

PROCESSO - A.I. Nº 298575.0002/00-7
RECORRENTE - UNIÃO BAHIA AUTOMÓVEIS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO ESPECIAL – Acórdão 1ª CJF nº 0096-11/02.
ORIGEM - INFAZ BONOCÔ (INFAZ BROTAS)
INTERNET - 12.07.02

CÂMARA SUPERIOR

ACÓRDÃO CS Nº 0088-21/02

EMENTA: ICMS. EXIGÊNCIA DE RESTRIÇÃO AO FUNDAMENTO DA DECISÃO RECORRIDA. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DE MÉRITO. Apenas após a apreciação de mérito por parte da Junta de Julgamento Fiscal poderá se concluir pela existência ou não de ilegitimidade passiva, fundamento da 1ª Instância para decretar a nulidade da autuação. Mantida a Decisão da 1ª CJF. Retorne-se os autos para apreciação do mérito pela 1ª Instância. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/03/2000, cobra imposto no valor de R\$ 56.822,79, referente à infração assim descrita pelo autuante: “Falta de recolhimento do ICMS por substituição ao Estado de destino da mercadoria. Foi verificada a comercialização pelo contribuinte, de veículos de concessionária do Estado do Espírito Santo, que foram adquiridas com natureza de operação de “Outras saídas, supostamente destinados a demonstração, que eram vendidos no Estado da Bahia. Foram emitidas Notas Fiscais de devolução fictícias, que não foram consideradas por esta fiscalização, dentre outros motivos, pela falta de apresentação de conhecimentos de transporte das mesmas, mesmo tendo sido devidamente intimado a fazê-lo, conforme Termo de Intimação, em anexo. Esta situação ocasionou a falta de recolhimento do ICMS por substituição que deveria ter sido recolhido ao Estado da Bahia, enquanto destinatário final da mercadoria”.

Em 28/12/2001, a 4ª Junta de Julgamento Fiscal, através Acórdão nº 2217-04/01, julgou NULO o Auto de Infração, por considerar que houve ilegitimidade passiva, já que o imposto devido por substituição tributária é de responsabilidade do vendedor dos veículos, estabelecido em outra unidade da Federação, conforme previsto em Convênio.

Em 26/03/2002, a 1ª Câmara do CONSEF, através Acórdão nº 0096-11/02, julgou PROVIDO Recurso de Ofício apresentado, modificando a Decisão da 1ª Instância, pois afastou a nulidade decretada pela Junta de Julgamento Fiscal, por entender que não há vício no lançamento fiscal.

Inconformada com tal Decisão a Empresa entra com Recurso Especial onde diz que:

1 – Não entende a Decisão da 1ª Câmara, que afirmou não ter a JJF analisado o mérito da questão suscitada no Auto de Infração, pois a Decisão da 1ª Instância baseou-se na análise da acusação fiscal e no elenco de provas arroladas pelo próprio Fisco, seja quando da autuação ou quando das diligências efetuadas. A JJF entendeu que as provas trazidas eram insuficientes para caracterizar a simulação nas suas operações. Ao contrário do que consta na Decisão da 1ª Câmara foi necessária à análise do mérito para que a JJF decidisse pela nulidade do Auto de

Infração, por ilegitimidade passiva, pois era outro o sujeito passivo da relação jurídico tributária.

2 – A autuante desconsiderou as notas fiscais de devolução dos veículos, de forma equivocada, sob a justificativa de que não foram apresentados os conhecimentos de transporte, ainda que constasse do corpo dessas notas que o transporte era responsabilidade do destinatário.

3 – A afirmação da autuante é mera suposição, pois fundada apenas em falta de apresentação dos conhecimentos de transporte dos veículos, que seria, a seu ver, prova suficiente de que teria havido operação simulada. Ocorreu, em realidade que a União Bahia devolveu fisicamente os veículos, postos à demonstração, à Concessionária de origem, cumprindo a obrigação acessória de expedir as notas fiscais de devolução, indicando que o frete seria por conta da destinatária. Ressalta que, à época, não tinha interesse em venda de automóveis de passeio, comercializando apenas caminhões. Ocorreu que, em virtude de contrato com a montadora Mercedes Benz, fora obrigada a ceder seu pátio para demonstração dos veículos referidos no Auto de Infração, que foram devolvidos ao se findar os prazos para demonstração.

4 – Quem teria que ser intimada para apresentar os conhecimento de transporte era a destinatária, ou seja, a Vitória Motors.

5 – O fato de que os veículos foram emplacados em Salvador, neste Estado, não é prova suficiente para comprovar a acusação fiscal, pois não há impedimento para que um comprador de um veículo em um Estado da Federação emplaque o mesmo em outro Estado. A última diligência acostou ao processo as notas fiscais de venda que serviram de substrato para o emplacamento dos veículos, tendo restado a comprovação de que a venda dos mesmos foi feita pela Vitória Motors.

Após citar tributaristas diversos, a Empresa pede pelo provimento do seu Recurso, para que seja declarada a nulidade do Auto de Infração.

A PROFAZ, em seu Parecer, após análise, opina pelo Não Provimento do Recurso, pois restou, a seu ver, demonstrada a simulação das operações de retorno dos veículos ao Espírito Santo, para que caracterizasse a venda direta, excluindo, desse modo, a Bahia do imposto.

VOTO VENCIDO

Discordo, *data venia*, da 1ª Câmara e da PROFAZ.

A meu ver, o julgamento feito pela Junta está correto pois os documentos trazidos pela Segunda diligência, constantes às fls. 216 a 249, comprovam que os veículos foram vendidos pela Vitória Motors Ltda., sediada na cidade de Serra, no Espírito Santo, para adquirentes neste Estado e no Estado de São Paulo, licenciados neste Estado. Ora, se resta comprovada, como efetivamente restou, essa operação, não se pode exigir do estabelecimento situado na Bahia o imposto, já que, no caso, o responsável era o estabelecimento vendedor, situado no Estado do Espírito Santo. Configura-se, sem dúvida, caso de ilegitimidade passiva. Por isso, de acordo com o artigo 18, IV, “b”, do RPAF/99, o Auto de Infração é NULO. O voto, portanto é pelo PROVIMENTO do Recurso Especial, devendo ser revogada a Decisão da 1ª Câmara e mantida a Decisão da Junta de julgamento Fiscal, contida no Acórdão nº 2217-04/01.

VOTO VENCEDOR

Inicialmente devemos consignar que, em sede deste Recurso Especial, apenas cabe a apreciação da seguinte questão: Está correta a decisão da 1ª CJF ao afastar a ilegitimidade passiva, fundamento da 1ª Instância para decretar a nulidade do lançamento de ofício em epígrafe?. De fato, o autuado não pode fazer parte do pólo passivo da relação tributária constante deste Auto de Infração?. Não cabe no presente momento processual, a nosso ver, apreciação de mérito da exigência fiscal, até porque se o fizéssemos estaríamos, aí sim, suprimindo instância, e subvertendo o devido processo legal, pois compete à Junta de Julgamento Fiscal esta análise.

Neste sentido, discordamos do voto exarado pelo ilustre Relator que, adentrando indevidamente na apreciação do mérito da autuação, concluiu pela existência de ilegitimidade passiva, a uma, como já colocamos acima, pelo fato de que não nos cabe tal análise no momento processual presente, e, a duas, porque efetivamente não haveria como se decretar a nulidade da autuação, pelo fundamento utilizado, sem que se apreciasse o mote da autuação, ou seja, que houve simulação de venda direta entre o autuado e a empresa Vitória Motors, consubstanciada no fato de que o recorrente não comprovou o retorno físico dos veículos à empresa localizada no Estado do Espírito Santo.

Os documentos e demais elementos presentes nos autos permitem perfeitamente um posicionamento de mérito por parte dos Julgadores de 1ª Instância, e somente após esta apreciação é que se poderá chegar à uma conclusão sobre quem de fato deve figurar no pólo passivo da exigência tributária. A análise, pois, da existência ou não da simulação, diante dos elementos acostados aos autos, é imprescindível para o deslinde do lançamento de ofício, posto que, como ressaltamos no nosso voto proferido no Acórdão ora guerreado, e que ora transcrevemos, “...é inaplicável a norma de atribuição de responsabilidade do Convênio citado, no caso em espécie, visto que, se comprovada a simulação (o que somente poderá ser apreciado analisando-se o mérito da autuação) a responsabilidade pelo pagamento do imposto por substituição será da concessionária autuada, posto que, nesta situação, não há que se falar do acordo interestadual, mas da norma de atribuição de responsabilidade por substituição tributária pela operação interna realizada pelo autuada.”

Do exposto, nosso voto é pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Especial, mantendo-se a Decisão da 1ª CJF pelo retorno dos autos à 1ª Instância, para análise do mérito do Auto de Infração epigrafado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da Câmara Superior do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, **NÃO PROVER** o Recurso Especial apresentado e homologar a Decisão Recorrida, pelo retorno dos autos à 1ª Instância para apreciação do mérito acerca do Auto de Infração nº 298575.0002/00-7, lavrado contra **UNIÃO BAHIA AUTOMÓVEIS LTDA.**

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

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BOULHOSA BAQUEIRO – RELATOR/VOTO VENCIDO

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – VOTO VENCEDOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PROFZ