

PROCESSO - A. I. Nº 079269.0221/06-8
RECORRENTE - GLOBOFARMA DISTRIBUIDORA FARMACÊUTICA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JF nº 0185-02/07
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 05/12/2008

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0403-11/08

EMENTA: ICMS. REFORMA DE JULGAMENTO. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NÃO OBSERVAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. NOVA DECISÃO. Reformada a Decisão de primeira instância que concluiu pela procedência do Auto de Infração. Comprovado prejuízo ao contribuinte no seu direito ao contraditório, por não terem sido apreciadas todas as razões argüidas pelo sujeito passivo em sede de defesa. Devolva-se o PAF ao órgão prolator da Decisão reformada para saneamento do processo e posterior julgamento. **PREJUDICADA** a análise do Recurso Voluntário. Declarada, de ofício, a **NULIDADE** da Decisão recorrida. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou procedente o presente Auto de Infração, lavrado com vistas a exigir ICMS no valor total de R\$128.983,33 em decorrência da constatação das seguintes irregularidades:

1. Recolhimento a menos do ICMS por antecipação, no valor de R\$128.617,46, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação e relacionadas no anexo 88.
2. Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$365,87, referente a antecipação parcial, na primeira repartição fazendária do percurso, sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação.

A Junta de Julgamento Fiscal, inicialmente, rejeitou a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, por entender que as infrações encontram-se devidamente fundamentadas, estando indicados no corpo do Auto de Infração os dispositivos infringidos.

Disse não proceder a alegação de que o Auto de Infração não foi acompanhado dos demonstrativos e levantamento e não consta a base de cálculo, pois os demonstrativos encontram-se às folhas 07, 08, 09, 10, 13, 14, 15, 16, 18, 19, 20, 21 e 22 dos autos, inclusive indicando a base de cálculo, salientando que o PAF foi convertido em diligência, para que o autuado recebesse cópia de todos dos levantamentos, demonstrativos e documentos acostados aos autos para embasarem a autuação, o que foi efetivamente cumprido.

No mérito, afirmou que o regime de antecipação tributária tem sua incidência prevista em relação às aquisições interestaduais para fins de comercialização, conforme dispõe o art. 8º, 4º, I, da Lei nº 7.014/97, o qual transcreveu.

Invocou o art. 371, do RICMS/97, segundo o qual, nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas pela legislação deste Estado no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo entre a Bahia e a unidade da Federação de origem que preveja a retenção do imposto, bem como nas importações e nas arrematações de mercadorias importadas e apreendidas ou abandonadas, o pagamento do ICMS devido pelo adquirente, relativo às suas

próprias operações e às subseqüentes com as referidas mercadorias, será efetuado por antecipação, ressalvadas as hipóteses do art. 355, nos prazos previstos no art. 125.

Aduziu que o contribuinte silenciou, apesar de ter recebido todos os demonstrativos e documentos acostados aos autos, com a conseqüente reabertura do prazo de defesa em 30 dias, tendo a JJF interpretado este silêncio como reconhecimento tácito da infração 01, julgando-a, desta forma, procedente.

No tocante à infração 02, ressaltou que o regime de antecipação parcial tem sua incidência prevista em relação às aquisições interestaduais para fins de comercialização, conforme dispõe o art. 12-A da Lei nº 7.014/97, incluído pela Lei nº 8.967/03.

Salientou que o art. 123, do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento.

Consignou que, da mesma forma que a infração anterior, apesar de ter recebido todos os demonstrativos, e documentos acostados aos autos, mesmo sendo intimado sobre a reabertura do prazo de defesa em 30 dias, o autuado silenciou, ensejando também a procedência da infração 02.

Inconformado, o contribuinte interpôs o Recurso Voluntário de fls. 69/76, no qual discorre sobre o dever jurídico de pagar tributos, os critérios da regra matriz de incidência tributária e o fato gerador que faz nascer a relação jurídica entre o contribuinte e o sujeito ativo.

Afirma que: *“no exame do mérito não merece outra sorte uma vez que o autuante não indicou a metodologia o critério e o meio para chegar ao crédito reclamado que ora se combate. Daí então...”* (sic – fl. 75).

Pugna pela realização de diligência fiscal, para que se confirme o que está dito no Recurso Voluntário, e, ao final, pelo Provimento do Recurso Voluntário interposto, para modificar a Decisão objurgada e julgar improcedente a autuação.

A PGE/PROFIS, no Parecer encartado aos autos, opina pelo não provimento do Recurso Voluntário interposto, ao fundamento de que *“a base legal autorizada da ação de autuação do Estado, se realizou plenamente no plano fenômeno, tanto na infração 1, quanto na infração 2”* (sic).

VOTO

A teor do art. 18, III, do RPAF, consideram-se nulas *“as decisões não fundamentadas”*. Por Decisão não fundamentada entende-se não apenas aquela que deixa de explicitar a motivação que respalda o entendimento firmado, mas também a que não se pronuncia acerca das matérias levantadas em sede de defesa administrativa.

Aliás, registre-se que a falta de enfrentamento das matérias defensivas implica cerceamento ao direito de defesa do contribuinte, pois tal garantia constitucional não se satisfaz apenas com a faculdade de apresentação de impugnação e Recurso administrativos; é mais do que isso, consiste na possibilidade de influenciar a Decisão do órgão julgador, o que somente se tem por realizado uma vez havendo manifestação expressa acerca de todas as questões levantadas no processo.

Não é por outro motivo que o RPAF, no seu art. 155, impõe que a Decisão administrativa resolva *“as questões suscitadas no processo”*.

In casu, observa-se que, conquanto o contribuinte tenha apresentado impugnação ao lançamento de ofício, a JJF limitou-se a resolver as questões preliminares que foram suscitadas, olvidando a análise do mérito defensivo.

O fato de o contribuinte ter silenciado após a concessão de um novo prazo de defesa não faz desaparecer a impugnação inicialmente apresentada, nem permite concluir pela procedência do presente Auto de Infração por concordância tácita do sujeito passivo, uma vez que ficou evidente o seu interesse de impugnar o lançamento engendrado.

A prova de que a defesa não se tornou inexistente é que a própria JJF apreciou e rejeitou a preliminar de nulidade através dela suscitada, o que contraria o fundamento utilizado no mérito para concluir pela procedência da autuação acerca do silêncio do contribuinte.

A par disso, verifica-se que o contribuinte levantou, no mérito, matéria importante para o deslinde da controvérsia administrativa, que se refere à apuração da base de cálculo do imposto lançado, questão esta que deve ser esclarecida e resolvida por este Conselho. A apreciação, todavia, neste segundo grau, importaria inadmissível supressão de instância, razão porque deve ser decretada a nulidade da Decisão objurgada, com o retorno dos autos à primeira instância administrativa, para que nova Decisão seja prolatada, com a apreciação de todas as razões deduzidas pelo sujeito passivo em sede de defesa.

Ante o exposto, decreto, de ofício, a NULIDADE da Decisão impugnada, determinando o retorno dos autos à primeira instância para novo julgamento, e considero PREJUDICADA a análise do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADA** a análise do Recurso Voluntário apresentado e, de ofício, decretar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº **079269.0221/06-8**, lavrado contra **GLOBOFARMA DISTRIBUIDORA FARMACÊUTICA LTDA.**, devendo os autos retornar à Primeira Instância para novo julgamento, após as providências saneadoras.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de novembro de 2008.

FÁBIO DE ANDRADE MOURA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

ANGELY MARIA GUIMARÃES FEITOSA - REPR. DA PGE/PROFIS