

PROCESSO - A. I. Nº 206948.0003/10-4
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - TERWAL MÁQUINAS LTDA.
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS – Acórdão 3ª JJF nº 0004-03/11
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 13/12/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0352-11/11

EMENTA: ICMS. NULIDADE DA DECISÃO. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. FALTA DE APRECIACÃO DE ARGUMENTOS/PEDIDOS DEFENSIVOS. Decisório de Primeiro Grau que deixa de apreciar argumentos/razões suscitadas na impugnação é nulo. Necessidade de nova Decisão da instância originária. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação da PGE/PROFIS, com fundamento no artigo 119, II, da Lei nº 3.956/81 (COTEB) e alterações posteriores, face o Controle da Legalidade exercido pelo Órgão, propondo que o CONSEF declare a nulidade do Acórdão JJF nº 0004-03/11, através do qual a 3ª Junta de Julgamento Fiscal julgou Procedente Em Parte o Auto de Infração lavrado em 07/05/2010, imputando ao contribuinte a exigência de R\$27.382,61 de ICMS, acrescido da multa de 70%, além de penalidades por descumprimento de obrigações acessórias, as quais totalizam o valor de R\$763.672,54 (Infração 2 – Entrada no estabelecimento de mercadoria tributável sem o devido registro na escrita fiscal: R\$485,67; Infração 3 – Entrada no estabelecimento de mercadoria não tributável sem o devido registro na escrita fiscal: R\$46,87; Infração 4 – Contribuinte deixou de anotar no RUDFTO a data da alteração do código de mercadorias ou código anterior ou o novo código utilizado).

Inconformado com a Decisão de 1ª Instância, o sujeito passivo ingressou com Recurso Voluntário, o qual foi arquivado, porquanto intempestivo, consoante documento de fl. 1167.

Processados os trâmites legais, o autuado, através da petição de fls. 1348/1359, formalizou o Pedido de Controle da Legalidade do lançamento tributário em questão, requerendo à Procuradoria que representasse ao CONSEF, para que fosse efetivada a revisão do julgamento do Auto de Infração, em razão da falta de enfrentamento de questões de fato apresentadas na peça de impugnação e em manifestações seguintes do autuado.

Em seguida, foi o processo encaminhado à procuradora Dr^a. Leila Von Söhsten Ramalho, a qual, em despacho de fl. 1619, converteu o feito em diligência, objetivando que fosse informado pelo auditor assistente técnico da PGE/PROFIS, à luz do quanto alegado pelo autuado e da nova documentação que instruiu a sua peça, se eram procedentes as questões suscitadas.

Às fls. 1620/1626, o auditor diligente apresentou Parecer, atendendo ao quanto solicitado na diligência.

Prosseguindo a tramitação, retornaram os autos para a ilustre procuradora, que, às fls. 1627/1629, proferiu Parecer no sentido da necessidade de representar ao CONSEF pela nulidade da Decisão de piso.

De início, destacou a procuradora ter o autuado sustentado que a Decisão administrativa de fls. 1151/1158, ao julgar a autuação, apreciou apenas parcialmente as suas razões defensivas, deixando, de forma indevida, de enfrentar argumento expressamente suscitado relativamente à infração 4.

Destacou ter o sujeito passivo alegado que, dentre as infrações que compunham a autuação, constava aquela atinente à falta de anotação no RUDFTO da alteração do código de mercadoria ou serviço (infração 4), por ter utilizado códigos distintos para o mesmo produto, sem o correspondente registro de alteração no livro fiscal próprio, tendo o autuado argumentado, e provado, em sua impugnação, que, ao contrário do quanto sustentado pelo autuante, a infração

não teria ocorrido, porquanto os códigos distintos teriam sido atribuídos a produtos também distintos, não sendo tal tese apreciada pelo CONSEF em seu julgamento.

Manifestou-se, então, a douta procuradora na linha de assistir *“razão ao contribuinte, pois, muito embora, efetivamente, tenha constado de sua defesa a arguição, relativa à Infração 4, de que as mercadorias em questão seriam distintas, a Decisão de fls. 1151/1158 ignorou tal argumentação, não tendo enfrentado especificamente, seja para acolhê-la ou para rejeitá-la”*.

Citou e transcreveu parte do artigo 123 do COTEB, o qual assegura ao sujeito passivo o direito de ampla defesa na esfera administrativa, invocando, também, como fundamento do seu opinativo, os artigos 155 e 157 do RPAF/BA, asseverando que *“não é dado ao julgador omitir-se quanto aos argumentos apresentados pelas partes, sendo-lhe prescrito equacionar todas as questões por elas propostas, máxime quando, tal como ocorre no presente caso, a questão sob exame apresenta-se apta a, se devidamente apreciada, talvez modificar o rumo que tomou o julgamento”*.

Ressaltou que, de acordo com o Parecer de fls. 1620/1626, da lavra do assistente técnico da PGE/PROFIS, existem ponderáveis indícios de que a argumentação do contribuinte – de se tratarem de mercadorias distintas – pode ser procedente, face à constatação ali inserida, formulada após verificação por amostragem.

Assim, salientou que, com vistas a prevenir uma futura alegação de nulidade processual por cerceamento de defesa (art. 18, II, do RPAF), *“se revela de bom alvitre volver os autos ao CONSEF para que proceda a uma nova e exauriente análise do feito, na qual venha a ser de fato enfrentada a alegação supracitada, inclusive mediante a eventual realização de revisão fiscal na qual toda a documentação fiscal (notas fiscais e escrituração fiscal) seja analisada de forma pormenorizada, tarefa que se revelaria inviável no âmbito restrito do controle de legalidade”*.

Em conclusão, invocou o art. 119, inciso II, e § 1º, do COTEB, para embasar a Representação ao Conselho de Fazenda Estadual – CONSEF, visando a declaração da nulidade do veredicto e que fosse proferida *“nova Decisão em torno da autuação em tela, desta feita apreciando especificamente o argumento, relativo à Infração 4, de tratarem-se de mercadorias diversas, julgando-o como de direito”*.

A procuradora assistente da PGE/PROFIS, Dra. Aline Solano Souza Casalli Bahia, à fl. 1630, formalizou despacho acolhendo todos os termos da Representação de fls. 1627/1629, da lavra da procuradora Dra. Leila Von Söhsten Ramalho, na vertente do encaminhamento da Representação ao CONSEF, objetivando o julgamento por uma de suas Câmaras de Julgamento Fiscal.

VOTO

A presente Representação, proposta pela PGE/PROFIS com previsão no art. 119, §1º, do Código Tributário do Estado da Bahia, cinge-se à apreciação, pelo CONSEF, da viabilidade de anular a Decisão proferida pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal, a qual decidiu pela Procedência em Parte do lançamento tributário, decorrente do Auto de Infração epigrafado, em atendimento ao Pedido de Controle de Legalidade apresentado pelo sujeito passivo, amparado nos princípios da ampla defesa e do contraditório, por omissão do órgão julgador sobre questões tidas como relevantes e suscitadas na peça impugnatória.

Com efeito, da análise da manifestação e do Despacho da PGE/PROFIS (fls. 1627/1629) e do exame das peças processuais, fácil é perceber o cuidado do sujeito passivo de alertar para a omissão ocorrida dentro do decisório hostilizado, especificamente no que tange à infração 4, ao destacar, à fl. 1355, que o relator não enfrentou a tese defensiva de que se tratam de itens de mercadorias diferentes, inexistindo troca de código entre a entrada e a saída dos produtos, não analisando as questões de fato referentes ao procedimento de autuação.

No caso em comento, a nobre procuradora aduziu que embora tenha constado da peça defensiva a arguição relativa à infração 4, de que as mercadorias questionadas seriam distintas, a Decisão de fls. 1151/1158 ignorou tal argumentação, não a tendo enfrentado, fosse para acolhê-la ou rejeitá-la.

Nesse contexto, nenhuma censura merece o entendimento manifestado pela douta representante da PGE/PROFIS, ressaltado o fato de ter o contribuinte anexado ao Pedido de Controle de Legalidade elementos probantes, os quais submetidos pela PGE/PROFIS à análise, em diligência por auditor assistente técnico da Procuradoria, resultaram no Parecer de fls. 1620/1626, indicando a existência de ponderáveis indícios de que a argumentação do contribuinte – de se tratarem de mercadorias distintas – pode ser plausível.

Válido e necessário trazer à baila o provisionamento da legislação tributária do Estado – COTEB art. 123, no específico:

“Art. 123. É assegurado ao sujeito passivo o direito de ampla defesa na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada de todas as provas que tiver desde que produzidas na forma e prazos legais.”

Por conseguinte, apresenta-se inadmissível, quer em procedimentos administrativos, quer na seara do Judiciário, a prolação de decisões sem enfrentamento das teses sustentadas pelas Partes.

Frise-se, por oportuno, se não fosse suscitada pelo sujeito passivo, a omissão do julgado deveria ser representada de ofício pela Procuradoria para apreciação do órgão julgador, porquanto, para os processos administrativos fiscais, no âmbito do Estado da Bahia, a legislação vigente impõe aos Julgadores, de forma expressa, o dever de fundamentar exaustivamente as suas decisões (arts. 155 e 164, do RPAF).

Além de tais regramentos, destaca-se a importância da invocação do art. 18, do mesmo Regulamento de Regência, segundo o qual são nulos os atos praticados e as decisões proferidas, tanto com preterição ao direito de defesa, quanto se não se encontrarem fundamentadas (incisos I e II, do referido dispositivo regulamentar).

Concludentemente, a decretação da nulidade é a consequência imposta às Decisões proferidas sem a necessária e indispensável fundamentação ou com preterição ao direito de defesa, ambos constitucionalmente assegurados.

Nesse quadro, sobejam motivos para me aliar ao entendimento emanado pela PGE/PROFIS (Opinativo de fls. 1627/1629), visto como se apresenta incontestavelmente demonstrada a necessidade de ser revista a Decisão proferida pela 3ª Câmara de Julgamento Fiscal (Acórdão 0004-03/11), na medida em que proferida sem observância do devido processo legal, violando, destarte, os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Ressalto que, apesar de se atrasar à tramitação do processo administrativo fiscal, em face do retrocesso, vislumbro que tal posicionamento pode, futuramente, representar economia para o Estado da Bahia, ao evitar possível condenação em honorários sucumbenciais, os quais, provavelmente, ocorreriam em uma demanda no âmbito do Poder Judiciário.

Em suma, voto pelo ACOLHIMENTO da Representação proposta, para decretar a NULIDADE da Decisão fustigada, devendo o processo retornar à Primeira Instância, visando novo julgamento, onde deverão ser apreciadas todas as alegações do contribuinte concernentes a todas as infrações, inclusive a argumentação relativa à imputação 4, constante do presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **ACOLHER** a Representação proposta e declarar decretar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº **206948.0003/10-4**, lavrado contra **TERWAL MÁQUINAS LTDA.**, devendo o processo retornar à Primeira Instância, objetivando novo julgamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de novembro de 2011.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS