

PROCESSO - A.I. Nº 02368938/95
RECORRENTE - WINDSON PRODUTOS QUÍMICOS E FARMACÊUTICOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO DE REVISTA - Resolução 3ª Câmara nº 3625/98
ORIGEM - INFRAZIGUATEMI
INTERNET - 26.03.03

CÂMARA SUPERIOR

ACÓRDÃO CS Nº 0023-21/03

EMENTA: ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. FALTA DE APRECIAÇÃO, NO VOTO VENCEDOR, DA PRELIMINAR DE NULIDADE LEVANTADA DE OFÍCIO PELO RELATOR EM SEU VOTO VENCIDO. A questão levantada de ofício pelo então Relator deste PAF, Nulidade do Auto de Infração por falta do Termo de Início de Fiscalização, não foi apreciada no Voto Vencedor, o que macula de imprecisão a Decisão Recorrida. Devolvam-se os autos à Primeira Instância de julgamento para apreciação exclusiva da nulidade suscitada de ofício pelo Relator da Decisão Recorrida. **NULIDADE** da Decisão Recorrida. Recurso de Revista **PREJUDICADO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração reclama ICMS por recolhimento a menor do imposto por substituição tributária – lista de preços máximos ao consumidor (medicamentos).

A 3ª Câmara julgou a ação fiscal Procedente, afastando a alegação de nulidade suscitada pelo Contribuinte em razão de, supostamente, o Auto de Infração não ter sido lavrado no estabelecimento do contribuinte.

Na oportunidade do julgamento que exarou a Resolução Recorrida, houve voto vencido e voto vencedor, que transcrevo:

“VOTO VENCIDO

Discordo data vénia do opinativo da PROFAZ.

O autuado suscita nulidade tendo em vista que os autuantes informaram no campo 4 do corpo do auto que o mesmo fora lavrado no estabelecimento, o que não teria correspondido à verdade dos fatos, o que lhe teria trazido prejuízos, além de ter o comportamento dos auditores sido contrário as normas processuais. De fato, os auditores não acataram tal afirmativa, pois disseram que estiveram no estabelecimento autuado pois só assim conseguiram xerox das Notas Fiscais, estão as fls. 42 a 150 do PAF, mas não afirmaram que lavraram o Auto e executaram os trabalhos no estabelecimento, como questionado pela empresa. Da análise do conteúdo nas fls. 244 do PAF, que é o termo de intimação para apresentação de livros e documentos, verifica-se que tal intimação ocorreu via fax, onde se solicitam vários livros e documentos fiscais e não só as notas fiscais que foram acostadas ao PAF. Solicitamos aos autuantes que anexassem aos autos tais documentos e eles informaram que o PAF já estava devidamente instruído, não juntado nada mais ao mesmo. De tudo quanto consta no PAF, resta concluído, ao ver do Relator, que o autuado foi intimada via fax, o que não é procedimento regulamentar e que o auto é realmente, assim como a fiscalização não foram lavrados ou executadas no estabelecimento do autuado. Os autuantes não lavraram ou não juntaram ao PAF o indispensável termo de início da ação fiscal,

o que fere frontalmente normas regulamentares. Por tudo isso, acolho a preliminar de nulidade e de acordo com o art. 18,II do RPAF voto pela nulidade do presente Auto de Infração.

Quanto ao mérito, norma citada pelos autuantes é de convênio celebrado entre os Estados e os da Bahia e de São Paulo são signatários do mesmo. O autuado deve se enquadrar nessas normas e como não contestou com números, quase admitindo que realmente não usou o preço máximo de venda ao consumidor, para efetuar a retenção do ICMS devido por substituição, e de se concluir que o auto é Procedente, pois a publicação da ABC Farma é publicação do órgão competente mencionado no convênio.”

“VOTO VENCEDOR

Examinados os documentos do processo e o relatório produzido, identifiquei legítima a acusação fiscal, fundamentando no seguinte:

1. *Relativamente à preliminar de nulidade interposta pela Empresa, alegando que a lavratura da peça acusatória não se deu no espaço físico do estabelecimento, tal como indicado na mesma, resta evidenciado a superficialidade da defesa neste item, vez que a declaração dos autuantes de que o Auto de Infração fora lavrado "NO ESTABELECIMENTO", é corroborado pelo evidente exame de documentos da empresa, o que sugere o seu pacífico recebimento de quem legitimamente os possuía.*
2. *Quanto ao mérito, a defesa impugna a lista de preços formulada pela Entidade ABCFARMA, que associa os empresários do setor específico - medicamentos, declarando que aqueles preços são sugestões nem sempre obedecidas na prática, vez que a necessidade de mercado impõe constantes promoções.*

Entendemos que quando a legislação federal - via Convênio - atribui a responsabilidade da produção desta listagem de preços, "ao órgão competente" oferta, neste momento, uma oportunidade sui generis para que se eleja ou se determine quem assumirá tal função.

3. *Portanto, uma vez produzida e divulgada periodicamente tal lista por um órgão de classe empresarial, o costume de ser a mesma utilizada por vários contribuintes e pelo Fisco de vários Estados como referencial para cálculo da substituição tributária convencionada, outorgou ao dito órgão, o rótulo e a categoria de "competente" a que o texto legal pretendeu.*
4. *Por fim, considerando que a empresa, além dos itens acima, limitou-se apenas a questionar a constitucionalidade da Substituição Tributária, para cujo exame falece competência a este Conselho, deixando fora da discussão os componentes e cálculos apresentados, restam não elididas as acusações objeto do Auto de Infração sob exame.*

Destarte, voto pela PROCEDÊNCIA TOTAL do Auto de Infração em lide, contrariamente ao Nobre Conselheiro Relator.”

O Contribuinte inconformado impetrhou Recurso de Revista afirmando que o processo é Nulo de pleno direito por estar afrontando os princípios constitucionais do contraditório e do processo legal (art. 5º, LIV e LV, CF/88), além de afrontar o princípio da legalidade do ato administrativo, de que trata o art. 37, caput, c/c o art. 150, I da Carta Política de 1988.

O nobre Auditor Fiscal ao proceder à sua ação fiscal, intimou a empresa via fax e apesar de indicar como local o estabelecimento do autuado em momento algum esteve no estabelecimento.

Assim, o procedimento do Recorrido contraria as normas procedimentais, e a intimação via fax resta como inexistente, em face da tamanha irregularidade.

Oferece como paradigma para a admissibilidade da peça recursal o procedimento abaixo transscrito:

Auto de Infração nº 06.452.875/92

Autuada – Soc. Comercial Messias Ltda

Resolução nº 5595/96 EMENTA – ICMS.

Existência de imposto sob acusação de saídas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária com destaque do ICMS. Defesa alega que além de insubsistência da ação fiscal é nulo por inexistir Termo de Início e de Encerramento da Fiscalização e nem Termo de Apreensão. Estando o Auto de Infração em completa desobediência a norma disposta no art. 33 do RPAF/81. Auto de Infração Nulo, com apoio da PROFAZ.” (Rel. Reinaldo da Silva, 3^a Câmara).

Diante do exposto, o recorrente confiando na alta sensibilidade e no espírito elevado dos Senhores Julgadores, espera que conheça e acolha o presente RECURSO DE REVISTA e confia que a Resolução de nº 3625/98 será reformada e a ação fiscal julgada NULA, pelas razões aduzidas e pelo art. 18, II do RPAF. Tudo por ser de Direito e da mais lídima JUSTIÇA, visto que todo extremo, é uma extrema injustiça (*SUMMUM JUS, SUMA INJURIA*).

A PROFAZ forneceu Parecer de fl. 403, nos seguintes termos:

“Da análise dos autos, verificamos que a questão levantada de ofício pelo então Relator (nulidade por falta de termo de inicio) não foi apreciada no voto vencedor (fl. 363), o que macula tal Decisão por falta de clareza e precisão. O voto vencedor limitou-se a decidir sobre as questões trazidas pelo Autuado, mas olvidou-se de decidir sobre a nulidade suscitada pelo Relator, no uso de suas prerrogativas regimentais.

Em sendo assim, entende a procuradoria não ser possível o processamento do Recurso de Revista que tem como questão única a nulidade por falta de Termo de Início de Fiscalização. Não vê a procuradoria como confrontar a Decisão Recorrida com a Decisão Paradigma, uma vez que aquela não apreciou, equivocando-se, a matéria suscitada.

Diante disso, o opinativo é pela decretação da nulidade da Decisão Recorrida, para que retorne à instância inferior para apreciação exclusivamente da nulidade suscitada de ofício pelo Relator a quo”.

VOTO

Dado ao exame dos documentos acostados ao presente Processo Administrativo Fiscal, constatei que realmente o voto vencedor não fez referência e nem analisou o voto vencido, quando este, de Ofício, suscitou a Nulidade da Ação Fiscal, por falta de Termo de Início de Fiscalização.

Diante do exposto, concordo e ratifico o Parecer da Douta PROFAZ, concedendo também de Ofício o meu voto pela NULIDADE da Decisão Recorrida, devendo o PAF retornar à 1^a Instância para apreciação e julgamento da Nulidade reclamada no Voto Vencido.

No tocante ao Recurso de Revista, o mesmo acha-se PREJUDICADO tendo em vista que a Decisão Recorrida não analisou e nem julgou a Nulidade levantada pelo Voto Vencido, deixando, portanto, de haver a confrontação da Decisão Recorrida com a Decisão ofertada como paradigma.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da Câmara Superior do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, decretar **NULA**, de ofício, a Decisão Recorrida, pertinente a Resolução nº 3.625/98, da então 3ª Câmara, concernente ao Auto de Infração nº **02368938/95**, lavrado contra **WINDSON PRODUTOS QUIMICOS E FARMACEUTICOS LTDA.**, devendo os autos retornarem à 1ª Instância para apreciação exclusiva da Nulidade suscitada, também de ofício, pelo Relator em seu voto ali proferido. Recurso de Revista **PREJUDICADO**.

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

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

NELSON TEIXEIRA BRANDÃO – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA - REPR. PROFAZ