

A. I. N° - 206956.0002/11-2
AUTUADO - PETROÁLCOOL REVENDEDORA DE COMBUSTÍVEIS E LUBRIFICANTES LTDA.
AUTUANTE - PAULO APARECIDO ROLO
ORIGEM - INFAC VAREJO
INTERNET - 25.07.2011

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0201-04/11

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. CONTRIBUINTE USUÁRIO DE ECF. EMISSÃO DE NOTA FISCAL EM LUGAR DO CUPOM FISCAL QUE ESTÁ OBRIGADO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Constatada inclusão de período em que o equipamento emissor de documentos fiscais se encontrava comprovadamente sob intervenção técnica, procedeu-se a respectiva exclusão, o que resultou na redução do valor originalmente lançado. Os elementos constantes dos autos e a especificidade da atividade exercida pelo recorrente – posto de combustíveis – permitem a aplicação do permissivo do art. 158 do RPAF. Reduzida a multa para o percentual de 10% sobre o valor originalmente lançado. Infração parcialmente caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 16/03/2011, imputa ao contribuinte o cometimento de infração relativa à emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado, nos meses de janeiro a dezembro de 2006, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$91.850,83.

Constam dos autos: Demonstrativo das NFVC Emitidas Irregularmente por empresa Usuária de ECF, fls. 08 a 13, Relatório de Intervenção ECF Detalhado, fls. 14 a 18, livro Registro de Saídas, fls. 19 a 107.

Em sua impugnação, fls. 112 a 116, apresentada através de seu advogado, com procuração à fl. 130, alinha as seguintes ponderações.

Depois de transcrever o dispositivo regulamentar infringido indicado no Auto de Infração, ou seja, o inciso II do art. 824-D do RICMS/97, diz entender que não assiste razão à fiscalização simplesmente porque não existiu o fato tipificado na norma. Observa que a suposta infração cometida teria sido “possuir função que faculte ao operador a não emissão do documento fiscal relativo aos registros realizados”.

Afirma que sua obrigação seria manter o programa aplicativo utilizado para envio de comandos ao ECF sem a referida função acima, entretanto, não descumpriu a legislação tipificada, pois em seu sistema/equipamento não havia a possibilidade de emitir outro documento que não o cupom fiscal relativo à operação de venda realizada.

Frisa que agiu de boa fé num período em que estava sem seu equipamento, pois este apresentou defeitos severos, de modo que em lugar dos documentos emitidos pelo ECF, emitiu notas fiscais normais de venda, demonstrando sua lisura e compromisso com a arrecadação.

Destaca que mesmo fixada em 2%, percentual relativamente baixo, a multa em questão torna-se desproporcional em razão da natureza leve da suposta infração imputada. Acrescenta que sua intenção não foi lesar ou fraudar o Fisco, muito menos sonegar impostos. Tanto é assim, que

emitiu as notas fiscais correspondentes como pode ser visto pela própria fiscalização, tendo arrecadado o respectivo imposto.

Ressalta que restou evidenciado não haver subsunção, uma vez que o fato não se enquadra na norma utilizada pelo autuante, e que não houve desrespeito à legislação vigente, simplesmente porque não possuía equipamento adulterado ou fora das especificações determinadas por esta Secretaria. Assegura que o fato em questão é que no período fiscalizado, este equipamento encontrava-se em manutenção.

Diz que não conseguiu, dentro do prazo recursal, compilar documentos comprobatórios junto à empresa de manutenção de ECF's, que pudessem provar nestes autos que o equipamento estava com defeito e em manutenção, asseverando que, continua a busca e, assim que possível trará a este processo as provas do que alega acima.

Por fim, pugna pela decretação da nulidade da presente autuação, requerendo que lhe seja concedido prazo para que promova a juntada a estes autos de documentos que comprovem que a máquina emissora de cupom fiscal esteve em manutenção durante o período fiscalizado e ainda não possuía nenhuma adulteração como a sugerida no art. 824 –D do RICMS/97.

Requer ainda, uma vez constituído procurador, para que as intimações sejam realizadas para o seu endereço à Av. ACM, nº 3591 – salas 805 a 807, Ed. WN Empresarial – Iguatemi - CEP 40.280-000.

Às fls. 135 a 139, constam cópias de quatro notas fiscais de peças e serviços emitidas pela empresa Equipamentos e Automação Ltda., carreadas aos autos pelo autuado para comprovar que seu equipamento encontrava-se sob intervenção nas datas em que foram apuradas irregularidades no Auto de Infração.

O autuante ao prestar informação fiscal, fl. 143, reafirma que o contribuinte foi autuado para exigência de multa formal pela emissão de outro documento em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado.

Afirma que o autuado alegou, através da apresentação de notas fiscais, impossibilidade de emissão de cupom fiscal nas datas das notas fiscais. No entanto, assevera que não foram inseridas notas fiscais nas datas onde consta atestado de intervenção, conforme relatório “ECF – Detalhado”, extraído do INC – Informação do Contribuinte, fls. 144 a 148.

Destaca que foi observado nas demais datas que não consta registro de termos de ocorrência razão para o ocorrido, e também, não foi identificado no sistema SEFAZ/INC, atestado de intervenção nas datas autuadas.

Conclui requerendo a improcedência do Auto de Infração.

VOTO

Incialmente no tocante à nulidade suscitada pelo impugnante, por constar no Auto de Infração ter sido infringido o inciso II do art. 824-D, e não o art. 824-B do RICMS/97, refuto a pretensão por entender, depois de compulsar os autos, que, apesar da imprecisão na capitulação do dispositivo regulamentar, a infração afigura-se perfeitamente descrita e circunstanciada na “Descrição dos Fatos” e expressamente configurada na “Infração 01 – 16.12.16”, o que permitiu, por conseguinte, a perfeita concepção da acusação fiscal e do ato infringente pelo autuado. Tanto é assim, que em sua defesa reconhece categoricamente que emitiu outro documento fiscal em vez do Cupom Fiscal que está obrigado a emitir, sob a alegação de impossibilidade devido ao equipamento encontrar-se em manutenção. Portanto, resta claramente evidenciado a plena e inequívoca existência nos autos de elementos suficientes para se determinar, com segurança a infração e o infrator. Ademais, constato que, além dos previstos no art. 18 do RPAF/99, inexiste também, nos autos, qualquer outro aspecto capaz de macular de nulidade o Auto de Infração.

Ultrapassada a questão da nulidade invocada, no mérito, cuida o presente Auto de Infração da emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado o contribuinte.

Nos termos do artigo 824-B, do RICMS-BA/97, os contribuintes que realizarem vendas de mercadorias ou prestações de serviços a não contribuintes do ICMS devem utilizar equipamento Emissor de Cupom Fiscal - ECF para documentar tais operações ou prestações. Esta é a situação do autuado, ou seja, usuário obrigatório de equipamento Emissor de Cupom Fiscal.

Entretanto, ressalto as circunstâncias em que é facultado ao contribuinte usuário obrigatório de equipamento Emissor de Cupom Fiscal a emissão de outro documento fiscal em substituição ao cupom fiscal que são preconizadas pelo art. 238 do RICMS-BA/97, a seguir transcrito:

“Art. 238. O contribuinte obrigado a utilizar equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) emitirá o Cupom Fiscal, a Nota Fiscal de Venda a Consumidor ou o Bilhete de Passagem por meio deste equipamento, nas operações ou prestações destinadas a não contribuinte do ICMS, observada a natureza da operação ou prestação, podendo também ser emitido, em relação a mesma operação e/ou prestação:

[...]

§ 2º Quando não for possível a emissão de documento fiscal por meio do ECF, em decorrência de sinistro ou razões técnicas, serão emitidos de forma manual, datilográfica ou eletrônica, a Nota Fiscal de Venda a Consumidor, modelo 2, ou a Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, ou o Bilhete de Passagem, observada a natureza da operação ou prestação.”

