

Cálculo do ICMS pelo Índice de Valor Agregado prejudica o contribuinte

Spacca

Muitas empresas são autuadas pelo Fisco com arbitramentos ilegais do valor do tributo. O cálculo do ICMS na substituição tributária é feito de forma ilegal, distorcida e injusta, o que permite cobrança a maior. Tudo isso gera autuações indevidas, que servem para avultar índices fantasiosos de sonegação, que incentivam a criação de mais cargos inúteis na administração fazendária.

A substituição tributária no ICMS é legal como exceção, não como regra. O artigo 155 da Constituição Federal atribui competência aos estados e ao Distrito Federal para que o instituem, na forma do seu parágrafo 2º. No inciso I deste parágrafo é estabelecida a regra fundamental do imposto que é sua não cumulatividade. Só no inciso XII desse parágrafo 2º é que, ao definir a competência das leis complementares em matéria tributária, a Constituição lhes concede o poder de dispor sobre substituição tributária.



Raul Haidar
advogado tributarista

A norma fundamental do cálculo do imposto é, portanto, que ele incida sobre o valor agregado, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias, com o montante cobrado nas operações anteriores.

Todavia, ao dispor sobre a substituição tributária, a Lei Complementar 87 foi imprecisa e permitiu que autoridades fazendárias criassem normas injustas, ilegais e mesmo confiscatórias. Tudo isso se transformou em inúmeros casos de autuações fantasiosas, onde, por meio de programas de computadores comandados por pessoas não habituadas a viver no mundo real, apuraram supostos desvios de tributos.

A LC 87, no artigo 8º, fixa como base de cálculo, nas operações subsequentes (substituição para frente), uma soma de valores que incluem o chamado valor FOB, aquele que o destinatário da mercadoria pagará, bem como os que incluam a operação e outras cujas minúcias em tese deveriam ser esclarecidas pela legislação ordinária.

A LC também prevê que a base do tributo será o valor máximo ou fixo determinado pelo órgão público, quando houver. Na mercadoria cujo preço final ao consumidor for sugerido pelo fabricante ou importador, *poderá* a lei estabelecer como base de cálculo esse preço.

Diz a legislação ainda que o valor tributável pode ser estabelecido com base em preços usualmente praticados no mercado, obtidos por levantamento, amostragem, informações e outros elementos fornecidos por representantes dos respectivos setores, por meio de média ponderada dos preços.

Com base numa interpretação equivocada dessas normas, o Fisco paulista já lavrou autos de infração pelo fato de que o contribuinte não teria conseguido comprovar a realização de operações de saídas para



outros estados.

Por não conseguir comprovar, num espaço de três dias úteis (sic), os dados de centenas de contribuintes localizados em outros estados para os quais vendeu mercadorias, uma pequena indústria paulista sofreu autuação em valor acima de todo o seu patrimônio líquido. A acusação, em síntese, foi de que ela *teria indicado outro estado como destinatário das mercadorias, sem conseguir comprovar que estas efetivamente saíram do território paulista.*

O Fisco exigiu que, em sete dias corridos ou três dias úteis, o empresário conseguisse fazer prova *que cabia ao Fisco fazer!* E mais: se existem diversos órgãos fazendários (Confaz e Sinief, por exemplo) competentes para troca de informações entre si, bastaria ao servidor público acionar tais mecanismos e, em alguns segundos, teria as informações necessárias.

Temos aqui, há mais de 10 anos, uma lei que “institui o código de direitos, garantias e obrigações do contribuinte no estado de São Paulo”. A Lei Complementar 939, de 3 de abril de 2003, em seu artigo 8º, afirma:

*Artigo 8º – A Administração Tributária atuará em obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, **moralidade**, publicidade, **razoabilidade**, finalidade, interesse público, eficiência e motivação dos atos administrativos.*

É *imoral* exigir que alguém faça centenas de comprovações relativas a operações com destinatários de outros estados, quando quem faz a exigência tem como obtê-las por seus próprios meios. *Não é razoável* que, ante a impossibilidade de que tal comando seja obedecido, possa alguém ser punido. Não atende ao *interesse público* aplicar autuação fiscal que poderia ser evitada sobre pequena indústria, inviabilizando-a, criando-lhe contingência fiscal que a reduz a pó, destruindo os sonhos de pequeno empresário que ainda acredita no trabalho árduo como forma de cumprir a missão que lhe cabe como cidadão. Não foi esse o sentimento com que o ovo paulista, representado por sua Assembleia, aprovou o texto da LC 939, já mencionada.

