

A.I. N.º - 279116.1049/01-9  
**AUTUADO** - ÓTICAS TEIXEIRA LTDA.  
**AUTUANTE** - ROGÉRIO ALMEIDA SANTOS  
**ORIGEM** - INFRAZ BOM JESUS DA LAPA  
**INTERNET** - 11/04/2002

### 3<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF N° 0095-03/02

**EMENTA:** ICMS. 1. ARBITRAMENTO. FALTA DE EMISSÃO E EXTRAVIO DE DOCUMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO EM VIRTUDE DA CONSTATAÇÃO DE OMISSÃO DE SAÍDA DE MERCADORIAS. Justificada a adoção do arbitramento. 2. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Infração caracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 28/09/01, exige ICMS no valor de R\$ 15.026,61, em razão das seguintes irregularidades:

1 - “Deixou de recolher ICMS, apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude da falta de emissão de documento fiscal. Extravio dos documentos fiscais de entrada e saída referente ao ano de 1998”;

2 – “Deixou de recolher ICMS no(s) prazo(s) regulamentar(es) referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Apurado em função do saldo devedor obtido para o ano de 1998 (infração anterior)”.

O autuado, através de seu representante legal, apresentou impugnação às fls. 147 a 165, suscitando como preliminar de nulidade o cerceamento e a violação do princípio da ampla defesa, sob alegação de que o autuante não observou os requisitos legais quando da confecção do Auto de Infração. Aduz que não houve discriminação da base de cálculo, nem foi apresentada planilha contendo aplicação de juros e multa. Transcreve algumas decisões do STJ com o objetivo de sustentar seu entendimento. Questiona, ainda, a multa aplicada e a taxa SELIC na cobrança dos juros, trazendo a opinião de diversos tributaristas, bem como de decisões de alguns tribunais. Conclui que a multa tem caráter confiscatório, ferindo o Princípio da Capacidade Contributiva, e que a taxa SELIC não deve ser aplicada, entendendo que não deve se falar em juros no direito tributário.

No mérito, diz que só há incidência do ICMS quando houver um negócio jurídico que resulte na circulação do bem, não podendo ser feita através de observações do estoque, mas sim, em relação a quantidades de mercadorias efetivamente comercializadas. Alega que, no caso da empresa atuada, somente há incidência do imposto quando esta comercializa armações e lentes para óculos. Transcreve opinião de diversos tributaristas visando corroborar seu entendimento. Considera que, no caso da impossibilidade da apresentação das notas fiscais, restaria ao autuante a verificação através da contabilidade da empresa. Aduz que o preposto fiscal agiu de forma irregular e ilegal, utilizando-se de meio estranho à legislação quando auferiu a base de cálculo do imposto devido. Ao final, pediu a improcedência do Auto de Infração.

O autuante, em informação fiscal (fl. 176), diz que procedeu conforme estabelece o RPAF e o RICMS/97. Aduz que as infrações cometidas estão dispostas no corpo do auto, sendo que além da falta de emissão das notas fiscais de saída, ainda ocorreu extravio das notas fiscais de entrada e de saída, referentes ao exercício de 1998. Expõe que a adoção do arbitramento da base de cálculo está fundamentada no RICMS/97. Informa que a multa aplicada decorre de lei e difere de acréscimo moratório que também é estabelecido em lei. Quanto a taxa SELIC aduz que a redação do inciso I, do art. 138-B, foi dada pela Alteração nº 29 (Decreto nº 8087, de 27/12/2001). Ao final, pede a procedência do Auto de Infração.

## VOTO

Inicialmente rejeito a preliminar de nulidade suscitada, 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. Os elementos constitutivos do PAF descrevem de forma satisfatória a situação verificada, sendo possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, não havendo do que se falar em cerceamento de defesa, haja vista, inclusive, que no prazo legal o autuado manifestou-se, demonstrando ter ciência da exigência fiscal.

Quanto ao questionamento da multa de 100% aplicada, não há do que se falar em confisco, já que a mesma tem previsão legal em lei (art. 42, IV, “i”, da Lei 7.014/96). No que diz respeito à taxa SELIC aplicada, a redação do inciso I, do art. 138-B, foi dada pela Alteração nº 29 (Decreto nº 8087, de 27/12/2001). Ademais, pelo que dispõe o art. 167, do RPAF/99, não se incluem na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade e as questões sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida.

No mérito, em relação à infração 1, inicialmente devo observar que 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.

O próprio legislador tributário quis evitar que o instituto do arbitramento fosse adotado indiscriminadamente e desprovido de fundamentação que dê supedâneo ao mesmo. Logo, definiu critérios e estabeleceu as hipóteses em que o preposto fiscal poderá constituir o lançamento do crédito tributário lançando mão dessa modalidade.

No caso em exame, o arbitramento foi aplicado em virtude da falta de apresentação das notas fiscais de saída e de entrada, referentes ao exercício de 1998, conforme os Termos de Intimação e Arrecadação acostados às fls. 7 a 9 dos autos.

Entendo que a presente situação justifica a adoção do arbitramento, conforme determina o artigo 937, inciso I, do RICMS/97, uma vez que é impossível a fiscalização conferir os lançamentos efetuados nos livros fiscais e contábeis sem a apresentação dos referidos documentos.

Revisando, ainda, os cálculos e valores apresentados pelo autuante, às fls. 11 a 15, entendo que seu procedimento está respaldado na legislação.

Deste modo, minha conclusão é de que ficou patente a motivação para o arbitramento, sendo que as razões e fundamentos descritos pelo autuante, justificam a aplicação da medida excepcional para dar início ao lançamento da constituição do crédito tributário, cujos valores, corretamente apurados e demonstrados, às fls. 11 a 15, obedeceram ao método estabelecido no dispositivo da legislação supra citada.

No que diz respeito a infração 2, o autuado não fez qualquer contestação em relação ao mérito, o que implica no reconhecimento tácito do cometimento da infração.

Ademais, pelo que dispõe o art. 142, do RPAF/99, a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 3<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 279116.1049/01-9, lavrado contra **ÓTICAS TEIXEIRA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$15.026,61**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 50% sobre o valor de R\$ 3.011,78 e de 100% sobre o valor de R\$ 12.014,83, previstas no art. 42, I, “a” e IV, “i”, respectivamente, da Lei 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de março de 2002.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADOR