

PROCESSO - A.I. Nº 111197.0002/99-5
RECORRENTE - PEIXOTO COMÉRCIO INDÚSTRIA SERVICOS E TRANSPORTE LTDA
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO DE REVISTA - Acórdão 2ª CJF nº 2172-12/01
ORIGEM - IFEP-DAT/ METRO (IFESP)
INTERNET - 15.04.02

CÂMARA SUPERIOR

ACÓRDÃO CS Nº 0026-21/02

EMENTA: ICMS. INEXISTÊNCIA DE PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO. Constitui requisito de admissibilidade do Recurso de Revista a indicação precisa de decisão divergente a ser tomada como paradigma e a conseqüente demonstração de identidade jurídica da mesma com a decisão recorrida. A decisão invocada diz respeito a fatos e fundamentos de direito diversos dos que são analisados no presente caso. Recurso **NÃO CONHECIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Revista interposto pelo sujeito passivo, na forma prevista no art. 169, e seguintes do RPAF/99, contra a decisão proferida no Acórdão 2ª CJF nº 2172-12/01 que ratificou em decisão não unânime o Recurso de Ofício e Voluntário conforme Acórdão nº 2704/00 da 1ª Junta de Julgamento Fiscal.

A autuação acusa a falta de retenção e recolhimento do ICMS por antecipação tributária incidente sobre operações de vendas interestaduais de mercadorias destinadas a contribuintes não inscritos ou a estabelecimentos inscritos simplificados ou microempresas localizados no Estado da Bahia realizadas no exercício de 1994, no valor de R\$884.049,05.

Na defesa, tempestivamente, às fls. 997 a 1029 dos autos (volume IV), através de representante legal, apresentou as seguintes razões, inicialmente tecendo considerações acerca do Princípio da Legalidade. E aduz as seguintes preliminares:

- 1- Que não tem aplicabilidade o Regime Especial nº 719015/94 e o respectivo Parecer GETRI nº 081/94, por não encontrarem amparo nas normas hierarquicamente superiores.
- 2- Que teria ocorrido ilegitimidade passiva por não ser responsável pela suposta obrigação tributária imputada pelos autuantes, uma vez que não é do remetente, mas dos destinatários das mercadorias, já que não haveria Convênio ou Protocolo firmado entre o Estado da Bahia e da unidade da Federação de origem das mercadorias. Transcreve ementas do CONSEF/BA relativas à matéria.
- 3- Aduz cerceamento de defesa, por falta de apresentação de prova material, relativo aos levantamentos indispensáveis para os esclarecimentos dos fatos narrados. Cita ementas do CONSEF.
- 4- Diz que o contrato firmado entre a SEFAZ do Estado da Bahia (“Regime Especial” nº 719015/94), seria nulo por cerceamento de defesa.

- 5- Que houve infringência à cláusula nona do Convênio 81/93, e que os autuantes não estavam credenciados previamente na SEFAZ de Minas Gerais, e por isso suscita que o processo seja nulo.
- 6- Argüi falta de prorrogação para prosseguir a fiscalização, sob pena de vício de nulidade.

No mérito, alega que os destinatários na sua grande maioria recolheram o ICMS. Aduz que para provar as suas alegações solicita que seja concedido um prazo de 60 dias para a realização de diligência junto aos contribuintes (microempresas, simplificado e não inscritos). Assevera que as mercadorias não estão sujeitas a antecipação do imposto conforme comprova o anexo IV/Doc. 12.

Conclui requerendo a nulidade do Auto de Infração ou se ultrapassada esta, que seja considerado Improcedente, ou que seja realizada perícia fiscal para que se ateste a veracidade das alegações defensivas.

Os autuantes, na Informação Fiscal às fls. 2727 a 2733 acataram parte dos argumentos defensivos reduzindo o montante do débito, conforme demonstrativo à fl. 2734. E alegam o seguinte:

- 1- Que a solicitação de Regime Especial partiu do autuado, que protocolizou o Processo 712015/94, relativo as operações mercantis que destinassem mercadorias para contribuintes não inscritos ou inscritos em condição de microempresa ou contribuinte simplificado, sendo concedido pelo Diretor do DAT.
- 2- Que a fiscalização observou nos Termos do Regime Especial, visto que se constitui em um chamado “ato negocial”, e por conseguinte as cláusulas devem ser observadas por ambas as partes contratantes.
- 3- Que o Regime Especial estabelece claramente a responsabilidade do autuado reter e recolher o ICMS da substituição tributária.
- 4- Que não houve cerceamento de defesa, uma vez que os demonstrativos estão acostados aos autos e foram elaborados com base nas informações e meios magnéticos e disponibilizados pelo próprio autuado.

O autuado exerceu o seu direito de manifestar-se acerca da Informação Fiscal, e ratifica o seu entendimento quanto a inaplicabilidade do Regime Especial. Diz que os autuantes não fazem a prova do credenciamento junto à SEFAZ de Minas Gerais, e não apresentam o Termo de Prorrogação, sob pena de caracterizar o cerceamento de defesa. Conclui mantendo os termos da impugnação.

A Decisão da Junta de Julgamento Fiscal, considerou que relativo às nulidades todas foram combatidas, e diante da manifestação da PROFAZ às fls. 2759 e 2760, entenderam os julgadores que não podia o autuado requerer o Regime Especial e depois requerer em seu próprio benefício a nulidade do regime, acolhendo também a tese da PROFAZ. E adentrando ao mérito, com base nos números apontados pelos autuantes nos demonstrativos de fl. 2734, julgou o Auto de Infração Procedente em Parte.

No prazo decencial, o autuado inconformado com a decisão prolatada no Acórdão nº 2704/00 da 1ª JF, interpôs Recurso Voluntário, aduzindo as seguintes razões:

- 1- Que a decisão da Junta de Julgamento Fiscal não apreciou os argumentos defensivos, quanto às ementas apresentadas, onde se constata decisões do Conselho, atribuindo a responsabilidade do recolhimento do ICMS aos destinatários baianos, em situações semelhantes e que neste caso exigiu do remetente, em total confronto com a jurisprudência deste órgão julgador.
- 2- Diz que não foi analisada a validade jurídica do Regime Especial, e ainda que não foi apreciada a questão de não haver no Convênio 81/93, nenhuma norma que autorize a instituição do referido regime. Diz que o mesmo, sequer chegou a existir no mundo jurídico. E se está havendo aproveitamento indevido é o Estado da Bahia, porque está exigindo imposto já pago pelos destinatários, caracterizando enriquecimento ilícito.
- 3- Alega que trata-se de ilegitimidade passiva, e não tem como o Fisco baiano exigir do contribuinte mineiro a imposição de obrigação. Argüi ter havido renúncia tácita do regime. Conclui requerendo reformulação da decisão, pois se mantida implicaria em dupla exigência de imposto.

Indaga como procederá com a restituição do indébito para evitar a dupla tributação. Ressalvando que tal fato, na hipótese de exigência em duplicidade, será observado pelo judiciário. Pede ao final Nulidade do Auto de Infração, além de todos os pedidos constantes do processo.

Faz juntada de DAE às fls. 2789 a 2795 dos autos.

Os autuantes não foram intimados para tomar ciência do Acórdão, nem se manifestar acerca das razões do Recurso.

A PROFAZ observando que o signatário do Recurso juntou petição requerendo o substabelecimento, e estando a partir desta providência não mais como representante legal do autuado, considera que o recurso ocorreu sem assinatura à fl. 2771, em 18/02/2000 na pessoa do seu novo patrono e por essa razão não conhecia o Recurso, tomando por base o art. 10, inciso II, do RPAF/99.

Em 08/03/2001 aditou o Parecer nº 123/01, onde o Representante da PROFAZ se manifesta, afastando as nulidades suscitadas, e aduz que o recorrente era beneficiário do regime especial, portanto, considera que o argumento da ilegitimidade passiva não tem pertinência, e no mérito, opinou pelo Improvimento do Recurso Voluntário, após considerar a responsabilidade subsidiária ao adquirente, e que o Fisco pode optar pelo contribuinte regularmente inscrito, e com regime especial, ao invés do destinatário.

Na assentada de julgamento, o representante legal do autuado, apresentou documentos relativos a notas fiscais e DAEs, alegando que referiam-se a pagamentos efetuados pelos destinatários ou adquirentes das mercadorias, não obstante haver o Regime Especial, e que o autuado, teria tacitamente, renunciado. Arguiu ainda que não podia o Estado pretender receber duas vezes o mesmo imposto, o que configuraria enriquecimento sem causa.

Diante do que foi relatado acima o processo foi convertido em diligência para a ASTEC verificar se os documentos apresentados referiam-se aos valores exigidos e após o cotejo dos mesmos com os valores apontados nos demonstrativos elaborados pelos autuantes, fosse indicado qual o valor devido, inclusive elaborando novos demonstrativos.

O processo conforme despacho exarado pelo coordenador da ASTEC, à fl. 3344 foi enviado à Inspeção Especializada, motivando o seu ato, tendo o diligente cumprido o teor da diligência de fl. 3343 com as seguintes alegações:

- 1) que após o cotejo dos documentos apensados ao PAF entendia que deveriam ser acatados os valores apresentados no novo demonstrativo de débito que ora apresenta;
- 2) que não analisou no levantamento, os documentos referente aos extratos de pagamentos emitidos pela SEFAZ, porque os mesmos não indicam os números das notas fiscais objeto da antecipação tributária, o que impede a identificação do remetente;
- 3) que embora não tenha competência para emitir juízo sobre o julgamento do processo em lide, argui ser a responsabilidade do pagamento da substituição tributária do autuado, em face do Regime Especial;
- 4) elabora uma relação das notas fiscais que foram objeto da redução do débito original.

Convém assinalar que o recorrente foi intimada a tomar ciência do teor da diligência, conforme às fls. 3351 e 3352 dos autos, não se manifestando. O representante legal apenas faz juntada de novo instrumento de mandato.

O patrono do recorrente, na sua sustentação oral suscitou duas preliminares de nulidade, onde argui a decadência relativo ao período autuado e ainda que diante dos números apontados pelo diligente fiscal, argui o princípio da “reformatio in pejus” pois lhe causa estranheza ver a agravada a decisão recorrida.

VOTO DA RELATORA DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL NA DECISÃO RECORRIDA

“Analisando as razões do recurso, verifica-se que o recorrente interpõe Recurso Voluntário previsto no art. 169, I, “b” do RPAF/99, no prazo decendial, contra a decisão prolatada na 1ª Junta de Julgamento fiscal, suscitando preliminares onde passo a examiná-las, de per si..

- a) relativamente ao argumento de violação ao princípio da legalidade, tal alegação não procede porquanto o Regime Especial foi requerido pelo recorrente, e a fiscalização foi realizada observando os termos do aludido regime.
- b) quanto a tese de ilegitimidade passiva, também não prospera a arguição do recorrente, uma vez que não obstante o art. 26, II, do RICMS/89, então vigente à época do fato gerador, estabelecer que no caso do remetente não proceder a retenção ou que faça em valor inferior ao devido, fica o adquirente obrigado a efetuar o recolhimento ou fazer a sua complementação. Ademais, havia um Regime Especial previamente estabelecido por iniciativa do contribuinte.
- c) quanto ao argumento de que o Regulamento do ICMS estaria revogado pelo Regime Especial, e que isso distorce a hierarquia das leis, também não assiste razão ao recorrente, uma vez que não pode em proveito próprio alegar a nulidade do Regime Especial em seu próprio benefício, inclusive a Doutrina PROFAZ no Parecer exarado às fls. 2759 e 2760, manifestou-se pelo improvimento da nulidade suscitada na peça de impugnação.

Quanto as nulidades argüidas na assentada de julgamento, não acolho o argumento de que operou a decadência do débito de imposto exigido na presente ação fiscal, consoante a legislação do ICMS, pauta-se na regra inserta no art. 173 do CTN.

Relativamente a nulidade alegada quanto a impossibilidade da “*Reformatio in pejus*”, não se verificou neste julgamento a adoção dos números apontados na Diligência Fiscal, tornando assim inócua a nulidade suscitada e portanto, afasto a desde já.

Posto isto, rejeito as nulidades argüidas no presente Processo e passo a examinar o mérito da autuação.

Fundamentações quanto ao mérito na apreciação do Recurso Voluntário:

O argumento do recorrente não procede quanto a alegação de que estaria o Auto de Infração afrontando o RICMS/89, porque dispõe que a responsabilidade é do adquirente pelo recolhimento na hipótese do remetente não proceder o recolhimento do imposto.

Verifica-se, portanto, que o próprio contribuinte reconhece que a legislação determina que o recolhimento do imposto é de responsabilidade do remetente e que não o fazendo caberá ao adquirente fazê-lo ou complementá-lo, se foi feito em valor inferior ao devido.

Neste ponto o recorrente tem razão quanto à clareza do texto constante no inciso II do art. 26 do RICMS/89.

Deste modo, constata-se que o legislador estabeleceu uma responsabilidade subsidiária aos adquirentes ou destinatários para efetuar o recolhimento das mercadorias com substituição tributária por antecipação.

Ocorre que no caso *sub judice*, o remetente das mercadorias, ora recorrente, tendo requerido ao Estado da Bahia o Regime Especial (Processo nº 712015/94) anexo às fls. 14 a 23 dos autos, não lhe assiste razão insurgir-se contra a exigência fiscal, sob o argumento de que deve ser aplicada a regra do inciso II do art. 26, que trata do recolhimento do imposto pelo destinatário da mercadoria.

Relativamente, aos valores apresentados pelo diligente fiscal da Inspeção Especializada – IFESP, constata-se que o mesmo após afirmar que os documentos relativos aos extratos de pagamento emitidos pela SEFAZ, em razão de não especificar o números das notas fiscais, impossibilitava estabelecer uma correlação com os remetentes, e elaborando novo demonstrativo de débito apontou um montante de R\$882.059,39.

Verifica-se que a autuação aponta no Demonstrativo de Débito à fl. 2, um montante de R\$884.049,05, e na Decisão Recorrida, o Relator com base na informação dos autuantes que acataram parte dos argumentos defensivos, e do Demonstrativo de Débito de fl. 2734, julgou a autuação fiscal Procedente em Parte, reduzindo o débito para R\$850.863,44.

Concluo diante do exposto que a Diligência Fiscal levada a efeito, em face da juntada dos documentos pelo recorrente, em nada lhe beneficiou, ao contrário, demonstrou que o valor do débito a ser reduzido seria em parcela menor do que os autuantes indicaram na informação Fiscal, e serviram de base para o julgamento.

Indagar-se-ia, tendo a diligência realizada por fiscais estranhos ao feito, tomando por base os documentos juntados pela recorrente, teria a mesma, mais consistência e maior valor probante?

Entendo que este não deve ser o critério adotado para *in casu*, merecer acolhida a multicitada diligência, pois o recorrente busca no seu propósito, ao recorrer da decisão, uma outra que lhe seja mais favorável, e que reduza o montante do débito. Tal assertiva assenta-se no Princípio do “*REFORMATIO IN PEJUS*”, consagrado e aplicado no âmbito das instâncias recursais.

Convém citar a título meramente didático as lições do Ilustre processualista Nelson Nery Júnior, na sua obra Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos – 2ª edição- Editora Revista dos Tribunais. Pgs. 348 e 349.

“A expressão reformatio in pejus traduz em si mesma paradoxo, pois ao mesmo tempo em que se tem a “reforma” como providência solicitada pelo recorrente de modo a propiciar-lhe situação mais vantajosa em relação à decisão impugnada, se vê a “piora” como sendo exatamente contrário daquilo que se pretendeu com o recurso”.

“Também chamado de “princípio do efeito devolutivo” e de “princípio de defesa da coisa julgada parcial”, a proibição da reformatio in pejus tem por objetivo evitar que o tribunal destinatário do recurso possa decidir de modo a piorar a situação do recorrente, ou porque extrapole o âmbito de devolutividade fixado com a interposição do recurso, ou, ainda, em virtude de não haver recurso da parte contrária”.

Deste modo, mantenho a Decisão Recorrida, pois o recorrente não apresenta elemento capaz de elidir a autuação, e os documentos acostados na peça recursal, embora reduzam o valor do débito, indicaram um montante superior ao constante na decisão hostilizada.

Por todo o acima exposto impõe-se o NÃO PROVIMENTO do Recurso

Quanto ao Recurso de Ofício, interposto em face da determinação contida na regra do art 169, I “a” do RPAF/99, e observadas as alterações dadas pelo Decreto nº 7851/2000, resultante da sucumbência de parcela do valor do débito apontado na peça vestibular, em razão do autuante ter acolhido os argumentos da defesa e elaborado novo demonstrativo de débito, o que resultou em redução do valor inicialmente exigido, mantenho a Decisão Recorrida, e considero acertada a procedência parcial do crédito tributário.

Por todo o exposto, NEGOU PROVIMENTO ao Recurso Obrigatório”.

RECURSO DE REVISTA

A matéria em controvérsia refere-se a falta de retenção de ICMS substituído, pela empresa autuada, para a qual a SEFAZ concedeu Regime Especial, o qual foi por ela descumprido. Sob a alegação de ser nulo o referido regime, assim desde a primeira instância vem pretendendo invalidar o citado Regime por considerá-lo sem suporte legal. Esclareço que consta nos autos que foi a própria empresa que solicitou o Regime Especial por entender à época benéfico para ela.

A Empresa trouxe transcritos à lide como paradigmas para obter a admissibilidade da sua peça recursal os Acórdãos JF nºs 2168-04/01, 0415/99; Acórdão CJF nº 2123-12/01 e Resoluções nºs 1540/97 4080/97. Entende o recorrente que as Decisões apresentadas demonstram de maneira clara e insofismável a pertinência com o Acórdão atacado. Por isso, solicita o Conhecimento do Recurso de Revista interposto.

A PROFAZ forneceu parecer de fls. 3447 e 3448 da lavra da procuradora Dr^a Sylvia Amoêdo Cavalcante, nos seguintes termos:

“Tendo sido o Auto de infração julgado em 1^a Instância procedente e confirmado pela Câmara, vem agora em sede de Recurso de Revista, a empresa tentar novamente reabrir a mesma discussão, trazendo inclusive parecer de ilustres tributaristas a respeito.

Primeiramente, por questão ética e profissional me reservo em relação a tecer comentários sobre o referido parecer, é da lavra de dois dos maiores tributaristas deste país, que na sua essência tem valor inquestionável, entretanto, sabe-se que parecer é opinativo jurídico e estes se constroem ao gosto do freguês e do tamanho e importância proporcional aos honorários pagos, logo a SEFAZ por sua Procuradoria, também construiria parecer de igual valor, totalmente contrário a este.

Em relação à validade do Regime Especial concedido o autuado e por ela descumprindo, é de logo esclarecer que conforme informações da DITRI/SAT, foi o próprio autuado que veio a SEFAZ/BA, solicitando o referido Regime, sob a alegação de que não teria condições de concorrência, com os Atacadistas da Bahia, se não lhe fosse autorizado fazer a substituição e a retenção do ICMS na venda para as microempresas neste Estado.

Ainda mais, em determinado momento, por estar descomprindo o acordo, a SEFAZ cassou o referido regime, o que fez com que a empresa retornasse à DITRI solicitando sua reinclusão, o que não houve. Diante disto a Autuada impetrou Mandado de Segurança e obteve a correspondente liminar, e pasme! Nesta ação mandamental como são fortes e convincentes os argumentos pela validade jurídica deste Regime Especial, tanto que convenceram o Ex. Juiz a deferir a segurança liminarmente sem a ouvida da SEFAZ..

Em relação à admissibilidade do presente recurso, temos que nos referir às resoluções trazidas como paradigmas aos autos; duas delas são decisões de Juntas, proferidas em 1^a Instância, que carecem de definitividade, outras duas são decisões proferidas em autos de infração lavrados no trânsito de mercadorias, o que não se presta à matéria em análise, finalmente a única decisão que se prestaria é referente à operações sujeitas à substituição tributária, porém nos casos onde a responsabilidade se transfere ao destinatário, pelo visto, não há no processo condições de admissibilidade para o presente recurso. Pelo não conhecimento”.

VOTO

Diante dos argumentos, documentos e pareceres apensados ao presente Recurso de Revista, constato que inicialmente temos de analisar a admissibilidade da peça recursal, tendo em vista a norma emanada do Art. 169, II, “a” do RPAF/BA. – Decreto nº 7.629/99, com redação dada a alínea “a” pelo Decreto nº 7.887/00, que diz:

“a” recurso de revista, quando a decisão de qualquer Câmara divergir do entendimento sobre idêntica questão jurídica manifestada por outra Câmara ou pela Câmara Superior.”

Ao compilar os Acórdãos e Resoluções trazidos à lide como paradigmas pelo recorrente, verifiquei, como muito bem se posicionou a Douta Procuradoria em seu parecer opinativo, que não existe como se acatar a admissibilidade do Recurso de Revista, face à total ausência de paradigmas aproveitáveis, tendo em vista que o único Acórdão de nº 2123-12/01 que poderia ser

aproveitado não demonstra divergência entre as Câmaras deste Colegiado. Quanto aos demais, não se prestam para o propósito pretendido.

Assim, não constatando a divergência jurídica, concedo o meu voto, em consonância com o Parecer da PROFAZ, em sua redação final, pelo NÃO CONHECIMENTO do Recurso de Revista impetrado, mantendo integralmente a Decisão Recorrida. Deixo de adentrar ao mérito da questão em virtude de não ter sido ultrapassada a admissibilidade do Recurso de Revista.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da Câmara Superior do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade **NÃO CONERECER** o Recurso de Revista apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 111197.0002/99-5, lavrado contra **PEIXOTO COMÉRCIO INDÚSTRIA SERVIÇOS E TRANSPORTES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$850.863,44**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 61, III, "b", da Lei nº 4.825/89, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de março de 2002.

ANTÔNIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

NELSON TEIXEIRA BRANDÃO - RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ - REPR. DA PROFAZ