

A. I. Nº - 298943.0005/02-4

AUTUADO - ÓTICAS TEIXEIRA LTDA.

AUTUANTE - MARCÍLIO JOSÉ AMORIM DOS SANTOS

ORIGEM - INFRAZ BONOCÔ

INTERNETE - 04.06.02

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0183-01/02

EMENTA: ICMS. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Fato não questionado objetivamente pelo sujeito passivo, cuja defesa se limita à argüição de preliminares, consideradas infundadas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 28/2/2002, acusa a falta de recolhimento de ICMS lançado no livro próprio, nos prazos regulamentares, relativamente a novembro e dezembro de 2001. Imposto exigido: R\$ 3.317,19. Multa: 50%.

O contribuinte defendeu-se alegando que o imposto foi apurado pelo fisco através de arbitramento. Fala da confrontação entre o levantamento fiscal e a contabilidade (*sic*). Comenta a natureza do ICMS, imposto cujo âmbito de incidência diz respeito a negócios jurídicos de que resulte circulação de mercadorias. Reporta-se à base de cálculo do tributo. Enfatiza que a cobrança do aludido imposto não pode ser feita através de observações de estoque, pois deve ser considerada a quantidade da mercadoria que foi efetivamente comercializada. Diz que a mensuração e comprovação da base de cálculo dar-se-ão mediante a verificação das Notas Fiscais emitidas pelo sujeito passivo. Aduz então: “Porém, casos ocorrerão em que o sujeito passivo, por diversos motivos, não disponha ou não possua, apenas no momento da fiscalização não disponha das notas fiscais” (transcrição literal). Argumenta que, no caso da impossibilidade da apresentação das Notas Fiscais, resta ao auditor examinar a contabilidade da empresa, na qual se encontram os dados pertinentes a “saída e entrada de mercadoria, saída e entrada dos montantes comercializados e o saldo da empresa” (transcrição literal).

Feitas essas ponderações, a defesa volta a dizer que o imposto foi apurado por arbitramento. Grifa que o fiscal não considerou a “contabilidade” da empresa, “preferindo o caminho mais “cômodo” de arbitrar o valor devido utilizando simplesmente a “confrontação entre as entradas e saídas de mercadorias”.

Seguem-se comentários quanto ao controle de estoque, entradas e saídas de mercadorias. Alega que o fisco deixou de considerar armações [de óculos] que chegam ao estoque quebradas ou os pequenos furtos que ocorrem em depósitos ou no trato da mercadoria. Destaca em seguida o que chama de “omissão de receita”.

A defesa passa em seguida a exortar o fisco no sentido de que, antes de sair inventando como fiscalizar, é fundamental atentar para o fato de que a atividade de fiscalização é vinculada, e não discricionária.

Alega o autuado que teria havido cerceamento de defesa. Transcreve o art. 37 da Lei nº 8.212/91 e o art. 10 do Decreto nº 70.235/72. Fala dos requisitos da notificação de lançamento. Reclama que o presente Auto de Infração é desprovido de validade, por não conter a discriminação da base de cálculo, havendo tão-somente uma tabela indicando o valor desta. Protesta que no Auto foi feita a descrição dos fatos, com indicação de leis e artigos sem a contextualização e a fundamentação

das violações que supostamente teriam sido cometidas pelo contribuinte. Apega-se a decisões do STJ (transcreve as ementas). Pede a improcedência da exigência fiscal, alegando que no Auto de Infração não foi indicado corretamente quais as infrações, não consta qual a base de cálculo adotada e não foi feita a correta fundamentação legal.

Quanto à multa, o autuado fala da dificuldade de as empresas honrarem seus compromissos, inclusive no que se refere à capacidade contributiva, em face da atual conjuntura da economia nacional, após o chamado “milagre brasileiro”. Argumenta que uma das causas que impedem as empresas de pagar corretamente as suas obrigações tributárias decorre dos encargos legais que incidem após a inadimplência por parte do contribuinte, pois a fazenda aplica uma pesada multa pela infração, que no caso do ICMS é de 100% do valor devido (*sic*), além de correção monetária, multa de mora e juros de mora (*sic*).

