

PROCESSO - A.I. N° 02237477/97
RECORRENTE - SUPER PRÁTICO COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO DE REVISTA - Acórdão 1^a CJF n° 0266-11/02
ORIGEM - INFRAZIGUATEMI
INTERNET - 30/10/02

CÂMARA SUPERIOR

ACÓRDÃO CS N° 0159-21/02

EMENTA: ICMS. INEXISTÊNCIA DE PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO. A apresentação de decisões paradigmáticas que possuam divergência de interpretação da legislação feita anteriormente por outra Câmara ou pela Câmara Superior, com a demonstração do nexo entre as decisões configuradoras da alegada divergência e as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, constitui requisito indispensável para o conhecimento do Recurso de Revista. Recurso NÃO CONHECIDO. Vencido o voto do Relator. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Revista interposto pela autuada quanto ao Acórdão CJF n° 0266-11/02, que julgou PARCIALMENTE PROCEDENTE o Auto de Infração n° 02237477/97.

Em preliminar reitera a nulidade do julgamento administrativo, haja vista o cerceamento ao seu direito de defesa, considerando que lhe foi subtraído o direito que lhe é assegurado pelo artigo 7º, inciso XV, da Lei Federal n° 8.906/94 – Estatuto dos Advogados.

Esclarece que solicitou vistas ao processo, fora da repartição, pelo prazo do recurso, o que lhe foi negado pelo CONSEF, sob argumento de que “o RPAF não previa tal situação”. Burlada portanto, a hierarquia das Leis e ofendido o direito do advogado, é nulo de pleno direito o processo administrativo fiscal.

Comenta e transcreve parte do voto da Relatora que ficou vencida, quando reconheceu a existência do apontado vício insanável. A seguir apresenta o fundamento esposado pelo Relator prolator do voto vencedor de que “resta claro que o argumento do patrono do recorrente, ao contrário do que entendeu a ilustre Conselheira Relatora, não encontra amparo na legislação que rege o Processo Administrativo Fiscal”, o qual, não deve ser acatado pela Câmara Superior, pois se fundamenta apenas no artigo 11, do RPAF, esquecendo-se que, hierarquicamente deve prevalecer a Lei Estadual, e a própria Constituição Federal que prevê o direito a ampla defesa, desprezada no julgamento questionado. Requer que seja decretada a Nulidade do Processo Administrativo Fiscal.

Sem embargo da questão prejudicial suscitada adentro ao mérito.

Argúi que a presente ação fiscal, diz respeito a arbitramento da base de cálculo, relativamente aos exercícios de 1995 e 1996. O julgamento da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal afastou o arbitramento de 1996 e manteve o relativo ao exercício de 1995, sob o fundamento de que o fato motivador foi o mesmo para ambos os exercícios. Não podendo a ação fiscal atingir dois exercícios com a mesma motivação.

Afirma que o ponto central da discussão diz respeito à falta de apresentação das máquinas registradoras nºs 8.634.936 e 8.634.937. A 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, de forma expressa, afastou as outras ocorrências apontadas como suscetíveis do arbitramento, inclusive aqueles referente a “ausência das fitas detalhe” (fl.10).

Restou comprovado que as fitas-detalhe das máquinas foram apresentadas, e que somente algumas delas, que sequer foram identificadas e mensuradas (quantidade, período, etc.) estariam ilegíveis.

Restaria como motivação para o arbitramento a falta de apresentação das duas máquinas registradoras, que, ao contrário do que afirma o voto vencedor, está plenamente justificado no recurso.

Cita revisão feita pela ASTEC, que confirma o registro de compra efetuado pela empresa RACOL, da máquina nº 8.634.937, em 16/12/91, e que a máquina nº 8.634.936, encontrava-se quebrada, travada e sem condições de uso desde 26 de maio de 1995. Informa ainda que os valores acumulados até a data em que a mesma estava funcionando foram registrados no LRS nº 4. Caberia ao fisco comprovar de posse da MR, que o montante acumulado não coincide com aquele escriturado, o que não consta no PAF.

