

PROCESSO - A.I. Nº 279692.0009/01-8
RECORRENTE - ARAPUÃ COMERCIAL S.A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO DE REVISTA – Acórdão 2ª CJF nº 0049-12/02
ORIGEM - INFAZ BONOCÔ (INFAZ BROTAS)
INTERNET - 23.12.02

CÂMARA SUPERIOR

ACÓRDÃO CS Nº 0213-21/02

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 do nexo entre as decisões configuradoras da alegada divergência, bem como as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados. Ausência de Decisão de Câmara que divirja do entendimento sobre idêntica questão jurídica manifestada por outra Câmara ou pela Câmara Superior. As decisões invocadas, dizem respeito a fatos e fundamentos de direito diversos dos que são analisados no presente caso. Recurso **NÃO CONHECIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Refere-se a Recurso de Revista apresentado pelo sujeito passivo contra o Acórdão nº 0049-12/02 da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal que negou provimento ao Recurso Voluntário anteriormente interposto e manteve inalterada a Decisão da Primeira Instância administrativa.

O Auto de Infração foi lavrado imputando-se ao recorrente o cometimento da seguinte infração: “Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, na quantia de R\$6.000,00”.

A Decisão ora recorrida, traz em seu bojo a ementa abaixo:

*“CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FALTA DE EXIBIÇÃO DO DOCUMENTO FISCAL COMPROBATÓRIO DO DIREITO AO CRÉDITO. É vedada a utilização de crédito fiscal sem o correspondente documento comprobatório do direito ao uso. Rejeitada a preliminar de nulidade. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime”.*

A Decisão da 2ª CJF fundamentou-se no seguinte Voto: “O autuado limita-se a contestar em tese a imputação, tecendo comentários sobre a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na sua própria base de cálculo, a violação do princípio da capacidade contributiva, a garantia ao princípio da não cumulatividade, ao direito da correção monetária, que em nada se relacionam com a presente infração.

Quanto a alegação de que há processo judicial em trâmite na Comarca de Salvador, verifico que o processo judicial, cuja cópia da inicial foi juntada, não pode se referir a esse PAF, pois a autuação foi posterior ao referido processo judicial.

*Pelo exposto, voto pelo **NÃO PROVIMENTO** do Recurso apresentado”.*

Não conformado com a Decisão da 2ª CJF o sujeito passivo ingressou com Recurso de Revista destacando, inicialmente, que apresentou Defesa pugnando pelo descabimento do Auto de Infração em tela, sustentando que a existência do crédito restou comprovada através de cópias de documentos que diz ter apresentado e, também pelos cálculos elaborados juntamente com a petição de defesa. Aduz que a 2ª JJF não agiu com o costumeiro acerto ao julgar o Auto de Infração Procedente, enquanto que a 2ª CJF entendeu que não foram apresentados os documentos que comprovassem a utilização do crédito fiscal em questão.

Invoca o art. 169, II “a” do RPAF/Ba para argüir o cabimento do presente Recurso de Revista para, em seguida, requerer a nulidade do Auto de Infração referindo-se a trecho do Voto proferido pelo o Sr. Relator da 2ª CJF o qual, considera mostrar-se incorreto sob o argumento de que a autuação decorreu de descumprimento de obrigação acessória e que o valor exigido não corresponde a multa pela infração que entende que cometeu, fato este não acolhido pelo o referido relator.

Destaca que o autuante, na sua ótica, prestou informação dizendo tratar-se de penalidade por falta de apresentação dos documentos fiscais e assim, assumiu expressamente que lavrou o Auto de Infração por descumprimento de obrigação acessória porém, aplicando pena por descumprimento de obrigação principal.

Em função disto requer a nulidade do Auto de Infração apresentando como paradigma a ementa relativa ao Acórdão nº 2035-11/01 da 1ª CJF, a qual transcreve e é pertinente a julgamento de Recurso de Ofício cuja Decisão foi modificada em razão de: *“Insegurança na imputação e no quantum a ser exigido, leva à nulidade da ação fiscal, ex vi o quanto disposto no art. 18, IV do RPAF/99, e não à sua improcedência. Exigência fiscal Nula. Representação pela renovação da ação fiscal, à salvo de incorreções. Recurso PROVIDO. Decisão por maioria, em relação ao item 1 e não unânime em relação ao item 2”*.

Alega, em seguida, que ocorreu cerceamento ao seu direito de defesa, apesar do entendimento em contrário no acórdão que sustenta o Auto de Infração que o considera claro e preciso, defendendo que a tipificação ao ilícito tributário está genérica, tanto que, ao seu ver, o Fisco indica a existência de descumprimento de obrigação acessória enquanto está certa de que a pena aplicada é em decorrência de suposta violação à obrigação principal. Dentro desta ótica de cerceamento ao seu amplo direito de defesa, menciona ensinamentos da lavra de eminente doutrinador e cita a Súmula nº 473 do STF no tocante a anulação de atos pela própria administração quando eivados de vícios que o tornem ilegais.

Cita a existência de uma ação judicial em trânsito a qual, ao seu argumento, o v. acórdão proferido não levou em consideração o fato de estar questionando juridicamente o crédito de ICMS em questão, razão pela qual requer sua reforma. Apresenta, em paradigma o Acórdão CJF nº 0592/01, cuja ementa transcrita assim se apresenta:

“EMENTA ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. restou provado através de diligência posterior que parte dos créditos fiscais foi corretamente utilizado. Recurso PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão unânime”.

Menciona que o relator considerou “que o processo judicial cuja cópia da inicial foi juntada, não pode se referir a esse PAF, pois a autuação foi posterior ao referido processo judicial” entendimento este que discorda pois, apesar da ação judicial ter sido ajuizada anteriormente à lavratura deste Auto de Infração a mesma trata do seu direito ao crédito em questão. Reitera a informação de que interpôs Ação Declaratória pelo Rito Ordinário, sob nº 140.01.814442-2, distribuída em 27/04/2001 para a 9ª Vara da Fazenda do Estado da Bahia, cuja cópia da página

inicial, que não contém as razões de fato e de direito que aduziu, está juntada ao Recurso Voluntário, fl. 85 dos autos.

Aduz que o crédito que utilizou não os foram de forma indevida e refere-se a Lei nº 7.014/96 e ao artigo 52 do RICMS/97 para afirmar que o ICMS integra a sua própria base de cálculo, constituindo-se o respectivo destaque mera indicação para fim de controle e que, de forma inconstitucional as legislações complementar e baiana determinam que o montante apurado pelo contribuinte de ICMS integre sua própria base de cálculo, de maneira a provocar total desvirtuamento nas regras de cálculo do imposto. A este respeito, tece uma série de comentários, cita ensinamentos de renomados mestres do direito, afirma que a inclusão do montante a ser recolhido do ICMS no valor da operação (ICMS + Base de Cálculo prevista na constituição), não guarda qualquer relação com a hipótese legalmente prevista, sendo assim inconstitucional o art. 17 da Lei 7.014/96 e o art. 52 do RICMS/97. Para fim de consubstanciar seus argumentos efetua exemplo aritmético para, em seguida, afirmar que em decorrência da forma de cálculo preconizada pela legislação infra-constitucional, os Estados membros, e em especial o estado da Bahia, acabam por invadir a competência tributária que a eles não é conferida pelas Carta Magna, visto que criaram nova forma de cálculo de imposto não prevista no art. 155, II da Constituição Federal.

Volta a mencionar entendimentos da lavra de ilustres doutrinadores, cita jurisprudência oriunda do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, do STJ, relativamente a contas residenciais de energia elétrica, tece outros comentários pertinentes aos argumentos acima desenvolvidos, questiona a multa de 60% aplicada pelo autuante por descumprimento de obrigação principal, e, em conclusão requer o Conhecimento e o Provimento deste Recurso de Revista para que seja reformado o Acórdão da 2ª CJF seja decretada a Nulidade do presente Auto de Infração.

Em Parecer às fls. 138 a 140 a Douta PROFAZ opina pelo Não Conhecimento do Recurso de Revista, alertando, ainda, para a possibilidade do seu indeferimento liminar ao teor do art. 173, § 2º do RPAF/Ba em vigor.

Para tanto, afirma que analisou a admissibilidade do Recurso de Revista vislumbrando que o recorrente transcreve as ementas relativas aos Acórdãos nº 2035-11/01 e 0592/01 que não guardam identidade jurídica com a Decisão Recorrida. Cita que a primeira delas anula a imputação por falta de segurança da infração, fato este não ocorrido nos presentes autos, cuja infração está perfeitamente caracterizada, restando afastada qualquer nulidade.

No tocante ao Acórdão 0592/01, o autor da diligência verificou a correta utilização de parte do crédito fiscal enquanto que no caso ora em apreço o crédito é indevido pois não fora acompanhado do correspondente documento comprobatório do direito ao seu uso. Acrescenta que o recorrente limitou-se a indicar as ementas dos acórdãos sem demonstrar o nexo das mesmas com a Decisão Recorrida sem atentar para as exigências contidas no art. 169, II “a” e 173, III ambos do RPAF/99, sendo que, pela inteligência dos dispositivos aqui mencionados, exige-se para a admissibilidade do Recurso de Revista a indicação de decisões paradigmas emanadas de Câmaras ou da Câmara Superior do CONSEF, bem como não apenas a transcrição da ementa da Decisão paradigma, mas o conteúdo dessa Decisão e a expressa demonstração pelo recorrente do nexo e circunstâncias identificadoras entre a Decisão Recorrida e a Decisão paradigma, condições estas não preenchidos pelo recorrente, o que implica do Não Conhecimento do Recurso de Revista.

VOTO

Acolhemos o opinativo da Douta PROFAZ, acima transcrito, em relação ao Não Conhecimento deste Recurso de Revista pelas razões que passamos a expor.

Antes, porém, de examinarmos o preenchimento pelo recorrente dos requisitos legais para admissibilidade do Recurso de Revista entendemos que deva ser esclarecida a menção efetuada pelo mesmo no sentido de que o Sr. Relator da 2ª CJF “não levou em consideração o fato do recorrente estar questionando judicialmente o crédito de ICMS em questão”, citando, especificamente, a Ação Declaratória pelo Rito Ordinário, nº 140.01.814442-2 distribuída em 27/04/2001 para a 9ª Vara da Fazenda Pública do Estado da Bahia.

É oportuno que fique claro que o crédito fiscal glosado no valor de exatos R\$6.000,00 está lançado no livro RAICMS do recorrente, mês de fevereiro/2001, fl. 10, da seguinte forma: “Outros créditos (discriminado abaixo) – Crédito autorizado”. Não há qualquer discriminação nem indicação de quem autorizou ou a base legal para efetivação de tal lançamento.

Assim, a questão relativa a existência de processo judicial em trâmite, foi sim, analisada pela 2ª CJF que examinou a cópia reprográfica da 1ª página da Ação Declaratória pelo Rito Ordinário, datada de 26/04/2001, antes da lavratura do presente Auto de Infração, único documento juntado pelo recorrente, o qual não esclarece a que se refere tal ação. De qualquer maneira, não poderia a referida ação fazer menção ao crédito fiscal em questão pois sua constituição pela Fazenda Estadual foi após a interposição da ação. Assim mesmo, como não havia qualquer Decisão judicial definitiva, nada impedia ao Estado constituir o crédito fiscal. Afastada, portanto, a nulidade do julgamento e do Auto de Infração em relação a este argumento.

Passo, agora, ao exame da admissibilidade do Recurso de Revista.

Em se tratando de Recurso de Revista, antes de tudo, deve ser observado se o recorrente atendeu ao requisito para sua admissibilidade, previsto no art. 146, inciso II “a” da Lei nº 3.956/81 (COTEB), com a nova redação dada pela Lei nº 7.438/99. Dos exames efetuados chego as conclusões que passo a expor.

A Decisão ora recorrida traz em sua ementa o seguinte teor:

“ACÓRDÃO CJF Nº 0049-12/02

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FALTA DE EXIBIÇÃO DO DOCUMENTO FISCAL COMPROBATÓRIO DO DIREITO AO CRÉDITO. É vedada a utilização de crédito fiscal sem o correspondente documento comprobatório do direito ao uso. Rejeitada a preliminar de nulidade. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime”.

Analisando as Decisões apresentadas em paradigmas e comparando-as com a Decisão Recorrida, fica patente que não servem para preencher ao requisito para admissibilidade do Recurso de Revista já que não se referem a divergência de entendimento sobre idêntica questão jurídica manifestada por outra Câmara ou pela Câmara Superior do CONSEF. E este fato se confirma em razão de:

- O Acórdão CJF nº 2035-11/01 refere-se a operações com exportação e divergências apuradas na conta Caixa. O Auto de Infração pertinente, foi julgado inicialmente Improcedente e, em sede de julgamento de Recurso de Ofício foi declarado Nulo em face da existência de insegurança na imputação e no *quantum* exigido, situação esta que não está presente no presente PAF pois a imputação está em conformidade com o lançamento e valor consignado pelo próprio recorrente no seu livro RAICMS. Não atende, portanto, ao requisito para admissibilidade do Recurso.
- O Acórdão CJF nº 0592/01, apesar de tratar de utilização indevida de crédito fiscal, restou comprovado através de diligência realizada por fiscal estranho ao feito, que parte dos

créditos fiscais foi corretamente utilizada, diferentemente do ocorrido no presente PAF, não servindo também, como paradigma à admissibilidade do Recurso de Revista.

De sorte que as Decisões paradigmas não se referem à mesma questão jurídica constante na Decisão Recorrida, consoante está acima demonstrado, de forma clara. Com isso, o recorrente não preencheu o requisito previsto no art. 169, II “a” do RPAF/Ba em vigor, o que nos leva, com fundamento no art. 146-A, inciso III do COTEB e no art. 173, III do aludido RPAF, a votarmos pelo NÃO CONHECIMENTO do presente Recurso de Revista.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da Câmara Superior do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO CONHECER** o Recurso de Revista apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração **n.º 279692.0009/01-8**, lavrado contra **ARAPUÃ COMERCIAL S.A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$6.000,00**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “ a”, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de dezembro de 2002.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – RELATOR

ADRIANA LOPES VIANNA DIAS DE ANDRADE – REPR. DA PROFAZ