

PROCESSO - A.I. Nº 207160.0010/00-7
RECORRENTE - GRIBEL - COMERCIAL DE ESTIVAS E BEBIDAS LTDA
RECORRIDA - FAZENDA PUBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO DE REVISTA - Acórdão 1ª CJF nº 0415-11/02
ORIGEM - INFAZ BONOCÔ
INTERNET - 21.02.03

CÂMARA SUPERIOR

ACÓRDÃO CS Nº 0009-21/03

EMENTA: ICMS. INADMISSIBILIDADE DE 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 que divirja do entendimento sobre idêntica questão jurídica manifestada por outra Câmara de Julgamento ou pela Câmara Superior. As decisões invocadas, dizem respeito a fatos e fundamentos de direito diversos dos que são analisados no presente caso. Afastadas todas as preliminares de nulidade. Recurso **NÃO CONHECIDO**. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Revista interposto pelo sujeito passivo, por intermédio do seu patrono, relativamente ao Acórdão nº 0415-11/02 originário da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal que negou provimento ao Recurso Voluntário anteriormente interposto e manteve inalterada a Decisão da 1ª Instância administrativa.

O presente Recurso de Revista reporta-se as infrações 1 e 2 do Auto de Infração em referência, as quais, ao teor do contido no relatório pertinente a Decisão Recorrida, assim se apresentam:

1. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal;
2. Falta de recolhimento do imposto relativo à antecipação tributária de mercadorias oriundas de outros Estados e enquadradas no regime de substituição tributária;

A Decisão Recorrida traz em seu bojo a ementa abaixo transcrita:

“EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. MULTA. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Efetuada a correção no cálculo do imposto e da multa relativamente às infrações 1 e 2. Infrações parcialmente comprovadas. Rejeitada a preliminar de nulidade. Prejudicial de nulidade por cerceamento ao direito de defesa, rejeitada em Decisão por maioria. Correto e fundamentado o julgamento recorrido. Recursos **NÃO PROVIDOS. Decisão unânime”.**

A 1ª CJF em sede de julgamento dos Recursos de Ofício e Voluntário, após afastar todas as

preliminares de nulidade suscitadas pelo recorrente, manteve inalterada a Decisão da 1ª Instância, com fundamento no Voto abaixo transcrito:

“Quanto ao Recurso de Ofício, à parte em que ficou sucumbente a Fazenda Pública Estadual, foi devidamente demonstrada e fundamentada pela diligência executada pela ASTEC, cujo resultado foi acatado pela 4ª JF e consta do relato.

Por não vislumbrar fatos ou fundamentos que possam modificar a Decisão, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

Inicialmente neste Recurso Voluntário temos uma questão prejudicial a ser analisada.

Entendo que o RPAF/99 não pode se sobrepor a uma Lei hierarquicamente superior pois federal, que é a Lei nº 8.906/94 - Estatuto dos Advogados.

Se no artigo 7º, inciso XV desta lei, prevê o direito a ter vistas ao processo, no prazo recursal, pelo Patrono do recorrente, não será o RPAF/99, diploma legal estadual que vedará este expresso direito. Ocorreria uma desobediência ao princípio hierárquico das normas legais vigentes.

Se consta do RPAF/99 esta vedação, ocorre um conflito, o qual deve urgentemente, ser saneado sob pena de ferir-se o direito de ampla defesa.

Por conseguinte, acolho a prejudicial suscitada, e julgo NULO o julgamento realizado.

Vencido nesta primeira preliminar, passo a apreciar o restante do Recurso.

Nos demais aspectos, após cotejar as peças processuais componentes do PAF, e as argumentações do recorrente, entendo tal qual a Douta PROFAZ em seu opinativo de folhas 1496 e 1497.

Os argumentos são repetidos, as preliminares suscitadas já foram devidamente apreciadas pela 4ª JF e fundamentadas as suas rejeições conforme consta deste relatório.

Inexiste a ocorrência do “bis in idem” pois, as notas fiscais ditas reclamadas nos itens A e B estão na realidade interligadas.

A 4ª JF excluiu da condenação os valores inerentes as Notas Fiscais nºs 61327 e 61394 (item B). As notas fiscais ditas presentes no item A e B, não constam nos dois itens após a realização da diligência saneadora. Não foi considerada pela 1ª Instância a majoração de valores apresentados na informação fiscal, inclusive, foi ordenado o seu desentranhamento.

Entendo que pelos argumentos e afirmações apresentados, em nada pode ser modificado o julgamento recorrido.

Deverá, caso possível e pertinente, o recorrente apresentar consubstanciado demonstrativo que possa, em confronto com o apresentado pela ASTEC, alterar a Decisão Recorrida em Recurso próprio que não mais este.

Concordo integralmente com os fundamentos da Decisão Recorrida, os quais constam do relato, e rechaço as preliminares apresentadas após a prejudicial em que fiquei vencido, votando pelo NÃO PROVIMENTO deste Recurso Voluntário”.

Em 09/12/2002 foi expedida pela SEFAZ intimação ao patrono do recorrente dando-lhe ciência da Decisão pertinente ao Acórdão nº 0415-11/02 da 1ª CJF o qual foi recebido por seu preposto no dia 13/12/2002, doc. fl. 1.517, sendo protocolado o Recurso de Revista em 23/12/2002, doc. fls. 1519 a 1529 que, em síntese, apresenta as seguintes argumentações.

Preliminarmente chama a atenção para a admissibilidade deste Recurso de Revista pelo fato de haver sido intimada da Decisão da 1ª Câmara no dia 13/12/2002 enquanto que a Lei nº 8.534 que introduziu alterações no COTEB foi publicada no Diário oficial dos dias 13 e 14 de dezembro de 2002 “com efeitos a partir do dia 15/12/2002”, razão pela qual entende que o Recurso de Revista deverá ser recebido e analisado.

Em seguida, ainda em preliminar, volta a argüir e insistir na nulidade de todo o PAF por entender que ocorreu cerceamento ao seu direito de defesa ao ser “subtraído do profissional contratado para a defesa dos interesses do Contribuinte o direito que lhe é assegurado pelo art. 7º, inciso XV, da Lei Federal nº 8.906/94 –Estatuto dos Advogados”. Diz que solicitou vistas ao processo, fora da repartição, o que foi negado pelo CONSEF sob o argumento de que o RPAF não previa tal situação. Aduz que, neste particular, as normas do RPAF são ilegais e inconstitucionais, não podendo ser impostas aos advogados visto que existe lei federal que lhe assegura esse direito, isto é, a retirada de qualquer processo administrativo ou judicial, quando prazo é imputado à parte representada. Assim, afirma que ao lhe ser negado esse direito está caracterizado o cerceamento ao direito de defesa, razão pela qual pede que seja decretada a Nulidade de todo o Processo Administrativo Fiscal.

Em relação ao mérito, naquilo que concerne a infração 1, a qual denomina de item A, assevera que o valor remanescente ainda merece ser avaliado e extirpado da autuação pois “resultante da apuração de notas fiscais capturadas através do CFAMT, insistindo em afirmar que implica em “bis in idem” em relação ao item B, pois os períodos autuados são os mesmos, o que nos induz ao raciocínio de que as operações também são as mesmas”.

Acrescenta que a autuação infringe o disposto no art. 42, § 5º, da Lei nº 7.014/96 que prevê que a multa pelo descumprimento de obrigação acessória será absorvida pela multa para o descumprimento da obrigação principal sempre que se tratar de cometimento em que o descumprimento da obrigação principal seja uma consequência direta da obrigação acessória.

Diante disto destaca que se não é Nulo é Improcedente este item, apresentando como paradigma o Acórdão nº 1141/00 da 2ª Câmara que, ao seu entendimento, revela situação exatamente igual a presente, onde se cobrou de forma concomitante antecipação e multa sobre as mesmas entradas oriundas de outros estados.

O acórdão acima mencionado, cuja cópia integral está juntado aos autos, fls. 1.526 a 1.520 apresenta a seguinte Ementa:

“ACÓRDÃO C/JF Nº 1141/00

EMENTA : ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. A) IMPOSTO NÃO RECOLHIDO REFERENTE A OPERAÇÕES LANÇADAS NO REGISTRO DE ENTRADA.. Infração comprovada. Confissão expressa. b) (...) 2. ENTRADA DE MERCADORIA. ENTRADAS NÃO ESCRITURADAS NO LIVRO RE. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Descabe cobrança de imposto devido a não comprovação de entradas de mercadorias não contabilizadas. Aplicação da multa de 10% do valor comercial das mercadorias entradas no estabelecimento, embora devida, fica absorvida pela exigência da obrigação principal relativa ao item 1.ª Modificada a Decisão. Recursos **PARCIALMENTE PROVIDOS. Decisão unânime”.**

Quanto a infração 2, mencionada como item B, cita como “preliminar” para argüir a nulidade do item que a autuação tomou por base os mesmos documentos que originaram o débito do item A.

Acrescenta que as cópias das notas fiscais são “inautênticas”, não dizem respeito a todos os documentos listados nos demonstrativos e que o total das notas apresentadas, assim como os novos demonstrativos, são no total de R\$349.192,29 quando a base de cálculo do mesmo item passou para R\$8.464.273,53 sem a devida comprovação com documento válido. Cita, ainda, que outro fato que deixou de ser apreciado na Decisão recorrida é que a base de cálculo do item B foi irregularmente majorada, passando o valor do imposto cobrado de R\$698.475,00 para R\$1.438.926,50.

Neste aspecto, menciona que o CONSEF tem uma posição clara em não aceitar autuações quando não são apresentados os documentos fiscais pertinentes, mais especificamente, em se tratando da falta de apresentação da totalidade dos documentos fiscais pertinentes a autuação. Diante disto, apresenta a título de paradigma o Acórdão nº 1137/99 da 1ª CJF, cuja ementa assim se apresenta:

“ACÓRDÃO CJF Nº 1137/99

EMENTA : ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS EFETUADAS POR MICROEMPRESA COMERCIAL VAREJISTA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A Junta de Julgamento excluiu do cálculo do débito fiscal algumas notas fiscais que não foram anexadas aos autos pelo autuante, para comprovação das aquisições. Auto de Infração julgado **PROCEDENTE EM PARTE**. De fato, deve ser excluída a exigência fiscal relativamente a parte da imputação que não fora provada pelo autuante. Recurso **NÃO PROVIDO** para manter e homologar a Decisão Recorrida. Decisão unânime”.

Em conclusão requer o Conhecimento e o Provimento do presente Recurso de Revista para que sejam os itens contestados julgados NULOS ou IMPROCEDENTES.

A Douta PROFAZ proferiu o Parecer à fl. 1533 dos autos opinando pelo Não Conhecimento do presente Recurso de Revista ante a ausência dos pressupostos de admissibilidade previstos no art. 169, II “a” do RPAF/99.

Para chegar a esta conclusão entendeu a PROFAZ que a preliminar de nulidade argüida vem sendo trazida desde o início e já foi afastada, com acerto, em todos os julgamentos realizados.

Quanto à admissibilidade do Recurso de Revista destaca que, em relação à infração 1, item A, apenas a descrição da infração já serve para demonstrar que a Decisão trazida como paradigma não pode ser aceita por não ter pertinência com a matéria, pois neste auto se cobrou imposto sobre operação mais multa de infração. No Auto de Infração sob exame se cobra apenas a multa de 10% sobre o valor contábil das entradas de mercadorias não contabilizadas, o que foi reduzido ante a diminuição da base de cálculo por provas trazidas aos autos pela empresa.

Quanto a segunda infração considera que não se trata de infração não comprovada por ausência de notas fiscais, como é trazido na Decisão recorrida, trata-se de operações de substituição tributária sem retenção do imposto devido, como bem discorre o voto do relator do julgamento do Recurso Voluntário, não *bis in idem*, de repetição de cobrança de imposto nos itens A e B. Com estes argumentos considera que estão ausentes os pressupostos de admissibilidade do Recurso de Revista.

VOTO

Inicialmente observo que a Lei nº 8.534 de 13 de dezembro de 2002 foi publicada no Diário Oficial dos dias 14 e 15 de dezembro de 2002. Portanto, como consta à fl. 1517 dos autos uma intimação endereçada ao patrono do recorrente e recebida por preposto do seu escritório de advocacia no dia 13/12/2002, onde lhe é conferido o prazo de 10 (dez) dias para interposição de

Recurso, entendo que o Recurso de Revista protocolado no dia 23/12/2002 deve ser regularmente processado e examinado na forma regulamentar.

Quanto a preliminar de cerceamento do direito de defesa por “haver sido subtraído o direito assegurado pelo art. 7º, inciso XV, da Lei federal nº 8.906/94 – Estatuto dos Advogados” trata-se de uma questão já superada, pois já corretamente analisada nos julgamentos anteriores, cujo argumento do recorrente não encontra ressonância sob o ponto de vista fático, vez que inúmeras são as manifestações existentes no PAF pelo recorrente, em todas as fases do processo, o que denota que o patrono do recorrente sempre teve ao seu dispor, no âmbito da SEFAZ, o PAF em toda sua inteireza, inclusive com fornecimento de cópias de documentos, quando regularmente solicitados. Também, sobre o ponto de vista legal, toda a tramitação do PAF obedeceu as normas pertinentes ao Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/BA que rege e disciplina o contencioso administrativo fiscal, não havendo qualquer Decisão oriunda de Tribunais Superiores declarando a inconstitucionalidade dos artigos que o integram.

Aliás, considero oportuno reproduzir o brilhante Voto proferido pela ilustre Conselheira Dra. Sandra Urânia Andrade, proferido a respeito desta mesma questão, em sede de julgamento do Recurso Voluntário, ocasião em que tive a oportunidade de participar do julgamento e manifestar-me acompanhando a fundamentação jurídica encartada em seu Voto, a qual aqui ratifico:

“Inicialmente devemos consignar que se equivoca o patrono do recorrente bem como o digno Relator ao entenderem que a não previsão na legislação processual administrativa baiana de retirada dos autos pelos advogados constitui afronta ao Estatuto dos Advogados, erigido pela Lei nº 8906/94. Senão vejamos:

O referido diploma legal – norma federal – em seu art. 7º, inciso XV, traz a seguinte redação, “in verbis”:

“Art. 7º São direitos dos advogados:

.....

XV - ter vista dos processos judiciais ou administrativos de qualquer natureza, em cartório ou na repartição competente, ou retirá-los pelos prazos legais;” Grifos nossos

Como visto, a norma inicialmente possibilita a vista dos processos ao advogado em cartório ou na repartição ou sua retirada destes locais nos prazos legais estabelecidos.

Assim, determina a lei citada que é direito do advogado a análise dos autos, através de vista ao processo. Este direito é assegurado pela legislação processual baiana. A consecução deste direito através de vista aos autos na repartição ou através de sua retirada, é apenas modo de efetivação deste direito, não se constituindo em afronta a este a restrição - motivada pela especificidade do processo administrativo tributário - que esta vista seja feita apenas na repartição.

Não há, por outro lado, que se falar em cerceamento de direito de defesa, pois assegurado ao patrono do sujeito passivo da relação tributária conflituosa a completa vista ao processo, dele podendo ser extraídas quaisquer peças, ressaltando-se o fato de que na maior parte dos casos os principais elementos do processo já são objeto de entrega ao sujeito passivo quando da intimação para ciência da lavratura do Auto de Infração, ou fazem parte do acervo do próprio contribuinte, como livros e documentos, tanto os fiscais como os contábeis.

Averbe-se, ainda, que não há nenhuma pecha de ilegalidade ou inconstitucionalidade sobre a legislação baiana em comento por parte dos nossos tribunais, em relação à questão ora ventilada o que impende de pronto o seu rechaçamento.

Do exposto, somos pelo NÃO ACATAMENTO da preliminar de nulidade suscitada”.

Afastada, pois, esta preliminar de nulidade do Processo Administrativo Fiscal argüida pelo patrono do recorrente ante a ausência de argumentos jurídicos capazes a tal mister.

Quanto a argüição de nulidade da infração 2, item B, em razão da autuação “ter tomado por base os mesmos documentos que originaram o débito do item A”, a rigor, este seria uma questão para ser analisado no tocante ao seu mérito, entretanto, face a determinadas nuances presentes nos autos, entendo ser pertinente as colocações que faço a seguir.

Em 31.10.00 o recorrente protocolou sob nº 918.751, na INFAZ Brotas, requerimento para pagamento do débito relativo as infrações 2, 3, 4, 5 e 6 do presente Auto de Infração, nos valores respectivos de R\$698.475,00, R\$127.907,86, R\$125.681,12, R\$7.666,58 e R\$119,03, com os benefícios dos Decretos nºs 7814/00 e 7840/00, cujo pagamento da parcela inicial no valor de R\$11.520,50 ocorreu no dia 06.11.2000, conforme atestam os documentos de fls. 812 a 822 e 828 dos autos.

Naquela oportunidade, o recorrente declarou que nos termos dos arts. 2º e 9º do Decreto nº 7814/00 reconhecia a procedência da autuação fiscal em relação aos itens acima mencionados e que renunciava a quaisquer defesas ou Recursos administrativos ou judiciais no curso do processo administrativo fiscal objeto do pedido deste benefício e, ainda, desistia de impugnações ou ações judiciais acaso já interpostas relativamente ao presente Auto de Infração.

Ora, nas circunstâncias acima, entendo que, na esfera administrativa, não caberia mais qualquer tipo de discussão a respeito dos mencionados itens da autuação, sendo, portanto, ineficazes todos os argumentos ora apresentados pelo recorrente em relação a infração 2.

Apesar disto, como nos julgamentos anteriores a infração 2 foi examinada, sendo, inclusive, reduzida em pequeno valor, entendo que no julgamento deste Recurso de Revista, se atendido for o requisito para sua admissibilidade, deverá também ser enfrentado o mérito da questão, já que, o argumento de nulidade suscitado pelo recorrente não encontra amparo no art. 18, inciso IV do RPAF-BA.

Do exposto considero afastadas todas as preliminares de nulidades levantadas pelo recorrente e passo à análise do atendimento e preenchimento pelo mesmo dos requisitos para admissibilidade do Recurso de Revista 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.

Em relação a infração 1, falta de registro de notas fiscais de entradas de aquisições de mercadorias em outros estados, listadas pelo sistema CFAMT, restou delineado na Decisão Recorrida que a diligência saneadora realizada pela ASTEC considerou apenas as notas fiscais cujas cópias foram juntadas aos autos, destinadas ao recorrente, envolvendo somente as operações com tributação normal, consoante está claro no cabeçalho da descrição dos fatos no Auto de Infração e que as notas fiscais presentes nos itens A e B não constam de forma concomitante nos dois itens.

Com isso, o Acórdão nº 1141/00 da 2ª CJF não serve como paradigma aos argumentos trazidos pelo recorrente pois, neste caso, a multa de 10% foi aplicada sobre as mesmas mercadorias objeto da exigência fiscal pertinente a outro item do mesmo Auto de Infração, situação esta aqui

não ocorrida pois a multa aplicada em relação a infração 1 não corresponde as mesmas mercadorias integrantes da infração 2, consoante está demonstrado nos autos.

Já em relação a infração 2, o recorrente apresenta em paradigma o Acórdão nº 1137/99 referente a aquisições interestaduais por microempresa comercial varejista sem que tenha ocorrido a antecipação tributária. Neste caso a exigência fiscal prevaleceu apenas em relação às parcelas que estavam devidamente comprovadas através de documentos fiscais.

Na situação sob análise, a falta de antecipação está constatada, as cópias das notas fiscais estão presentes aos autos, foram excluídas as parcelas cuja antecipação foi comprovada e não foi considerada a majoração do débito sugerida pelo autuante. Portanto, também ausente o pressuposto para admissibilidade do Recurso de Revista em relação ao presente item já que a Decisão apresentada em paradigma não reflete posicionamento diverso para a mesma questão ora enfrentada.

De maneira que pelo fato das Decisões apresentadas em paradigma não se referirem à mesma questão jurídica constante na Decisão recorrida, acolho o opinativo da Douta PROFAZ e, com fundamento no art. 146-A, inciso III do COTEB voto pelo NÃO CONHECIMENTO do presente Recurso de Revista, ante a falta de preenchimento pelo recorrente dos requisitos legais para sua admissibilidade.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da Câmara Superior do Conselho de Fazenda Estadual, em Decisão por maioria, com o voto de qualidade do Presidente, **NÃO CONHECER** o Recurso de Revista apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207160.0010/00-7, lavrado contra **GRIBEL - COMERCIAL DE ESTIVAS E BEBIDAS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$956.563,81**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 50% sobre R\$125.681,12 e 60% sobre R\$830.882,69, previstas no art. 42, I, “a” e II, “a”, “b” e “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes, além das multas no valor de **R\$37.976,42**, atualizada monetariamente e de **3 UPFs-BA**, previstas nos incisos IX e XVIII, “a”, do mesmo artigo e lei antes citada, homologando-se o valor efetivamente recolhido.

VOTOS VENCEDORES: Conselheiros (as) Carlos Fábio Cabral Ferreira, Tolstoi Seara Nolasco, Ciro Roberto Seifert, José Hilton de Souza Cruz, Antonio Ferreira de Freitas e Helcônio de Souza Almeida.

VOTOS VENCIDOS: Conselheiros (as) José Carlos Boulhosa Baqueiro, José Carlos Barros Rodeiro, José Raimundo F. Santos, Max Rodrigues Muniz, Nelson Teixeira Brandão e Verbena Matos Araújo.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de janeiro de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – RELATOR

MARIA HELENA CRUZ BULCÃO – REPR. DA PROFAZ