Conforme se depreende da leitura do dispositivo regulamentar acima transcrito, apenas nos casos de sinistro ou razões técnicas pode haver a substituição do Cupom Fiscal por outro documento fiscal. No caso em exame, não há nenhuma comprovação de ocorrência de intervenção técnica no equipamento. Assim, inexiste dúvida nos autos de que o autuado estava obrigado a emitir o cupom fiscal e emitiu outro documento fiscal. Portanto, assiste razão ao autuante, sendo correta a aplicação da multa de 2% sobre o valor da operação, conforme previsto na alínea “h” do inciso XIII-A, do art. 42, da Lei nº 7.014/96.

No entanto, ao compulsar os autos e examinar, precipuamente, as datas em que o contribuinte emitiu documentação fiscal distinta da que estava obrigado a emitir, ou seja, o Cupom Fiscal, constante do Demonstrativo elaborado pela fiscalização, fls. 08 a 13, que serviu de base para apuração da base de cálculo e efetuar o confronto entre essas datas, e as constantes no relatório “ECF Detalhado” do “INC – Informações do Contribuinte”, fls. 14 a 18, e nas notas fiscais de Vendas de Mercadorias e de Prestação de Serviços carreadas aos autos pelo autuado, fls. 136 a 139, verifico que no dia 13/09/2006, fls. 17 e 18 o equipamento encontrava-se em manutenção e consta no demonstrativo do autuante o registro do valor R\$1,62. Apesar de inexistir qualquer indicativo do horário, tanto o expendido na intervenção técnicas, quanto o da emissão da nota fiscal, entendo que deve ser excluído esse valor do montante exigido.

No que diz respeito às notas fiscais carreadas aos autos pelo autuado, depois de examiná-las, constato que as mesmas, cujas datas não constam do relatório “ECF Detalhado” do “INC – Informações do Contribuinte”, fls. 14 a 18, não se referem especificamente ao estabelecimento autuado [endereço, inscrição estadual, etc.] e nem ao equipamento objeto do presente PAF, portanto, em nada afeta o levantamento fiscal.

Assim, o valor apurado de R\$6.874,54, para o mês de setembro de 2006, deve ser diminuído de R\$1,62, o que resulta na exigência para, esse mês, no valor de R\$6.872,92, e no total a base de cálculo da multa passa para R\$91.849,19.

Quanto ao fato da multa tipificada ser desproporcional em razão da natureza leve da infração, nos termos da alegação defensiva, fl. 114, constato que se trata de contribuinte que opera com produtos - combustíveis - sujeitos à tributação por substituição tributária de responsabilidade dos seus fornecedores (distribuidoras) e cuja saída subsequente do estabelecimento ocorre sem tributação. Verifico também que, consoante se depreende da análise das peças que integram os autos, inexistiu no transcurso da ação fiscal qualquer acusação de que o contribuinte tenha agido com dolo, fraude ou simulação, nem tampouco restou comprovado que houve falta de

recolhimento do imposto relacionado com a falta de emissão do cupom fiscal e a emissão de nota fiscal de venda a consumidor em seu lugar.

Por isso, entendo que deve ser reduzida a multa tipificada para dez por cento do valor apurado, com base na faculdade estatuída pelo art. 158 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, concomitantemente, com o entendimento já consolidado neste CONSEF, a exemplo dos Acórdãos CJF nº. 0007-11/10 e 0025-11/10, relativos à mesma matéria.

Assim, o valor do débito com a redução passa a ser 10% de R\$91.849,19, ou seja, R\$9.184,91.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

VOTO DISCORDANTE

Peço respeitosa vénia para dissentir do ilustre relator no que tange à redução do valor da multa aplicada.

O art. 142, CTN dispõe que compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, **propor** a aplicação da penalidade cabível (grifo meu).

O seu parágrafo único nos revela que a atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional. Faço a pertinente observação que tal vinculação se estende ao juízo da atividade administrativa judicante responsável pelo autocontrole do ato administrativo em face de ainda estar em constituição o crédito tributário em lide.

No caso presente - e no que concordo com o nobre relator -, restou patente o cometimento da infração para a qual deve ser aplicada a penalidade por descumprimento de obrigação acessória na forma prevista no art. 42, inciso XXII-A, alínea “h”, da Lei nº 7.014/96, como bem tipificou o autuante no auto de infração.

É fato que o art. 158 do RPAF estende a esta instância de julgamento a possibilidade de redução ou cancelamento de multa pelo descumprimento de obrigação acessória desde que fique provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e é por não ter sido convencido que no caso em pauta estes requisitos estão presentes de pleno, que divirjo do nobre relator entendendo não ser aplicável a redução do valor da multa devida.

Vamos às minhas razões.

A uma, porque, considerando que “não há almoço grátis”, na assentada de julgamento, o representante legal do contribuinte autuado - o mesmo que atua no escrito defensivo – nos trouxe nova informação frisando que a empresa, tendo recebido telefonema fraudulento de alguém se passando por ele, o verdadeiro procurador da autuada, anunciou que o auto de infração seria quitado por cerca de R\$ 28.000,00, e, para tal fim, prontamente depositou essa quantia na conta bancária indicada pelo, depois descoberto, impostor.

A duas, porque sendo a empresa autuada usuária de ECF, portanto, cliente da obrigação de emitir o cupom fiscal unicamente expedido por seu equipamento, conforme disposição do art. 824-B do RICMS-BA - aliás, obrigação cujo conhecimento deixa transparecer na peça defensiva ao equivocadamente reinterpretar a infração, a situando contrária à disposição contida no art. 824-D, II do RICMS-BA, em face de seu ECF “possuir função que faculte ao operador a não emissão do documento fiscal relativo aos registros realizados” (grifos do Impugnante), uma vez que desde 01.01.2003 todo ECF autorizado deve possuir essa função, portanto previsão legal em vigor muito antes das datas dos fatos geradores deste auto (janeiro a dezembro de 2006) -, pois, de forma inconteste, as provas autuadas denotam que o contribuinte autuado, conscientemente cometeu a infração acusada de modo amplo e reiterado, assumindo também conscientemente o risco do ônus financeiro da penalidade legal.

A três, porque, trazendo ao caso a vertente interpretação do Direito que doutrinariamente defendo (O Direito e sua interpretação na atualidade: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/11415/o-direito-e-sua-interpretacao-na-atualidade/2>), em se tratando de uma decisão de hermenêutica jurídica onde a interpretação da legislação que pauta o juízo deve levar em conta uma ponderação multilateral de entendimentos considerando todas as circunstâncias que o caso envolve, uma vez como julgador, sendo ser de carne e osso e por não dispor do saber ideal como pressupõe Ronald Dworkin na figura do "juiz Hércules" (ALTMAN, A. "legal Realism, Critical Legal Studies, and Dworkin", in: *Philosophy and Public Affairs*, 15, 1986, 202-235, cit. in HABERMAS, Jurgen: *Direito e Democracia – entre facticidade e validade*, vol. I, Templo Brasileiro, pág. 266, R. Janeiro, 2003), além da consideração de inflexibilidade da norma aplicável ao caso pelas razões que oportunamente discorrerei, fundamento meu discordante voto interpretando ao modo expresso na seguinte redução de Habermas na obra citada: : *"Se aceitamos a compreensão deontológica do direito, de Dworkin, e seguimos as considerações da teoria da argumentação de autores como Aarnio, Alexy e Giinther, temos que admitir duas teses: Em primeiro lugar, o discurso jurídico não pode mover-se auto - suficientemente num universo hermeticamente fechado do direito vigente: precisa manter-se aberto a argumentos de outras procedências, especialmente a argumentos pragmáticos, éticos e morais que transparecem no processo de legislação e são enfeixados na pretensão de legitimidade de normas do direito. Em segundo lugar, a correção de decisões judiciais mede-se pelo preenchimento de condições comunicativas da argumentação, que tornam possível uma formação imparcial do juízo".*

Isto posto, entendo que, na verdade e sem que isso signifique distância da norma, um melhor juízo para a decisão de um caso concreto se orienta nada mais que refletindo interesses, enfoque político, parcialidade ideológica ou outros fatores externos, uma vez que o julgador escolhe princípios e objetivos, construindo a partir daí teorias jurídicas próprias, a fim de "racionalizar" decisões, com as quais compensam a indeterminação do direito em distintas escalas.

Isto posto, ressalto que minha discordância com o voto do nobre Relator reside no fato de seu voto conter uma manifesta decisão *ultra petita* impossível para o caso, pois, sob qualquer ângulo, não vejo conter na peça defensiva, petição de redução do valor da multa que foi na origem corretamente valorada para a infração.

A respeito dessa última razão, considerando a similaridade das funções e o caráter subsidiário das normas processuais afeitas aos diversos ramos do Direito e observáveis na função judicante deste Conselho, passo à seguinte exposição.

Segundo Manoel Antônio Teixeira Filho (1996: 291) a finalidade da sentença " (...) decorre não só das posições jurídicas antagônicas que as partes assumem na relação processual, mas da própria visão política que o Estado tem do processo, como método oficial de solução de conflitos de interesses.

Desse modo, ao considerar o ponto de vista exclusivo do autor, concluiremos que a sentença tem como finalidade assegurar-lhe um bem ou uma utilidade da vida, ou seja, satisfazer-lhe uma pretensão, a que o réu resiste (...) ".

Já em relação ao réu, o ilustre doutrinador salienta: " (...) veremos que, para ele, o fim da sentença reside na declaração de que não está obrigado a realizar o ato, ou a abster-se de praticá-lo, ou de quem nem sequer houve, ou há, entre ele e o autor, uma relação jurídica (...) "

Para o Estado-juiz, o escopo da sentença repousa, certamente, na solução da lide, se podendo afirmar, sob esse prisma, que a sentença representa a resposta jurisdicional do Estado às pretensões manifestadas pelas partes da causa, sem se perder de vista o fato de a jurisdição constituir, nos modernos sistemas legais, monopólio estatal ".

Dizemos, então, complementando o raciocínio do duto mestre que o objetivo da prestação jurisdicional, através da sentença, varia de acordo com o efeito declaratório, constitutivo e executivo da mesma, apresentando sensíveis variações de finalidade, e que o Juiz é o

representante estatal, donde o seu poder de decisão não está delimitado somente às vontades dos litigantes, mas de fazer valer a aplicabilidade da lei querida pelo Estado, isto quer dizer que, na esfera judicial, nem sempre é o pedido da parte o foco maior do ato decisório do Juiz, mas a efetividade da norma, da justiça e do bem comum.

Nesse sentido, cabe ressaltar, que, na esfera judicante administrativa tributária, por ser esta uma atividade de autocontrole da legalidade do ato administrativo estritamente vinculada à lei, ou seja, sem espaço para discricionariedade do juízo, a prestação judicante, além de observar a justiça e o bem comum, deve responder aos objetivos da administração pública no cumprimento da sua função institucional. Para que isso se desenvolva a contento, é necessário e fundamental que o contribuinte cumpra suas obrigações tributárias, em especial, as acessórias, e é por força ou tendo por causa essa essencialidade que o legislador, ao penalizar o descumprimento de tais obrigações, o faz sopesando sua importância de modo que às mais graves impõe maior ônus financeiro justamente visando estimular o seu cumprimento, uma vez que o descumprimento implica em maior prejuízo ao bem comum que, ao fim e ao cabo, é o objetivo da Administração Pública, devendo, por isso, o fisco, tanto na atividade de lançamento tributário quanto na judicante, funcionar de modo inflexível para que a justiça fiscal se concretize.

Pois bem, como sabido, sentença é o pronunciamento jurisdicional decidido pelo juiz pondo fim ao processo com ou sem julgamento do mérito.

As decisões prolatadas pelo magistrado em regra não podem conhecer senão das questões suscitadas e não podem decidir senão nos limites em que a ação foi proposta. É o que defende os artigos 128 e 460 de nossa lei instrumental cível:

Art. 128 "O Juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte."

Art. 460 "É defeso ao Juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado."

Ao se contrariar as regras supramencionadas, teremos decisões *extra petita*, *ultra petita* e *citra petita*.

A decisão sentencial *extra petita* segundo o professor Paulo Alcântara (2004: 03) "incide em nulidade porque soluciona causa diversa da que for proposta através do pedido (...)".

Sentença *extra petita* quer dizer decisão fora do que foi pedido.

Em relação à decisão *ultra petita*, salienta, ainda, o ilustre mestre que "(...) aqui, o juiz decide o pedido, mas vai além dele, dando ao autor mais do que fora pleiteado (art. 460). A nulidade, então, é parcial, não indo além do excesso praticado, de sorte que, ao julgar o recurso da parte prejudicada, o Tribunal não anulará todo o decisório, mas apenas decotará aquilo que ultrapassou o pedido".

E ainda explica que, "a sentença, enfim, é *citra petita* quando não examina todas as questões propostas pelas partes (...)"

Em resumo, temos que decisão *extra petita* é aquela que decide fora do que foi pedido, a *ultra petita* é aquela que vai além decidindo a mais do que foi pedido e a *citra petita* é aquela que se apresenta incompleta, não resolve todos os pedidos formulados, decidindo a menos do pleiteado.

É verdade que há divergências doutrinárias sobre o assunto em tela. É que para uma corrente é inadmissível aceitar sentença *ultra petita*. É o que aduz a doutrina de Frederico Marques apud Francisco Antônio de Oliveira (1999: 573/74): "No direito brasileiro, o juiz não pode iniciar o processo ex officio, conforme bem claro se encontra no art. 2º, *in verbis*: Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais. É o princípio do "nemo judex sine actore". Além disso, outro princípio vigora, que é o de "sententia debet esse conformis libelle", e o que o art. 128 assim expressa: O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta. Proibido está, assim, o julgamento *ultra petita*, bem como o julgamento fundado na *causa petendi* diversa daquela, com que na petição inicial se delimitou a

área do litígio. Tanto isto é certo que o art. 264, parágrafo único, ao proibir a *mutatio actionis* depois do saneamento do processo, faz referência ao pedido e à causa de pedir.

Dispõe Fadel (Código de Processo Civil Comentado, Konfino, 1974, t. III/25 e 26): "O julgamento *extra* ou *ultra petitum* (...) acarreta a nulidade da sentença".

Preleciona Alexandre de Paula (CPC Anotado, Ed. RT, 1986, 3^a ed., v. II/597): "A sentença pode apresentar-se incompleta, por não enfrentar e resolver todos os pedidos formulados (*citra petita*); pode concluir selecionando coisa inteiramente fora dos pedidos (*extra petita*); e pode, além de dar deslinde às questões apresentadas, ir além e conceder mais do que foi pedido (*ultra petita*). Nas duas primeiras hipóteses a sentença será nula, devendo outra ser prolatada em conformidade aos libelos; no último caso, a nulidade atinge apenas as parcelas transbordantes dos pedidos".

Moacyr Amaral Santos, com respaldo em Gabriel Rezende Filho, afirma que: "Em ambos os casos, quer no de sentença *ultra petita*, quer no de sentença *extra petita*, será ela ineficaz e nula, ocorrendo que no primeiro caso possa ser reduzida no juízo superior, "sempre que a coisa ou o valor sobre que recair a redução estiver expressamente mencionado na sentença (...)"". Igualmente, ineficaz e nula é a sentença *citra petita* (Primeiras Linhas, Saraiva, v. 3º/ 23).

Na mesma esteira trilha Vicente Greco Filho (Direito Processual Brasileiro, Saraiva, v. 2º/226): "A sentença que julga além do pedido se diz *ultra petita*, a que julga fora do pedido se diz *extra petita*. Tais sentenças são nulas, como nula é a sentença *citra petita*, qual seja a que deixa de apreciar pedido expressamente formulado. Esta última viola o princípio da indeclinabilidade da jurisdição""".

Existem algumas jurisprudências dos nossos Tribunais corroborando com tais opiniões. Senão vejamos.

"Julgamento *extra petita*. Em ocorrendo, deverá parte usar do remédio próprio (art. 464, CPC) para questionar a matéria em futuro recurso. Não o fazendo, incorre na preclusão, não podendo a jurisdição recursal conhecer da matéria originariamente, pena de supressão de instância. (TRT/SP 02890082703, Ac. 4^a T. 16.198/90, rel. Francisco Antônio de Oliveira, DJ 31.8.90, Boletim do TRT, 2^a R., n. 13/90, p. 182)".

"Julgamento *extra petita*. O poder do magistrado de apreciar o pedido sob todos os ângulos, não lhe confere, todavia, a possibilidade de julgar *extra* ou *ultra petita*. A sentença há de ater-se aos limites firmados pelo libelo. Ao Juiz é defeso ir além do postulado (TRT/SP 02880036911, Ac. 4^a T., 9.8490/89, rel. Francisco Antônio de Oliveira, DJ 5.6.90, Boletim do TRT, 2^a R., 90, p. 25)".

"Origem Tribunal: Tst Acórdão Num: 1245 Decisão: 19 05 1987 Proc: Rr Num: 5988 Ano: 1986 Região: 01 Uf: Rj

Recurso De Revista Orgão Julgador - Segunda Turma Turma: 02

Fonte Dj Data: 12 06 1987 Pg: 11951

Relator Ministro Prates De Macedo

Ementa: É Defeso ao Juiz proferir sentença em objeto diverso do que lhe foi demandado, em favor de qualquer das partes. A Sentença "" *Extra Petita* "" é nula porque decide causa diferente da que foi posta em juízo, na inicial ou em recurso. Revista conhecida e provida. Indexação Julgamento "" *Extra Petita* "".

Nesse primeiro ponto vimos a corrente que é contra as sentenças *ultra*, *citra* e *extra petita*. Vejamos agora a corrente que admite esta prerrogativa, entendimento este que quase se cinge ao Direito do Trabalho.

Na doutrina de Francisco Antônio de Oliveira (1999: 573): "temos para nós que o julgamento *ultra petita* e o *extra petita* não desafia a nulidade da sentença. Em casos tais, pode a instância recursal eliminar o excesso, reformando o decisório naquela parte. Todavia, em se cuidando de julgamento *citra petita*, irrecusável a nulidade, posto que defeso à instância recursal decidir de matéria sem que a primeira instância haja antes apreciado. Nesse caso ter-se-ia a supressão de instância, o que não ocorreria com o julgamento *ultra petita* e *extra petita*. Suponhamos, entretanto, que a sentença tenha solucionado coisa diversa do pedido; se também solucionou o pedido, temos a nulidade, não por haver decidido *extra petita*, vez que esta parte poderá ser extirpada pela instância recursal, mas pelo julgamento *citra petita*".

Amauri Mascaro Nascimento chama esse ato decisório sentença ultra e *extra petita* como "um direito processual social, destinado, principalmente, à tutela jurisdicional de grupos ou coletividades e não um direito processual individual), dão margem à sentença trabalhista nítida natureza ultra peticional, como proclama Nelson Niciliello.

Para Amador Paes de Almeida (1999:210/11), "sustentamos mais, para afirmar, sem receio de dúvidas, que a sentença trabalhista pode e deve ser, em determinadas circunstâncias, *extra petita*, notadamente quando o julgador, na decisão, adapta a pretensão à hipótese legal, o que pode ocorrer, inclusive, na seguinte oportunidade:

Um empregado ingressa em juízo com uma ação trabalhista utilizando-se do *jus postulandi*, portanto, sem assistência de advogado. Pretende, na inicial, entre outras postulações, o aviso prévio, sob a alegação de despedida injusta".

No decorrer da instrução se verifica que o reclamante, quando de sua admissão, assinara um contrato de experiência, pelo prazo de 90 dias, tendo a sua dispensa ocorrido antes do término do contrato em apreço.

O contrato de experiência, contudo, não possui cláusula assecuratória do direito recíproco de rescisão antes de expirado o termo ajustado (quando só então o aviso prévio seria devido, na forma do que dispõe o art. 481 da CLT). Apurada a despedida imotivada ao julgador é dado aplicar a regra contida no art. 479 da CLT, condenando o empregador, a pagar no lugar do aviso prévio a indenização por metade, da remuneração que seria devida ao reclamante até ao término do contrato de experiência".

Tal decisão, inegavelmente *extra petita* (fora do pedido do autor), não poderia ser, a nosso ver encarada como nula (o que fatalmente ocorreria, por exemplo, no juízo cível), mas, ao revés, como forma plena de justiça social adequada à natureza do processo do trabalho e ao caráter protecionista do direito material do trabalho.

Absurdo seria julgar improcedente a postulação obrigando o trabalhador (após exaustiva espera) a propor nova ação para buscar um direito que a sentença *extra petita* poderia, desde logo, conceder-lhe.

Esses fatores dão à sentença trabalhista uma dimensão que está a indicar a necessidade de estudos mais profundos, e despidos dos formalismos do direito processual comum, da efetiva natureza jurídica da sentença, para pôr em destaque na expressão de Amauri Mascaro Nascimento, "A maior liberdade íntima e criativa do Juiz".

Admitindo-se, ao revés a observância do limites traçados pelo art. 460 do Código de Processo Civil que veda a sentença *ultra ou extra petita*, a rigor não há falar em nulidade do julgado, pois tal sentença pode ser reformada mediante recurso como bem ressalta Eduardo Gabriel Sayad :

"São reformáveis mediante recurso, sentença que julgue *extra petita* "fora do pedido do autor" e *ultra petita* (mas do que já foi pedido) ".

Em relação à opinião jurisprudencial, temos:

"Julgamento *extra petita*. O julgamento *ultra petita* e *extra petita* não se traduz em vício capaz de determinar a nulidade do julgado, posto que imperfeições de julgamento *ultra* e *extra petita* poderão ser sanadas pela instância ad quem. Tão somente o julgamento *citra petita* fere de nulidade o julgado, vez que determina a supressão de instância (TRT/ SP 02890016590, Ac. 4^a T. 8. 955/90, relator Francisco Antônio de Oliveira DJ 25/05/90, boletim do TRT, 2^a R., n. 9/90, p. 141)".

"Enunciado 211. Os juros de mora e a correção monetária incluem-se na liquidação ainda que omissos o pedido inicial ou condenação."

O art. 467 da CLT autoriza julgamento *ultra petita*, pois a parte pede salário e a junta determina o pagamento em 50% a mais desses salários incontroversos, que não foram pagos na primeira audiência em que o reclamado compareceu em juízo.

O art. 496 da CLT permite o julgamento *extra petita* quando determina o pagamento de indenização em dobro, em vez de condenar a empresa a reintegrar o empregado estável. Os dois dispositivos legais são, entretanto, dirigidos ao Juiz, que os deverá aplicar independente de pedido.

Assim, diante de todo o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração sem redução do valor da multa aplicada.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206956.0002/11-2**, lavrado contra **PETROÁLCOOL REVENDEDORA DE COMBUSTÍVEIS E LUBRIFICANTES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$9.184,91**, prevista na alínea “h” do inciso XIII-A, do artigo 42, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05.

Esta Junta recorre, de ofício, desta decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de julho de 2011.

PAULO DANILO REIS LOPES – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR/VOTO DISCORDANTE