

PROCESSO - A.I. N° 08790302/01
RECORRENTE - BAHIA COMÉRCIO DE CACAU LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO DE REVISTA - Acórdão 2^a CJF n° 0152-12/02
ORIGEM - IFMT - DAT/SUL
INTERNET - 26/09/02

CÂMARA SUPERIOR

ACÓRDÃO CS N° 0136-21/02

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 da identidade jurídica da mesma com a Decisão Recorrida. Recurso **NÃO CONHECIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Revista interposto tempestivamente, pelo sujeito passivo, em face da Decisão da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal que Negou Provimento ao Recurso Voluntário no Acórdão CJF n.º 0152-12/02, referente ao Auto de Infração acima epigrafado.

A autuação ocorreu no trânsito de mercadorias em que se exigiu o imposto de R\$3.284,40, acrescido de multa de 100%, sobre o valor das mercadorias (138 sacas de cacau em amêndoas), que segundo consta da descrição no Auto de Infração e Termo de Apreensão n° 025378, estavam circulando desacompanhadas de documento fiscal.

Os argumentos aduzidos na peça de impugnação e pedido de diligência foram indeferidos na Decisão de 1^a Instância, sob o fundamento de que as alegações defensivas estavam desprovidas de qualquer elemento de prova, e o julgamento foi pela Procedência da acusação fiscal.

As razões apresentadas pelo autuado no Recurso Voluntário foram consideradas insuficientes para modificar a Decisão Recorrida. O relator afastou as preliminares de nulidade argüidas e fundamentou a sua discordância com o opinativo da PROFAZ, rejeitando a tese de ilegitimidade passiva, acolhida pela mesma. Quanto ao mérito examinou o inciso III, do § 3º do art. 229, do RICMS/97 que determina a emissão de documento fiscal antes do início da remessa, nas hipóteses em que o estabelecimento destinatário assume o encargo de retirar ou transportar as mercadorias ou bens, a qualquer título, no mesmo Município ou de um Município para outro, neste Estado, remetidos por produtores rurais de ou extratores dispensados de inscrição no Cadastro de Contribuintes do ICMS (art. 129), sem prejuízo da emissão da nota fiscal de Produtor nas operações promovidas por produtor-SimBahia Rural e manteve a Decisão de 1^a Instância, Não Provendo o Recurso, em Decisão por maioria.

No presente Recurso de Revista o autuado se diz inconformado com o julgamento do Recurso Voluntário e apresenta as seguintes razões:

1. Que o julgamento contém contradições, porque houve divergência de interpretação dos fatos entre a manifestação da PROFAZ e a Decisão dos julgadores.

2. Alega que o relator fundamenta o seu voto com dois argumentos que são conflitantes, ao se manifestar que estava claro no Termo de Apreensão que a quantidade de 138 sacas de cacau em amêndoas estavam sendo transportadas sem qualquer documento fiscal e as cópias trazidas no processo não se prestavam ao fim pretendido, porque no trânsito irregular de mercadorias não se corrige com a apresentação posterior da documentação fiscal. E em outra fundamentação se manifestou do seguinte modo: “Assim se o recorrente não tivesse assumido o encargo de retirar ou de transportar as mercadorias, a emissão da nota fiscal se daria no momento em que a mercadoria entrasse no estabelecimento”. E diz que o relator concluiu “Como o recorrente assumiu tal encargo, trazendo inclusive, a prova desta assertiva, através de um recibo de pagamento do serviço de transporte, contratado a autônomo sob sua responsabilidade (fl. 59), a emissão do documento fiscal deveria ter sido feita antes do início da remessa, o que não ocorreu, estando, portanto, correção (sic) a exação fiscal”.
3. Assevera que requereu em 02/08/01, as cópias das Notas Fiscais nºs 009420 e 009424, que foram objeto de apreensão e retenção pelo fisco e que repetiu o pedido em 07/12/01, não obtendo até a data em que interpôs este Recurso, uma resposta da Repartição Fiscal.
4. Argüi ter ressaltado na defesa que o Auto de Infração ficou prejudicado pela omissão de fatos e documentos, citando o inciso VI, do art. 39, do RPAF/99, e que isto importou em cerceamento ao amplo direito de defesa, que ao seu entender, enseja a nulidade. Acrescenta ainda que a PROFAZ reconheceu a ilegitimidade passiva.
5. Afirma que o autuante não apresentou prova concreta para identificar o destinatário das mercadorias e acrescentou que o transportador que assinou o Termo de Apreensão não é seu preposto, porque não mantém com o mesmo qualquer vínculo empregatício ou contrato de prestação de serviço profissional continuado.
6. Diz que o comprovante do frete pago ao motorista transportador não podia ser invocado como peça inerente ao Auto de Infração ou base de sustentação do mesmo, porque foi exibido pelo autuado em fase posterior do processo, quando interpôs o Recurso Voluntário.

Cita como Decisão divergente a **Resolução nº 3244/92 da 2ª Câmara**, que trata de trânsito irregular de mercadorias, transcrevendo o teor da ementa.

Aduz que emitiu as notas fiscais acima referidas em 26/07/2001, anterior à lavratura do Auto de Infração que ocorreu em 27/07/01, e que as mesmas estão registradas na sua escrita fiscal. Alega ainda que o cerne da questão é que de um lado o autuante descreve no Termo de Apreensão que as mercadorias estavam “supostamente” (sic) circulando sem notas fiscais e do outro, o motorista

transportador assevera que portava as 1^{as} vias das notas fiscais e as mesmas foram retidas pela fiscalização, e este fato teria sido omitido na descrição do aludido termo.

Atribui à PROFAZ e ao CONSEF o dever de preservar a lisura e correção nos julgamentos e alega que diversas decisões são pela nulidade de Autos de Infração quando constatada irregularidade na lavratura dos mesmos, citando as Resoluções de nºs 2809/92, 2810/92, 2812/92, 2813/92, 2816/92, 2817/92 e 2821/92, e acrescenta que poderia citar muitas outras a título de exemplo.

Acusa o autuante de ter usado o poder discricionário e lavrado o Termo de Apreensão e o Auto de Infração que considera como uma imposição descabida. E prossegue fazendo referência ao art. 307, inciso I, alínea “d”, do RICMS/97, que determina a emissão de Nota Fiscal Avulsa,

quando o autuante constata a ausência de nota fiscal, para regularizar o trânsito de mercadorias até o destinatário ou ao fiel depositário.

Conclui a peça recursal requerendo o cancelamento do lançamento e revisão do julgamento proferido no Recurso Voluntário, com a reforma da Decisão e a improcedência do Auto de Infração.

A PROFAZ, exarou o Parecer nº 267/02, onde se manifestou quanto a admissibilidade do Recurso, observando que o recorrente apenas transcreveu a ementa da Resolução nº 3244/92, e que segundo determina o inciso III, do art. 173, do RPAF/99, não se conhece o Recurso, porque sem a transcrição do conteúdo da ementa não pode verificar se há identidade jurídica da Decisão indicada como paradigma com a Decisão Recorrida.

Considerou não atendido o requisito para a admissibilidade e opinou, pelo Não Conhecimento do Recurso.

VOTO

Em preliminar, passo a analisar a argüição de nulidade, no presente Recurso de Revista, uma vez que a sua apreciação antecede ao próprio exame dos pressupostos de admissibilidade para o cabimento do referido Recurso.

Quanto a alegação do recorrente de que a peça fiscal ficou prejudicada pela omissão de fatos e documentos, o que teria caracterizado o cerceamento ao amplo direito de defesa, entendo que não assiste razão ao mesmo, uma vez que a infração foi descrita no Termo de Apreensão, onde circunstancia os fatos ocorridos, identifica o transportador, dados do veículos, e o Termo de Depósito assinado por seu contador. Enfim os elementos contidos no Auto de Infração e no Termo de Apreensão, fls. 1 e 2, possibilitou ao recorrente apresentar as suas razões de mérito.

Em relação a argüição de nulidade por ilegitimidade passiva, reconhecida pela representante da PROFAZ, no Recurso Voluntário, concordo com o relator da Decisão Recorrida, que afastou a tese suscitada por que o recorrente desde a peça de defesa discutiu o mérito da acusação fiscal. Ademais o argumento de que o Auto de Infração deveria ser lavrado contra o transportador que era o detentor das mercadorias, também não encontra amparo, uma vez que a responsabilidade é solidária, o que importa em dizer, que pode ser atribuída ao destinatário das mercadorias, que no caso em exame, é o fiel depositário das mercadorias e requereu a liberação das mercadorias conforme documento às fls.17 e 18 dos autos, restando provado que é o proprietário das mercadorias objeto da autuação.

Assim, afasto as preliminares de nulidade acima referidas.

Relativamente ao exame inicial que se faz necessário, no Recurso de Revista quanto à verificação da existência dos pressupostos de admissibilidade traçados na norma processual (art. 169, II, “a”, do RPAF/99, com as alterações posteriores), verifico que o sujeito passivo, o recorrente, citou como Decisão divergente a Resolução nº 3244/92 da 2ª Câmara, apenas transcrevendo a Ementa que tem o seguinte teor:

EMENTA – ICMS. Transito irregular de mercadorias. A não apresentação da Nota Fiscal, diferentemente da falta de emissão, não enseja cobrança de ICMS, mas a aplicação da penalidade fixa prevista no inciso XX, do art. 61, da Lei nº 4825/89. Auto PARCIALMENTE PROCEDENTE com apoio da PROFAZ. Decisão unânime.

Como bem analisou a representante da PROFAZ no Parecer exarado às fls. 105 e 106 dos autos, a redação atual do art. 173, inciso III, do RPAF/99, determina que, em se tratando de Recurso de Revista, exige-se a transcrição no processo pelo recorrente, do conteúdo da Decisão Paradigma, e inclusive estabelecendo o nexo com a Decisão Recorrida e as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.

Logo, trata-se de requisito específico, que não sendo atendido nas razões do Recurso, importa em Não Conhecimento do mesmo, conforme dispõe o caput do artigo acima referido.

Verifico que na Decisão Recorrida a acusação fiscal é de que as mercadorias estavam circulando desacompanhadas de documentação fiscal, enquanto o enunciado da Ementa na Decisão trazida como paradigma, embora trate de irregularidade no trânsito com mercadorias, não se pode precisar se as mercadorias estavam desacompanhadas de nota fiscal ou se o documento apresentado continha irregularidade.

Deste modo, não tendo o recorrente trazido aos autos os fundamentos da Decisão que aponta como paradigma, demonstrando o nexo entre as decisões confrontadas, conlui que se impõe o NÃO CONHECIMENTO do Recurso.

VOTO DISCORDANTE

QUANTO A NULIDADE SUSCITADA

Discordo, *data venia*, da Ilustre Relatora Dra. Ivone Oliveira Martins, a meu ver, o Auto de Infração deveria ter sido lavrado contra o transportador, detentor das mercadorias quando as mesmas foram apreendidas pelo Fisco. É caso de ilegitimidade passiva. Voto, pois Provimento do Recurso, quanto à nulidade suscitada, para que modifique a Decisão Recorrida, pois de acordo com o art. 18, IV, “a”, do RPAF/99, o Auto de Infração é NULO.

QUANTO AO CONHECIMENTO

Discordo, *data venia*, da Relatora Dra. Ivone Oliveira Martins. Realmente o RPAF/99, em seu art. 173, III, diz que o recorrente deve indicar e transcrever o conteúdo da Decisão Paradigma, devendo mencionar o seu nexo com a Decisão Recorrida.

Entendo que, no caso em comento a indicação da Decisão Paradigma, com a sua transcrição, fl. 95 do PAF, como feito pela empresa, data para que se conclua sobre a perfeita identidade jurídica com o assunto contido no presente Auto de Infração, senão vejamos:

1. Diz a paradigma que houve trânsito irregular de mercadorias. Mais adiante dia que a não apresentação da nota fiscal, diferentemente da falta de emissão, não enseja cobrança de ICMS. Da análise desse conteúdo, conlui que o Auto de Infração foi lavrado, pois foi encontrada mercadoria sem nota fiscal, que foi a irregularidade apresentada na paradigma.
2. O caso do Auto de Infração ora analisado é idêntico, ou seja “operação ou prestação sem documento fiscal ou com documentação inidôneo”.

Sendo assim, pelo exposto, voto pelo conhecimento do Recurso de Revista, pois a Decisão trazida ao PAF, de nº 3244/92, da 2ª Câmara, preenche os requisitos exigidos pelo RPAF/99.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da Câmara Superior do Conselho de Fazenda Estadual, em Decisão não unânime, NÃO CONHECER o Recurso de Revista apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 08790302/01, lavrado contra **BAHIA COMÉRCIO DE CACAU LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$3.284,40**, acrescido da multa de 100%, prevista no artigo 42, IV, "a", da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

VOTOS VENCEDORES: Conselheiros (as) Antonio Ferreira de Freitas, Ivone Oliveira Martins, Carlos Fábio Cabral Ferreira, José Carlos Barros Rodeiro, Sandra Urânia Silva Andrade, Verbena Matos Araújo, Nelson Teixeira Brandão, Ciro Roberto Seifert e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTOS VENCIDOS: Conselheiros (as) José Carlos Boulhosa Baqueiro, José Raimundo F. Santos e Max Rodrigues Muniz.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de setembro de 2002.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

IVONE DE OLIVEIRA MARTINS – RELATOR

JOSÉ CARLOS BOULHOSA BAQUEIRO – VOTO DISCORDANTE

ADRIANA VIANNA LOPES DIAS DE ANDRADE – REPR. DA PROFAZ