

**PROCESSO** - A. I. Nº 108580.0013/02-0  
**RECORRENTE**- PAPELCIA COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO LTDA  
**RECORRIDO** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF Nº 0067-03/03  
**ORIGEM** - INFAZ SIMÕES FILHO  
**INTERNET** - 05.04.04

**1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF Nº 0095-11/04**

**EMENTA:** 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 dos roteiros normais de fiscalização, inexistente motivo para a adoção do arbitramento da base de cálculo do imposto, ensejando a nulidade do lançamento. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte contra a Decisão da 3ª JF, que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração em tela para exigir crédito tributário, decorrente da falta de recolhimento de ICMS, apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, tendo sido comprovada a sonegação do imposto e não sendo possível conhecer o montante sonegado.

Sustenta a Decisão, ora recorrida, da 3ª JF que:

- inicialmente rejeita as preliminares de nulidade suscitadas pelo recorrente, haja vista que o Auto de Infração está revestido das formalidades legais, não se observando erro ou vício que possa decretar a sua nulidade, de acordo com o que dispõe o art. 18, do RPAF/99;
- a AIDF em questão (não autorizada pela SEFAZ) serviu apenas para comprovar a inidoneidade dos documentos fiscais que a ela se referia, sendo que tais documentos, relacionados à fl. 15, foram indevidamente utilizados pelo recorrente no exercício de 1997, período este, que não estava atingido pela decadência;
- o Auto de Infração foi lavrado em 29/11/02, sem o alcance, portanto, da caducidade, nos termos do art. 173, do CTN e o art. 965, do RICMS/97,;
- no mérito, o CONSEF tem reiterado o entendimento de que uma ocorrência constatada na fiscalização só justifica a adoção do arbitramento, se ela impedir ao Fisco a apuração normal do imposto por meio das técnicas de fiscalização já consagradas, que estão contidas no Manual de Fiscalização, a exemplo: Auditoria de Estoque, Auditoria das Contas do Passivo, Auditoria das Disponibilidades, dentre outros;
- no caso em exame, o arbitramento foi aplicado em face da dificuldade de se precisar o volume de vendas acobertados por notas fiscais confeccionadas ao “amparo” da AIDF de nº 0641050948-97, não autorizada pela SEFAZ, com a conseqüente falta de recolhimento do ICMS devido;
- o próprio recorrente em sua defesa reconheceu que vinha sendo lesado por funcionários “criminosos”, sendo vítima de duplicação de talões, confecção irregular e emissão irregular de documentos, fatos que reforçam o procedimento adotado pelos autuantes;
- nessas circunstâncias, a presente situação efetivamente se configurou como sendo de extrema dificuldade, impeditiva do emprego de outro método de apuração do imposto, justificando-se a

adoção do arbitramento, conforme disposto no artigo 937, inciso IX, do RICMS/97;

- na presente autuação não se está exigindo o ICMS de vendas de mercadorias que foram realizadas e acompanhadas de notas fiscais, e que foram registradas no livro RS, como cogitou o recorrente em sua defesa.

Conclui pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Insatisfeito com a referida Decisão o contribuinte interpôs Recurso Voluntário com base nos seguintes argumentos:

- preliminarmente, suscita a nulidade da Decisão, uma vez que estava fundada em fatos que não foram trazidos à colação a título de “causa de pedir”;

- a 3ª JJF extrapolou os limites da ação, julgando com base em elementos que foram aduzidos por ela própria, sobre os quais o recorrente não teve a oportunidade de se manifestar, o que ocasionou desrespeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa;

- a apreciação da preliminar de decadência foi prejudicada, posto que a JJF inovou a acusação ao afirmar que *“a AIDF em questão (não autorizada pela SEFAZ) serviu apenas para comprovar a inidoneidade dos documentos fiscais que a ela se referia, sendo que tais documentos, relacionados à fl. 15, foram indevidamente utilizados pelo autuado em 1997.”*

- para que não se configure pré-julgamento necessário também a distribuição do PAF para outra Junta de Julgamento;

- as alegações de defesa não foram integralmente apreciadas pelo órgão julgador. Não foram apreciadas na Decisão as ponderações constantes nos itens 12 e 13 da defesa, pertinentes a transgressão da regra contida no art. 938, § 5º, do RICMS/97, já que não se fez a devida relação entre os documentos e os períodos relativos aos mesmos;

- na improvável hipótese de não ser decretada a nulidade da Decisão, o recorrente renova o pedido de nulidade do Auto de Infração fundamentada na constatação da decadência;

- o recorrente reitera o pleito de nulidade do Auto de Infração, por absoluta incompatibilidade entre a causa de pedir e o método adotado;

- para mensurar a base de cálculo, bastava que a fiscalização somasse as notas emitidas e sobre o valor apurado aplicasse a alíquota devida. Não se pode presumir a existência de outros fatos, não narrados e sequer ventilados, para se justificar o arbitramento, como irregularmente agiu a JJF, fugindo a motivação do Auto de Infração;

- se a empresa emitiu notas não autorizadas, a presunção é de que o ICMS também foi recolhido. Diante dessa ocorrência, o Fisco deveria investigar se as notas, mesmo aquelas “não autorizadas”, foram ou não lançadas no Livro de Registro de Saídas;

- se a soma das notas importa em montante sem expressão, o período das mesmas deveria ser identificado com clareza, a fim de que não fosse violado o disposto no art. 938, § 5º, do RICMS/97, que limita o arbitramento aos atos ou fatos que motivaram, e períodos correspondentes. Cita Decisão da Câmara Superior sobre a matéria;

- a empresa vinha sendo lesada por funcionários “criminosos”, sendo vítima de duplicação de talões, confecção irregular e emissão irregular de documentos. Explica que não contou qualquer ato irregular com a participação da direção da empresa, e que a prova disso reside nas ações criminais instauradas pela empresa e na escrituração das notas “encontradas pelo fisco”. Ao final, transcreve algumas ementas exaradas pelo CONSEF, visando corroborar seus argumentos, e

entendendo que se houvesse evasão de imposto bastava que se apurasse mediante as notas encontradas pela fiscalização, pede a nulidade ou improcedência do Auto de Infração.

Instada a se manifestar a representante da PGE/PROFIS sustenta que os argumentos do recorrente não conduzem a anulação ou improcedência da autuação, em razão dos seguintes motivos:

- a JJF não extrapolou no seu julgamento, uma vez que a acusação é e sempre foi a existência de notas fiscais confeccionadas e utilizadas sem autorização da SEFAZ;
- inexistência de decadência, pois a infração cometida e apurada aconteceu no exercício de 97, sendo irrelevante de quando é a AIDF não autorizada;
- a JJF verificou nos números apontados pelos autuantes que o arbitramento se deu exclusivamente no período correspondente à utilização das notas fiscais e não em todo exercício como afirma o recorrente.

Em razão disso, opina pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

Na sessão de julgamento do dia 30/06/03, esta Egrégia Câmara decidiu que o processo fosse baixado em diligência técnica, em conformidade com o determinado em processo idêntico a este, para que ocorresse um julgamento uno e isento de faltas e dúvidas.

Assim, o processo foi convertido em diligência para que fossem esclarecidos os seguintes questionamentos:

- as provas documentais apresentadas pelo recorrente atestam a escrituração dos talões clonados e o recolhimento dos impostos devidos ao erário estadual?
- que se verifique em que extensão existiu o procedimento de notas fiscais confeccionadas e admitidas em duplicidade, observando a relação dos talões elaborada pelo autuantes à fl. 10 e 11 dos autos. Verificar ainda se foram apreendidos os talões das referidas notas fiscais e se estão em poder do Ministério Público, bem como se houve instauração da ação penal para apurar a fraude.

Após a realização da Diligência, a ASTEC, mediante Parecer nº 0213/2003 chegou a seguinte conclusão:

- inexistem talões em duplicidade. Foram constatadas a existência dos talonários relacionados à fl. 15, com os cupons fiscais, devidamente escriturados no Livro Registro de Saídas de Mercadorias;
- quanto à documentação fiscal do recorrente, foi arrecadada através de Ordem Judicial para as devidas averiguações fiscais e posteriormente devolvida à empresa, exceto as que serviram como provas documentais, parte integrante do PAF.

Intimado do referido Parecer os autuantes apresentaram manifestação com base no argumento de que a diligência solicitada está baseada em questionamentos abstratos, equivocados e, sobre aspectos que, nem mesmo a defesa cogitou. Seguindo este caminho o julgamento será extra petita.

Já o recorrente não se manifestou sobre o referido Parecer.

A representante da PGE/PROFIS sustenta que estão presentes argumentos jurídicos capazes de provocar a revisão do acórdão recorrido.

## VOTO

Após a análise dos autos verifico que o cerne da lide em tela consiste na falta de recolhimento do ICMS, apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, tendo sido comprovada a sonegação do imposto, mediante a constatação da utilização de documentos fiscais não autorizados pela SEFAZ.

Prescreve o art. 937, IX, do RICMS/97, fundamento legal da autuação, que:

*“A fiscalização estadual poderá fazer o arbitramento da base de cálculo do ICMS, quando o contribuinte incorrer na prática de sonegação do imposto e não for possível apurar o montante real da base de cálculo, desde que se comprove qualquer dos dados seguintes:*

*(...)*

*IX – qualquer outro caso em que se comprove a sonegação do imposto, e o fisco não possa conhecer o montante sonegado.”*

Da leitura do dispositivo supra verifica-se que para a aplicação do arbitramento da base de cálculo do ICMS, faz-se necessário a constatação da sonegação do imposto, bem como a impossibilidade de apuração do montante real.

Ora, no caso em tela observo que a ASTEC, após a realização de diligência, concluiu que não houve a sonegação do imposto, tendo em vista a existência dos talonários fiscais relacionados à fl. 15, com os cupons fiscais devidamente escriturado no livro de Registro de Saídas de Mercadorias.

Outrossim, entendo que, se foram encontrados “inúmeros talões”, ainda que não autorizada a impressão dos mesmos, inexistiu empecilho para a apuração do imposto supostamente devido pelo recorrente. Para mensurar a base de cálculo, bastava que a fiscalização somasse as notas emitidas e sobre o valor apurado, aplicasse a alíquota devida.

De fato, no presente caso era possível a apuração do montante real da base de cálculo através dos roteiros normais de fiscalização previstos na legislação.

Assim, entendo que no presente caso inexistem as condições previstas na legislação para a aplicação do arbitramento da base de cálculo do imposto, razão pela qual sustento, com fulcro na Súmula 05 do CONSEF, a nulidade do lançamento tributário.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o presente Recurso Voluntário apresentado, para modificar a Decisão recorrida e julgar **NULO** o Auto de Infração nº 108580.0013/02-0, lavrado contra **PAPELCIA COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de março de 2004.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

MARCOS ROGÉRIO LYRIO PIMENTA – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE A. SENTO-SÉ-REPRESENTANTE DA PGE/PROFIS