



**Apelação Cível nº 0063992-15.2009.8.19.0001** (2)

**Apelante:** Spirit Comércio de Roupas Ltda.

**Apelado:** Estado do Rio de Janeiro

**Relator:** Des. Ricardo Rodrigues Cardozo

## **ACÓRDÃO**

**EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL.  
LANÇAMENTO POR ARBITRAMENTO.  
PARÂMETROS LEGAIS. OBSERVÂNCIA.  
PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO FISCAL.  
CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. VIOLAÇÃO  
NÃO CONFIGURADA.**

Embargos à execução fiscal opostos pela recorrente, colimando a desconstituição do título executivo que ampara a execução fiscal ajuizada pelo recorrido para cobrança de ICMS lançado por arbitramento.

A sentença que os rejeitou não merece reparo.

1. A constituição do crédito tributário relativo ao ICMS fica a cargo do contribuinte, podendo ser revista pela Fazenda no prazo que a mesma tem para efetuar a homologação, por meio do arbitramento previsto art.148 do CTN. Assim procedeu o recorrido quando não pôde aferir a exatidão das declarações prestadas.

2. O contraditório se estabeleceu com a impugnação do lançamento feito pela autoridade administrativa, dando, assim, início ao contencioso fiscal, onde a ampla defesa foi efetivamente assegurada.

3. O lançamento por arbitramento foi realizado em consonância com o ordenamento jurídico em vigor. Se a escrituração contábil foi destruída, era um ônus da apelante apresentar evidência que pudesse ilidir a presunção de certeza do arbitramento efetuado. Nada colacionou que pudesse realmente infirmar os números apresentados e a presunção de liquidez e certeza da CDA. Em vez de trazer algum dado relevante, limitou-se a escudar num suposto prejuízo decorrente do sigilo com que foram tratadas informações colhidas junto ao PRODERJ, a despeito da comparação ter ficado restrita ao



valor total de ICMS pago em relação às saídas totais de outras empresas do mesmo setor .

4. A existência de créditos em favor do contribuinte, para fins de aplicação das regras de não-cumulatividade, deve ser efetivamente comprovada, não havendo disposição legal que permita a mera presunção em tal hipótese.

Recurso desprovido.

**VISTOS, RELATADOS E DISCUTIDOS** estes autos, **ACORDAM** os Desembargadores que compõem a 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em conhecer o recurso e desprovê-lo, nos termos do voto do desembargador relator.

Apelação da sentença que, considerando a legalidade do arbitramento da base de cálculo do ICMS exigido, rejeitou os embargos à execução fiscal opostos pela apelante com o fito de desconstituir os créditos tributários oriundos do auto de infração nº 01.071260-2 e do respectivo processo administrativo, tombado sob o nº E-04/258.073/1998 (pasta 00458).

A recorrente, em suas razões (pasta 000471), esclareceu que foi autuada pela Fazenda Estadual, tornando-se devedora do tributo, após ter ficado impossibilitada de refazer sua escrituração contábil em razão de um incêndio ocorrido no local em que arquivava seus livros e documentos fiscais.

Afirmou que o lançamento por arbitramento realizado em função disso está eivado de irregularidades, vez que se lastreou apenas nas informações concernentes às vendas que ela própria, como contribuinte, havia prestado nas DECLANs dos anos de 1995 a 1997.

Aduziu que o Fisco atestou tal ocorrência ao salientar que considerara "...uma suposta 'comparação' dos pagamentos efetuados pela apelante com hipotéticos concorrentes instalados na mesma localidade..." para obtenção da base de cálculo no ato do lançamento por arbitramento.



Ponderou que tal critério não permite ilação quanto à pertinência dos valores lançados, na medida em que não identificou os contribuintes escolhidos para fins de comparação, nem especificou os critérios observados para determinar a semelhança das atividades dos mesmos, omitindo tais dados sob a alegação de sigilo fiscal.

Prosseguindo nessa linha, salientou que o recorrido ignorara por completo as peculiaridades da sua atividade empresarial, não levando em consideração dados importantes como o público alvo, o poder aquisitivo dos compradores, a existência de confecção própria ou terceirizada, a compra de peças acabadas de terceiros, dentre outros.

Sustentou que o arbitramento não foi realizado de maneira fundamentada, violando, assim, seu direito à ampla defesa e ao contraditório. Ressaltou a inobservância do princípio da não-cumulatividade, na medida em que foram desconsiderados por completo “os créditos de impostos havidos pelas *compras*” por ela mencionados nas DECLANs.

No caso de entendimento diverso da Corte, acoimou de impertinente sua condenação em honorários sucumbenciais no patamar de 08% (oito por cento) sobre o valor da causa, por tratar-se de valor desproporcional e flagrantemente exacerbado, implicando necessariamente em negativa de vigência ao artigo art. 85, §2º, do CPC.

Contrarrazões nos autos.

### **É o relatório.**

Sentença proferida em 10/05/2017. Recebo o recurso eis que presentes os requisitos elencados na lei regente.

Não assiste razão à recorrente quando acima de irregular o lançamento por arbitramento em foco.

A constituição do crédito tributário relativo ao ICMS fica a cargo do contribuinte, podendo ser revista pela Fazenda no prazo que a mesma tem para efetuar a homologação, por meio do arbitramento previsto art.148 do CTN. Assim procedeu o recorrido quando não pôde aferir a exatidão das



declarações prestadas pela apelante, ante o noticiado desaparecimento da respectiva escrituração contábil.

Não se pode olvidar que o arbitramento é apenas um meio de prova excepcional destinado à apuração da base de cálculo concernente a determinada espécie tributária, em havendo dúvida quanto às informações prestadas pelo sujeito passivo daquela obrigação. Cuida-se, pois, de procedimento unilateral e inquisitório, desenvolvido pelo auditor fiscal.

O contraditório propriamente dito só se estabelece caso o contribuinte entenda por bem impugnar o lançamento feito pela autoridade administrativa, dando, assim, início ao contencioso fiscal, onde a ampla também será obrigatoriamente assegurada.

Forçoso é considerar que isso aconteceu no caso vertente.

Cientificada da lavratura do auto de infração lastreado nas ilações obtidas por meio da arbitragem (pasta 000033, fls.11/19), a apelante apresentou impugnação administrativa questionando critérios adotados pelo Fisco para apuração da base de cálculo.

Contudo, pelo que se deduz das evidências encartadas, ela limitou-se a questionar o arbitramento naquele processo administrativo, escudando-se num suposto cerceamento de defesa, tese a qual se agarra também em sede judicial.

No apelo, a recorrente apontou a falta de informações quanto aos contribuintes considerados na comparação e quanto aos critérios usados na determinação de semelhança de suas atividades como um empecilho a sua ampla defesa e ao contraditório.

Providencialmente olvidou que o tributo em foco está sujeito a lançamento por homologação, o que pressupõe efetiva participação do sujeito passivo da obrigação tributária na sua apuração.

Assim, se a escrituração contábil foi destruída, era um ônus seu apresentar alguma evidência que pudesse ilidir a presunção de certeza do arbitramento efetuado.



Cumpra ao contribuinte manter escrituração fiscal e contábil apta a viabilizar uma correta avaliação das operações realizadas no exercício da sua atividade empresarial.

Por conta disso, a existência de créditos em seu favor, para fins de aplicação das regras de não-cumulatividade, deve ser efetivamente comprovada, não havendo qualquer disposição legal que permita a mera presunção em tal hipótese.

No mais, ao contrário do que tenta fazer crer, a Fazenda rebateu de forma veemente sua tese de cerceamento à ampla defesa e ao contraditório, oferecendo impugnação especificada em relação a tais temas. Leitura atenta da peça encartada na pasta 000106, fls.4/5, espanca qualquer dúvida.

Certo é que, em atenção ao princípio do contraditório, foi dada à contribuinte oportunidade de fazer contraprova, tanto nestes autos quanto no contencioso fiscal. Em vez de trazer algum dado relevante, limitou-se a escudar num suposto prejuízo decorrente do sigilo com que foram tratadas as informações colhidas junto ao PRODERJ.

Fosse mesmo necessário, a embargante poderia ter requerido neste feito o acesso àqueles dados.

Ademais, não foram utilizadas informações sigilosas sobre terceiros, pois a análise não feita sobre os custos da autuada em relação aos da concorrência. Na realidade, a comparação ficou restrita ao valor total de ICMS pago em relação às saídas totais de outras empresas do mesmo setor, como deixa claro o seguinte excerto da explanação feita pelo fiscal quanto aos critérios para obtenção do valor da base de cálculo (pasta 00033, fl.23):

.....  
*A partir dos dados disponíveis no Proderj (onde estão armazenados os dados relativos aos pagamentos efetuados e as vendas, compras e estoques — estes extraídos dos Declan's entregues), comparou-se os pagamentos efetuados pelo autuado com contribuintes instalados nos mesmos locais (shopping), com as mesmas atividades e concorrentes entre si.*





De qualquer modo, embora discordante dos critérios amplamente retratados nesses autos, a contribuinte nada colocou que pudesse realmente infirmar os números apresentados e a presunção de liquidez e certeza da CDA.

O art. 148 do CTN elenca os casos em que a fiscalização pode se valer do arbitramento para apurar o real valor da prestação ou operação, mas a disciplina desse procedimento, no caso do ICMS, é feita pelas leis ordinárias estaduais e seus respectivos regulamentos.

Em nosso Estado, os parâmetros são estabelecidos pela Lei nº 2.657/96, que em seu art. 75, §3º, lista os métodos que podem ser empregados, a critério do auditor fiscal, dentre eles a inferência com base em amostragem estatística na hipótese de inexistência de elementos probantes quanto ao que foi declarado. O recorrido seguiu tal balizamento.

Forçoso é considerar que o lançamento foi realizado em conformidade com a nossa Carta Política, com o Código Tributário Nacional e com a legislação estadual que rege o tema.

Os honorários sucumbenciais devidos à Fazenda foram corretamente fixados no percentual mínimo previsto no art.85, §3º, II, CPC.

**Ante o exposto, nego provimento ao recurso. Majoro os honorários advocatícios devidos pela demandante em 3% (três por cento) sobre o *quantum* já fixado, na forma do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil. É como voto.**

Rio de Janeiro, 10 de abril de 2018.

Desembargador **RICARDO RODRIGUES CARDOZO**  
Relator