

PROCESSO - A.I. Nº 03640879/97
RECORRENTE - FRANNEL DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO DE REVISTA– Acórdão 2ª CJF nº 0182-12/02
ORIGEM - INFAZ/IGUATEMÍ
INTERNET - 06.01.03

CÂMARA SUPERIOR

ACÓRDÃO CS Nº 0218-21/02

EMENTA: ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE SEGUNDA INSTÂNCIA. NOVA DECISÃO. Constada a irregularidade processual traduzida pelo cerceamento de defesa, o PAF deve ser considerado nulo, retomando-se o julgamento a partir do ato causador da nulidade. A Decisão do órgão julgador não pode deixar de se referir à matéria tratada no Recurso apresentado. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Revista impetrado pelo autuado com o objetivo de rever a da 2ª CJF nº 0182-12/02 que negou provimento ao Recurso Voluntário apresentado.

O recorrente teve contra si um lançamento de ofício onde lhe era imputado o cometimento da seguinte infração:

Falta de retenção do ICMS – Substituição tributária nas notas fiscais destinadas ao Estado da Bahia e na qualidade de contribuinte Substituto nos exercícios de 1996 e 1997;

Quando da apreciação do feito pela JJF esta entendeu que o lançamento de ofício era procedente e que o fato do autuado ter ingressado com um Mandado de Segurança junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo não conferia à justiça daquele Estado o poder de imiscuir-se dos assuntos internos do Estado da Bahia e em consequência não poderia invocar o benefício de liminar concedida. E mais

“quanto a aplicação de MVA em percentuais maiores que o previsto, razão assiste ao autuado, uma vez, provado o equívoco dos autuantes. No tocante as Notas Fiscais destinadas a firma Nestor Costa Aguiar, as xerocópias de GNRs anexadas aos autos, comprovam o pagamento do imposto incidente. Quanto as alegações da impugnante nas razões complementares de defesa, ressaltamos que o art. 372, II, faz parte das regras genéricas, que trata da antecipação tributária nas operações interestaduais e de importação, portanto, deverão prevalecer as regras específicas, contidas na Seção III, do RICMS aprovado pelo Decreto nº 5.444/96, que trata da substituição ou antecipação tributária nas operações com lubrificantes e combustíveis derivados ou não de petróleo, mais especificamente, o § 3º do art. 512

destaco que a responsabilidade do adquirente, nas operações interestaduais de substituição tributária derivada de Convênios e Protocolos, é apenas supletiva, e só ocorrerão quando acontecer as hipóteses previstas no art. 372, § 3º, I, II e III do Decreto nº 6.284/97. e conclui pela procedência parcial do Auto de Infração.

O seu inconformismo levou-o a ingressar com um Recurso Voluntário que apreciado pela 2ª. Câmara não foi provido por Decisão da maioria dos seus membros. Do Voto vencedor retiramos a seguinte conclusão:

“Quanto ao Mandado de Segurança A liminar concedida em Mandado de Segurança ou mesmo a sentença não transitada em julgado, não tem o condão de retirar a responsabilidade do contribuinte substituto que lhe foi atribuída na forma da Lei, ou de afastá-lo da relação jurídico tributária existente entre este e o Fisco. Da mesma forma, foi acatada também a tese de que não poderia o recorrente deixar de obedecer a Decisão que lhe obrigou a não efetuar a retenção, entretanto, isto não impediria que o Fisco, como garantia, exercesse a atividade do lançamento contra aquele a quem a lei atribui a responsabilidade por substituição, visando assegurar o seu crédito tributário, que, no entanto, ficaria suspenso de exigibilidade até que Decisão Final ponha fim à lide. Ocorre que, no presente caso, não foi o contribuinte substituído que impetrou o Mandado de Segurança, mas o próprio contribuinte substituto, e vou mais longe, a autoridade coatora nominada naquele processo foi o Secretário da Fazenda do Estado do Espírito Santo, ou seja, inexistente qualquer medida liminar que atinja este Estado, em razão da limitação territorial da jurisdição do Tribunal que a concedeu. Mais ainda, o impetrante deste Mandado de Segurança não é parte legítima para pleitear a não retenção do imposto, pois o contribuinte de direito é o substituído, que lhe antecipa os Recursos para pagamento do imposto incidente sobre as operações subsequentes, devido por este, sendo aquele mero depositário dos Recursos do Erário deste Estado.”

Em seu Recurso de Revista o contribuinte preliminarmente apresenta quatro decisões , sendo uma da Câmara Superior , outra da 4ª. Câmara e outras duas de Juntas de Julgamento Fiscal que considera como paradigmas capazes de suscitar um conflito de interpretação que deve ser uniformizado por esta Câmara Superior. As decisões de Câmaras são as seguintes: Acórdão CS nº 0614/00 e 4ª. Câmara Resolução nº 2985/97. Inclui também em seu arrazoado trechos de duas manifestações da PROFZ sobre a matéria feitas em outros PAF.

Quanto ao presente Recurso a Sra. Dra. Representante da Profaz emite um Parecer opinativo onde conclui:

“Da análise do Recurso apresentado , vislumbramos a existência de nulidade prevista no art. 18, II, do RPAF vigente , pois a Decisão proferida pela CJF provocara o cerceamento de defesa do recorrente. Com efeito, observamos que a Decisão Recorrida não decidira acerca da questão de mérito, principal argumento do autuado em sede de Recurso Voluntário e único do Recurso de Revista, referente à aplicação e interpretação das regras legais dos diplomas nºs 4825/89 e 7.014/94 consoante enfrentado no Parecer deste órgão às fls. 420 e 421. A ausência de Decisão sobre essa questão pela 2ª CJF, impede à recorrente de ora em Recurso de Revista, discutir a matéria, mormente

face as decisões trazidas como paradigmas ao caso, não poderem ser utilizadas porque a matéria não consta da Decisão Recorrida. Isto posto, verificada a nulidade prevista no art. 18, II, do RPAF/99, opinamos pela decretação da nulidade da Decisão Recorrida, para que conste do Acórdão da CJF, Decisão sobre a responsabilidade do autuado pelo pagamento do imposto ante a vigência das Leis nºs 4.825/89 e 7.014/96”.

VOTO

Entendo que à análise quanto a admissibilidade do presente Recurso de Revista não pode ser considerada sem uma análise sobre o Parecer da Douta PROFAZ que preliminarmente levanta uma questão de fundamental importância para o deslinde deste PAF que é a questão da nulidade da Decisão da 2ª Câmara.

O foco da questão parece estar no possível cerceamento de defesa sofrido pelo contribuinte traduzido nas palavras da Douta Representante da PROFAZ quando afirma que ela “ não decidira acerca da questão de mérito, principal argumento do autuado em sede de Recurso Voluntário e único do Recurso de Revista, referente à aplicação e interpretação das regras legais dos diplomas nºs 4825/89 e 7.014/94 consoante enfrentado no Parecer deste órgão às fls. 420 e 421. A ausência de Decisão sobre essa questão pela 2ª CJF, impede à recorrente de ora em Recurso de Revista, discutir a matéria, mormente face as decisões trazidas como paradigmas ao caso, não poderem ser utilizadas porque a matéria não consta da Decisão Recorrida porque a matéria não consta da Decisão recorrida. Observe-se que no voto vencido o Sr. Relator reporta-se a questão quando diz : “ A segunda questão a merecer exame diz respeito ao exame da legislação do Estado da Bahia, vigente à época dos fatos geradores objeto da autuação. Estipulava a Lei nº 4.825/89: *Art. 14 - Nas operações interestaduais, a Substituição Tributária rege-se-á pelos termos de acordos para este fim celebrados entre as unidades da Federação interessadas. (Redação dada pela Lei nº 6.447, de 22.12.92, com vigência a partir de 01.01.93)*

§ 3º - Caso o remetente não proceda a retenção ou a faça em valor inferior ao devido, o adquirente ficará obrigado a fazê-la nos termos do parágrafo anterior.

Art. 15 - A mercadoria que estiver sob o regime de Substituição Tributária, ao dar entrada neste Estado, ficará sujeita ao pagamento do imposto pelo adquirente, conforme dispuser o regulamento.

Não resta dúvida, face à clareza do preceito legal, que a obrigação de recolher o ICMS, sempre que o remetente não o faça ou o faça em valor inferior ao devido, é do adquirente, no momento em que a mercadoria der entrada no território do Estado da Bahia. Tanto isso é verdadeiro que consta também nos autos, à fl. 364, cópia do Auto de Infração nº 000.813.927-0, lavrado contra Delson A. Martins & Cia., com relação à Nota Fiscal de nº 019066, emitida pelo recorrente, nas mesmas condições das demais notas fiscais relacionadas no Auto de Infração ora examinado.

O que constatamos porém é que no Voto Vencedor este importante argumento não foi sequer citado o que certamente levou a Sra. Procuradora a concluir pela nulidade o que eu também o faço pois considero que a manifestação conclusiva da Câmara expressa por este voto que deveria obrigatoriamente, sob pena de cercear a defesa do contribuinte reportar-se a esta matéria.

Estamos portanto, acompanhando o Parecer da PROFAZ, pela decretação da nulidade da Decisão da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal a fim de que a mesma reexamine a questão e manifeste-se sobre os fundamentos apresentados pelo contribuinte. Recurso de Revista PROVIDO.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da Câmara Superior do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso de Revista apresentado e decretar **NULA** a Decisão Recorrida no Auto de Infração nº 03640879/97, lavrado contra **FRANEL DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser submetido a novo julgamento na forma estabelecida no RPAF.

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

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

HELCONIO DE SOUZA ALMEIDA - RELATOR

ADRIANA LOPES VIANNA DIAS DE ANDRADE - REPR. DA PROFAZ