

PROCESSO	- A. I. N º 269200.0941/11-6
RECORRENTE	- MULTIBEL UTILIDADES E ELETRODOMÉSTICOS LTDA.
RECORRIDO	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 0163-02/12
ORIGEM	- IFEP – DAT/NORTE
INTERNET	- 30.07.13

### 3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJF Nº 0286-13/13

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE DE DECISÃO. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NOVA DECISÃO. Arguição de nulidade em razão do fracionamento da infração não foi apreciada em Primeira Instância. Constatada omissão na Decisão recorrida que acarretou em cerceamento de defesa. Aplicação do art. 18, II, RPAF. Devolução dos autos à 1ª instância para novo julgamento. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração que exige ICMS no valor de histórico de R\$59.235,96, em decorrência de nove infrações, sendo objeto da lide apenas as de número 02 e 09:

INFRAÇÃO 2 – Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por antecipação, referentes às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas no Anexo 88. ICMS devido no valor de R\$15.309,16.

INFRAÇÃO 9 – Utilizou a maior crédito fiscal do ICMS referente à antecipação parcial de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação ou do exterior. ICMS devido no valor de R\$7.373,16.

No julgamento de primeira instância, os Ilustres Julgadores da 2ª JJF, afastaram a argüição de inconstitucionalidade, com base no art. 167, I, do RPAF/99, que exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual se abstiveram de se manifestar a respeito.

Também não acolheram a preliminar de nulidade requerida pela defesa, pois, entenderam que não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois a autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve as infrações, fundamentando com a indicação dos fatos, normas e documentos, bem como de seus dados, assim como indica o supedâneo jurídico. Entenderam que não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infrações imputadas.

Cabe ressaltar que as alegações de “falta de fundamentação do auto” e à “falta de clareza na imputação da infração”, ambas teriam uma mesma origem: suposta falta de entrega dos demonstrativos das infrações ao autuado. Entretanto, como bem ressaltou o autuante, tais alegações são bastante frágeis, pois a defesa acatou sete das nove infrações constantes do Auto de Infração. Ademais, observa-se que a defesa, em relação às duas infrações impugnadas, rebate ponto por ponto o débito apurado pela fiscalização constante dos demonstrativos anexados ao presente Auto de Infração.

Por fim, frisaram que às folhas 772 a 775 dos autos, consta declaração expressamente do recebimento de todos os demonstrativos e levantamentos, em meio magnético e gravadas em

mídia CD, firmado pelo sócio da empresa autuado, Sr. Josenildo Souza Andrade. Inclusive, o demonstrativo ANEXO 08, referente à defendida INFRAÇÃO 2, foi impressa e acostada aos autos pelo próprio autuado, já que este constava apenas em meio magnético gravado em mídia CD, que fora entregue ao mesmo quando da ciência da presente autuação fiscal.

Indeferiram o pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, por entender que os elementos acostados aos autos são suficientes para formação de minha convicção em relação aos itens constantes do Auto de Infração, possibilitando decidir a presente lide.

Indeferiram também o pedido de perícia formulado pelo autuado, pois, concluíram que os elementos de prova constantes nos autos são suficientes para a formação da convicção, e a prova do fato não depende de conhecimento especial de técnicos, conforme previsto no art. 147, inciso II, “a” e “b”, do RPAF/99.

No mérito, concluíram os Ilustres Julgadores da 2ª JJF pela procedência parcial das infrações 2 e 9 em razão do seguinte:

**Janeiro de 2010:**

*Em relação às Notas Fiscais nºs 28927, 110037, 5875, 6334, 3294, a defesa alega que houve recolhimento a maior nas notas fiscais. Entendo que a alegação defensiva não pode ser acolhida, pois todos os recolhimentos efetuados pelo próprio Autuado a título de ICMS-ST foram considerados dentro de cada período de apuração do imposto, conforme consta do levantamento fiscal. Caso tenha havido pagamentos a maior que o devido, este já foi considerado para o cálculo do imposto devido dentro do próprio mês correspondente ao período de apuração.*

*Em relação à Nota Fiscal nº 9497385 – a defesa alega que o autuante utilizou base de cálculo errada. Na informação fiscal o autuante esclareceu que, em verdade, trata-se da nota fiscal nº 949438, onde houve destaque em duplicidade do frete por parte da autuação, gerando um débito indevido no valor de R\$ 42,81. Logo, deve ser excluída da autuação.*

*Em relação à Nota Fiscal nº 565 – a defesa alega que a descrição do NCM não se enquadra na descrição do tipo no protocolo nº 109/2009, assim gerando cobrança indevida não pode ser acatada, pois analisando a cópia do citada nota acostada à folha 843 dos autos, no próprio documento de aquisição consta o NCM 4820, o qual faz parte do mencionado Protocolo, não assistindo razão ao contribuinte.*

*Em relação à Nota Fiscal nº 3341 – a defesa alegou que a cobrança é indevida, o autuante reconheceu que assiste razão ao autuado, já que, apesar deste ter classificado tais mercadorias como “brinquedos”, na verdade não pertencem ao NCM descrito no Protocolo n. 109/2009 – ICMS, o que gerou uma cobrança indevida no valor de R\$ 435,70. Logo, deve ser excluída da autuação.*

*Em relação às Notas Fiscais nºs 69241, 17048 e 68121 - a defesa alega que houve pagamento integral. Entendo que o argumento defensivo de ser acolhido, uma vez que constam nos citados documentos fiscais acostados às folhas 861, 862, 865 e 868, que tiveram imposto retido por substituição tributária pelo emitente. Logo, deve ser excluída da autuação os valores correspondentes a R\$ 972,18, R\$213,15 e R\$ 118,74, respectivamente a cada documento fiscal em questão.*

*Portanto, deve ser abatido do débito calculado inicialmente para o mês de janeiro de 2010 o valor de R\$ 1.782,58, o que resulta em ausência de saldo devedor de ICMS para este período de apuração.*

**Abril de 2010:**

*Em relação a Nota Fiscal nº 65795 – a defesa alega que teria havido recolhimento a maior do ICMS, por suposto erro na aplicação da MVA. Como mencionado anteriormente, os recolhimentos a maior efetuados pelo autuado já foram levados em consideração no cálculo do imposto devido em cada período de apuração.*

*Em relação a Nota Fiscal nº 3900 – a defesa alega que não se trata de mercadorias sujeitas a antecipação tributária, pois que não estariam enquadradas no tipos descritos no Protocolo n. 108/2009, o que teria gerado cobrança indevida no montante de R\$ 319,19.*

*Ocorre que o argumento defensivo não se comprova quando analisamos a nota fiscal em questão conforme cópia à fl. 889. Nela consta que foi emitida por indústria e comércio de brinquedos, sendo o produto bolas de EVA, evidentemente utilizadas como brinquedos para crianças. Como bem destacou o autuante, o próprio Contribuinte descreve as mercadorias constantes da nota fiscal como brinquedos (ex.: BRINQ BF BOLA DE EVA FUTIBOL, BRINQ BF BOLA DE EVA VOLEI, BRINQ BF BOLA EVA 360 COPA, BRINQ BF BOLA EVA 360 DRAGON POWER, BRINQ BF BOLA EVA 360 FAIRY TALE PRINCESS, BRINQ BF BOLA EVA 360*

*SUMMER BALL, BRINQ BF MINI BOLA EVA FUTEBOL). Assim, a referida nota fiscal fica mantida na autuação.*

*Logo, não há correção a ser feita no valor autuado em relação ao mês de abril/2010.*

**Maio de 2010:**

*Em relação Notas Fiscais nºs 116678, 928, 6685 e 54469 – segunda a defesa teria havido erro na aplicação da MVA. Na informação fiscal, o autuante informa que em tais notas fiscais o contribuinte efetuou cálculo a maior em relação ao que foi calculado pela fiscalização, fato que não causou qualquer prejuízo ao autuado.*

