

PROCESSO - A.I. N° 206991.0003/02-3
RECORRENTE - J B FERREIRA NETO & CIA. LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO DE REVISTA - Acórdão 1^a CJF n° 0445-11/02
ORIGEM - INFRAZ IGUATEMI
INTERNET - 22.04.03

CÂMARA SUPERIOR

ACÓRDÃO CS N° 0032-21/03

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 consequente 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. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Refere-se a Recurso Revista interposto pelo sujeito passivo em relação ao Acórdão n° 0445-11/02 oriundo da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal que julgou Não Provedo o Acórdão 4^a JJF n° 0374-04/02 decidiu pela Procedência do Auto de Infração em epígrafe.

O Auto de Infração em lide foi expedido com o fito de exigir o pagamento do ICMS no valor de R\$32.289,53, mais multa de 100%, apurado por arbitramento da base de cálculo para o exercício de 1998, por não ter o contribuinte apresentado documentação fiscal e contábil, sob alegação de terem sido furtados.

Transcrevo o voto da 4^a JJF, relatório e voto da 1^a CJF supramencionados para consubstanciar e dar maior visibilidade a este relatório.

A 4^a JJF decidiu a lide com base no Voto abaixo:

“As peças processuais revelam os seguintes fatos: a) que o contribuinte declarou haver extraviado livros e documentos que identifica, conforme queixa policial (fl. 183); b) que o autuado não declarou na queixa feita à Secretaria de Segurança Pública que havia extraviado as notas fiscais de entradas e de saídas relativas aos exercícios sociais cujos livros foram furtados; c) que o autuado foi intimado, regularmente, para a apresentação de livros e documentos (fl. 181) e, d) que o autuado formalizou uma declaração para a SEFAZ, em atendimento à intimação que recebeu, na qual, diferentemente da queixa policial, registra o extravio das notas fiscais de entradas e de saídas.

O artigo 146 do RICMS/97 determina que, em caso de furto (como o declarado pelo autuado), o contribuinte deve comunicar o fato à repartição fiscal no prazo de oito dias, comprovando o montante das operações escrituradas ou que deveriam ter sido escrituradas, para efeito de verificação de pagamento do imposto, no mesmo prazo. No presente caso, não ficou comprovado o cumprimento da obrigação.

O mesmo artigo anteriormente citado também prevê que, caso o contribuinte deixe de atender à exigência ou, intimado para tal, recusar-se a fazê-la ou não puder efetuá-la, ou ainda nos casos em que a comprovação for insuficiente ou inidônea, poderá o fisco proceder ao arbitramento do montante das operações ou prestações, pelos meios ao seu alcance.

Estes esclarecimentos são necessários para que possa ser negado o pedido de nulidade do presente lançamento tributário, feito pelo autuado na sua defesa, sob alegação de falta de fundamentação legal, porque esta existe, de conformidade com o relatado acima.

Outros argumentos foram utilizados para pedir a nulidade, com os quais também não posso concordar, conforme:

- a) Que possui os documentos necessários à comprovação da regularidade das operações realizadas. Esta alegação não foi provada. Além do mais, o próprio contribuinte, na declaração que fez à SEFAZ (fl. 182), registrou o contrário, pois afirmou ter perdido toda a documentação fiscal.
- b) Que parte dos documentos que possui foram utilizados pela autuante. As peças processuais demonstram que os levantamentos foram feitos utilizando exclusivamente documentos coletados no sistema CFAMT.
- c) Que o fisco deveria apontar fortes indícios de sonegação. Entendo que a redação do artigo 146 do RICMS/97, anteriormente citado, não estabelece tal condição.
- d) Que a não apresentação dos livros e documentos ocorreu por impossibilidade e não por recusa. O mesmo dispositivo legal anteriormente citado não diferenciou as condições e, além disso, a apuração da irregularidade não deve levar em consideração a intenção do agente.

Diante do exposto, fica claro que o arbitramento foi feito em consonância com as normas legais vigentes. Portanto, é válido.

Quanto ao mérito o autuado apresenta argumentos que também não posso acatar, porque:

- a) Quando a autuante considerou apenas as notas fiscais disponíveis na SEFAZ, relativamente a aquisições feitas pelo autuado, utilizou a única informação confiável que dispunha;
- b) A não consideração de créditos fiscais relativamente a entradas de mercadorias não computadas pela autuante deveu-se a impossibilidade de acesso a informações sobre outras aquisições. O autuado não trouxe ao processo a comprovação de que possuía outros créditos fiscais que não os computados pela autuante;
- c) A autuação não foi feita com base em “listagens do CFAMT” e sim nos documentos fiscais coletados pelo CFAMT, cujas cópias foram anexadas ao processo;
- d) O fato de comercializar com mercadorias sujeitas ao pagamento do imposto pelo regime de substituição tributária não impossibilita a aplicação do arbitramento da base de cálculo, pois para a presente apuração não foram consideradas as aquisições de mercadorias com a fase de tributação encerrada e sim, tão somente, as tributadas. Além do mais, o arbitramento seguiu o método previsto na legislação, que exclui tais aquisições;

- e) A autuante também não declarou que o arbitramento aplicado no exercício de 1997 não apresentou diferença porque a mesma tinha sido absorvida pelas aquisições de mercadorias sujeitas ao pagamento do imposto por substituição tributária. Mesmo que o fizesse, tal declaração não poderia produzir qualquer efeito, porque contraria a forma de cálculo prevista na legislação;
- f) Os documentos fiscais anexados à defesa não podem ser considerados pois relativos a compras efetuadas no exercício anterior (1997).

Para concluir não posso acatar o pedido de cancelamento da multa, porque a legislação vigente não prevê a competência deste Colegiado para tal.

O meu voto é pela PROCEDÊNCIA do lançamento”.

“Diante da Decisão acima o sujeito passivo ingressou com Recurso Voluntário onde, preliminarmente, renova o pedido de nulidade do Auto de Infração, argüindo absoluta falta de fundamentação legal para aplicação do arbitramento. Diz que o arbitramento da base de cálculo foi utilizado em função da falta de apresentação ao Fisco da documentação fiscal/contábil, sendo que a empresa foi vítima de furto no dia 03/01/2001 ocasião em que foi levado o veículo no qual se encontravam os livros Registro de Entradas, de Saídas e de Inventário de Mercadorias, livros de Apuração do ICMS e de Termos de Ocorrências, registro de empregados, DAE e DMA abrangendo o período de 1995 a 2000, de acordo com certidão policial juntada aos autos.

Acrescenta que tais livros se encontravam em poder de outro auditor fiscal que os devolveu, exatamente, no dia 03/01/2001, sendo recebidos pelo Sr. José Barbosa F. Neto, ocasião em que ocorreu o assalto relatado na certidão policial. Aduz que havia sido intimado no dia 06/11/2000 pelo auditor fiscal Antonio Medeiros, ocasião em que apresentou todos os livros e documentos fiscais dos exercícios de 1994 a 2000 e que, ao receber os documentos em devolução das mãos do referido auditor, ocorreu o assalto. Destaca que tais livros e documentos permaneceram em poder do mencionado auditor fiscal por quase 60 (sessenta) dias para fim de fiscalização.

Considera não ser justo e nem legal, diante dos fatos narrados, seja alcançado pelo arbitramento da base de cálculo apenas pelo fato de não haver cumprido uma obrigação acessória prevista no art. 146 do RICMS/97, conforme entendeu a 4ª JJF para fundamentar a Decisão Recorrida. Afirma que a possibilidade de se auferir os lançamentos do contribuinte, suas operações e pagamento do ICMS devido já tinham sido levada a efeito pelo auditor fiscal Antonio Medeiros enquanto que foi vítima do assalto justamente quando recebeu de volta, na porta do escritório (residência) do auditor, a documentação anteriormente arrecadada pelo mesmo.

Alega que o Fisco não apontou indícios fortes de sonegação para assegurar a aplicação do arbitramento e não apenas basear-se na ausência dos documentos, ao tempo em que, dos cinco exercícios auditados, apenas em um foi encontrado valor devido, já que, os restantes, quatro exercícios, não foram autuados.

Aduz que não há que se falar em falta de apresentação de documentos, não se configurando a recusa e sim a impossibilidade de exibição dos documentos solicitados pela fiscalização. Pede que o auditor fiscal Antonio Medeiros seja ouvido sobre os fatos narrados e que, caso seja possível, apresente cópia do Termo de Encerramento da Fiscalização implementada pelo mesmo.

Objetivando respaldar seus argumentos cita e transcreve ementas pertinentes a diversos julgamentos realizados pelo CONSEF relacionadas a arbitramento da base de cálculo onde os lançamentos foram considerados Nulos.

