

PROCESSO - A.I. Nº 03150730/97
RECORRENTE - CREMON CALDEIRARIA REVESTIMENTO MONTAGEM LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO DE REVISTA - Acórdão 2ª CJF nº 2174-12/01
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 16.04.02

CÂMARA SUPERIOR

ACÓRDÃO CS Nº 0034-21/02

EMENTA: ICMS. INEXISTÊNCIA DE PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO. Constitui requisito para o cabimento do Recurso de Revista a indicação precisa de decisão divergente a ser tomada como paradigma e a conseqüente demonstração da 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, através de seus representantes legais, em face da Decisão proferida pela 2ª Câmara, através do Acórdão nº 2174-12/01, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, cuja exigência do ICMS original era no valor de R\$21.061,22, além da multa formal de 3 UPFs-BA, remanescendo em R\$5.438,27.

A matéria objeto do Recurso em exame, refere-se às seguintes infrações:

- 1) Omissão de saída de mercadoria tributada pela utilização de nota fiscal, fatura de serviços, documento inidôneo nos exercícios de 92 a 96;
- 2) escrituração irregular de livros fiscais;
- 3) omissão de saída de mercadorias tributadas apuradas através de levantamento fiscal.

O recorrente alega existir paradigmas nas decisões do CONSEF com o caso em tela, transcrevendo os Acórdãos da 1ª Câmara nº 0980/99 e nº 0405/99, Acórdão da 2ª CJF nº 2134/99, arguindo a existência de identidade com a Decisão Recorrida tanto do ponto de vista fático quanto jurídico, como determina a legislação.

Adentra as razões quanto ao mérito, inicialmente reexaminando o Pedido de Reconsideração onde alega que suas atividades estariam enquadradas na lista de Serviços (item 72) conforme Decretos nºs 406/68 e 834/69 com as alterações da Lei Complementar nº 56/87 e que reflete no Anexo I do RICMS/97.

Assevera que a consulta com a respectiva resposta da DITRI, reafirma que as atividades operacionais do recorrente sujeitavam-se apenas à tributação do ISS, como teria argüido no Recurso Voluntário.

Prossegue alegando que apresentou teses doutrinárias de eminentes tributaristas, que versavam sobre as “impossibilidades de inversão do ônus da prova” pois entende que o fisco ao acusar é que têm o encargo de promover a prova.

Aduz ter anexado contratos firmados com tomadores de serviços que confirmam que as atividades da empresa geram tributação do imposto municipal. Argüindo ainda, que faz juntada de notas fiscais de clientes que se referiam a conserto ou restauração.

Contesta a diligência efetuada alegando que não observou os quesitos elaborados pela empresa o que entende ter lhe cerceado o direito de defesa, e comenta exaustivamente pontos da diligência, condenando-a de imprecisa e de conter alta dose de subjetividade por parte do diligente.

Em seguida discorre sobre as decisões apontadas como paradigmas, ao enfocar que preexistia uma consulta onde pretendeu evidenciar as atividades desenvolvidas pelo contribuinte ora recorrente, como segue:

Acórdão CJF nº 0980-99, da 1ª Câmara, onde o autuado é o próprio recorrente, na Decisão de Recurso de Ofício, *verbis*:

“EMENTA: ICMS. 1. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO COM FORNECIMENTO DE MERCADORIAS. A prestação de serviços de revestimento com aplicação de materiais em peças ou equipamentos que não serão posteriormente comercializados ou industrializados está sujeita ao ISS. Acusação fiscal insubsistente. 2. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Cabe a exigência do imposto uma vez que ficou caracterizado o cometimento da infração. Auto de Infração julgado PROCEDENTE EM PARTE. Recurso NÃO PROVIDO para manter e homologar a Decisão Recorrida. Decisão unânime.”

Afirma haver identidade do tema em questão, inclusive por ser Auto de Infração lavrado sobre a mesma empresa, e por isso entende que não se justificaria a adoção de “dois pesos e duas medidas”.

Acórdão nº 0405/99 da 1ª CJF:

“EMENTA: ICMS. EXPORTAÇÃO. BLOCOS DE GRANITO PARALELEPÍPEDOS COM SUPERFÍCIE ESQUADREJADA E PICOTADA. Operação com não incidência do ICMS face ao enquadramento no código 6802.93000 da TIPI, estando alcançada pela imunidade, prevista no art. 2º, II, do RICMS/89, ao teor do Parecer da GETRI nº 887/93. Auto de Infração julgado IMPROCEDENTE. Recurso NÃO PROVIDO para manter e homologar a Decisão recorrida. Decisão unânime”.

Resolução nº 2134/99 da 2ª CJF:

“EMENTA: ICMS. RECURSO DE OFÍCIO INTERPOSTO CONTRA RESOLUÇÃO Nº JJF 0999/99. Após detalhadamente analisadas as peças processuais componentes deste auto, não vislumbramos fato ou fundamento capaz de alterar o julgamento questionado. Recurso Conhecido e mantida a Decisão recorrida. Auto Improcedente. Decisão unânime”.

Faz juntada das paradigmas acima e conclui requerendo que se acate as paradigmas, que levaram em consideração a resposta da consulta à DITRI que favoreceram às empresas consulentes. Solicita ainda “a ouvida obrigatória do autuante” e que surgindo novas provas que se reabra prazo de 10 dias para o recorrente, acrescentando ainda produção de provas e diligências.

A PROFAZ exara Parecer nº 100/02, considerando que após ter analisado de forma detalhada o Recurso do sujeito passivo da obrigação tributária imposta na presente autuação não verifica a existência dos requisitos de admissibilidade previstos no art. 169, II, “a”, do RPAF/99, que seria a Decisão divergente e a demonstração do nexó e circunstâncias identificadoras das decisões.

Assevera que examinando as razões do Recurso constata que as paradigmas indicadas relatam situações jurídicas idênticas à situação jurídica tratada na ação fiscal em tela mas que não se verifica qualquer divergência nos julgamentos proferidos, porque tanto nas paradigmas quanto no presente Processo a Decisão foi pela inexigibilidade do ICMS.

Conclui o Parecer pelo Não Conhecimento do Recurso diante da ausência do requisito de admissibilidade.

VOTO

Preliminarmente, a natureza do Recurso de Revista ora em exame, de acordo com a regra inserta no art. 169, II, “a”, do RPAF/99 com as alterações do Decreto nº 7887/2000, impõe a análise acerca dos requisitos de admissibilidade para a interposição do referido Recurso, qual seja a demonstração pelo recorrente, do nexó entre as Decisões configuradoras da alegada divergência e as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.

Assim faz-se necessário que as questões objeto da lide sejam identificadas como sejam:

- 1) Omissão de saída de mercadoria tributada pela utilização de nota fiscal fatura de serviço, documento inidôneo para a operação nos exercícios de 1992 a 1996;
- 2) Escrituração irregular de livros fiscais;
- 3) Omissão de saída de mercadorias tributadas, apurada através de levantamento fiscal.

Constato que o autuante elaborou demonstrativo às fls. 2 a 25 dos autos, e o autuando defendeu-se tempestivamente (fls. 133 a 135 dos autos) alegando que as operações que realiza são de prestações de serviços e alega a existência de Parecer da DITRI que reconhece a matéria objeto da consulta formulada pelo autuado.

Não obstante, o Parecer da PROFAZ às fls. 42 e 43, entendendo desnecessária a diligência fiscal quanto aos itens 1 e 3, e opinando pela absorção da multa do item 2, pela infração principal, o então Relator requereu diligência ao DICO quanto ao item 1, para verificar se nas operações realizadas envolvia prestação de serviço com fornecimento de mercadoria.

O diligente alega que não logrou êxito ao intimar o contribuinte, e este não atendeu às intimações e nem apresentou qualquer nota de remessa pelos tomadores de serviços, e sugeriu a aplicação do art. 51, do RPAF/81, atualmente o art. 142 do RPAF/99, que consiste em considerar que a recusa da parte de comprovar fato controverso de que necessariamente disponha, importa em presunção de veracidade da parte contrária.

Nova diligência foi requerida a ASTEC referente aos itens 1 e 3 se haveria *bis in idem* e a ASTEC através do Parecer nº 96/99 à fl. 151 afastou esse raciocínio, afirmando que as autuações eram distintas. Outra diligência requerida à fl. 595, foi atendida pela ASTEC às fls. 620 a 626 dos autos.

O julgamento proferido pela 4ª Câmara através do Acórdão nº 2060/99 foi pela manutenção dos itens 1 e 3 e quanto a multa do item 2, considerou a mesma absolvida pelas outras duas infrações confirmadas.

No julgamento do Pedido de Reconsideração, o contribuinte anexou documentos, decisões que entendia tratar da mesma matéria, à título de fundamentar o seu pedido de nulidade ou improcedência do Auto de Infração, fls. 209 a 256 dos autos.

Verifico que o recorrente apresenta e transcreve o Acórdão nº 0980/99 da 1ª Câmara, o Acórdão nº 0405/99 da 1ª Câmara e a Resolução nº 2134/99 da 2ª Câmara, a título de paradigma, contudo não aponta a Decisão divergente e demonstra o nexo entre as decisões configuradoras da alegada divergência e as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.

Sabe-se que o Recurso de Revista objetiva uniformizar entendimentos nas instâncias superiores acerca de matéria que trate da mesma questão jurídica, objetivando eliminar ou corrigir possíveis decisões divergentes, e assim atender ao princípio constitucional da isonomia, dispensando o mesmo tratamento, ou seja a mesma Decisão nos casos idênticos.

Assim, delineia a norma processual que cabe ao recorrente atender aos requisitos de admissibilidade para a interposição de Recurso, sob pena de não ser o mesmo conhecido.

A doutrina considera que o referido Recurso tem peculiaridades distintas dos demais Recursos, ao exigir além dos requisitos comuns a todos os Recursos, os específicos que consiste na indicação precisa da Decisão divergente feita por outra Câmara ou pela Câmara Superior, posto que o fundamento da Revista está exatamente em demonstrar que existe a divergência nos casos confrontados, ou seja, entre a Decisão Paradigma com a Decisão guerreada.

Analisando criteriosamente as citadas Decisões Paradigmáticas, constato que ali não houve Decisão que se conflitasse com a Recorrida, senão vejamos.

Acórdão nº 0980/99, que trata de prestação de serviço. A acusação foi considerada insubsistente, porque no caso da prestação de serviço com aplicação de materiais em peças ou equipamentos que não serão comercializados, só incide o ISS e não o ICMS.

Analisando a Decisão hostilizada ficou constatado que as notas fiscais que fundamentaram a autuação não são passíveis de incidência do ICMS, tendo o Recurso Voluntário sido parcialmente provido.

Assim, como se vê não há divergência entre as decisões confrontadas, e curiosamente a peça recursal apresentou a Decisão Paradigma em que a matéria é semelhante, contudo, não houve divergência nos julgamentos proferidos pelas Câmaras naquela decisão e na Decisão Recorrida, vez que ambas consideraram operações não alcançadas pelo ICMS.

Deste modo, não assiste razão ao recorrente, vez que não tem cabimento o presente Recurso por faltar-lhe o requisito de admissibilidade.

Do mesmo modo, observo que não guarda identidade com a 2ª Decisão Paradigma, relativamente à Resolução nº 2134/99, que trata de Recurso de Ofício, manteve-se a Decisão que julgou o Auto Improcedente, relativo à Resolução da Junta nº 999/99 que se encontra às fls. 484 a 509 dos autos, cuja matéria em discussão trata de: item 1 – exportação para o exterior de granito em bloco; 2 – falta de retenção do imposto nas contratações de serviços de transporte autônomo ou por empresa transportadora; 3 – imposto retido a menos relativo a serviços de transporte efetuado por autônomo.

Assim, considero em concordância com a manifestação da PROFAZ que o Recurso em exame não apresenta os requisitos de admissibilidade exigidos na norma processual já referida – art. 169, II, “a”, do RPAF/99, com as alterações do Decreto nº 7887/2000, razão porque impõe-se o NÃO CONHECIMENTO do mesmo.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da Câmara Superior do Conselho da Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO CONHECER** o Recurso de Revista apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **03150730/97**, lavrado contra **CREMON CALDEIRARIA REVESTIMENTO E MONTAGEM LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$5.438,27**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “a”, da Lei nº 7.014/96, em consonância com o art. 106, II, “c”, do CTN, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de março de 2002.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

IVONE DE OLIVEIRA MARTINS - RELATORA

MARIA HELENA CRUZ BULCÃO - REPR. DA PROFAZ