*Em relação à Nota Fiscal nº 7012 – o autuante reconhece que assiste razão em parte ao contribuinte, já que apenas as mercadorias com NCM 480890000 não tem correspondente no mencionado protocolo. Assim, deve-se abater o valor de R\$ 116,55 do imposto devido pelo Autuado.*

*Logo, assiste razão em parte ao Autuado, devendo ser abatido o valor de R\$ 116,55 do total do débito apurado para o período, resultando num saldo devedor de R\$ 952,71.*

*Acato o resultado da revisão fiscal realizada pela fiscalização, ficando, portanto, o valor reduzido para R\$ 952,71.*

**Junho de 2010:**

*Em relação a Nota Fiscal nº 364 – a defesa alegou que teria sido considerada base de cálculo errada, gerando cobrança indevida. Argumenta o autuante não observou nenhuma comprovação do quanto alegado na cópia do documento fiscal e no demonstrativo de débito acostado aos autos pela próprio autuado, às fls. 936 e 937, o que sugere que a mesma aceitou os cálculos efetuados pela fiscalização.*

*Em relação às Notas Fiscais nºs 35091 e 20086 teria havido erro na aplicação da MVA. O “erro” alegado não prejudicou o contribuinte, já que este declarou um valor devido maior que o calculado pela Fiscalização.*

*Em relação às Notas Fiscais nºs 13563 e 148326 – segundo a defesa não teriam produtos enquadrados nos Protocolos n. 109/2009 e 106/2009. Informa o autuante que a primeira nota refere-se à aquisição de papel carbono, enquadrado no regime da substituição tributária pelo Protocolo nº 109/2009, e a segunda, à aquisição de amaciante, limpadores, odorizador de ambientes e óleo para conservação de madeira, todos enquadrados no regime de substituição tributária pelo Protocolo nº 106/2009. Vide quadro abaixo, extraído dos Anexos únicos dos mencionados protocolos. Logo, não merece prosperar a alegação do autuado.*

*Acato o resultado da revisão fiscal realizada pela fiscalização, uma vez que foi embasada em documentos fiscais, ficando, portanto, o valor autuado fica mantido.*

**Agosto de 2010:**

*Na revisão fiscal elabora pelo próprio autuante, consta que, em relação à Nota Fiscal nº 4920 – frisa o autuante que apesar de ininteligível a redação da defesa, na cópia do documento acostado aos autos, às fls. 974 e 975, o autuado faz referência à falta de consideração do crédito destacado no conhecimento de transporte vinculado à operação de aquisição das mercadorias substituídas. Assevera que foi considerado um crédito pela Fiscalização de R\$ 11,55, enquanto o autuado alega ser de R\$ 100,00. Como a mesma não acostou aos autos a prova documental de sua alegação, tal não merece acolhida. Assim, opina pela manutenção integral deste item da autuação. Em relação à Notas Fiscais nº 6559, 5783, 27744, 7526, 33602 – argumenta que a primeira, apesar de a próprio autuado ter classificado as mercadorias adquiridas como brinquedos, a nota fiscal de aquisição dá-lhes classificação diversa, não se enquadrando no Protocolo nº 108/2009; A segunda, refere-se a aquisição de mercadorias cujo NCM não se enquadra no Protocolo nº 110/2009; A terceira refere-se a mercadorias sujeitas à antecipação tributária, tendo o próprio Autuado calculado o débito em valor maior que a Fiscalização; A quarta nota fiscal refere-se a aquisição de bicicleta – NCM 8712.00 – enquadrando-se no regime da substituição tributária pelo Protocolo 110/2009; A quinta nota contém apenas um item que está fora da substituição tributária, referente à bola de futebol, NCM 9506 – apesar de também ser classificado pelo autuado como brinquedo. Desta forma, assiste razão em parte ao Contribuinte, devendo ser abatido do débito total do período de apuração em questão o valor de R\$ 770,84, referente a nota fiscal nº 6559; R\$ 237,62, referente à nota fiscal nº 5783; R\$ 34,13, referente a nota fiscal 33602. Conclui o autuante que há um total de R\$ 1.042,59 lançados indevidamente, o que deixa o período de apuração em referência sem saldo devedor do imposto.*

*Concordo com o resultado da diligência, ficando o valor relativo ao mês de agosto de 2010 excluído da autuação.*

**SETEMBRO/2010:**

*Em relação às Notas Fiscais nºs 29446, 423, 1413 – alegou a defesa que teria havido cobrança indevida, em razão de suposto recolhimento já efetuado. Em relação a primeira nota, o próprio autuado reconhece a cobrança como devida, conforme consta da fl. 1032; A segunda nota refere-se a aquisições de brinquedos – NCM 9503 – enquadrados no regime da substituição tributária; Na terceira nota fiscal, alega o autuado já ter*

rido recolhido o ICMS-ST por GNRE, o que não procede, já que a GNRE em questão foi considerada no conjunto dos pagamentos do ICMS-ST do período de apuração. Logo, o débito apurado nesta nota fiscal tem equivalente ICMS recolhido considerado no cálculo do tributo devido dentro do mês de referência, nenhum prejuízo sofrendo o autuado, portanto.

Em relação às Notas Fiscais nºs 762, 2892, 2923, 122337, 3120 – conforme destacado na informação fiscal, com a qual concordo, em todas elas o autuado calcula imposto a maior que o apurado pela Fiscalização, não tendo, assim, qualquer prejuízo para o autuado. Ficam mantidas na autuação.

Em relação às Notas Fiscais nºs 1361 e 1042 – entendo que não pode ser acolhido o argumento do sujeito passivo, pois a base de cálculo das mercadorias adquiridas confere com a destacada nos documentos fiscais, nos valores de R\$ 5.674,50 e R\$ 8.025,63, fls. 1047 e 1082. Ficam mantidas na autuação.

Em relação à Nota Fiscal nº 7422 – cabe acolhimento ao argumento defensivo, já que a mercadoria adquirida possui NCM 9506, não se enquadrando entre os produtos descritos no Protocolo n. 108/2009, fato reconhecido pelo autuante. Logo, deve ser abatido do débito o valor de R\$ 141,94.

Assim, o fato gerador relativo ao mês de setembro fica reduzido para R\$ 3.396,79.

#### **OUTUBRO/2010:**

Em relação às Notas Fiscais nºs 4804, 1023, 5086, 4760 e 4701 – a defesa assevera que teria havido erro na aplicação da MVA. O autuante reconhece que na primeira, segunda, terceira e quarta notas fiscais, o imposto calculado pelo Autuado foi maior que o apurado pelo Fisco. Entretanto, tal fato não nenhum prejuízo ao contribuinte.

Quanto a quinta nota fiscal não há qualquer divergência apontada pelo autuado nas cópias dos documentos anexados, fls. 1098 e 1099. Porém, há equívoco em relação à nota fiscal 4702, onde houve o destaque do ICMS-ST pelo próprio fornecedor. Desta forma, o ICMS-ST devido refere-se apenas ao frete vinculado à operação, no valor de R\$ 572,48.

Em relação à Nota Fiscal nº 990 – a defesa não apresentou documento para comprovar sua alegação de que teria havido utilização de base de cálculo errada, pois não teria sido considerado o ICMS destacado no CTRC vinculado à aquisição das mercadorias. Não havendo comprovação do direito ao crédito, mediante apresentação de documentos fiscal legalmente exigido, não pode ser acolhido o argumento da defesa. Ficando mantida na autuação.

Em relação à Nota Fiscal nº 206980 – não cabe acolhimento do argumento defensivo, uma vez que está prevista a substituição tributária para óleos para conservação e limpeza de móveis e outros artigos de madeira, que é exatamente os produtos adquiridos. Mantida a nota fiscal na autuação.

Logo, acato o valor apurado pela revisão fiscal, ficando reduzido o ICMS no mês de outubro para R\$ 64,52.

#### **NOVEMBRO/2010:**

Em relação à Nota Fiscal nº 7225 - Não há qualquer erro apontado na documentação acostada pelo autuado, às fls. 1171 e 1172. Mantida na autuação.

Em relação à Nota Fiscal nº 112822 – acato em parte a alegação defensiva, em razão de recolhimento já efetuado, já que remanesce o valor devido em relação ao frete vinculado à aquisição das mercadorias, devendo ser abatido do débito do imposto o valor de R\$ 30,33.

Em relação às Notas Fiscais nºs 1662, 612 e 610 – Acato a informação fiscal prestada pelo autuante, a qual concluiu que assiste razão ao contribuinte, apesar dele próprio ter classificado as mercadorias como brinquedos, as mercadorias adquiridas pertencem a NCM diversas. Deve ser abatido, então, o valor de R\$ 1.300,88, em relação à nota fiscal n. 1662 e R\$ 331,24, em relação às demais, do valor do débito anteriormente apurado.

Desta forma, o débito indevidamente lançado no Auto de Infração para o mês de novembro de 2010 fica reduzido para R\$ 638,66.

#### **DEZEMBRO/2010:**

A defesa alegou que teria havido recolhimento a maior em relação às notas fiscais nº 7507, 4097, 3849. Na informação fiscal o autuante reconheceu que as três notas fiscais tiveram calculado o ICMS-ST a maior pelo autuado em relação ao que foi apurado pelo Fisco, não havendo prejuízo àquele. Entendo, não existe retificação a ser feito, uma vez que, como mencionado anteriormente, os recolhimentos a maior efetuados pelo autuado já foram levados em consideração no cálculo do imposto devido em cada período de apuração, quando o abateu o total recolhido no mês.

Por fim, entendo que a infração 02 restou parcialmente caracterizada no R\$ 10.396,69, conforme planilha elaborado no corpo da informação fiscal à folha 1.272 dos autos, a qual foi encaminhada ao sujeito passivo, o

*qual foi formalmente intimado para se manifestar, entretanto, em sua manifestação não apresentou nenhum fato novo em relação aos números apurados.*

*Na infração 09 é imputado ao autuado ter utilizado a maior crédito fiscal do ICMS, no valor de R\$7.373,16, referente à antecipação parcial de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação ou do exterior.*

*Em relação a argüição de constitucionalidade, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstenho de manifestar a respeito.*

*Quanto a alegação de “ilegalidade da antecipação parcial”, cabe destacar que este instituto tributário foi trazido pela Lei nº 8.967, de 29/12/03, DOE de 30/12/03, efeitos a partir de 01/03/04, que alterou a Lei estadual do ICMS nº 7014/96, acrescentando a este diploma legal o artigo 12-A. Ademais, o referido instituto foi objeto de Decisão pelo Supremo Tribunal Federal que julgou pertinente a referida cobrança.*

*Em sua defesa o sujeito passivo informa que por engano o DAE nº 1002153687 referente à ICMS por antecipação tributária foi pago em nome da filial de Vitória da Conquista (IE 86.251.507), quando em verdade, deveria ter sido realizado em nome da filial de Santo Antônio de Jesus (IE 51.825.360), devido a isso, foi requerida a retificação do documento de arrecadação, tal pleito foi atendido, conforme consta em anexo. Portanto, o valor de R\$5.751,17, constante na infração 09 é indevido, já que, houve o pagamento integral do ICMS por antecipação parcial, conforme consta nos documentos que anexo.*

*Entendo que o argumento defensivo deve ser acolhido, uma vez que se encontra amparado em documentos fiscais, fls. 791 a 794. Ademais, na informação fiscal, o autuante, reconhece que houve realmente a correção do DAE alegada pelo autuado.*

*Entretanto, o débito de R\$ 1.621,99, com data de ocorrência em 30/09/2008 e data de vencimento em 09/10/2008, não foi impugnado pelo autuado, devendo ser mantido na autuação.*

*Assim, a infração 09 restou parcialmente caracterizada, no valor de R\$ 1.621,99, com data de ocorrência em 30/09/2008.*

*Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$48.572,32, conforme abaixo, devendo ser homologado os valores efetivamente recolhidos:*

INFRAÇÕES	JULGAMENTO	VALOR HISTÓRICO DEVIDO APÓS JULGAMENTO
1	PROCEDENTE	4.528,53
2	PROCEDENTE EM PARTE	10.396,69
3	PROCEDENTE	1.109,38
4	PROCEDENTE	5.977,88
5	PROCEDENTE	3.246,99
6	PROCEDENTE	13.825,00
7	PROCEDENTE	2.857,51
8	PROCEDENTE	5.008,35
9	PROCEDENTE EM PARTE	1.621,99
<b>TOTAL</b>		<b>48.572,32</b>

Irresignado, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário.

Aduz a preliminar de nulidade da infração 2, em razão do seu fracionamento, argumentando que esta foi arguida em primeira instância e não foi enfrentada pela Decisão de piso. Alega a omissão da Decisão recorrida, passível de nulidade.

Diz que a nulidade é patente, pois o autuante reconheceu diversos equívocos no Auto de Infração. Entende que houve erro na construção do lançamento, o qual acarreta vício insanável, devendo a infração ser anulada com base no art. 142 do CTN. Argumenta que o autuante confessou que utilizou critério diverso do determinado pela legislação.

Requer a realização de perícia ou diligência, em busca da verdade material, para dirimir e confrontar os cálculos apresentados, apurando-se com precisão, pois, entende que há divergências.

No mérito, diz que os documentos constantes no PAF comprovam que o valor correto da infração 2 é de R\$ 9.654,99, mas o acórdão julgou a infração procedente em parte no valor de R\$ 10.396,69.

Diz que a Decisão não observou os pagamentos realizados, tampouco, crédito e débito apurados no período, bem como a existência do pagamento por antecipação. Aduz que há dificuldade de apuração e pugna pela realização de perícia técnica.

Assevera que no mês de abril/2010 a Decisão recorrida não reconheceu as argumentações defensivas de forma equivocada, pois, a Nota Fiscal nº 65795 teve o ICMS recolhido a maior, em razão da aplicação da MVA. Aduz, ainda, que na Nota Fiscal nº 3900 o NCM da mercadoria não se enquadra na descrição do tipo no Protocolo ICMS 108/2009, assim, entende que a cobrança é indevida no montante de R\$ 319,19.

No mês de maio/2010, diz que houve erro na aplicação da MVA nas Notas Fiscais nºs 116678, 928, 6685 e 54469. Fala que na Nota Fiscal nº 7012 a descrição do NCM do produto não se enquadra no Protocolo ICMS 109/2009, e que a Decisão não acolheu os argumentos defensivos, devendo ser reformada.

No mês de Junho/2010, diz que a Decisão merece ser reformada, pois, na Nota Fiscal nº 364 foi considerada a base de cálculo errada, assim, gerando cobrança indevida. Aduz que nas Notas Fiscais nºs 35091 e 20086 há erro na aplicação do MVA, já as Notas Fiscais nºs 13563 e 14326 a descrição do NCM não se enquadra nos Protocolos 109/2009 e 106/2009.

No mês de Setembro/2010, a Decisão merece ser reformada porque nas Notas Fiscais nºs 29446, 426, 1413, há cobrança indevida, em razão de recolhimento já realizado. Cita as Notas Fiscais nºs 762, 2892, 2923, 122337 e 3120, E diz que houve utilização de base de cálculo errada nas Notas Fiscais nºs 1361 e 1042.

No mês de outubro/2010, diz que nas Notas Fiscais nºs 4804, 1023, 5086, 4760 e 4701 há erro na aplicação do MVA. Diz que houve utilização da base de cálculo errada na Nota Fiscal nº 990. Diz que na Nota Fiscal nº 206980, o NCM não se enquadra na descrição do tipo no Protocolo ICMS 106/2009. Diz que a Decisão sustenta que não restaram comprovados os argumentos referentes à Nota Fiscal nº 990, o que corrobora com o seu entendimento de necessidade da realização de perícia ou de diligência.

No mês de novembro/2010, alega que na Nota Fiscal nº 7225 há erro na utilização da base de cálculo. Diz que a cobrança é indevida, pois, houve recolhimento já realizado na Nota Fiscal nº 112822, o que não foi reconhecido pela Decisão recorrida.

Requer a redução das multas aplicadas, em razão da sua boa-fé, com base nos artigos 158 e 159 do RPAF.

Em Parecer de fls. 1330-1333, a PGE/PROFIS, por intermédio da Procuradora Maria José Coelho Lins Sento-Sé, acompanhada pela Procuradora Assistente Paula Gonçalves Morris Matos, opina pelo Provimento do Recurso Voluntário.

Argumenta que a 2ª JJF se omitiu quanto à apreciação específica da questão alusiva à nulidade da infração 2, por conta da impossibilidade de fracionamento na construção do Auto de Infração, o que compromete o duplo grau de jurisdição e provocou cerceamento do direito de defesa inerente ao contribuinte em um Estado de Direito.

Ressalta que a Decisão tece comentários sobre os pressupostos de validade do procedimento fiscal, ausência de violação aos princípios de Direito Administrativo ou Tributário, sem, contudo enfrentar a questão específica abordada na impugnação inicial do sujeito passivo.

Conclui que deve ser declarada a nulidade da Decisão recorrida, com base no art. 18, II, do RPAF, em razão do cerceamento do direito de defesa decorrente da omissão quanto ao argumento defensivo.

## VOTO

Verifico que assiste razão o argumento defensivo referente à nulidade da infração 2 em razão de o alegado fracionamento da mesma não ter sido enfrentado pela Decisão recorrida. Conforme bem pontuou a Douta PGE/PROFIS, o órgão julgador de primeira instância analisa, de forma genérica, os pressupostos de validade do Auto de Infração, mas, não enfrenta a arguição de

nulidade apresentada pelo contribuinte, a qual foi específica e se refere à questão do fracionamento da infração 2.

Concordo com o opinativo da PGE/PROFIS que a omissão constante na Decisão representa cerceamento do direito de defesa, haja vista que viola o duplo grau de jurisdição. Ademais, há de se observar que as decisões devem ser fundamentadas, para que se atenda aos princípios da ampla defesa e do contraditório. A Decisão precisa deixar claro o porquê das alegações defensivas serem acatadas ou não, somente assim o contribuinte poderá exercer plenamente o seu direito de defesa e poderá apresentar Recurso impugnando os fundamentos da Decisão de primeira instância. Por sua vez, o Órgão Julgador de segunda instância poderá exercer o seu papel de revisar a Decisão de primeira instância, analisando os seus fundamentos em contraponto com os argumentos recursais do contribuinte.

Ante ao exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário para declarar a NULIDADE da Decisão de Primeira Instância.

O processo deve retornar à Primeira Instância para que seja analisado o argumento defensivo referente à nulidade da infração 2 em razão do seu fracionamento, conforme alegado pelo contribuinte.

#### VOTO EM SEPARADO

Diante do teor do Parecer da PGE/PROFIS acostado às fls. 1350 a 1353, e das possíveis consequências judiciais desse decorrente, acompanho o voto do ilustre Conselheiro Relator, embora compreenda, *data venia*, que está patente que no Acórdão de primeiro grau foram abordados os dados argüidos pelo sujeito passivo, tendo sido apreciado o mérito com a consideração de validade daquilo que o d. JJF entendeu não elidido o que, a meu ver, demonstra o posicionamento da primeira instância julgadora acerca do quanto alegado pelo contribuinte.

#### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e declarar a **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº **269200.0941/11-6**, lavrado contra **MULTIBEL UTILIDADES E ELETRODOMÉSTICOS LTDA.**, devendo os autos retornar à Primeira Instância para novo julgamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de julho de 2013.

FERNANDO ANTONIO BRITO ARAÚJO – PRESIDENTE

RAFAEL BARBOSA DE CARVALHO FIGUEIREDO - RELATOR

OSMIRA FREIRE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – VOTO EM SEPARADO

ROSANA JEZLER GALVÃO – REPR. DA PGE/PROFIS