No mérito reitera que improcede a autuação destacando que um ponto de grande importância e que não pode deixar de ser levado em consideração é que o arbitramento não poderá prevalecer nos moldes utilizados pela autuante em razão de não terem sido considerados os créditos fiscais relativos às mercadorias adquiridas, levando-se em conta apenas as notas fiscais arrecadadas através do sistema CFAMT, ficando de fora as aquisições internas e outras não registradas pelo CFAMT, fato este que considera que lhe acarreta prejuízos, pois ocasiona o aumento do valor do débito.

Cita, também, que trabalha com grande quantidade de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, cujos créditos há de ser apurados e considerados juntamente com aqueles relacionados às mercadorias sujeitas ao regime normal de apuração.

Em relação à multa por infração que foi aplicada, argumenta que diante da impossibilidade da apresentação dos documentos fiscais, em razão do furto já mencionado, não houve a infração pois o arbitramento foi implementado com base na falta de apresentação dos documentos, o que não ocorreu e sim o extravio durante o furto do veículo. Requer o cancelamento da multa por infração.

Em conclusão, requer revisão fiscal por auditor fiscal estranho ao feito, a ouvida do auditor fiscal Antonio Medeiros dos Santos e o Provimento do presente Recurso Voluntário no sentido de que o Auto de Infração seja julgado Nulo ou Improcedente.

A Douta PROFAZ emitiu o Parecer nº 276/02, fls. 399 e 400, opinando pelo Improvimento do presente Recurso Voluntário citando que “vislumbra a ausência de razões jurídicas capazes de modificar o julgamento”. Para tanto, considera que inexiste vício capaz de nulificar a ação fiscal, eis que o arbitramento foi adotado com fulcro na norma vigente (art. 146 do RICMS/97), não tendo o contribuinte comunicado ao órgão fazendário o extravio dos documentos fiscais nem tampouco apresentado provas capazes de legitimar as operações fiscais realizadas.

Acrescenta que o pedido de flexibilização não encontra amparo no direito positivo brasileiro e, com efeito, a norma jurídica nasce crivada com as notas da generalidade e da obrigatoriedade para todos os seus destinatários.

Por fim posiciona-se no sentido de que o pedido de cancelamento da multa deverá ser apresentado e oportunamente apreciado pelo órgão competente.”

VOTO DO RELATOR DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL NA DECISÃO RECORRIDA

“Apesar da irresignação do patrono do recorrente quanto a implementação do arbitramento da base de cálculo pela autuante, neste caso há de ser considerado uma questão central para sua motivação que é, exatamente, a disposição contida no art. 146 do RICMS/BA, que assim está expresso:

“Art. 146 . Nos casos de sinistro, furto, extravio, perda ou desaparecimento de livros ou documentos fiscais, fica o contribuinte obrigado a:

I – Comunicar o fato à Inspetoria Fazendária, dentro de 8 dias;

II – Comprovar o montante das operações ou prestações escrituradas ou que deveriam ter sido escrituradas, para efeito de verificação do pagamento do imposto, no mesmo prazo;

§ 1º Se o contribuinte deixar de atender ao disposto neste artigo ou se, intimado a fazer a comprovação a que alude o inciso II, se recusar a fazê-la ou não

puder efetuá-la e, bem assim, nos casos em que a mesma for considerada insuficiente ou inidônea, o montante das operações ou prestações poderá ser arbitrado pelo fisco, deduzindo-se para efeito de apuração da diferença do imposto, se for o caso, os créditos fiscais e os valores recolhidos, quando efetivamente comprovado pelo contribuinte ou pelos registros da repartição fazendária.

§2º Nas hipóteses deste artigo, somente poderão ser autenticados novos livros depois de comprovada a ocorrência”.

Da leitura do dispositivo legal acima transscrito, não resta a menor dúvida que a hipótese para aplicação do arbitramento era perfeitamente cabível já que o recorrente não comunicou, no prazo legal, o fato à Secretaria da Fazenda, não comprovou o montante das operações escrituradas ou que deveriam ter sido escrituradas. É oportuno salientar-se que o furto ocorreu no dia 03.01.01 enquanto a ação fiscal só foi iniciada em 09.05.02, ou seja, mais de um ano após, período este mais que suficiente para que o contribuinte regularizasse sua situação, de forma espontânea, o que não ocorreu.

O fato dos livros fiscais terem sido devolvidos por outro auditor no dia em que ocorreu o furto, não significa que o mesmo tenha fiscalizado e homologado os exercícios de 1997 e 1998 até porque, a ação fiscal que resultou a presente autuação foi autorizada mediante a Ordem de Serviço nº 505476/02, gerada pelo sistema informatizado da SEFAZ, onde não se incluem os exercícios já homologados. Aliás, mesmo se estes exercícios já tivessem sido fiscalizados e homologados, o que não se comprovou nos autos, não haveria qualquer impedimento à realização de uma nova fiscalização desde que respeitado o prazo decadencial.

De maneira que não considero necessária a ouvida do auditor fiscal mencionado no Recurso, conforme pleiteia o recorrente, até porque, o sujeito passivo não apresentou qualquer documento comprovando que os exercícios de 1997 e 1998 já haviam sido fiscalizados.

Por outro lado, para que seja implementado o arbitramento da base de cálculo “não é necessário que sejam apontados indícios fortes de sonegação” pelo fisco. Basta que ocorra uma das hipóteses previstas na legislação tributária para que se adote esta medida extrema e, a ocorrida no presente caso, é uma das hipóteses em que a lei autoriza a aplicação do arbitramento.

Quanto as Decisões apontadas pelo recorrente para ilustrar seus argumentos, vejo que nenhuma delas tem pertinência com o fato que aqui se analisa, portanto, não se adequam como paradigma.

Em relação a menção efetuada quanto “aos moldes utilizados pela autuante para aplicar o arbitramento”, vejo que foi o mais positivo e o que melhor se adequa a situação já que foram utilizadas cópias de notas fiscais colhidas pela fiscalização do trânsito de mercadorias e endereçadas ao recorrente, cujos créditos fiscais nelas destacados foram considerados, além dos pagamentos normais efetivados. Se existiram outras operações não consideradas ou computadas pela autuante caberia ao recorrente apresentar as notas fiscais respectivas para que, concomitantemente, fossem alterados, por acréscimos, os valores da base de cálculo e os créditos fiscais, resultando, obviamente, em acréscimo quanto ao valor autuado.

Naquilo que diz respeito as mercadorias com fase de tributação encerrada estas não se incluem e nem foram consideradas pela autuante no cálculo do arbitramento, foram computadas apenas aquelas sujeitas ao regime normal de apuração do imposto. Portanto, não faz sentido cogitar-se utilização de crédito das mercadorias substituídas.

Por fim, no tocante a multa por infração, esta foi aplicada corretamente e é a prevista em lei, logo, não há base legal para seu cancelamento pelo CONSEF.

Em conclusão, acolho o opinativo da Douta PROFAZ e voto pelo NÃO PROVIMENTO deste Recurso Voluntário e pela manutenção integral da Decisão Recorrida.”

Devidamente intimado a tomar ciência do resultado do julgamento realizado pela 1^a Câmara de Julgamento Fiscal que ratificou a Decisão da 4^a Junta de Julgamento Fiscal pela Procedência do lançamento de ofício, o contribuinte, inconformado, impetrou o presente Recurso de Revista, argüindo:

01. PRELIMINARMENTE, pede que todas as intimações alusivas ao processo, sob pena de nulidade, sejam encaminhadas ao subscritor do presente Recurso, com escritório na Rua do Lucaia, 337, Edf. Prof. Jorge Novis, Sala 602, Rio Vermelho, Salvador-Bahia, CEP 41.940-660, Tel. (71)335-0552 e Fac-símile (71) 334-1141.
02. Ainda em PRELIMINAR, o recorrente reitera a nulidade da ação fiscal suscitada, haja vista a ausência de fundamentação legal que alicerce a adoção do método extremo do arbitramento para apuração da base de cálculo do imposto, requerendo sejam as mesmas novamente apreciadas por esse Eg. Câmara Superior.
03. Ora, o arbitramento foi adotado em função da falta de apresentação de documentos fiscais, ou, conforme o Relator do Acórdão recorrido, mais precisamente pela falta de apresentação dos documentos que teriam sido furtados da empresa.
04. Ocorre que, ao contrário da dedução da 1^a Câmara, tomada, vale ressaltar, Decisão por maioria, a ausência de tais elementos não enseja aplicação do arbitramento, conforme a lei e a jurisprudência dominante nesse MM Colegiado, pois não inviabiliza totalmente a utilização de outros métodos de fiscalização.
05. Possuindo, o autuado, escrita fiscal regular, através da qual se poderia apurar o tributo acaso sonegado, a falta de apresentação dos documentos mencionados no auto não autoriza, como veremos adiante, a adoção do arbitramento, sendo este o entendimento pacificado nesse Eg. Conselho Fazendário.
06. Mesmo diante da ponderação do Sr. Relator da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal, que afirmou ser questão central a disposição contida no art. 146 do RICMS/BA, não vemos impedimento para que o fisco se utilizasse de outro método menos gravoso ao contribuinte, e mesmo artigo citado pelo ilustre Relator não coloca o arbitramento como o único meio possível, o que deixa frágil a ação fiscal nos moldes em que foi efetuada.
07. Outro equívoco existente no voto do nobre Relator do Acórdão nº 0445-11/02 é a afirmação de que não seria necessário serem apontados fortes indícios de sonegação para aplicação do arbitramento. Ora, sendo tal método extremo e, como o próprio RPAF determina, somente utilizável em última hipótese, resta claro ser de fundamental importância que os fortes indícios de sonegação sejam apontados de forma inequívoca.
08. Como já dito anteriormente e neste momento reiterado, o autuado havia sido intimado pelo Auditor Antônio Medeiros, isso no dia 06/11/2000, fruto do que apresentou ao mesmo os seguintes livros e documentos: LRE, LRS, LRI, LRAICMS, RUDFTO, Registro de Empregados, Diário, Caixa, Razão, notas fiscais de entradas, notas fiscais de saídas, documentos de arrecadação, DAMs, duplicatas e comprovantes de receitas, GIAs e Contrato Social. Os mesmos livros e documentos diziam respeito aos exercícios de 1994 a 2000.

09. Em 03/01/2001, ao receber de volta os citados documentos, na residência (escritório) do Sr. Auditor, houve o assalto. Os livros e documentos, contudo, já haviam sido examinados pelo Auditor Antônio Medeiros, que ficou de posse dos mesmos por quase 60 dias. Frutos da fiscalização levada a efeito pelo Auditor Antônio Medeiros.
10. Assim, diante dos fatos ora narrados e comprovados, não é justo, legal nem sensato, que o autuado seja vitimada pelo arbitramento, somente, então, por que não cumpriu a obrigação acessória prevista no art. 146 do RICMS/97, uma vez que a possibilidade de se auferir os lançamentos do contribuinte, suas operações e pagamento do ICMS devido já tinha sido levada a efeito pelo Auditor Antônio Medeiros, tendo sido o autuado vítima de um assalto na porta do escritório do Auditor, quando recebeu de volta a documentação por ele arrecadada.
11. Além de o Sr. José Barbosa passar pela experiência que passou, além de perder o veículo, além de perder seus documentos, ter contra si lavrado um Auto de Infração, pela via do arbitramento, justamente pela falta dos documentos que foram subtraídos do autuado mediante violência, é *um absurdo é uma vergonha!* A norma, diante dos fatos comprovados, necessita ser flexibilizada.
12. Como pode um contribuinte cumpridor de seus deveres ser penalizado por uma fatalidade, como a ocorrida neste caso? Além de ter sido furtado e ter arcado com o prejuízo da perda de um automóvel, o autuado ainda se vê obrigado ao pagamento de um Auto de Infração ilegal e com valores exorbitantes, pois baseado em um arbitramento, método extremo e que somente em última hipótese pode ser utilizado pelo fisco. Será que o contribuinte escolheu ser assaltado?
13. Vale repetir que, dentre 5 exercícios auditados, em apenas um foi apontado suposto valor devido. A prova, decorrente dos 4 exercícios não autuados, é de que a movimentação do autuado, já declarada e com ICMS recolhido, é verdadeira.
14. Por outro lado, como amparo legal para a flexibilização pretendida da norma geral, diante do fato apresentado na certidão policial e termo de intimação, de força maior, não há que se falar em falta de apresentação de documentos. Ora, o autuado somente não os apresentou porque foram os mesmos furtados. Não se configura a recusa e sim a impossibilidade de exibição dos documentos solicitados pela fiscalização. Como poderia o Contribuinte dispor de documentos que lhes foram, de maneira criminosa, subtraídos? É preciso que o julgador tenha sensibilidade no caso específico.
15. A acusação, então, de falta de apresentação, pura e simples, como se o Contribuinte não tivesse apresentado por opção, é inverídica. Quando ao furto, não é somente uma alegação e sim um fato comprovado, cuja ocorrência foi registrada na Delegacia de Polícia em 03/01/01, ou sejam quase um ano e meio antes do início da ação fiscal. E o RICMS não prevê a possibilidade de arbitramento quando o Contribuinte fica impedido de atender a uma intimação e sim quando o mesmo não a atende por vontade própria.
16. Objetivando atender os requisitos de admissibilidade do Recurso de Revisão, previsto no art. 146, II, alínea “a” do COTEB, o autuado apresenta como paradigma, em cópia anexa, Acórdãos, onde, em situações idênticas os autos de infração foram julgados nulos, não prevaleceu o arbitramento efetuado.
17. São as seguintes as decisões e, visandoclarear e identificar o nexo entre as mesmas e a recorrida e as circunstâncias que identificam e assemelham os casos confrontados, apesar de serem as mesmas auto-suficientes, tecemos os comentários correspondentes.

Acórdão CS nº 0460/01 – Câmara Superior – 1. ARBITRAMENTO. FALTA DE APRESENTAÇÃO DA DOCUMENTAÇÃO FISCAL. Presentes os pressupostos de admissibilidade do Recurso. O procedimento de apuração do imposto pelo método do arbitramento, aplicável a todo o exercício fiscal, em razão do extravio de parte dos documentos fiscais, resultou em exigência tributária que contraria as disposições do art. 91, § 7º do RICMS/89. Não demonstrada a necessidade de aplicação do método extremo de apuração do imposto a todo período fiscal, deve o arbitramento ser declarado nulo. 2. (...) Recurso CONHECIDO E PROVÍDO. Decisão Unânime. Rel. Tolstoi Seara Nolasco.

Acórdão CJF nº 3433/98 – 2ª Câmara – EMENTA – ICMS – Recurso de ofício interposto pela 4ª JJF com base na Resolução nº 1415/98, que julgou Nulo o auto, face a inaplicabilidade de arbitramento.. Mesmo ausentes notas fiscais de vendas, os documentos apresentados permitiam a fiscalização pelos meios convencionais, CONHECIDO E NÃO PROVÍDO. Auto de Infração NULO. Decisão Unânime. Rel. FAUZE MIDDLEJ. D.O.E. 16/08/1998.

18. Nesses dois casos, tal como na espécie em exame, mesmo diante da falta de apresentação de documentos fiscais, o CONSEF afastou a aplicação do arbitramento. Presente pois, os pressupostos para o conhecimento do Recurso.
19. De todo modo, importante é a conclusão de que, seja qual for a legislação apontada, o arbitramento da base de cálculo é um método de apuração de aplicável restrita. Somente depois de configurada uma das hipóteses previstas em lei, e não havendo outro meio de apurar o imposto devido, o Fisco poderá se utilizar do mesmo.
20. Ainda do ponto de vista jurisprudencial, são intermináveis os casos em que o CONSEF, interpretando a legislação, não admite o arbitramento, mesmo diante da ocorrência de situações, como já dito, muito mais graves do que aqueles apontadas no presente Auto de Infração, o arbitramento é repudiado com veemência pelo Douto Conselho Fazendário.
21. **Apenas a título de exemplos, sem que implique em apresentação de casos paradigmáticos, pois tais já foram discriminados, podemos, ainda citar as seguintes decisões:**

Resolução nº 5117/98 – 2ª Câmara – EMENTA-ICMS – Auto de Infração NULO. Decisão Unânime. Rel. MAX MUNIZ. D.O.E. 19 e 20/12/98.

Resolução nº 3526/98 – 1ª Câmara – EMENTA – ICMS – Auto de Infração NULO. Decisão Unânime. Rel. ANTONIO M. GUANABARA. D.O.E. 02/10/98.

Resolução nº 1441/98 – 1ª Câmara – EMENTA – ICMS – Auto de Infração NULO. Decisão Unânime. Rel. NELSON TEIXEIRA BRANDÃO. D.O.E 13/05/1998.

Cita, ainda, os Acórdãos 2ª JJF nº 0431/01 e 2ª CJF nº 0665/01, sendo este último o voto proferido pelo Cons. Dr. Helcônio de Souza Almeida.

Ante as expostas e fundamentadas razões, ao tempo em que protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de novos documentos, pede que o presente Recurso de Revista seja *Conhecido e Provído* e que, adequando-se as situações insertas na presente as Resoluções paradigmáticas, seja o item 2 do Auto de Infração julgado NULO ou IMPROCEDENTE, por ser medida restauradora da mais absoluta JUSTIÇA FISCAL.

A PROFAZ forneceu Parecer de 435, nos seguintes termos:

“Da análise dos autos, verifico que o recorrente alega, preliminarmente, a nulidade do Auto de Infração , por descabimento do método do arbitramento. Quanto a essa preliminar, entende a representante da procuradoria que não restou caracterizada a nulidade, pois o arbitramento foi aplicado com base em previsão expressa da legislação (art. 146 do RICMS) que prevê providências a serem tomadas pelo contribuinte vítima de furto ou roubo, providências essas que não foram tomadas, restando ao FISCO a apuração do montante devido através o método extremo do arbitramento, por não haver outra forma de se comprovar e apurar as operações ocorridas.

Quanto às condições do Recurso de Revista, o Recorrente apresenta como paradigmas as Decisões CS nº 0460/01 e Resolução nº 3433/98 da 2ª Câmara. Da análise dessas decisões, verifico que não se prestam como paradigmas, pois o método de arbitramento aplicado em ambos os casos divergem da presente autuação. No primeiro processo, o arbitramento foi aplicado em todo o exercício diante do extravio de documentação referente a apenas parte do exercício; enquanto na Segunda Decisão, o arbitramento foi aplicado exclusivamente por falta de apresentação de notas fiscais de vendas.

*Dante disso, opina pelo **NÃO CONHECIMENTO** do Recurso de Revista, por entender não preenchidos os requisitos para admissibilidade.”*

Na assentada do julgamento do Recurso de Revista a representante da PROFAZ, a procuradora, Drª Maria José R. Coelho Lins de A Sento Sé, se pronunciou afirmando que há admissibilidade no Acórdão CS nº 0460/01 em confronto com o Acórdão recorrido, concluindo pelo CONHECIMENTO do Recurso de Revista interposto.

VOTO VENCIDO

Dado ao exame dos documentos acostados ao presente Processo Administrativo Fiscal, constatei que o recorrente anexou aos autos como pressupostos para obter a admissibilidade do seu Recurso de Revista os Acórdãos CS nº 0460/01 e 2ª CJF nº 3433/98, tendo também demonstrado o nexo entre os supramencionados e o Acórdão recorrido.

Este Relator, ao analisar os pressupostos entre o Acórdão CS nº 0460/01 e o recorrido, verificou que ambos trazem a mesma matéria em contraditório, ou seja, “*ARBITRAMENTO. FALTA DE APRESENTAÇÃO DA DOCUMENTAÇÃO FISCAL*”. No Acórdão oferecido como paradigma foi afastado o arbitramento, enquanto na peça vestibular consta a acusação de que o “Arbitramento da base de cálculo foi realizado para o exercício de 1998 por não ter o contribuinte apresentado documentação fiscal e contábil, sob a alegação de terem sido furtados”.

Após cotejar ambas as decisões, este relator conclui que estão presentes os pressupostos de admissibilidade, devendo o Recurso de Revista ser CONHECIDO.

Ultrapassado o conhecimento do Recurso de Revista, passo a análise da PRELIMINAR de nulidade argüida pelo patrono do contribuinte, nota-se no processo alguns dados, fatos e datas que socorrem aos anseios do recorrente, senão vejamos:

1. Consta que em 06/11/2000, foi expedida com endereçamento do defendant intimação assinada pelo Auditor Fiscal, Sr. Antônio Medeiros;
2. Em 08/11/2000, fl. 189, o mesmo auditor fiscal intimou pela 2ª vez a empresa que, incontinenti, à fl. 190, pediu dilatação de prazo para a entrega dos documentos solicitados, porque precisava fazer defesa administrativa do Auto de Infração nº 206991.0009-0015, lavrado pela Auditora Fiscal, Srª Lednalva, com o detalhe de ser a

mesma autuante do presente lançamento de ofício. Os livros e documentos foram entregues e devolvidos pelo Auditor Antônio Medeiros em 03/01/2001, quando houve o assalto e o conseqüente furto dos livros e documentos da empresa na porta da residência (escritório) do auditor;

3. Consta, à fl. 185, que em 09/03/2001 foi entregue à INFRAZ de origem do recorrente a Certidão do Furto dos livros e documentos;
4. A empresa foi intimada em 09/05/2002 (fls.181) para apresentar livros e documentos fiscais pela Auditora Fiscal, Sr^a Lednalva. Em 28/06/2002 foi lavrado o Auto de Infração em tela e entregue à empresa em 09/07/2002.
5. Consta ainda, à fl. 182, a comunicação à SEFAZ em 16/05/2002, através da certidão do assalto e furto dos livros e documentos, expedida pela Delegacia de Repreensão a Furtos e Roubos de Veículos.
6. Consta dos autos relação dos DAEs de 1997 e 1998, assim como: cópias da Declaração e Apuração do ICMS (DMA), Balanço Comercial, Entradas e Saídas, Estoque, Valores Dedutíveis, Valor Adicionado e Informações Complementares.

Assim, diante do exposto, e seguindo a linha de conduta deste colegiado que somente admite o arbitramento da base de cálculo em última hipótese, concordando somente com sua aplicação após ter sido esgotado todos os roteiros de fiscalização, entendo que neste Auto de Infração não ficou demonstrada a impossibilidade de ser aplicado algum outro roteiro, face, inclusive, à presença dos documentos citados no item 6 deste voto. Ademais, o caso em espécie foi fortuito, pois o recorrente não deu causa. Foi uma fatalidade que poderia inclusive ter havido um desfecho mais grave, com perda de vida, etc. Portanto, deveria a fiscalização promover a hipótese de reconstruir a escrita fiscal da empresa e, se realmente nada fosse possível, aí sim se aplicaria o arbitramento. Sendo o arbitramento medida extremada, perversa e injusta, concedo, dentro do quanto expressado neste PAF, o voto pelo CONHECIMENTO do Recurso de Revista e conseqüentemente pela NULIDADE do Auto de Infração em epígrafe.

VOTO VENCEDOR

Ouso discordar do Sr. Relator. Entendo que a exigência processual quando do exame da admissibilidade do Recurso de Revista deve cingir-se à demonstração pelo recorrente do nexo entre as decisões configuradas da alegada divergência e as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, nos exatos termos da norma em vigor. E nesta mesma linha a legislação prevê que não se tomará conhecimento do recurso que não efetuar esta demonstração.

O tema trazido neste PAF diz respeito efetivamente a “base de cálculo por arbitramento”. De igual forma a Decisão tida como paradigma também trata deste assunto. A falta de identidade porém resulta, dentre outros motivos, da desnecessidade de uniformizarmos Decisões que na verdade não se chocam pois tratam de fundamentos jurídicos diferentes. As normas referentes a esta matéria – Arbitramento - prevêem nada mais nada menos que oito hipóteses que podem motivar tal comportamento pelo fisco. O nexo exigido pela norma processual diz respeito exatamente a identidade jurídica entre tais matérias. Ora , o arbitramento em questão foi aplicado por não ter o contribuinte comunicado em tempo, a Secretaria da Fazenda o roubo de seus livros e fiscais. Anoto que mesmo que houvesse a comunicação tempestiva, o arbitramento seria também o caminho a ser escolhido. Não há nas Decisões trazidas, nenhuma delas em que este fato tenha sido objeto de análise e julgamento por este CONSEF. E mais, nenhuma delas, considerou o fato, fundamental, que existia condições de ser realizada a fiscalização pelos

métodos normais, o que, logicamente, não ocorre no presente PAF onde a inexistência dos livros, independente das razões que ocasionaram este acontecimento, impossibilita a realização da fiscalização pelos métodos normais.

Não pode ser considerado portanto motivo de nulidade um procedimento legal adotado pelo fisco.

O Recurso de Revista tem o seu objetivo maior que é uniformizar entendimento. Na hipótese em questão em que pese o respeito que temos pela opinião do Sr. Relator, não podemos com ele concordar. Não há, ratificamos, entre as inúmeras Decisões do CONSEF sobre a matéria – Arbitramento – nenhuma, pelo menos que conheçamos, que apresente o nexo necessário com a matéria trazida pelo presente PAF.

Neste sentido somos pelo NÃO CONHECIMENTO do Recurso de Revista pois não há razão para considerar NULO o procedimento adotado.

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 o Auto de Infração nº 206991.0003/02-3, lavrado contra **J B FERREIRA NETO & CIA. LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$32.289,53, 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) Carlos Fábio Cabral Ferreira, Sandra Urânia Silva Andrade, Ciro Roberto Seifert, Ivone de Oliveira Martins, 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, 26 de março de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

NELSON TEIXEIRA BRANDÃO – RELATOR/VOTO VENCIDO

HELCÔNIO DE SOUZA ALMEIDA – VOTO VENCEDOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ – REPR. DA PROFAZ