O autuado chama a atenção para o fato de que, se um consumidor se torna inadimplente de uma empresa, esta só pode aplicar uma multa de 2% sobre o valor do débito. Já o Estado, que deveria zelar pela existência e expansão do empreendimento no mercado, acaba por ser o grande alvo daqueles que vergam sob a malévolas sanha arrecadatória do fisco. Protesta que, na forma como é cobrada, a multa fere o princípio da capacidade contributiva. Aduz que a Constituição veda a cobrança de tributo que assuma um caráter confiscatório. A seu ver, esta mesma vedação é estendida ao caso de multa por infração, pois – argumenta – seria uma incoerência desmedida considerar que a multa pelo não pagamento de um imposto não esteja vinculada aos princípios atinentes ao tributo.

O autuado pondera que não se justifica apenação tão drástica em face da mera falta de descumprimento de obrigação acessória – emissão de Notas Fiscais (*sic*), sem qualquer consideração acerca dos antecedentes do contribuinte, ao grau de lesão de sua falta, ao possível dano causado ao erário ou mesmo quanto à existência, ou não, de justificativas para o ato infracional.

Segundo a defesa, a multa neste caso é também escorchante e confiscatória levando-se em conta o atual plano de estabilidade econômica, estando a inflação contida em índices aproximados de 0,7% ao mês.

Menciona decisão do STF em ação direta de inconstitucionalidade acerca de multa de 300%.

A defesa reclama da cobrança da “taxa” do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC). Fala da natureza dos juros moratórios. Observa que os juros, nos termos do art. 161, § 1º, do CTN, são de 1%. Diz que, no caso de débitos de impostos federais cujos fatos geradores ocorreram a partir de janeiro de 1997, incidem juros calculados à taxa referencial do SELIC. Prossegue dizendo que essa aberração foi criada e fundamentada a partir do argumento de que os percentuais dos juros de mora devem ser na mesma proporção dos juros do mercado, pois o inadimplemento do contribuinte geraria a necessidade de o Estado buscar no mercado o financiamento de suas atividades e o pagamento de juros advindos dessa inadimplência. A seu ver, o argumento de que a taxa de juros deva ser flexível e flutuante, conforme as oscilações do mercado, constitui uma aberração. Se alguém gasta mais do que arrecada mensalmente, tem a possibilidade de buscar no mercado formas de suprir o seu descontrole financeiro. Porém, se quer realmente buscar equilíbrio, deve parar de gastar mais do que ganha. Sentencia que o problema do Estado brasileiro é o seu descontrole.

O autuado transcreve ementa de acórdão do STJ, que considerou indevida a aplicação da “taxa” SELIC como sucedânea de juros moratórios, por ter ela natureza de juros remuneratórios, sem prejuízo de sua conotação de correção monetária, não sendo possível se equipararem os contribuintes com os aplicadores, pois estes praticam ato de vontade, ao passo que aqueles são submetidos coercitivamente a ato de império.

Prossegue explicando que a “taxa” SELIC, instituída pelo Conselho Monetário Nacional através da Resolução nº 1.124, diz respeito ao rendimento definido pela taxa média ajustada dos financiamentos apurados no Sistema Especial de Liquidação e Custória, calculado sobre o valor nominal e pago no resgate do título, tendo aquela taxa sido definida pelas Circulares nº 2.868/99 e 2.900/99 do Banco Central.

O fiscal autuante pronunciou-se dizendo que o imposto não foi cobrado através de arbitramento, como alega a defesa, pois se trata de imposto escriturado e apurado na escrita fiscal e declarado nas DMAs. Quanto às demais considerações do autuado, o fiscal contrapõe que, por serem “off topic”, são inócuas e não merecem qualquer observação Opina pela procedência da autuação.

VOTO

A defesa argui preliminares alegando *a)* que o imposto foi apurado através de arbitramento, *b)* que teria havido cerceamento de defesa, em virtude da falta de indicação correta da infração, além de não ser especificada a base de cálculo e de não ser feita a devida fundamentação legal no Auto de Infração, *c)* que a multa estipulada tem caráter confiscatório e *d)* que é inaplicável a tributos a “taxa” SELIC.

O fato foi descrito de forma satisfatória. Quanto a esse aspecto, não há razão para o alegado cerceamento de defesa.

O imposto a ser pago, a depender de cada caso, pode ser relativo a *um fato gerador específico*, como também pode, tal como na presente situação, ser relativo a *uma série de fatos* ocorridos num determinado período. Os valores objeto do presente lançamento são resultantes do *regime de apuração* ou *regime de abatimento*, tendo o próprio contribuinte, em seus livros fiscais, registrado os débitos e créditos, de modo que as quantias levantadas pelo fisco não correspondem a *um fato gerador específico*, e sim ao *resultado* da apuração dos valores devidos nos períodos assinalados, a saber, novembro e dezembro de 2001.

Consta no Auto de Infração a apuração do imposto com indicação de bases de cálculo e alíquotas. No caso de imposto lançado mas não recolhido não há uma “base de cálculo”. O Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, no art. 39, IV, “b”, dispensa a indicação de base de cálculo nessa situação. Porém esse fato não implica nulidade do lançamento.

A defesa faz uma levea confusão acerca da natureza do procedimento fiscal, dizendo que teria havido “arbitramento”. Refere-se ao estoque, às entradas e às saídas de mercadorias. Menciona a impossibilidade da apresentação das Notas Fiscais. Diz que o fiscal não considerou a “contabilidade” da empresa, “preferindo o caminho mais cômodo” de arbitrar o valor devido utilizando simplesmente a “confrontação entre as entradas e saídas de mercadorias”.

Ora, não houve absolutamente arbitramento do imposto devido neste caso. Os valores levantados pelo fisco foram apurados e declarados pelo próprio contribuinte, conforme cópias anexas do Registro de Apuração do ICMS (fls. 8/14).

Foi alegada falta de fundamentação legal. Ocorre que no Auto de Infração, no campo “Enquadramento legal”, constam os dispositivos do Regulamento do ICMS e da Lei nº 7.014/96 em que se louvou o fisco ao estabelecer o fenômeno da subsunção do fato e a tipificação do cometimento, com a multa correspondente.

A defesa reporta-se inadvertidamente à legislação federal. É evidente que no processo administrativo estadual se aplicam as normas procedimentais do contencioso administrativo estadual. No entanto, a impropriedade das referências a normas de outro ente público não desvirtuam a pretensão do sujeito passivo. Mesmo que na defesa não fosse feita referência a nenhum dispositivo legal, caberia a este Conselho, ao examinar os fatos postos em discussão, decidir qual o direito aplicável.

Ao reclamar quanto à multa estipulada, a defesa protesta que teria sido aplicada uma multa de 100%. Ocorre que no Auto de Infração consta claramente que a multa não é de 100%, como alega a defesa, e sim de 50%.

Existem obrigações tributárias de natureza principal e de natureza acessória. A obrigação principal diz respeito ao dever jurídico de pagar o tributo na forma e nos prazos previstos em lei. Já as obrigações acessórias, estas dizem respeito ao dever de cumprir determinadas prestações positivas ou negativas, previstas no ordenamento jurídico, no interesse da fiscalização ou da arrecadação, tais como o dever de escriturar livros, de entregar informações periódicas do giro dos negócios, etc.

A falta de recolhimento do imposto nos prazos regulamentares – matéria objeto do procedimento fiscal – constitui infração expressamente tipificada no art. 42, I, “a”, da Lei nº 7.014/96.

A defesa reclama da cobrança da “taxa” do Sistema Especial de Liquidação e Custória (SELIC). Reporta-se à previsão de juros de 1%, pelo CTN, no art. 161, § 1º.

A fazenda estadual apenas adota a “taxa” do SELIC no caso de parcelamento de débitos. Na situação em exame, os juros são os estabelecidos no art. 102 da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia).

Quanto à norma do art. 161, § 1º, do CTN, observe-se que, conforme ressalva feita no dispositivo em questão, os juros de 1% ao mês são aplicáveis “Se a lei não dispuser de modo diverso...”.

A defesa não abordou o mérito da imputação.

Acusação não elidida.

Quanto ao pedido feito na defesa para que as intimações e notificações sejam enviadas para o *endereço indicado no rodapé da petição*, nada obsta que o órgão competente para fazer as intimações remeta os instrumentos próprios para o endereço indicado, porém será igualmente válida a intimação encaminhada para o endereço do contribuinte, a menos que este se encontre sem funcionamento. A intimação do sujeito passivo constitui procedimento disciplinado no art. 108 do RPAF.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 298943.0005/02-4, lavrado contra **ÓTICAS TEIXEIRA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 3.317,19**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, inciso I, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de maio de 2002.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE

*ESTADO DA BAHIA
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE FAZENDA ESTADUAL (CONSEF
)*

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS – JULGADORA