

**PROCESSO** - A. I. N° 108880.0401/07-6  
**RECORRENTE** - CERNE CERÂMICA REUNIDAS LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5<sup>a</sup> JJF n° 0072-05/14  
**ORIGEM** - INFRAZ INDÚSTRIA  
**INTERNET** - 20.11.2014

## 2<sup>a</sup> CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF N° 0339-12/14

**EMENTA:** ICMS. REFORMA DE JULGAMENTO. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NÃO OBSERVAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. NOVA DECISÃO. Comprovado prejuízo ao contribuinte no seu direito ao contraditório, por não ter a Decisão de primeiro grau se posicionado sobre as alegações defensivas, suprimindo instância de julgamento e ensejando cerceamento do direito de defesa, o que conduz à nulidade da Decisão. Devolva-se o PAF ao órgão prolator da Decisão reformada para novo julgamento. Recurso **PROVIDO**. Declarada a **NULIDADE** da Decisão recorrida. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão da 5<sup>a</sup> JJF, proferida através do Acórdão n° 0072-05/14, que julgou o Auto de Infração Procedente, lavrado para exigir o ICMS de R\$56.179,83, acrescido da multa de 60%, em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1- utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$661,40, referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento;

INFRAÇÃO 2 – recolheu a menos ICMS, no valor de R\$52.688,29, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas;

INFRAÇÃO 3 – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$2.830,14, referente a imposto não destacado em documento fiscal, referente à aquisição de produtos diversos enquadrados no regime de substituição tributária (óleo lubrificante, diesel, graxa e cimento).

Consta dos autos, às fls. 3.217 a 3.222, Decisão da 1<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal, exarada através do Acórdão CJF n° 0013-11/13, na qual anulou a decisão de primeira instância (Acórdão 2<sup>a</sup> JJF n° 0136-02/11) por preterição ao pleno exercício dos direitos fundamentais à ampla defesa e ao contraditório, determinando o retorno do Processo Administrativo Fiscal à Junta de Julgamento Fiscal para novo julgamento.

A nova Decisão de primeiro grau, exarada através do Acórdão JJF n° 0072-05/14, considerou o Auto de Infração Procedente, após relatar as razões de defesa e fundamentar o voto, ambos em seguida reproduzidos parcialmente, a saber:

*Relatório:*

[...]

*O impugnante, às fls. 3242 a 3247 dos autos, volta a se manifestar alegando, preliminarmente, decadência do direito de constituição do crédito fiscal relativo a fatos geradores do exercício de 2002 e 2003, posto que somente agora, em 06/08/2013, teve lugar a regular intimação do contribuinte, com a apresentação dos demonstrativos analíticos da cobrança e, inclusive, alteração da metodologia da apuração.*

*Aduz constar no Acórdão CJF n° 0013-11/13 que houve inovação do procedimento fiscal, a partir da informação fiscal prestada em 27/03/2008, o que obrigou, em 2013 a reabertura do prazo de defesa, tornando, é evidente, nula de pleno direito, as intimações até então expedidas, inclusive aquela acerca da lavratura do Auto de Infração, realizada em 20/12/2007, realizado com ofensa, também, ao art. 46 do RPAF.*

Argui que, além de não conter nas primeiras intimações os elementos indispensáveis à formação do PAF e a concessão do prazo regular, houve uma considerável modificação, que inovou o procedimento fiscal, sendo assim deve ser reconhecida a decadência sobre os fatos ocorridos em 2002 e 2003, ou ao menos de 2002, ante a intimação datada de 24/04/2008.

Suscita a nulidade do item 2 do Auto de Infração, por insegurança na determinação da infração e irregular modificação do fulcro do Auto de Infração, bem como do método adotado para a mensuração da base de cálculo.

Entende que todo o procedimento fiscal se encontra viciado, pois o que ocorreu não foi a simples juntada de novos demonstrativos, os quais inclusive geraram duvidas aos julgadores e ensejaram revisão pela ASTEC e sim uma alteração irregular na motivação do pedido.

[...]

#### VOTO

O presente lançamento de ofício, ora impugnado, traz 03 infração imputadas ao sujeito passivo, já devidamente relatadas e a seguir resumidamente reproduzidas: Infração 1- utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento; Infração 2 – recolheu a menos ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas; Infração 3 – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a imposto não destacado em documento fiscal.

O presente PAF, foi alvo de recurso voluntário para a 1<sup>a</sup> CJF, que, através do Acórdão 0013-11/13, decide pela nulidade da decisão de primeira instância, concernente ao Acórdão da 2<sup>a</sup> JJF nº 136-02/11, na medida em que a intimação (fl. 2657), deveria reabrir prazo de defesa de 30 dias e não 10 dias, pois, conforme voto do relator, “na Informação Fiscal houve uma inovação na forma de apuração do imposto devido já que foram elaborados novos demonstrativos, exclusivamente do produto bloco cerâmico 25x17x09, comparando nota a nota, a base de cálculo apurada pela fiscalização e a lançada em cada documento fiscal, enquanto que os demonstrativos originais além de elencar todos os produtos comercializados pela empresa foi efetuada a comparação entre o somatório mensal dos valores apontados pela fiscalização, de todos os produtos, com o lançado no mês pelo contribuinte.”

Após o exame da decisão de segunda instância administrativa esta 5<sup>a</sup> JJF, em Pauta Suplementar, deliberou que o processo fosse encaminhado à Inspetoria de origem para que fosse renovada a intimação (fl. 2657) acerca da primeira Informação Fiscal reabrindo o prazo de defesa de 30 dias.

Assim, tal providência foi adotada, com reabertura do prazo de defesa, conforme consta da intimação à fl. 3240, com posterior manifestação do autuado e do autuante.

Quanto ao pedido de ampliação do prazo de defesa requerido pelo autuado, relativo à primeira informação fiscal, concernentes aos demonstrativos às fls. 2686 a 2808, tal providência foi implementada após a decisão de Segunda Instância, conforme acima alinhado.

Cabe destacar que foi fornecido ao autuado, além dos devidos prazos, todos os demonstrativos e informações necessárias a garantir o seu direito de ampla defesa. Basta verificar que o autuado teve a oportunidade de apresentar sua defesa no mês de janeiro de 2008, e se manifestar mais 03 vezes nos autos, com a reabertura, em 30 dias, do prazo de defesa - em diligencia que analisou mais uma vez os aludidos demonstrativos, às fls. 2686 a 2808, por sua vez apresentada em dezembro de 2010, às fls. 3159 a 3164. Verifica-se, inclusive, o interstício temporal de aproximadamente dois anos entre a primeira e a última manifestação do impugnante.

Além do mais, conforme já mencionado, foi reaberto o prazo de defesa, intimação à fl. 2657, relativo aos demonstrativos, às fls. 2686 a 2808, com nova manifestação do sujeito passivo.

Assim, considero sanado o vício que originou a nulidade da decisão de primeira instância, não cabendo mais acolhimento quanto às argüições de nulidade do autuado de ter havido supressão do prazo de defesa que lhe era de direito.

A manifestação apresentada pelo impugnante, se repete, basicamente, em relação às anteriormente trazidas aos autos e, por conseguinte, não modifica as razões que orientaram a primeira decisão.

As questões que suscitaron esclarecimento para a formação da necessária convicção para proferir o presente voto, foram alvo de diligência por três vezes, esgotando a necessidade de revisão fiscal solicitada pelo autuado, inclusive a última, especialmente no que se refere aos demonstrativos apresentados pelo autuante, às fls. 2686 a 2808, analisado pelo autuado, contendo detalhadamente por nota fiscal as diferenças, bem como um demonstrativo geral apontando as divergências encontradas com as devidas explicações em comparação com o demonstrativo anterior, às fls. 2684 e 2685 deste PAF, bem como as explicações trazidas por Auditores Fiscais estranhos ao feito em relação à infração 2, conforme será abordado adiante.

A infração 1 se refere a crédito indevido concernente à aquisição de materiais de uso e consumo do estabelecimento, com amparo no artigo 93 – inciso V – alínea “b” do RICMS, que dispõe:

[...]

Com relação à infração 2, cabe inicialmente alinha que não são pertinentes as argüições de nulidades apresentadas pelo impugnante, visto que não houve modificação do fulcro do Auto de Infração, bem como também não foi verificada a alegada modificação do método adotado para a mensuração da base de cálculo, na verdade o ficou evidenciado é que os valores de pauta utilizados nos demonstrativos total do débito do ICMS por produto 2002 e 2003, partes integrantes deste auto às fls. 22 a 227, foram utilizados corretamente de acordo com os valores constantes nas Instruções Normativas acima citadas, podendo ser verificado nos demonstrativos na coluna referente à pauta que os valores só foram alterados a partir de 26/08/2002, data da vigência da Instrução Normativa nº 49/2002, conforme, inclusive, confirmação da diligencia de Auditor estranho ao feito, adiante melhor alinhada.

[...]

As argüições de inconstitucionalidade, quanto à violação do princípio de não cumulatividade, está fora do alcance de análise desse órgão julgador. Fica mantida a infração 3.

Diante do já alinhado, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Irresignado com a Decisão, o sujeito passivo apresenta Recurso Voluntário, às fls. 3.299 a 3.305, diz que se ver obrigado a suscitar, novamente, a nulidade da Decisão recorrida, sob as seguintes considerações:

Com efeito, a Douta JJF não se pronunciou, no voto, ou seja, na fundamentação da decisão, sobre os itens 01 a 04, da defesa protocolada dia 29/08/13 (SIPRO nº 175061/2013-0), decorrente da reabertura do prazo de defesa. Assim, não existe fundamentação na decisão afastando os pedidos de decadência e de nulidade do item 02 (insegurança e alteração do fulcro do lançamento). Tal procedimento provoca supressão de instância, devendo a CJF determinar que nova decisão seja prolatada, preferencialmente, visando afastar o “pré-julgamento”, por JJF diversa.

Ainda em preliminar, suscita a nulidade da segunda infração, por insegurança na sua determinação e irregular modificação do seu fulcro, bem como do método adotado para a mensuração a base de cálculo.

Em seguida, o recorrente pede a declaração da decadência do direito de constituição do crédito fiscal, relativo a fatos geradores dos exercícios de 2002/2003.

No mérito, reitera as suas alegações de defesa para, a final, requerer o provimento do Recurso Voluntário, a fim de que seja reconhecida a nulidade da Decisão ou da segunda infração, ou para que seja reconhecida a decadência, ou, ainda, para que seja, no mérito, observada a norma do art. 155, § único, do RPAF, ou seja, declarada a improcedência do Auto de Infração.

Às fls. 3.310 a 3.312 dos autos, a PGE/PROFIS, através de sua representante, Dr.<sup>a</sup> Maria José Coelho Lins A. Sento-Sé, opina pela decretação da nulidade da Decisão recorrida, pois, em razões recursais o recorrente aduz parte dos mesmos argumentos apresentados em suas peças defensivas ao tempo em que diz as seguintes questões: 1º) nulidade da decisão de 1º grau por falta de apreciação dos pedidos de decadência e de nulidade da infração 2, provocada por insegurança e alteração do fulcro do lançamento, ambos suscitados na defesa protocolada em 29.08.2013, decorrente da reabertura do prazo de defesa; 2º) nulidade da decisão de 1ª instância por cerceamento do direito de defesa e supressão de instância.

Salienta o opinativo que, da análise das razões expendidas no Recurso Voluntário, considera presentes argumentos jurídicos capazes de provocar revisão do Acórdão recorrido, pois, verifica-se que a JJF, através do seu Acórdão, omitiu-se quanto à apreciação específica de questões lançadas pelo contribuinte em sua defesa, tais como decadência do direito de constituição do crédito tributário e nulidade da segunda infração, o que comprometeu o princípio do duplo grau de jurisdição e provocou cerceamento do direito de defesa inerente ao contribuinte em um Estado de Direito.

Diante destas considerações, o Parecer da PGE/PROFIS é no sentido de que deva ser reconhecida a nulidade prevista no art. 18, II, do RPAF/99, com a consequente declaração de nulidade da Decisão recorrida que, ao manter-se silente e omissa quanto a questões específicas abordadas na peça de defesa, promoveu verdadeiro comprometimento dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

O citado parecer jurídico foi ratificado pela Procuradora Assistente Dr.<sup>a</sup> Paula Gonçalves Morris Matos.

## VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1<sup>a</sup> instância, prolatada através do Acórdão nº 0072-05/14, em relação ao Auto de Infração em epígrafe.

Inicialmente, da análise das questões preliminares arguidas pelo sujeito passivo, especialmente quanto à alegação de decadência do direito de constituir o crédito fiscal relativo a fatos geradores do exercício de 2002 e 2003, verifica-se que a Decisão de piso omitiu-se quanto à apreciação específica desta questão lançada pelo contribuinte em sua defesa, o que comprometeu o princípio do duplo grau de jurisdição e provocou cerceamento do direito de defesa, conforme consignou o Parecer da PGE/PROFIS.

Contudo, no que diz respeito à alegação suscitada na defesa de nulidade da infração 2, provocada por insegurança e alteração do fulcro do lançamento, há de se ressaltar que, diferentemente do que concluiu a PGE/PROFIS, a Decisão de piso enfrentou a arguição do sujeito passivo, conforme a seguir transcrito:

*Com relação à infração 2, cabe inicialmente alinhar que não são pertinentes as argüições de nulidades apresentadas pelo impugnante, visto que não houve modificação do fulcro do Auto de Infração, bem como também não foi verificada a alegada modificação do método adotado para a mensuração da base de cálculo, na verdade o ficou evidenciado é que os valores de pauta utilizados nos demonstrativos total do débito do ICMS por produto 2002 e 2003, partes integrantes deste auto às fls. 22 a 227, foram utilizados corretamente de acordo com os valores constantes nas Instruções Normativas acima citadas, podendo ser verificado nos demonstrativos na coluna referente à pauta que os valores só foram alterados a partir de 26/08/2002, data da vigência da Instrução Normativa nº 49/2002, conforme, inclusive, confirmação da diligencia de Auditor estranho ao feito, adiante melhor alinhada.*

Neste sentido, apenas quanto à falta de apreciação do pedido de decadência, concordamos com o opinativo da douta PGE/PROFIS que concluiu por sugerir a decretação da nulidade da Decisão recorrida.

Assim, a falta de posicionamento da JJF a respeito desta alegação defensiva suprimiu instância de julgamento, ensejando cerceamento do direito de defesa pela não apreciação da razão prejudicial de mérito apresentada pelo sujeito passivo, o que conduz à nulidade da decisão, conforme opinou a PGE/PROFIS e alegou o recorrente em seu Recurso Voluntário.

Diante do exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para declarar a nulidade da Decisão recorrida e o retorno dos autos à Primeira Instância para novo julgamento, a salvo de falhas.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para declarar **NULA** a Decisão recorrida relativa ao Auto de Infração nº **108880.0401/07-6**, lavrado contra **CERNE CERÂMICA REUNIDAS LTDA.**, devendo os autos retornar à Primeira Instância para novo julgamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de novembro de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS