

PROCESSO - A. I. Nº 140764.0026/04-2
RECORRENTE - CARDOSO E NASCIMENTO INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JJF nº 0480-01/04
ORIGEM - INFAZ GUNAMBI
INTERNET - 15/03/2005

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0054-12/05

EMENTA: ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NOVA DECISÃO. A falta de apreciação de todos os fatos alegados na lide implica prejuízo ao direito de ampla defesa do contribuinte. Devolvam-se os autos a Junta de Julgamento Fiscal para proferir nova Decisão. Recurso **PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente julgamento de Recurso Voluntário interposto pelos representantes do autuado CARDOSO E NASCIMENTO INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA., tendo em vista a Decisão constante do Acórdão JJF nº 0480-01/04 em que a 1ª Junta de Julgamento Fiscal decretou a procedência total do Auto de Infração nº 140764.0026/04-2, lavrado em 15 de setembro de 2004 para exigir ICMS no valor de R\$169.040,24, mais os acréscimos de lei, tendo sido apontadas na autuação as seguintes infrações:

1. utilização indevida de benefício de redução de base de cálculo nas operações com café;
2. recolhimento a menos de ICMS relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes deste Estado.

Como consta do relatório do julgamento inicial, o autuado impugnou parcialmente o lançamento de ofício, arguindo preliminarmente a inconstitucionalidade do Auto de Infração, por ofender frontalmente o disposto no art. 152 da CF/88, que transcreveu assim como o art. 87, XIV do RICMS/97, artigo 15, inciso I, aliena “a” da Lei nº 7014/96 e doutrina sobre a matéria.

Para o autuado o Estado da Bahia concedeu, sem autorização legal, benefício de redução de base de cálculo que atinge somente o café produzido neste Estado, discriminando o produzido nos demais Estados, como Minas Gerais, que benefício fiscal não uniforme entre operações internas e interestaduais, apresenta-se inconstitucional, por que atentatório ao princípio da uniformidade tributária, insculpido ao art. 152 da Carta Regente.

O autuado alegara que o café torrado e moído que comercializa é transferido de sua matriz, situada em Minas Gerais, não havendo transferência de titularidade da propriedade das mercadorias, somente a transferência entre a matriz e a sua filial e que estando a filial estabelecida no Estado da Bahia e promovendo ela a venda de produtos de produção própria da empresa, por aplicação da isonomia tributária, deveria gozar dos mesmos benefícios concedidos às indústrias locais que promovem a saída de sua própria produção de café torrado e moído, conforme o art. 150, inciso II, da Carta Republicana de 1988, o qual transcreveu, bem como doutrina sobre o tema.

O autuado alegara, também, que a aplicação da taxa SELIC é inconstitucional e ilegal, pois não visa à indenização do Estado pelo pagamento intempestivo dos tributos, mas hedionda remuneração dos cofres públicos, o que impossibilita a exigência de tal monta dos contribuintes. Transcrevendo entendimento de doutrinadores, o autuado assevera não haver previsão legal criando e explicando o que seja a taxa SELIC, sendo que a lei apenas determina a sua aplicação, sem indicar qualquer percentual ou índice, contrariando os art. 62, 68, 150, incisos I e II, 192, § 3º, todos da Constituição Federal.

Assegurara, ainda, o autuado, transcrevendo doutrina e decisões de outros tribunais, que a multa aplicada é confiscatória, o que é vedado pelo art. 150, IV e 37 da Constituição Federal.

O autuado defendera a possibilidade de ser declarada ilegalidade ou inconstitucionalidade de lei ou decreto no processo administrativo tributário e que embora não desconheça que diversos são os julgados, país afora, dos conselhos de contribuintes, no sentido de que lhes falta competência para julgar questões constitucionais, entende que essa linha de raciocínio é equivocada, transcrevendo o Inciso LV, do art. 5º, da Carta Fundamental.

Ao finalizar, requereu pela improcedência da autuação, assim não entendendo, seja reconhecida a inconstitucionalidade da Taxa SELIC, redução da multa aplicada de 60% por entender que é confiscatória.

O autuante, em informação fiscal às fls. 76 a 84, esclareceu que o café torrado e moído, qualquer que fosse sua procedência, até o final de 2001, segundo disposição então constante de alínea “a”, do inciso I, do artigo 16, da Lei Estadual nº 7.014/96, estava sujeito à alíquota de 7%, como mercadoria de consumo popular, pertencente à cesta básica. Entretanto, a redação atual da alínea “a”, do inciso I, do artigo 16, dada pela Lei nº 7.981, de 12/12/01, DOE de 13/12/01, com efeitos a partir de 13/12/2001, retirou o café torrado e moído da lista de produtos sujeitas à alíquota de 7%, sujeitando-o à alíquota de 17%, de acordo com o previsto no artigo 15, I, “a”, da mesma lei. Assim, se conclui que a redução de base de cálculo se condiciona ao café exclusivamente produzido no Estado da Bahia. Também esclarece que o inciso XIV, do artigo 87, do atual RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, estabelece que é reduzida a base de cálculo das operações internas com café torrado ou moído, realizadas por estabelecimento industrial situado neste Estado, desde que por ele produzido. Ainda esclarecera o autuante que, embora esteja estabelecida no território da Bahia, a filial do mesmo empreendimento estabelecido no Estado de Minas Gerais, se classifica como estabelecimento distinto, embora pertencente ao mesmo titular/proprietário, conforme previsto no art. 37 e 42, do RICMS/97, os quais transcreveu.

Dissera o autuante que em relação à Taxa SELIC, ela está prevista no artigo 13 da Lei nº 9.065/95, e para compensar o dano decorrente pelo descumprimento da obrigação principal, aplicou ao contribuinte, a multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, “a”, da Lei nº 7.014/96. Quanto aos acréscimos moratórios, encontram-se previstos no artigo 51, da Lei nº 3.965, de 11/12/81, transcrevendo parte dos artigos 138, 138-A, 138-B e 139 do RICMS/97 e artigo 45 (caput), incisos I a VI, da Lei nº 7.014/96.

Salientando que o autuado em nenhum momento de sua peça defensiva questionara o mérito da autuação, assim como os papéis de trabalho apresentados pelo fisco, argüindo tão-somente razões de direito, que entendeu não surtirem o efeito desejado, sendo a defesa meramente protelatória, pediu a manutenção da autuação.

O ilustre relator do processo em seu julgamento inicial, ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA, analisando os elementos que constituem o processo, disse ter constatado que o auditor imputara ao autuado a falta de recolhimento de ICMS, referente à saída de produtos com utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo (infração 1) e a retenção e recolhimento a menos do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado (infração 2).

Em relação às argüições de inconstitucionalidade, ressaltou o Douto relator que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual não me manifestarei a respeito.

Quanto à infração 1, que trata da utilização do benefício de redução de base de cálculo na comercialização de café, torrado e moído fora do Estado da Bahia. Em sua defesa, disse o relator que, além das questões de inconstitucionalidade, já afastadas, em conformidade com o 167, I, do RPAF/99, o autuado entendera ter direito ao benefício, mesmo sendo o café processado (torrado e moído) no Estado de Minas Gerais, por ser operação de transferências entre estabelecimentos

filiais. Por isso entendeu ser fundamental a analisar o dispositivo que trata do tema, ou seja, o artigo 87, inciso XIV, do RICMS/97, com a redação dada pela Alteração nº 30, Decreto nº 8088, de 27/12/01, DOE 28/12/01, efeitos a partir de 01/01/02.

Tendo transcrito o excerto regulamentar citado com grifos relativos ao caráter interno das operações e em face da exigência de serem **realizadas por estabelecimento industrial situado neste Estado**, afirmou que somente terá direito ao benefício, nas operações internas, o café torrado ou moído por estabelecimento localizado no Estado da Bahia, requisitos que não foram atendidos pelo autuado, uma vez que se trata de uma operação interestadual e o beneficiamento do café ocorreu em outra unidade da federação.

Ressaltando que o dispositivo acima referenciado não faz qualquer distinção entre transferência ou aquisição, em seu entendimento, a infração deve ser mantida.

Em relação à infração 2, disse o D. relator que a mesma não fora impugnada pelo sujeito passivo e que interpretou esse silêncio como reconhecimento tácito por parte do autuado. Dessa forma, considerou que essa infração restara devidamente caracterizada.

Quanto ao pedido de redução da multa aplicada, entendeu que o mesmo não pode ser acatado por falta de previsão legal, pois o art.158, do RPAF/99, trata somente das multas por descumprimento de obrigação acessória, que poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, desde que fique provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo, condições que não foram satisfeitas pelo contribuinte. Assim entendendo que não foram atendidas as exigências acima, deixara de acatar o pedido do autuado e votou pela Procedência do Auto de Infração, no que foi acompanhado por seus pares.

Em sua peça recursal o autuado, por seus representantes, alega a nulidade da Decisão recorrida porque dela consta a informação não verdadeira de que o autuado não impugnara a infração indicada no item 2 da autuação. O recorrente alerta que esse erro não pode ser suprido por esta Câmara de Julgamento Fiscal, pois implicaria em supressão de instância.

O recorrente insiste na possibilidade dos conselhos de contribuintes declararem a inconstitucionalidade e/ou ilegalidade de lei, para o que se fundamenta em Decisão da 1ª Turma da Câmara Superior de recursos fiscais que entendeu ser possível aplicar-se o direito e não a lei, quando esta não se revelar o instrumento daquele.

Também alega que a restrição aos Conselhos é para a decretação da inconstitucionalidade não da ilegalidade, daí porque este Conselho não estaria impedido de declarar a ilegalidade, com base no art. 11 do CTN, que veda aos Estados estabelecer diferença tributária em razão da procedência ou destino dos bens de qualquer natureza, o que estaria caracterizado na redução de base de cálculo apenas nas operações com café torrado e moído produzido neste Estado, negado o benefício ao café produzido em outras unidades da Federação.

Alega também que, como estabelecimento de Guanambi vende produtos da produção própria da Matriz, situada em outro Estado, estaria em situação equivalente a estabelecimento industrial. Cita doutrina pertinente e pede tratamento isonômico.

O recorrente insiste na alegação de inconstitucionalidade da Taxa Selic aplicada à cobrança do tributo estadual e de que a multa aplicada teria caráter confiscatório.

Completa sua peça recursal o autuado afirmando que a sua argumentação, assim como na impugnação se dirige às duas infrações apontadas e pede que se declare a nulidade da Decisão, por não ter sido examinado o mérito da 2a. infração ou que, reformando a Decisão recorrida, declare improcedente o Auto de Infração.

Submetido o processo à PGE/PROFIS, a Dra. Cláudia Guerra, disse que assiste razão à autuada quando afirma que manifestara oposição também quanto à infração 2. Mas entendendo que o autuado reclamara em essência de inconstitucionalidade da regra instituidora do benefício fiscal

e porque a matéria teria sido exaustivamente decidida, não se poderia falar em omissão do julgador, observando que falece competência ao CONSEF para declarar inconstitucionalidade. Quanto à aplicação da Taxa SELIC e do percentual de multa moratória, entendeu a douta procuradora que, pelos mesmos motivos, não podem prosperar as alegações do recorrente. Por isso opinou pelo Improvimento do pedido.

VOTO

Compulsando os autos observo que consta da peça impugnatória o item VII - APLICAÇÃO DA MATÉRIA A AMBAS AS INFRAÇÕES. Ou seja, o autuado expressamente atribuiu a ambas as infrações os mesmos argumentos defensivos, o que parece bem razoável, considerando que o autuante agregou nos mesmos levantamentos e demonstrativos as duas exigências.

Além disso, observo que tanto os acréscimos moratórios quanto as multas incidem nas duas infrações, ou seja, em cada item está sendo exigido ICMS + acréscimos moratórios + multa.

Observo que o D. relator do processo em primeiro grau não só afirmou que o contribuinte não impugnara a infração constante do item 2 da autuação como interpretou o silêncio do autuado como reconhecimento tácito da infração. Entendo que este procedimento implica em prejuízo do direito de ampla defesa do contribuinte.

Ante o exposto, com base no disposto no art. 18, II, que prevê a possibilidade de nulificação das decisões proferidas com preterição do direito de defesa, acolho a alegação preliminar de nulidade da Decisão. Afasto as preliminares de nulidade relativas ao suposto descumprimento de disposições constitucionais, por falecer competência a este Colegiado para tanto. Observo que o eventual excesso ou desvio de poder, se porventura existente, é matéria de Decisão do Supremo Tribunal Federal.

Por todo o exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário para ANULAR a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e declarar **NULA** a Decisão referente ao Auto de Infração nº 140764.0026/04-2, lavrado contra **CARDOSO E NASCIMENTO INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA**. Devolvam-se os autos à Primeira Instância para proferir nova decisão.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros César Augusto da Silva Fonseca, José Carlos Barros Rodeiro, Nelson Antonio Daiha Filho, Álvaro Barreto Vieira e Fauze Midlej.

VOTO VENCIDO: Conselheiro Tolstoi Seara Nolasco.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de fevereiro de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

CÉSAR AUGUSTO DA SILVA FONSECA – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS