

PROCESSO - A. I. Nº 269274.0901/12-6
RECORRENTE - LOJAS AMERICANAS S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0209-02/14
ORIGEM - IFEP - DAT/SUL
INTERNET - 13/05/2015

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0104-12/15

EMENTA: ICMS. NULIDADE DE DECISÃO. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. NOVA DECISÃO. As decisões emanadas da Administração Pública devem ser devidamente fundamentadas. A Constituição Federal, no que concerne às decisões dos tribunais e conselhos administrativos, é expressa em seu artigo 93, inciso X, ao exigir-lhes motivação. O processo deverá retornar à Primeira Instância para novo julgamento. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão contida no Acórdão 2ª JJF nº 0209-02/14, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração acima epigrafado, lavrado no dia 28/09/2012 para exigir ICMS no valor histórico de R\$ 23.888,64, sob a acusação do cometimento de três irregularidades.

Apenas as infrações 2 e 3, abaixo transcritas, foram tratadas pelo sujeito passivo na peça de Recurso.

INFRAÇÃO 2 – Utilização indevida de crédito, referente às aquisições sujeitas ao regime de substituição tributária, nos meses de setembro a dezembro de 2010. R\$ 7.748,12. Multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei 7.014/1996.

INFRAÇÃO 3 – Recolhimento a menor, em razão de erro na aplicação da alíquota nas saídas regularmente escrituradas, nos meses de setembro a dezembro de 2010. Consta que o “*contribuinte aplicou alíquota zero em diversas operações de saída de mercadorias tributadas, resultando em recolhimento do ICMS a menor*”. R\$7.182,93. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei 7.014/1996.

A Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia de 21/10/2014 (fls. 195 a 206), tendo decidido pela procedência parcial por unanimidade, nos termos a seguir reproduzidos.

“Preliminarmente, constato que o presente processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF/99, tendo sido o imposto, a multa e sua base de cálculo apurados em conformidade com a legislação regente da matéria, cujos valores se encontram contidos nos demonstrativos (folhas 06 a 59). Ademais, houve indicação clara do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo, além da indicação dos dispositivos da legislação infringidos.”

“Quanto à Infração 01, constato que a impugnante acatou integralmente o valor lançado (R\$8.957,59), tendo providenciado a sua quitação, conforme comprovante de pagamento à folha 127. Assim, deixa de haver questão controversa, relativa à infração 01, a ser decidida por esta corte. Tenho por procedente a infração 01.”

“Quanto à infração 02, a impugnante acatou parcialmente o lançamento no que se refere ao valor de R\$3.777,10, conforme folha 73, valor este que foi quitado conforme comprovante de pagamento à folha 127.”

“Opôs, contudo, suas razões no que se refere às mercadorias descritas à folha 74, alegando que se trata de produtos que não estão sujeitos ao regime da substituição tributária.”

“Em sua informação fiscal, o autuante, após análise individualizada, acatou parcialmente as alegações do

autuado, tendo promovido a exclusão de R\$1.051,11, conforme se pode depreender da leitura de trecho de sua peça informativa, à folha 136, abaixo reproduzido.

“Entendemos que foram esclarecidos os pontos questionados pela defendant, e sendo assim, solicitamos deste Egrégio Conselho as seguintes posições: a) A procedência parcial da infração 02, com a exclusão do valor de R\$1.015,11 referente (sic) a mercadorias não sujeitas ao regime de substituição tributária e com direito ao crédito do ICMS; ...”

Em nova manifestação, o autuado alega que, embora o autuante tenha acolhido as suas razões defensivas, não se atentou para o fato de que havia mais mercadorias a serem excluídas, pois as listadas na impugnação o foram somente de forma exemplificativa, compreensão que se extrai da leitura da folha 157, cujo trecho vai reproduzido abaixo.

“Não obstante o Fisco baiano tenha acolhido os argumentos expostos pela ora Peticionária em relação à grande parte das mercadorias elencadas, fato é que, em sua Impugnação, as mercadorias foram elencadas de forma exemplificativa, objetivando demonstrar (como feito) a incontestável insubsistência da autuação fiscal.

...
Assim, consoante se verifica através do documento anexo (Doc. 04), há diversas outras mercadorias cujo crédito de ICMS aproveitado pela ora Peticionária é absolutamente legítimo, tendo em vista que, à época da ocorrência do fato gerador, não se sujeitavam ao regime de substituição tributária.”

Em sua segunda informação fiscal, o autuante acata, mais uma vez, as considerações defensivas, procedendo a nova redução do débito para R\$4.505,89, conforme folha 164.

Em sua derradeira manifestação, o autuado queixa-se de que a autoridade fiscal não identificou, claramente, sobre quais mercadorias recaiu o saldo remanescente do Auto de Infração, clamando que o autuante seja instado a esclarecer o lançamento, conforme se extrai da leitura da folha 175, cujo trecho vai reproduzido abaixo.

“Todavia, em que pese o fiscal autuante ter procedido à exclusão de alguns produtos, conforme se infere nos quadros acima, resta-se latente que não identificou, de forma clara, sob quais mercadorias (e suas respectivas NCM's), recaem os saldos devedores das infrações 02 e 03 (grifos acrescidos).

Dest modo, afim de que se evite o cerceamento ao direito de defesa da ora Peticionária, tendo em vista que não possível identificar quais são os produtos que estão contidos nos saldos devedores de cada infração, requer-se a V.Sas. seja o autuante intimado a esclarecer o ponto controverso, identificando, para tanto, quais as mercadorias (e suas respectivas NCM's) que compõem os saldos devedores das infrações 02 e 03.”

Em nova informação fiscal, o autuante esclarece que o demonstrativo, requerido pela defesa, encontra-se anexado ao processo, em um CD.

Após cientificada em 18/08/14 (às folhas 187 a 190), por AR, das informações contidas no CD citado, e tendo recebido uma cópia, o autuado manteve-se silente, não mais se insurgindo quanto ao lançamento.

Ao silenciar-se, entendo que manifestou a sua concordância tácita com o lançamento, cujo refazimento decorreu de pleito seu. Assim, tenho por parcialmente procedente a infração 02, em conformidade com os valores refeitos pelo autuante e exibidos à folha 164, em montante de R\$4.505,89.

Quanto à infração 03, a impugnante acatou parcialmente o lançamento no que se refere ao valor de R\$2.879,91, conforme folha 73, valor este que foi quitado conforme comprovante de pagamento à folha 127.

Opôs, contudo, suas razões no que se refere às mercadorias apontadas com erro na aplicação da alíquota, para as quais apresenta um demonstrativo (folhas 87 a 100), minuciando o tratamento tributário que entende adequado. Insurgiu-se, também, em relação às mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, por entender que a fase de tributação já estaria encerrada.

Em sua informação fiscal, o autuante, após análise, acatou parcialmente as alegações do autuado, tendo promovido a exclusão de R\$676,88, conforme se pode depreender da leitura de trecho de sua peça informativa, à folha 136, abaixo reproduzido.

“Entendemos que foram esclarecidos os pontos questionados pela defendant, e sendo assim, solicitamos deste Egrégio Conselho as seguintes posições: ... b) A procedência parcial da infração 03, com exclusão total de R\$ 676,88, sendo que R\$ 670,44 referente a mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, cujo recolhimento do imposto ocorreu na operação anterior; e R\$ 6,44 referente a mercadorias não sujeitas ao regime de substituição tributária NCMs 9032.8911; 8471.6052 e 8443.3111 (Produtos de Informática), porém com redução de base de cálculo.”

Em nova manifestação, o autuado alega que, embora o autuante tenha acolhido as suas razões defensivas, não se atentou para o fato de que havia mais mercadorias a serem excluídas, cuja classificação fiscal é igual à

daquelas mercadorias já acatadas, conforme leitura da folha 157, cujo trecho vai reproduzido abaixo.

“Igualmente ao ocorrido na Infração 02, o Fisco baiano acatou boa parte da argumentação apresentada pela Peticionária em sua defesa. Todavia, ao realizar a exclusão dos valores relativos a mercadorias que se sujeitavam ao regime de Substituição Tributária, manteve a exigência do ICMS sobre mercadorias cuja classificação fiscal (NCM/SH) é exatamente a mesma daquelas excluídas.”

Em sua segunda informação fiscal, o autuante acata, mais uma vez, as considerações defensivas, procedendo a nova redução do débito para R\$4.820,42, conforme folha 165.

Em sua derradeira manifestação, o autuado queixa-se de que a autoridade fiscal não identificou, claramente, sobre quais mercadorias recai o saldo remanescente do Auto de Infração, clamando que o autuante seja instado a esclarecer o lançamento, conforme se extrai da leitura da folha 175, cujo trecho vai reproduzido abaixo.

“Todavia, em que pese o fiscal autuante ter procedido à exclusão de alguns produtos, conforme se infere nos quadros acima, resta-se latente que não identificou, de forma clara, sob quais mercadorias (e suas respectivas NCM’s), recaem os saldos devedores das infrações 02 e 03 (grifos acrescidos).

Deste modo, afim de que se evite o cerceamento ao direito de defesa da ora Peticionária, tendo em vista que não possível identificar quais são os produtos que estão contidos nos saldos devedores de cada infração, requer-se a V.Sas. seja o autuante intimado a esclarecer o ponto controverso, identificando, para tanto, quais as mercadorias (e suas respectivas NCM’s) que compõem os saldos devedores das infrações 02 e 03.”

