

PROCESSO - A. I. Nº 0948214880/10
RECORRENTE - JOSÉ IRANILDO ANDRADE DOS SANTOS (A.H.C. ATACADO DISTRIBUIDOR)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0074-03/11
ORIGEM - IFMT - DAT/NORTE
INTERNET - 03/05/2012

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0130-11/12

EMENTA: ICMS. NULIDADE DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. FALTA DE APRECIÇÃO DE ARGUMENTOS/PEDIDO DEFENSIVOS. NOVA DEISÃO. A Decisão de primeira instância que deixa de apreciar argumentos e/ou pleitos do contribuinte é nula de pleno direito, por deficiência de fundamentação e cerceamento do direito de defesa do autuado. Decretada, de ofício, a nulidade da Decisão proferida pela JF. Devolvam-se os autos à Junta de Julgamento Fiscal para proferir nova Decisão. Recurso **PREJUDICADO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra Decisão da 3ª JF, a qual, através do Acórdão nº. 0074-03/11, considerou Procedente a Ação Fiscal, exigindo ICMS no valor de R\$9.133,70, acrescido de multa de 100%, resultante da divergência entre o documento fiscal e as mercadorias ali discriminadas, constatada durante a conferência do veículo transportador, conforme Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos de nº 2174527/2010-15.

Descreve a autuação que o veículo da empresa foi abordado pela fiscalização de mercadorias em trânsito, quando conduzia diversas mercadorias (bebidas alcoólicas) acobertadas pelos DANFES 917101 e 663901 (fls. 06/07), transportadas pelo veículo de placa JRB 1220, de propriedade do Sr. Iranildo Andrade dos Santos, na Estrada do Feijão, sentido Irecê.

O autuado apresentou impugnação tempestiva (fls. 31 a 45) e o autuante prestou a informação fiscal de praxe às fls. 58/59.

Em sequência, no conduto do Acórdão JF Nº. 0074-03/11, o Auto de Infração foi julgado Procedente, tendo o Relator, em seu voto, fundamentado a Decisão no teor adiante transcrito:

“O presente lançamento é decorrente da responsabilidade solidária atribuída ao autuado, tendo em vista que foram encontradas as mercadorias constantes do Termo de Apreensão de nº 2174527/2010-15, transportadas pelo veículo de placa JRB 1220, de propriedade do autuado, na estrada do feijão, sentido Irecê, tendo sido apresentados os DANFES 917101 e 663901, fls. 06/07 dos autos, constando como destinatário o Sr. João de Souza Lima Filho, com endereço à Rua Água Verde nº 176, Parque Ipê, Feira de Santana – Bahia, estando as mercadorias encontradas em desacordo com os documentos fiscais, constatado após a conferência do veículo.

O defendente alegou que a nota fiscal que acompanhava as mercadorias contém todos os dados necessários à indicação do emitente e do destinatário. Apenas as mercadorias excedentes que estariam desacobertadas por notas fiscais é que poderiam ser objeto da ação fiscal, para cobrar multa por descumprimento de obrigação acessória, por se tratar de mercadoria da substituição tributária, porque se trata de cerveja da marca SKOL e refrigerante que saem da indústria com incidência do imposto por substituição tributária, encerrando a fase de tributação.

De acordo com a descrição constante no Termo de Apreensão e os esclarecimentos prestados pelo autuante na informação fiscal, o destinatário das mercadorias tem como endereço a Rua Água Verde nº 176, Bairro do Parque Ipê, Feira de Santana – Bahia, e o veículo transportador transitava pela Estrada do Feijão, sentido Irecê, tendo sido abordado no Posto da Polícia Rodoviária Federal localizado antes do município de Ipirá. Os documentos fiscais que acompanhavam as mercadorias foram desclassificados porque, além da irregularidade

citada anteriormente, as mercadorias encontradas estavam em desacordo com os documentos fiscais, fato constatado após a conferência do veículo.

Observe que este fato não foi elidido, não obstante a alegação apresentada pelo autuado de que não seria devido o imposto, ainda que tenha havido equívoco na falta de emissão da nota fiscal, e que a mercadoria encontra-se com fase de tributação encerrada, conforme art. 9º da Lei 7.014/96.

No caso em exame, as notas fiscais que acompanhavam as mercadorias foram consideradas inidôneas, haja vista que as irregularidades apuradas pela fiscalização foram de tal ordem que os documentos fiscais se tornaram imprestáveis para a operação. Por isso, não se pode entender que está comprovada a origem das mercadorias e o pagamento do imposto, encerrando a fase de tributação, como alegou o autuado. Portanto, o imposto exigido no presente Auto de Infração se refere à responsabilidade solidária atribuída por lei ao próprio autuado, em relação às mercadorias que estava conduzindo com documentação fiscal considerada inidônea.

De acordo com o art. 6º, inciso III, alínea “d”, da Lei 7.014/96, são solidariamente responsáveis pelo pagamento do ICMS e demais acréscimos legais, os transportadores que conduzirem mercadorias sem documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino, ou mesmo, acompanhadas de documentação inidônea.

Dessa forma, é legal a exigência do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário, por ter realizado transporte de mercadorias de terceiro, acompanhadas de documentação fiscal inidônea.

Assim, entendo que está caracterizada a irregularidade apontada no presente Auto de Infração, sendo devido o imposto, conforme apurado pela autuante à fl. 24 do PAF.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Inconformado, o sujeito passivo interpôs, em tempo hábil, o Recurso Voluntário de fls. 74 a 88, sustentando a inexistência da infração, porquanto equivocadamente o Fisco ao proceder a exigibilidade de ICMS com amparo apenas no fato de ter constatado que mercadorias acobertadas pelos documentos fiscais estavam em quantidade divergente, posto que um mero engano na indicação das mercadorias não poderia gerar o pagamento de ICMS.

Aduziu ser incorreto o procedimento adotado, na medida em que a nota fiscal continha todos os dados necessários à identificação do destinatário e emitente, e apenas as mercadorias excedentes, que estariam desacobertadas por notas fiscais, poderiam ser objeto da ação fiscal, tão somente para a aplicação de multa formal por descumprimento de obrigação acessória, já que se tratava de mercadoria substituída.

Prosseguindo, asseverou-se tratar de comercialização de bebidas alcoólicas e refrigerantes, as quais têm saída da indústria com o imposto retido e fase de tributação encerrada, daí, mesmo se existente equívoco na emissão da nota fiscal, de acordo com o disposto no art. 9º da Lei nº 7.014/96, não poderia se falar em nova tributação.

Por outro lado, sustentou o recorrente a “*Impropriedade de Aplicação Taxa SELIC como Índice para Acréscimo Moratório na Infração*”, considerando-a inconstitucional, por ferir os princípios de legalidade, anterioridade e segurança jurídica previstos na Constituição Federal (artigos 5º, 48, I, 150, I, III “b” e 195, § 6º).

Para embasar a sua tese, a peça recursiva invocou e reproduziu diversos dispositivos das legislações do imposto de renda e previdenciária que adotam a mencionada taxa como juros, ora remuneratórios, ora moratórios, incidindo sobre débitos tributários, inclusive a Lei Estadual nº 7.753/00, que alterou a redação do art. 102 do Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº 3.956/81), alertando que não se encontrava definido, em nenhum dos textos legais, essencialmente, o que seria a Taxa SELIC.

Transcreveu, ainda, Decisão do Superior Tribunal de Justiça, texto de doutrinadores acerca da inconstitucionalidade da Taxa SELIC na atualização de débitos tributários, salientando que o art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional (CTN) prevê juros de mora sobre os débitos tributários não pagos no prazo, se a lei não dispuser de modo diverso, calculados à taxa de 1% ao mês, ressalvando que não é legítima a adoção da Taxa SELIC, porquanto norma de hierarquia inferior não poderia alterar dispositivo de Lei Complementar.

Finalizou, requerendo o conhecimento e o provimento do Recurso, para que fosse julgada improcedente a ação fiscal, por ser de Direito e Justiça.

A ilustre Representante da PGE/PROFIS, em seu Parecer de fl. 93, ao analisar o Recurso, destacou que vislumbrava, no específico, a nulidade da Decisão recorrida, a qual deveria ser reconhecida de ofício, já que não suscitada pelo Recorrente, *verbis*:

“Vejo que uma das alegações apresentadas na Defesa não foi apreciada na Decisão recorrida, o que macula de nulidade o acórdão, por cerceamento ao direito de defesa e garantia ao duplo grau de jurisdição.

Na Defesa, como consta do próprio relatório da d JF, o Defendente alega a impropriedade da Taxa Selic, mas a Decisão recorrida não enfrentou esse ponto.”

Concluiu opinando pela decretação da nulidade da Decisão recorrida, para retorno dos autos à Primeira Instância.

VOTO

É objeto deste Recurso Voluntário o inconformismo do autuado com a Decisão de Primeira Instância, atinente à infração descrita no relatório supra, onde se exige ICMS no valor de R\$9.133,70, acrescido de multa.

Consoante detalhadamente relatado, a 3ª Junta de Julgamento Fiscal julgou procedente dita autuação, sendo as razões recursais repetitivas daquelas apresentadas na impugnação.

Do exame das peças processuais, facilmente se constata que o sujeito passivo, tanto na sua peça defensiva, como na recursal, em um longo arrazoado, aproximadamente 14 folhas, se insurge contra a aplicação da Taxa SELIC como índice para acréscimo moratório da infração, citando dispositivos da legislação tributária, doutrina e jurisprudência sobre o tema.

Nesse contexto, após análise do teor do acórdão exarado pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal, verifico que a questão suscitada pelo sujeito passivo não foi examinada, como necessário se faz, apresentando-se inadmissível, quer em procedimentos administrativos, quer em demandas judiciais, a prolação de decisões sem enfrentamento das teses essenciais suscitadas pela parte.

Válido frisar que, ainda se para lastrear as suas alegações defensivas, o sujeito passivo não tivesse apresentado os fundamentos legais correlatos, o seu requerimento deveria ser examinado pelo órgão julgador, visto que, no âmbito do Estado da Bahia, para os processos administrativos fiscais, a legislação vigente impõe aos julgadores, de forma expressa, o dever de fundamentar as suas decisões (arts. 155 e 164, do RPAF), confirmando-se, em última análise, o quanto previsto na regra 93, IX, da Carta Magna.

Além desses regramentos, é importante invocar o art. 18 do mencionado Regulamento, segundo o qual são nulos os atos praticados e as decisões exaradas tanto com preterição ao direito de defesa, quanto se desfundamentadas (incisos I e II).

Desse modo, a decretação da nulidade é a consequência imposta por Lei às decisões proferidas sem a necessária e indispensável fundamentação ou com preterição ao direito de defesa, repita-se, ambos constitucionalmente assegurados.

Ressalto, finalmente, que, apesar de representar um aparente atraso na tramitação do processo administrativo fiscal, em face do retrocesso processual, vislumbro que tal posicionamento pode, entretanto, significar uma economia futura para o Estado da Bahia, por evitar possíveis honorários sucumbenciais, os quais, provavelmente, ocorreriam em uma demanda no âmbito da Justiça Estadual.

Em suma, alinho-me ao opinativo da representante da PGE/PROFIS (fl. 93), confirmando a existência de questão ensejadora de decretação da nulidade da Decisão, a qual pode e deve ser apreciada, de ofício, por este CONSEF, por se tratar de matéria de ordem pública.

Voto na linha de ser decretada a NULIDADE da Decisão farpeada e, conseqüentemente, julgado Prejudicado o Recurso Voluntário, de tudo resultando o retorno da procedimentalidade à Primeira Instância para saneamento e novo julgamento.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADO** o Recurso Voluntário apresentado e, de ofício, decretar a **NULIDADE** da Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº **0948214880/10**, lavrado contra **JOSÉ IRANILDO ANDRADE DOS SANTOS (A.H.C. ATACADO DISTRIBUIDOR)**, devendo o processo retornar à Primeira Instância para que se proceda a novo julgamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de abril de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS