

PROCESSO - A. I. Nº 274068.0009/12-9
RECORRENTE - ATAKAREJO DISTRIBUIDOR DE ALIMENTOS E BEBIDAS EIRELI
(ATAKAREJO DISTRIBUIDOR DE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA.)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0267-01/13
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 18/08/2015

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0217-12/15

EMENTA: ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE 1ª INSTÂNCIA. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. NOVA DECISÃO. O julgamento de base, na configuração de sua nulidade, não apreciou e nem decidiu quanto aos fundamentos declinados na petição, concernentes à infração 1, tendo condão de causar prejuízo à defesa. Logo, sem haver o juízo de valor sobre os fundamentos invocados pelo recorrente, caracterizando supressão de instância e cerceamento de defesa. Remete-se os autos à Primeira Instância de origem para exarar novo julgamento, a salvo de falhas e em conformidade com o devido processo legal. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Tratam os autos de recurso voluntário interposto em face do acórdão epigrafiado que julgou pela Procedência Parcial do Auto de Infração lavrado em 18.12.12 por imputar as seguintes infrações :

1. *recolhimento de ICMS efetuado a menos em decorrência de erro na aplicação da alíquota, nas vendas efetuadas através de ECF, sendo lançado imposto no valor de R\$ 41.584,63, com multa de 60%;*
2. *recolhimento de ICMS efetuado a menos em decorrência de erro na aplicação da alíquota, nas vendas efetuadas através de Notas Fiscais, sendo lançado imposto no valor de R\$ 4.457,24, com multa de 60%;*
3. *recolhimento de ICMS efetuado a menos em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, sendo lançado tributo no valor de R\$ 13,29, com multa de 60%;*
4. *extravio de documentos fiscais, sendo por isso aplicada multa de R\$ 4.600,00;*
5. *falta de recolhimento de ICMS em virtude de divergência entre os documentos fiscais e os lançamentos nos livros fiscais próprios – escrituração como “canceladas” de Notas Fiscais que deram circulação a mercadorias –, sendo lançado imposto no valor de R\$ 39.821,11, com multa de 60%;*
6. *falta de retenção e consequentemente de recolhimento de ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas vendas efetuadas a contribuintes com inscrição não ativa, sendo lançado imposto no valor de R\$ 4,79, com multa de 60%.*

Às fls. 367/369 consta impugnação do sujeito passivo, seguida pela informação fiscal de fls. 1162/1166. Para dirimir a controvérsia posta ao seu crivo decisório, a 1ª JJF proferiu decisão nestes termos, a saber :

“O débito do item 1º foi reconhecido pelo autuado na defesa. Em manifestação posterior, alega que, apesar de ter expressamente reconhecido o fato, pode ter ocorrido um erro de comunicação entre a empresa e seus advogados, e o que parece é que o reconhecimento, em verdade, conforme parcelamento solicitado, foi de R\$ 34.717,17, e por essa razão, pede que tal fato seja conferido no processo e, se existir valor residual não parcelado, seja feita a conferência das operações, objetivando identificar se existem erros.

A imputação diz respeito a recolhimento de ICMS efetuado a menos em decorrência de erro na aplicação da alíquota, nas vendas efetuadas através de ECF.

Na informação fiscal não foi suscitado nenhum reparo a ser feito quanto a este item.

Mantenho o lançamento.

No item 2º, o fato consiste no recolhimento de ICMS efetuado a menos em decorrência de erro na aplicação da alíquota, nas vendas efetuadas através de Notas Fiscais.

O autuado suscitou a nulidade do lançamento, por insegurança na determinação da infração e consequente cerceamento do direito de defesa, alegando que o autuante não esclareceu a origem da desclassificação das alíquotas aplicadas e dos valores adotados como base de cálculo, apenas insinuando a existência de divergências, sem a investigação da classificação fiscal e bases de cálculo.

Na informação, o fiscal contrapôs que a alegação sobre alíquota não procede, pois as alíquotas são as estabelecidas na legislação e descritas no enquadramento nos arts. 50 e 51. O autuante não diz, mas se depreende que os arts. 50 e 51 a que ele se refere são do RICMS/97.

Há um problema nestes autos quanto às folhas citadas pelo fiscal, pois alguém reenumerou as folhas do processo. Para localizar as folhas citadas, é preciso atentar para os números que foram riscados mas continuam legíveis.

Consta na descrição da infração que o contribuinte aplicou a alíquota errada conforme demonstrativo anexo. O demonstrativo às fls. 97 a 119 indica o mês, a data, o número da Nota Fiscal, o CFOP, o código, a descrição da mercadoria, o valor total, a base de cálculo, o ICMS destacado na Nota Fiscal, a alíquota e os valores devidos. Noto que a coluna “Valor Total” certamente não representa o valor “total”, mas sim o valor parcial relativo ao item da Nota Fiscal considerada. Na coluna “Alíquota”, a maioria dos itens contém simplesmente 0,00 (ausência de alíquota), 0,12 (12%) ou 0,07 (7%). Quando na Nota Fiscal não há indicação da alíquota, mas devia haver, o imposto é apurado multiplicando-se a base de cálculo pela alíquota que se considera cabível.

Ultrapasso a preliminar suscitada porque o fato foi descrito de forma satisfatória, e os dados constantes no demonstrativo são compreensíveis.

Quanto ao mérito, noto que a defesa se baseou na tributação documentada nas Notas Fiscais de compras. Ocorre que as Notas de compras não interessam neste caso, pois a imputação diz respeito às operações futuras, neste Estado.

Nas Notas em que consta alíquota zero, cabia ao contribuinte explicar por que seria zero, provando, por exemplo, que se trataria de mercadoria do regime de substituição tributária, ou de operação isenta, etc.

Já no caso de na coluna constar 0,07 e 0,12 (ou seja, 7% e 12%), cabia ao contribuinte justificar por que a alíquota seria de 7% ou de 12%.

Mantenho o lançamento.

O item 3º cuida de recolhimento de ICMS efetuado a menos em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto.

Foi suscitada a nulidade do lançamento, por insegurança na determinação da infração e consequente cerceamento do direito de defesa, alegando o contribuinte que o autuante não esclareceu a origem da desclassificação dos valores adotados como base de cálculo, apenas insinuando a existência de divergências, sem a investigação da classificação fiscal e bases de cálculo.

O demonstrativo encontra-se às fls. 120 e 121. Indica o mês, o CNPJ, a data, o número da Nota Fiscal, o CFOP, a base de cálculo, a alíquota, o ICMS considerado correto, o imposto lançado e a diferença do imposto.

Ultrapasso a preliminar, porque a descrição do fato é satisfatória e o demonstrativo é compreensível.

No mérito, cumpre assinalar que, se o levantamento contém erro, era só a defesa apontar.

Mantenho o lançamento.

O item 5º cuida de falta de recolhimento de ICMS relativo a Notas Fiscais canceladas irregularmente, pois as Notas deram circulação às mercadorias.

Diante das provas apresentadas pelo contribuinte, o fiscal na informação concluiu que as Notas Fiscais justificadas totalizam 37.872,30 (R\$ 37.872,30).

O fiscal se expressou indevidamente, dando a entender que a totalização corresponderia ao valor das operações, quando na verdade se trata do valor do imposto.

O valor do imposto remanescente no item 5º e, portanto, de R\$ 1.948,81. (R\$ 39.821,11 menos R\$ 37.872,30 = R\$ 1.948,81).

A defesa requer que as intimações relativas a este feito sejam feitas em nome dos advogados, no endereço

indicado na petição. Recomenda-se que as intimações sejam feitas na forma requerida, ressalvando-se, contudo, que não implicará nenhum vício se as intimações forem feitas diretamente

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologadas as quantias já pagas."

Resistindo ao teor do julgado, o autuado retomou sua defesa defendeu-se em sede recursal às fls.1239/1240 , argüindo, em suma, o que se segue :

- I. nulidade da infração 1 por não ter sido apreciado pela JJF os pedidos feitos na petição datada de 04/04/13, causando prejuízo à defesa;
- II. nulidade das infrações 2 e 3 por insegurança na determinação da infração e conseqüente cerceamento do direito de defesa, pois a JJF inverteu o ônus da prova atribuindo a responsabilidade à autuada de explicar as alíquotas, quando o autuante não esclareceu a motivação para desclassificação das alíquotas aplicadas e valores como base de cálculo, apenas tendo se limitado a elaborar um demonstrativo, insinuando a existência de divergências sem o devido esclarecimento;
- III. Se não acatada a questão prejudicial supra, os itens 2 e 3 são improcedentes na medida em que a operação por si realizada tiveram como lastro as notas fiscais emitidas pelos fornecedores, anexas ao PAF e não apreciadas pela JJF (já que eram de entradas) que norteiam as operações subsequentes. E que para se contrapor a essas informações, o autuante teria que explicar a motivação para alterar as alíquotas assim como a base de calculo, e em havendo dúvida, que fosse feita revisão fiscal por fiscal estranho ao feito, pedido que sequer foi avaliado pela JJF;
- IV. No que toca à infração 5, as provas materiais do regular cancelamento foram acatadas, tendo o montante da condenação se limitado ao que foi admitido, devendo ser homologado;
- V. Protesta pela produção de demais provas, pede a revisão fiscal por fiscal estranho ao feito quanto às infrações 1, 2 e 3; pede a nulidade do julgado e, no mérito, sua reforma parcial para declarar a procedência parcial do Auto de Infração em tela.

Instada, a PGE/PROFIS proferiu parecer às fls. 1.249/1250, no qual após sintetizar os atos processuais, emitiu opinativo pelo Provimento do Recurso para ser reconhecida a nulidade prevista no art. 18. II, do RPAF-BA, para ser decretada, por conseqüência, a nulidade da decisão recorrida que manteve-se silente quanto ao pedido de revisão fiscal a causar cerceamento do direito de defesa. E à fl. 1251 consta despacho proferido pela d. Procuradora Assistente, anuindo.

VOTO

O sujeito passivo, arrazoadamente, interpôs o Recurso Voluntário, ratificando o teor de suas manifestações anteriores e suscitando a nulidade do julgado, por supressão de instância, *eis que não espelha a devida apreciação dos fundamentos suscitados, passando ao largo, sem examiná-los, a ensejar a sua nulidade, a fim de que nova e completa Decisão seja proferida*, o que, como visto, a d. Procuradoria aquiesceu, tendo seu opinativo sido no sentido de ser decretada a nulidade.

Sabidamente, a validade de qualquer ato administrativo, inclusive e principalmente os decisórios, se vincula aos motivos (de fato e de direito) indicados como fundamento, de tal modo que, se inexistentes ou inquinados de mácula insanável, implicam a sua nulidade conforme se extrai da Teoria dos Motivos Determinantes.

No caso em tela, conclui-se que o julgamento de base fora "*citra petita*", implicando, destarte, na configuração de sua nulidade, como aventado no apelo do contribuinte, eis que a JJF não apreciou e nem decidiu quanto aos fundamentos declinados na petição datada de 04/04/13, concernentes à infração 1, o que teve o condão de causar prejuízo à defesa.

Nesta medida, deve-se destacar que tal aspecto, isto é, aquele tracejado na referida petição, sequer pode ser considerado como dentre aqueles que o conhecimento foi devolvido a este tribunal administrativo através da oposição do recurso voluntário, pois, como visto, não houve manifestação em 1ª Instância. E, tal como se sujeita os atos processuais no âmbito do processo judicial, o órgão de segundo grau não cabe completar o julgamento, por força da contida do art. 515, § 1º, do CPC, que obsta a supressão de instância.

A este respeito, Humberto Theodoro Júnior, in *"Curso de Direito Processual Civil, volume I - Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento -"*, editora Forense, Rio de Janeiro, 39ª edição, 2003, página 645", leciona:

"A sentença, enfim, é citra petita quando não examina todas as questões propostas pelas partes. O réu, por exemplo, se defendeu do pedido reivindicatório alegando nulidade do título dominial do autor e prescrição aquisitiva em seu favor. Se o juiz acolher o pedido do autor, mediante reconhecimento apenas da eficácia do seu título, sem cogitar do usucapião invocado pelo réu, terá proferido sentença nula, porque citra petita, já que apenas foi solucionada uma das duas questões propostas."

A conclusão é, portanto, que uma vez provocado, tem o Estado o dever, inafastável e indispensável, de se manifestar, sob pena de nulidade, à luz, que não se olvide, da regra imperativa do art. 93, IX da CF, cuja dicção é de que toda e qualquer decisão, seja administrativa, seja judicial obrigatoriamente há de ser fundamentada eficientemente e de modo completo, sem omitir-se, como se sucedeu no presente PAF.

Logo, sem haver o juízo de valor sobre os fundamentos invocados pelo autuado, a caracterizar supressão de instância e cerceamento de defesa, acompanho sem ressalvas o Parecer da d. PGE/PROFIS, e remeto o processo à Primeira Instância de origem para exarar novo julgamento, a salvo de falhas e em conformidade com o devido processo legal.

Do exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário para declarar NULA a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e decretar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº 274068.0009/12-9, lavrado contra **ATAKAREJO DISTRIBUIDOR DE ALIMENTOS E BEBIDAS EIRELI (ATAKAREJO DISTRIBUIDOR DE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA.)**, devendo os autos retornar à Primeira Instância de origem para exarar novo julgamento, a salvo de falhas e em conformidade com o devido processo legal.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de julho de 2015.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA – RELATORA

ELDER DOS SANTOS VERÇOSA - REPR. DA PGE/PROFIS