Em nova informação fiscal, o autuante esclarece que o demonstrativo, requerido pela defesa, encontra-se anexado ao processo, em um CD.

Após científicada em 18/08/14 (às folhas 187 a 190), por AR, das informações contidas no CD citado, e tendo recebido uma cópia, o autuado manteve-se silente, não mais se insurgindo quanto ao lançamento.

Igualmente ao que sucedera com a infração 02, entendo que, ao silenciar-se, manifestou a sua concordância tácita com o lançamento, cujo refazimento decorreu de pleito seu. Assim, tenho por parcialmente procedente a infração 03, em conformidade com os valores refeitos pelo autuante e exibidos à folha 165, em montante de R\$4.820,42.

Diante do exposto, julgo PARCIALMENTE PROCEDENTE o Auto de Infração conforme demonstrativo abaixo: [planilha de fl. 205].

Após juntar petição à fl. 217, com o pleito de envio das intimações ao patrono ali indicado, o contribuinte, com fulcro no art. 169, I, “b” do RPAF/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia, Decreto nº 7.629/1999), interpõe Recurso Voluntário às fls. 234 a 243, no qual inicia aduzindo a tempestividade, sintetizando as ocorrências, requerendo a homologação da quantia já paga (R\$ 15.614,60, conforme demonstrativo de fl. 237) e argumentando que a Decisão do órgão “*a quo*” não deve prosperar.

Alega o recorrente, com base em transcrição de trecho do Acórdão de origem (fl. 238), que o mesmo não esgotou a matéria em litígio, tendo os julgadores simplesmente acolhido as reduções promovidas pelo autuante em sede de revisão, sem tecer considerações aprofundadas; nos seus dizeres, “*na confortável e inerte postura de simplesmente convalidar o trabalho fiscal*” (fl. 242).

Apesar de a JJF ter acolhido a manifestação de fls. 131 a 136, relativamente à segunda infração, “*o fisco não fundamenta os motivos pelos quais entende que a mercadoria X ou Y deve permanecer no lançamento. Já no que diz respeito à infração 3, o auditor fiscal manteve o lançamento com base na análise equivocada da situação tributária de diversas mercadorias*”.

A seguir, referindo-se à segunda imputação, exemplifica com a mercadoria “*TORRONE CASTANHA DE CAJU 90G*”, fora da substituição tributária desde janeiro de 2009, a seu ver, devido ao Decreto 11.289/2008. Muito embora tal argumento tenha sido apresentado na defesa, a autoridade fiscal manteve a exigência sem oferecer fundamentação (transcrição de fl. 240).

Quanto à infração 3, toma a título ilustrativo o item “*CONF MM AMENDOIM 200G*” (NCM/SH 1806.90.00), segundo alega, enquadrado no regime de substituição tributária à época dos fatos (setembro a dezembro de 2010, redação atual do art. 353, II, item 8.5, RICMS/1997, fl. 241).

O autuante, na sua informação, apenas registrou que a mercadoria não está no indigitado regime (substituição tributária) desde janeiro de 2009 e manteve o lançamento respectivo (fl. 134).

Conclui pleiteando o Provimento recursal para declarar a total improcedência da autuação.

VOTO

Como resultado das informações fiscais de fls. 131 a 136 e 164/165, o valor exigido no Auto de Infração em tela foi revisado duas vezes.

A JJF (Junta de Julgamento Fiscal) converteu o feito também duas vezes em diligência. A última, de fl. 185, efetuada para que o contribuinte tomasse conhecimento do conteúdo do CD de fl. 182, que contém apenas o arquivo em “WORD” da informação fiscal de fls. 180/181, a qual simplesmente ratificou o que já havia sido dito às fls. 164/165.

Assinale-se que o contribuinte, tendo recebido os documentos e demonstrativos (recibo à fl. 168), manifestou inconformismo no que se refere à informação fiscal de fls. 164/165 às fls. 172 a 176. Portanto, a inércia do recorrente relativa ao conteúdo do CD de fl. 182 e à informação de fls. 180/181 não enseja efeito jurídico, uma vez que estes últimos tão somente corroboram a revisão de fls. 164 a 166, sobre a qual já havia sido colacionada manifestação.

Uma vez que o sujeito passivo não se manifestou sobre o resultado da precitada diligência, de fl. 185, a instância de origem enveredou pela tese de aceitação tácita da segunda e última revisão.

“Ao silenciar-se, entendo que manifestou a sua concordância tácita com o lançamento, cujo refazimento decorreu de pleito seu. Assim, tenho por parcialmente procedente a infração 02, em conformidade com os valores refeitos pelo autuante e exibidos à folha 164, em montante de R\$4.505,89”.

“Igualmente ao que sucedera com a infração 02, entendo que, ao silenciar-se, manifestou a sua concordância tácita com o lançamento, cujo refazimento decorreu de pleito seu. Assim, tenho por parcialmente procedente a infração 03, em conformidade com os valores refeitos pelo autuante e exibidos à folha 165, em montante de R\$4.820,42”.

Concluo que há falta de fundamentação fática e jurídica nas informações fiscais e na Decisão de origem. Nesta última em decorrência do equivocado raciocínio acima exposto, qual seja, de que nas searas administrativa e tributária a aceitação tácita pode lastrear Decisão.

Sabe-se que o direito administrativo pátrio é regido por dois princípios primordiais, o da indisponibilidade do interesse público e o da supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

Assim, ainda que um contribuinte aceite, de forma tácita ou expressa, sofrer processo de execução fiscal em decorrência de lançamento de tributo não devido, o que prepondera em qualquer caso é o interesse público primário de somente constituir crédito tributário efetivamente devido ao Erário, razão pela qual a Decisão em enfoque tomou como supedâneo uma premissa, como dito, eivada de erro insanável.

O que se está a dizer, em suma, é que não há espaço para decisões tributárias fundamentadas no silêncio do contribuinte. Ou a situação concreta se encarta na hipótese de incidência, erigindo-se assim à qualidade de fato gerador, ou não. A norma do art. 143 do Decreto nº 7.629/1999 tem eficácia quando há dúvidas atinentes a matérias de fato, não de direito.

Ademais, não houve silêncio ou inércia da sociedade empresária, pois a mesma, às fls. 172 a 176, juntou manifestação sobre a informação fiscal de fls. 164 a 166. O CD de fl. 182 e a informação de fls. 180/181, repito, apenas ratificam a revisão de fls. 164 a 166 e não trazem demonstrativo analítico dos montantes residuais.

É lição sabida que as decisões emanadas da Administração Pública devem se mostrar devidamente fundamentadas. Aliás, a Constituição Federal, no que concerne às decisões dos tribunais e conselhos administrativos, é expressa em seu artigo 93, inciso X, ao exigir-lhes motivação.

“X - as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares

tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)".

Veja-se a esse respeito o que preleciona o professor Celso Antônio Bandeira de Mello.

"A autoridade necessita referir não apenas a base legal em que se quer estribada, mas também os fatos ou circunstâncias sobre os quais se apoia e, quando houver discrição, a relação de pertinência lógica entre seu supedâneo fático e a medida tomada, de maneira a se poder compreender sua idoneidade para lograr a finalidade legal. A motivação é, pois, a justificativa do ato.

Faltando a enunciação da regra jurídica proposta como aplicanda, não se terá como saber se o ato é adequado, ou seja, se corresponde à competência utilizada; omitindo-se a enunciação dos fatos e situações à vista dos quais se está procedendo de dado modo, não se terá como controlar a própria existência material de um motivo para ele e, menos ainda, seu ajustamento à hipótese normativa: carecendo de fundamentação esclarecedora do porquê se agiu da maneira tal ou qual não haverá como reconhecer-se, nos casos de discrição, se houve ou não razão prestante para justificar a medida e, pois, se ela era, deveras, confortada pelo sistema normativo".

Destaque-se também o que está disposto no art. 18, III, RPAF/1999.

"Art. 18 São nulos: I - os atos praticados por autoridade, órgão ou servidor incompetente; II - os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa; III - as decisões não fundamentadas; (...)".

Às fls. 132 a 136, na análise de mérito da primeira informação fiscal, não há referência a qualquer artigo da legislação de regência, o que contamina o Areto de base, porquanto baseado na "aceitação tácita" desta e da segunda (fls. 164/165).

O caráter lacônico da informação de fls. 131 a 136, que serviu de base para a de fls. 164/165 e para a própria Decisão em enfoque, estiolou as garantias, normas e princípios acima expostos e o comando do art. 127, § 6º do Decreto nº 7.629/1999, situação que resultou nas supostas incongruências apresentadas na peça recursal a título exemplificativo, relativas aos itens "TORRONE CASTANHA DE CAJU 90G" e "CONF MM AMENDOIM 200G" (fl. 134, NCM/SH 1806.90.00).

Quanto às intimações, devem ser observados os artigos 108 a 110 do RPAF/1999.

Em face do exposto, com fulcro no art. 18, III do RPAF/1999, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário para declarar NULA a Decisão recorrida, com o retorno do processo à 2ª JJF.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, PROVER o Recurso Voluntário apresentado para declarar NULA a Decisão recorrida relativa ao Auto de Infração nº 269274.0901/12-6, lavrado contra LOJAS AMERICANAS S/A., devendo o processo retornar à primeira instância para novo julgamento.

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

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

PAULO DANILLO REIS LOPES – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS