

PROCESSO - A.I. Nº 292949.0003/02-4
RECORRENTE - TOTAL DISTRIBUIDORA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO DE REVISTA – Acórdão 1ª CJF nº 0462-11/02
ORIGEM - INFRAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 26.03.03

CÂMARA SUPERIOR

ACÓRDÃO CS Nº 0016-21/03

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. A Decisão invocada diz respeito a fatos e fundamentos de direito diversos dos que são analisados no presente caso. Recurso **NÃO CONHECIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuida-se de Recurso de Revista interposto pelo sujeito passivo, respaldado no art. 169, II, “a” do RPAF/99, e art. 146, II “a” do COTEB (Lei 3956/81), alterado pela Lei nº 7438/99, através de advogado, onde argüi preliminar de Cerceamento de Defesa.

A exigência fiscal consignada no Auto de Infração resultou das seguintes irregularidades:

- 1) O crédito fiscal indevidamente utilizado referente a mercadorias adquiridas com o pagamento do imposto por substituição tributária. Refere-se a crédito de ICMS relativos a mercadorias sujeitas a antecipação tributária que tiveram os valores do estorno efetuados a menos – R\$336.513,31 (período de abril a dezembro/2001).
- 2) Utilização indevida de crédito fiscal do ICMS, de mercadorias adquiridas em outros Estados, sujeitos ao regime de diferimento e que estavam desacompanhadas do comprovante de recolhimento do imposto. Trata-se de aquisições de álcool hidratado, ficando diferido para o momento da entrada do produto no estabelecimento da distribuidora, o aproveitamento do crédito fiscal pelo contribuinte, e será devido com a comprovação do pagamento do ICMS ao Estado de origem do preferido produto, através da GNRE de acordo com o art. 511 inciso III “c” itens 1 e 5.2 do RICMS/97. O contribuinte intimado para comprovar o recolhimento do imposto através da GNRE (Guia Nacional de Recolhimento) não atendeu a intimação – R\$192.633,05 (período de novembro de 2000 a agosto de 2001).
- 3) Falta de complementação do ICMS devido pelas operações subsequentes com óleo diesel em razão da diferença entre o preço máximo ou único de venda a varejo para o Município destinatário consumidor e o preço constante no documento de aquisição junto ao industrial (art. 512-A § 4º inciso I do RICMS/97 – R\$9.037,85, no mês de dezembro de 2000).
- 4) Utilização indevida de crédito fiscal de mercadorias adquiridas em outro Estados sujeita ao regime de diferimento desacompanhada do comprovante de recolhimento do imposto nos meses de outubro a dezembro/2001, no valor de R\$62.269,08.

O julgamento da Decisão Recorrida proferido na 1ª Câmara, em apreciação do Recurso Voluntário, manteve a Procedência do Auto de Infração declarada na 1ª Instância, mantendo a Decisão *a quo* e negou Provimento ao Recurso. Eis na íntegra o conteúdo do voto:

“Neste Recurso Voluntário o autuado repete toda a argumentação já exposta na defesa e não apresenta nenhum documento capaz de alterar a fundamentação apresentada pela Junta de Julgamento Fiscal.

Quanto a arguição de nulidade após o cerceamento ao direito de defesa, em vista do não acatamento da solicitação à diligência, não vislumbra a nulidade suscitada, pois a negativa do pedido de diligência está devidamente fundamentada.

Assim, acato integralmente o Parecer da PROFAZ e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário”.

O sujeito passivo inconformado com o Não Provimento do apelo, pela 1ª Câmara, no prazo decencial previsto na legislação processual vigente, interpôs o Recurso de Revista aduzindo as seguintes razões:

- 1) suscita a preliminar de nulidade sob a alegação de cerceamento de defesa e neste sentido apresenta decisões do CONSEF baiano;
- 2) diz que argumentou no Recurso que a intimação recebida foi no sentido de que o mesmo anexasse documentos se entendesse necessário conforme dispõe o art. 23 do RPAF/99;
- 3) alega que na defesa apresentada às fls. 10 e 11 requereu diligência indicando quesito e solicitou que fosse intimada da perícia para apresentar seu assistente técnico;
- 4) argüiu não ter o Acórdão recorrido analisado os argumentos apresentados desde a defesa. E acrescenta que a falta de autorização para que a realização de perícia teria configurado cerceamento as defesas;
- 5) aduz que a infração 1 do Auto de Infração que trata de utilização indevida de crédito referente a mercadorias adquiridas com imposto pago por antecipação o inciso IV, alínea “b” do art. 97, faz a ressalva das mercadorias cujo pagamento do imposto ocorreu por antecipação ou substituição tributária, citando e transcrevendo os arts. 356 e 359 do RICMS/97;
- 6) alega referente aos itens 2 e 3 que o produto álcool hidratado, no art. 511 inciso III “c” do RICMS fica diferido para o momento da entrada da mercadoria no estabelecimento da distribuidora, e acerca do item 4, alega que os mesmos argumentos referente a infração 2, se aplicam ao caso, e que o art. 509 se referindo ao diferimento, determina que o lançamento do ICMS seria no momento que ocorresse a saída, transcrevendo diversos dispositivos. Concluiu requerendo a Improcedência do Auto de Infração, anexando diversos Acórdãos quanto a preliminar argüída.

A PROFAZ no Parecer de fls. 347 e 348, ressaltou que toda a argumentação do recorrente é de que teria ocorrido cerceamento de defesa por não ter sido deferida a perícia requerida. Conclui que não ocorreu o alegado cerceamento porque o indeferimento do pedido está fundamentado no art. 147, II. “a” e “b” do RPAF/99. Observa que o Recurso apresentado para ser admitido exige que as decisões paradigmas sejam de Câmaras ou da Câmara Superior, e que isto não ocorreu, opinando pelo Não Conhecimento do Recurso, porque não teria sido preenchido o requisito de admissibilidade.

VOTO

Tratando-se de Recurso de Revista o exame preliminar a ser feito é quanto o cabimento do mesmo e para tanto a análise dos requisitos de admissibilidade previstos no art. 169, II, “a” do diploma processual vigente, que exige a demonstração pelo recorrente do nexo entre as decisões

configuradoras da alegada divergência e as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.

Verifica-se que na peça recursal o recorrente suscita preliminar de nulidade sob o argumento de cerceamento de defesa e acosta aos autos os Acórdãos de nºs 0136/01 e 0948/00 da 2ª Câmara e 2838/00 da 1ª Câmara e os Acórdãos nºs 0051/99, 2027/00, 2174-01/01 e 0640/01 da 1ª Junta de Julgamento Fiscal.

Ocorre que as decisões proferidas em Juntas de Julgamento Fiscal (1ª Instância) não se prestam como paradigmas, como se infere da letra do artigo 169, II, “a” do RPAF/99. Logo sobre as mesmas não há que se analisar se há identidade jurídica.

Quanto às Decisões proferidas pelas Câmaras. (Acórdão nºs 0136/01, 0948/00 e 2838/00, não obstante serem oriundas de Câmaras, e o recorrente ter deixado de demonstrar o nexo entre as decisões citadas como paradigmas, apontando as divergências com a Decisão guerreada, fazendo uma análise verifico que as mesmas não guardam identidade e nem se assemelham.

Observo que no Acórdão nº 0136/01 da 2ª Câmara, a preliminar de Cerceamento de Defesa foi acolhida em face do contribuinte não ter recebido cópia dos demonstrativos sobre os quais se fundamentou a autuação.

Quanto ao Acórdão nº 0948/00 também da 2ª Câmara ficou caracterizado o Cerceamento de Defesa porque na lavratura do Auto de Infração, no trânsito, não foi demonstrado qual o critério de apuração da base de cálculo, e diante da indeterminação do imposto.

Relativamente ao julgamento proferido no Acórdão nº 2838/00 da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, este não se presta também como paradigma, pois se trata de levantamento quantitativo de estoque e a ocorrência de omissão de saídas sem a emissão de documento fiscal ficou demonstrada e também as preliminares de nulidade foram refutadas.

Deste modo, concordo com a manifestação da PROFAZ ao concluir que o recorrente não apresentou paradigma à Decisão Recorrida e diante da ausência do requisito de admissibilidade impõe-se o Não Conhecimento do Recurso.

Por todo o exposto, voto pelo NÃO CONHECIMENTO deste 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 nº **292949.0003/02-4**, lavrado contra **TOTAL DISTRIBUIDORA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$600.453,29**, sendo R\$43.687,75, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, mais R\$556.765,54, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” e VII, “a”, da referida lei, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de fevereiro de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

IVONE DE OLIVEIRA MARTINS - RELATORA

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. PROFAZ