no art. 169, I, “b”, do RPAF/99. O Auto de Infração, lavrado em 28/11/2006, exige ICMS no total de R\$1.261.355,36, acrescido de multas no percentual de 60%, além de multas no montante de R\$352.249,00, imputando ao autuado as seguintes infrações:

- 1 “Efetuou o recolhimento do ICMS a menor por antecipação, em caso de erro na aplicação da alíquota, na determinação da base de cálculo ou na apuração dos valores do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos anexos 69 e 88” – R\$1.017.086,30.
- 2 “Deixou de recolher ICMS referente à saída de produtos com utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. Diferença de ICMS devida em decorrência do uso da redução da base de cálculo em 41,176%, prevista no Art. 1º do Decreto 7.799/2000, sem a devida celebração do Termo de Acordo previsto no art. 7º do citado Decreto” – R\$ 123.429,13;
- 3 “Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução” – R\$ 56.268,38.
- 4 “Deixou de recolher ICMS referente a saída de produtos com utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. Diferença de ICMS, em decorrência do uso indevido da redução da base de cálculo em 58,825%, de forma que a carga tributária nas vendas de bacalhau e margarina, fique em 7%, sem a devida previsão legal no RICMS” – R\$ 42.084,71;
- 5 “Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria (s) adquirida(s) com pagamento de imposto por antecipação tributária” – R\$ 22.486,84.
- 6 “Multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativa a mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente” – R\$ 348.118,76.
- 7 “Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s) sujeita(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Referente notas fiscais arrecadadas por AUTOMATIZADO DE MERCADORIAS NO TRÂNSITO” – R\$ 3.824,18;

8 “Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) não tributável (s) sem o devido registro na escrita fiscal. Referente notas fiscais arrecadadas pelo CFAMT - CONTROLE FISCAL AUTOMATIZADO DE MERCADORIAS NO TRÂNSITO” – R\$ 8.306,06.

O autuado, através de advogado legalmente constituído, apresentou defesa tempestiva (fls. 3.573/3.610) requerendo, preliminarmente, a nulidade da ação fiscal por entender ter havido cerceamento de defesa já que a infração 1 não se encontra perfeitamente instruída. Disse, ainda, que entendia ilegítima a lista de preços da ABCFARMA como órgão competente para estabelecimentos de preços máximos de venda a consumidor. Afirma que a ABCFARMA - Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico não detém legalmente a competência para estabelecer preços máximos sugeridos ao consumidor e que não existia previsão legal para a multa aplicada sobre a antecipação parcial.

No mérito, apresentou as seguintes considerações:

INFRAÇÃO 1 – alegou que deve prevalecer o valor real da operação sobre o valor estimado, em obediência aos princípios da estrita legalidade da tributação, da capacidade contributiva e da proibição do confisco.

INFRAÇÃO 2 – afirmou que requereu o Termo de Acordo à época dos fatos, tendo em vista que atendia todos os pressupostos previstos no Decreto nº 7.799/00, que concede redução da base de cálculo para empresas atacadistas de forma que a carga tributária fique situada no patamar de 10%. Tal situação lhe fora negada. No entanto, diante do princípio da isonomia deve ser aplicado ao cálculo do tributo devido à mesma condição concedida aos demais contribuintes que comercializavam em idêntica atividade econômica.

INFRAÇÃO 3 – alegou que o autuante aplicou sobre o mesmo fato duas penalidades. Que na suposta segunda infração foi exigido imposto por utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo e na presente se exige o estorno do crédito fiscal relativo às entradas de mercadorias cujas saídas subseqüentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução.

INFRAÇÃO 4 – entendeu que houve recolhimento indevido nas saídas de bacalhau, pois, por força do Tratado do GATT são isentas de tributação tais operações.

INFRAÇÃO 5 – alegou que a imputação em análise não se encontrava provada nos autos, não se podendo exigir imposto por presunção, exceto quando previsto legalmente;

INFRAÇÃO 6 – requereu sua nulidade por falta de base legal.

INFRAÇÕES 7 e 8 – disse haver duplicidade de lançamento, uma vez que as mercadorias que não foram objeto de registros das respectivas notas fiscais de aquisição tiveram o imposto exigido na segunda infração.

Em seus pedidos finais disse textualmente: *seja determinada revisão fiscal para se considerar todos os elementos quantitativos e qualitativos, ensejadores da lavratura de ofício, ora guerreado (fl. 3.610).*

O autuante, em informação fiscal (fls. 3.624/3.633), rebateu todas as preliminares de nulidade argüidas. No mérito, apresentou toda a sua argumentação, calcada em base legal, e que motivou a lavratura do Auto de Infração. Observou, inclusive, que o autuado havia requerido o parcelamento total do débito da infração 2.

A 5ª JJF, através do Acórdão JJF Nº 0094-05/07 (fls. 3650/3658), rejeitou as preliminares de nulidade argüidas e no mérito rebateu, infração por infração, as razões expedidas pelo autuado. Quanto a infração 4, excluiu da autuação o valor de R\$187,50, uma vez que a redução da base de cálculo da “margarina” somente aconteceu a partir do Decreto nº 9.733/05.

O Auto de Infração foi julgado procedente em parte.

Inconformado com a Decisão proferida, a empresa interpõe Recurso quando, em preliminar, requer a anulação da Decisão de 1ª Grau. A Instância de julgamento não apreciou o seu pedido de diligência, s

Created with



**nitroPDF** professional

download the free trial online at [nitropdf.com/professional](http://nitropdf.com/professional)

impugnatória. Entende ser fato de relevância, pois existe uma nítida supressão de instância administrativa, o que é vedada pela Constituição Federal. Trazendo julgado do STJ (HC 28814/SP) observa que a solicitação de diligência “*tem fundamento no poder instrutório geral conferido à Administração Pública para levantar informações necessárias para a Decisão administrativa*”. Assim, como o processo em combate apresenta defeitos, necessitando de esclarecimentos, o motivou a requerê-la, fato não apreciado pelo relator da 5ª JJF.

Em seguida, apresenta as mesmas preliminares de nulidade argüidas quando de sua defesa inicial.

No mérito e em relação à Infração 1, alega, novamente, de que deve prevalecer o valor real da operação sobre o valor estimado, em obediência aos princípios da estrita legalidade da tributação, da capacidade contributiva e da proibição do confisco. Ressalta, ainda, a falta de apresentação pelo fisco destes preços da ABCFarma, pois o CD a ele entregue contem, apenas, os preços referentes os meses de abril de 2004 e julho de 2005. Afora que entre a tabela apresentada pelo fisco e a que tem disponibilizado pela ABCFarma os preços não são coincidentes, conforme documentos que apensou aos autos (fls. 3752/3778). Afirma, ainda, que alguns medicamentos não estão incluídos na citada revista, conforme indicou (fls. 3779/3780).

Quanto às demais infrações, os argumentos foram os mesmos apresentados na sua peça inaugural.

Em seus pedidos finais disse textualmente: *seja determinada revisão fiscal para se considerar todos os elementos quantitativos e qualitativos, ensejadores da lavratura de ofício, ora guerreado (fl. 3.724).*

Remetidos os autos à PGE/PROFIS para fim de emissão de Parecer, esse órgão sugere, após análise dos argumentos e documentos apensados aos autos, que os mesmos sejam encaminhados em diligência, objetivando análise técnica sobre a legitimidade da tabela adotada no lançamento (fl. 3.786).

Das fls. 3.794/3.795 existe o reconhecimento parcial de débito (quitado com certificado de crédito) das infrações 1, 3, 4 (com exceção do, mês 12/2005, excluído pela JJF), 5, 6, 7 e 8. Das fls 3.797/3.799 existe parcelamento total do débito referente à infração 2.

Em pauta suplementar da sessão de 29/07/2009, esta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, acatou a sugestão da PGE/PROFIS em baixar o presente Auto de Infração em diligência à Inspetoria de Vitória da Conquista. Foi solicitado ao autuante algumas providências para consubstanciar a exigência da infração 1. Foi dado prazo de 10 dias para que o recorrente, querendo, se manifestasse (fl. 3.805).

O autuante cumpriu o que foi solicitado (fls. 3.808/5.610).

Em manifestação sobre a diligência solicitada e cumprida, o recorrente (fls. 5.614/5.674), com base no princípio da isonomia processual, requer a reabertura de seu prazo de defesa já que o autuante teve 90 dias para cumprir a diligência solicitada e ele 10 dias para se manifestar. Trouxe, em seguida as mesmas preliminares de nulidade já argüidas, bem como as mesmas razões de mérito. No seu pedido final (fls. 5.673/5.674), requer, novamente, a anulação da Decisão de 1º Grau pela falta de apreciação de matéria suscitada em sua inicial e revisão fiscal nos mesmos termos já apontados.

Em novo Parecer (fls. 5.681/5.682), a PGE/PROFIS após relatar sucintamente as peças processuais, ressalta de que o recorrente traz como argumento a anulação da Decisão da JJF por não ter sido apreciado o pedido de diligência formulado no final da defesa. Afirma que a este argumento deve ser dada atenção por ser prejudicial a qualquer outra análise do Recurso Voluntário. Diz que em que pese a Decisão da JJF ter sido bastante detalhada e abrangente e o referido pedido ter sido genérico, entende que esse requerimento recursal merece “*o julgamento administrativo em 1ª instância é eminentemente técnico e não se deve abordar todas as questões levantadas em defesa, ademais, em 2ª instância, a diligência sobre fatos alegados desde a defesa inicial e que não s*”

*entendemos que essa instrução probatória cabe ao julgador de 1ª instância, sob pena de supressão de instância, conforme alegado”.*

Assim, com base nos princípios do Devido Processo Legal e da Ampla Defesa, acata a preliminar recursal, entendendo que a Decisão da 5ª JJF deve ser anulada e o PAF retornar para ser instruído e então julgado em 1ª instância, com base na diligência já realizada por determinação da 2ª CJF.

## VOTO

Inicialmente, passo a apreciar a alegação do recorrente em relação à anulação da Decisão recorrida por falta de análise do seu pedido de diligência expendido na sua inicial, o que teria implicado cerceamento de defesa, bem como supressão de instância.

Na sua impugnação inicial, o recorrente em seus pedidos finais disse textualmente: *seja determinada revisão fiscal para se considerar todos os elementos quantitativos e qualitativos, ensejadores da lavratura de ofício, ora guerreado* (fl. 3.610). Na informação fiscal, o autuante silencia sobre o fato e, em qualquer momento a JJF enfrentou este argumento, inclusive omitiu do seu relatório.

No seu Recurso Voluntário, o representante da empresa, como preliminar, levanta a questão.

A PGE/PROFIS, por sua vez, no seu pronunciamento inicial, adentra no mérito das questões relativas à infração 1, solicitando diligência saneadora, sem emitir Parecer sobre esta questão prejudicial ou qualquer outra análise do Recurso Voluntário. Este erro de condução do processo, inicialmente, não foi percebido por esta relatora. Esta 2ª CJF remeteu os autos à Inspeção de origem para que o autuante cumprisse o solicitado, o que foi feito.

Em manifestação, o recorrente torna a solicitar a anulação da Decisão recorrida por falta de apreciação do seu pedido de diligência fiscal. Neste momento, a PGE/PROFIS analisa e se alinha ao entendimento exposto pela empresa.

Acolhendo o argumento da empresa e das considerações expostas pela PGE/PROFIS, friso que para a garantia do pleno exercício do direito de defesa é fundamental de que todos os argumentos sustentados pelo contribuinte sejam apreciados e, com a devida fundamentação, rechaçados ou não. No caso presente, resta clara a omissão contida na Decisão recorrida. E, como não é possível ser suprida por esta Câmara de Julgamento Fiscal, sob pena de supressão de instância, ela é nula, por cerceamento de defesa, nos termos do disposto no art. 18, inc. II, do RPAF/99, devendo o processo retornar à primeira instância para nova Decisão a salvo de falhas, devendo reabrir o prazo de defesa requerido e, para consubstanciar sua Decisão, apreciar a diligência realizada por determinação desta 2ª CJF.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e declarar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº 206766.0014/06-0, lavrado contra **UNIÃO COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA. (UNIÃO ATACADO)**, devendo o processo retornar à Primeira Instância para nova Decisão.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de maio de 2010.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA RÖTERS – RELATORA