Questiona se não seria demais duvidar da competência e imparcialidade de um membro da ASTEC, além de negar validade a um laudo fornecido por empresa credenciada pela própria SEFAZ/BA

Indaga como é possível afastar o arbitramento de um exercício e manter o outro, quando a motivação dos dois foi a mesma. Como assegurar que os dados constantes nas máquinas diziam respeito ao período completo de 1995, quando uma foi vendida em 1991 e a outra funcionou até maio de 1995?

Pela tese do voto vencedor, se arbitramento coubesse, seria no máximo de janeiro a maio de 1995, pelas provas produzidas pela diligência.

Repete fundamentos anteriormente apresentados, comenta os artigos RICMS/97, para justificar os momentos legais de aplicação arbitramento.

Transcreve e comenta os Acórdãos CJF nº 2249-12/01 e CS nº 0460/01, além de compará-los com a Resolução recorrida, para fundamentar o conhecimento deste Recurso.

Cita ainda como decisões divergentes, os Acórdãos nºs JJF 0431/00 e CJF 0665/01 da 2ª Câmara, cujo relator foi o Consº Dr. Helcônio de Souza Almeida.

Espera o Conhecimento e Provimento deste Recurso, para que seja julgado NULO ou IMPROCEDENTE o Auto de Infração.

A PROFAZ analisa o recurso, inicialmente entende restarem afastados as nulidade suscitadas pelo recorrente, reiterando o Parecer exarado a fl. 337 verso. A seguir analisa as decisões paradigmas apresentadas como divergentes, para suprir o previsto pelo artigo 169, II, “a”, do RPAF/99, afirmando que estas não apresentam divergência de interpretação à legislação, pois são diferentes fática e juridicamente da decisão recorrida.

Opina pelo NÃO CONHECIMENTO deste Recurso de Revista.

VOTO VENCIDO

Antes de adentrar-mos ao conhecimento deste Recurso, temos que apreciar a questão prejudicial suscitada pelo recorrente.

Peço a devida vénia a ilustre Relatora do voto vencido, Cons^a Verbena Matos Araújo, para transcrever e adotar integralmente o teor do seu voto, como se fosse o meu, porém, antes de transcrevê-lo quero chamar a atenção da totalidade dos Membros componentes deste Colegiado, principalmente dos que têm formação jurídica e que em um futuro próximo, poderão vir a exercer esta profissão, que para obtermos sucesso devemos entre outras obediências, obedecer a hierarquia das normas legais vigentes.

Tenho chamado bastante à atenção de todos sem exceção a responsabilidade nos honorários de sucumbência que são gerados para o Estado da Bahia, em decisões contrárias aos princípios basilares do direito, principalmente no processual.

O artigo 7º, inciso XV, da Lei Federal nº 8906/94, adiante transscrito, respalda integralmente esta questão prejudicial apresentada. O RPAF é um diploma legal Estadual que não pode se sobrepor ou conflitar com um Diploma Federal. Os legisladores da SEFAZ/BA por mais competentes e dignos que sejam, devem também além de humildes, ser objetivos e leais, para verificando uma autonomia entre a norma federal e a estadual, observarem a hierarquia das normas legais, e sanarem este conflito observando o critério hierárquico.

A seguir transcrevo o voto citado no inicio deste: “Relativamente a esta segunda preliminar, de fato o art. 7º, inciso XV, da Lei Federal nº 8.906 dispõe de forma bastante clara ser direito dos Advogados:

XV - “ter vistas dos processos, judiciais ou administrativos de qualquer natureza, em cartório ou na repartição competente, ou retirá-los, pelos prazos legais”. (grifos nossos)

O RPAF/ 99, que foi instituído pelo Decreto Estadual nº 7.629/99, prevê em seu art. 11, que:

Art. 11 – “O órgão preparador dará vista do processo aos interessados e seus representantes legais, no recinto da repartição fazendária, durante a fluência dos prazos de impugnação ou Recurso, mediante pedido escrito, podendo os solicitantes interessados extrair cópia de qualquer de suas peças”.

Ao analisar estes dois artigos nos vemos diante de uma situação de difícil resolução, haja vista nos depararmos com uma antinomia, ou seja, duas normas incompatíveis entre si.

De acordo com os ensinamentos do renomado jurista Norberto Bobbio: “Definimos a antinomia como aquela situação na qual são colocadas em existência duas normas, das quais uma obriga e outra proíbe, ou uma obriga e outra permite, ou uma proíbe e outra permite o mesmo comportamento”, acrescentando ainda que “as duas normas devem pertencer ao mesmo ordenamento e devem ter o mesmo âmbito de validade”. (grifos nossos)

O presente caso encaixa-se perfeitamente na definição de Bobbio, pois, enquanto a Lei Federal permite um comportamento, o Decreto Estadual proíbe.

Embora reconheça a complexidade da questão, como Relatora, sou obrigada a decidir qual das duas normas deve ser aplicada ao caso, para tanto, com o intuito de eliminar a antinomia, vou

buscar guarda na hermenêutica, utilizando a interpretação jurídica e um dos três critérios fundamentais para solução de conflitos de normas. O critério cronológico, ou o critério hierárquico, ou ainda o critério da especialidade.

Embora estejamos diante de um julgamento administrativo, não devemos esquecer que todas as normas estão incluídas dentro de um único Ordenamento Jurídico. Assim, tanto a Lei Federal quanto o Decreto Estadual, fazem parte de um todo e, como Relatora, ao proferir um voto também não posso esquecer que estamos todos ligados a um mesmo sistema normativo, o qual deve ser levado em conta na solução de um litígio.

Em uma situação de conflito de normas pode-se escolher na prevalência de uma delas sem que isto signifique a expulsão da outra. Assim, ao analisar a questão posta opto por utilizar o critério hierárquico como solução desta antinomia, o que significa dizer que a Lei Federal deve prevalecer em relação ao Decreto Estadual, RPAF/99.

Portanto, considero que o não acatamento do pedido formulado pelo nobre patrono do autuado, de fato, cerceia o direito de defesa do contribuinte, ocasionando a nulidade do julgamento administrativo”.

Acolho a prejudicial suscitada e voto pela nulidade do julgamento.

Vencido nesta questão, passo a analisar e votar o Conhecimento do Recurso.

Quero neste momento pedir vênia a Douta PROFAZ para divergir do seu opinativo de fls. 383 e 384 deste PAF.

Cotejando os Acórdãos nºs CS 0460/01, CJF 2249-12/01 e CJF 0665/01, os quais relato oralmente, deixando de faze-lo em relação ao JJF nº 0431/01, por ser imprestável para o objetivo recursal, verifico que todos tratam de arbitramento da base de cálculo por falta de apresentação de documentação fiscal. No acórdão recorrido o arbitramento foi aplicado pela falta de apresentação de duas máquinas registradoras e dos documentos fiscais respectivos, logo, entendo pertinentes as paradigmas e a recorrida, por conseguinte, voto pelo CONHECIMENTO deste Recurso.

VOTO VENCEDOR

Com a devida venia, discordo do voto do Relator do PAF.

Em relação à questão prejudicial suscitada pelo Recorrente, mesmo não tendo formação na área jurídica, mas igualmente tendo a maior atenção quanto à minha responsabilidade sobre possíveis honorários de sucumbência que poderiam ser gerados para o Estado da Bahia, em decisões que seriam contrárias aos princípios basilares do direito, principalmente no processual, não vislumbro a mencionada antinomia, porque entendo que os dispositivos legais citados pertencem a âmbitos jurídicos diversos, apesar de, ambos, regularem a sistemática processual.

O RPAF instituído pelo Decreto Estadual nº 7.629/99, no seu art. 11, prevê que o órgão preparador dará vista do processo aos interessados e seus representantes legais, no recinto da repartição fazendária, durante a fluência dos prazos de impugnação ou recurso, mediante pedido escrito, podendo os solicitantes interessados extrair cópia de qualquer de suas peças, e mais, o seu Parágrafo único estabelece que o fornecimento de cópias de peças processuais destinadas à instrução de defesa ou recurso do acusado será feito livre da incidência de taxa ou ônus de qualquer espécie, a menos que se trate de cópias de livros e documentos que estejam na posse do

requerente, caso em que o fornecimento de cópias estará sujeito ao pagamento de taxa de prestação de serviço, na forma prevista na legislação própria.

Tal atitude da Administração Estadual, qual seja, não permitir a retirada, “em carga” ao advogado da parte, do Processo Administrativo Fiscal do recinto da repartição fazendária, não cerceia o direito de defesa do contribuinte, pois lhe será fornecida cópia, se requisitada, de todo o conteúdo do processo, sem qualquer ônus, permitindo-lhe conhecê-lo na sua plenitude e exercer o seu direito de ampla defesa.

Afasto, portanto, a nulidade suscitada por suposto cerceamento do direito de defesa.

Passo, então, à análise da admissibilidade do Recurso de Revista.

A primeira decisão trazida como paradigma (Acórdão CS nº 0460/01), julgou nulo o item do Auto de Infração que exigia imposto apurado através de arbitramento da base de cálculo, porque este método foi aplicado a todo o exercício fiscal, sendo que, somente, parte dos documentos fiscais foi extraviada, resultando em exigência tributária que contraria as disposições do art. 91, § 7º, do RICMS/89. Assim, não ficou demonstrada a necessidade de aplicação do método extremo de apuração do imposto a todo período fiscal.

Já as outras duas decisões oriundas de CJF, a de nº 2249-12/01 e a de nº 0665/01 (que referendou a decisão da 2ª JJF de nº 0431/01), concluíram pela nulidade do arbitramento, porque, em ambas, não ficou demonstrado nos autos a prática de sonegação do imposto nem a impossibilidade de se apurar o montante real da base de cálculo, requisitos essenciais para a adoção do arbitramento da base de cálculo, como método de apuração do imposto.

Aliás, neste sentido, poderia o recorrente ter trazido como paradigmática a Súmula CONSEF nº 5, que tem o seguinte enunciado:

**ICMS. NULIDADE DO PROCEDIMENTO.
ARBITRAMENTO. FALTA DE COMPROVAÇÃO DA IMPOSSIBILIDADE DE APURAÇÃO DO MONTANTE REAL DA BASE DE CÁLCULO.**
Não comprovada a impossibilidade de apuração do montante real da base de cálculo através da aplicação dos roteiros normais de fiscalização, inexiste motivo para a adoção do arbitramento da base de cálculo do imposto, ensejando a nulidade do lançamento.

Entretanto, na decisão ora guerreada foi constatada a impossibilidade de apurar o montante real da base de cálculo, tendo em vista a falta de apresentação de duas máquinas registradoras e das fitas detalhes pertinentes aos equipamentos não apresentados, e não restou comprovada a desativação e venda dos equipamentos, bem como não foi solicitado pedido de cessação de uso para os mesmos. Por esta razão, concluiu-se que a adoção do arbitramento possui motivação e fundamentação apenas para um exercício, para o qual estão presentes os pressupostos legais e regulamentares.

Verifica-se, então, que o objeto das decisões ora cotejadas não possui identidade jurídica, e a Decisão Recorrida não diverge da interpretação da legislação feita nas Decisões Paradigmas apresentadas, além do que o Recorrente não demonstrou o nexo entre as decisões configuradoras da alegada divergência e as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos

confrontados, o que impede o conhecimento do Recurso de Revista, conforme determina o art. 173, III, do RPAF/99.

Assim, ante o exposto, meu voto é pelo NÃO CONHECIMENTO do Recurso apresentado.

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 02237477/97, lavrado contra **SUPER PRÁTICO COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$127.566,91, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “i”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

VOTOS VENCEDORES: Conselheiros (as) Antonio Ferreira de Freitas, Carlos Fábio Cabral Ferreira, Ivone Oliveira Martins, Sandra Urânia Silva Andrade, Ciro Roberto Seifert e Helcônio de Souza Almeida.

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

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de outubro de 2002.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

MAX RODRIGUEZ MUNIZ – RELATOR/VOTO VENCIDO

CIRO ROBERTO SEIFERT – VOTO VENCEDOR

MARIA HELENA CRUZ BULCÃO - REPR. DA PROFAZ