Em alguns casos, o Fisco tenta justificar o lançamento afirmando que teriam sido “analisados os indicadores fiscais e de recolhimentos apresentados pelo sistema Infoview Análise por CNPJ – Indicadores”, apurando-se que não foram alcançados os “índices considerados normais do IVA de 73,21% e 81,97% em 2011 e 2012 (...)”, enquanto o contribuinte só conseguira atingir os “baixos índices de recolhimento de Gare/VVD de 0,94% e 0,56% em 2011 e 2012.”

Isso representa *arbitramento* do valor das operações, com base em meras suposições ou presunções. O artigo 148 do CTN admite o arbitramento, pouco importando o nome que se lhe dê, eis que a lei 5.172/1965 antecede a essa era de sombrios e inseguros “sistemas” em que vivemos hoje. Eis o que diz o sábio texto da Lei:



Art. 148. Quando o cálculo do tributo tenha por base, ou tem em consideração, o valor ou o preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos, a autoridade lançadora, **mediante processo regular, arbitrar**á aquele valor ou preço, **sempre que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado, ressalvada, em caso de contestação, avaliação contraditória, administrativa ou judicial.**

A jurisprudência registra que o *arbitramento* depende de *processo regular*. Não que se possa fazer de forma genérica, sem que o contribuinte dele possa defender-se. Eis o que já decidiu o STJ (AgRg no REsp 1.363.312-MT nº 2013/0002604-7):

Tributário.ICMS. Recolhimento antecipado. Pauta Fiscal de Valores. Ilegalidade.Art. 148 do CTN . Arbitramento da Base de Cálculo. Indícios de Subfaturamento. Necessidade de Anterior e Regular Processo Administrativo. 1.Discute-se nos autos a legalidade da aplicação de pauta fiscal para a fixação da base de cálculo de ICMS sem necessidade de prévia instauração de procedimento administrativo. 2.O Tribunal de origem considerou que a constatação de flagrante discrepância entre o valor de mercado dos produtos transportados e aquele posto nas Notas Fiscais indica subfaturamento e traduz, em princípio, a prática da infração fiscal prevista na legislação de regência. Consignou outrossim a legalidade do arbitramento previsto no artigo 148 do CTN com posterior intauração, pela Fazenda Pública, do processo administrativo fiscal. 3.A jurisprudência desta Corte que entende pela ilegalidade do regime de pauta fiscal, haja vista que **o arbitramento previsto no procedimento encartado no art. 148 do Código Tributário Nacional somente pode se dar após a instauração de processo administrativo-fiscal regular, assegurados o contraditório e a ampla defesa.** Agravo regimental improvido.

Esses autos de infração violam o espírito da norma constitucional. A Carta da República, com dezenas e dezenas de emendas, já está velha aos 26 anos de idade.

Por outro lado, as leis complementares foram rascunhadas sem critérios técnicos, por pessoas que não gostavam das aulas de Direito. Depois, esses rascunhos se transformaram em projetos encaminhados a um Congresso pouco interessado nesses assuntos.

A proliferação de autos de infração criados dessa forma tem justificado a criação ilimitada de novos quadros de servidores na área tributária, inclusive do setor privado.

Parece-nos incrível que o avanço da tecnologia sirva, no setor público e mesmo no privado, para criar novos cargos nas atividades de meio. A ridícula afirmação de que isso é necessário para combater sonegação não resiste a qualquer análise lógica. Não vamos ocupar o tempo do leitor para obviar o óbvio.

A empresa obrigada a dar informações que o Fisco já possui ou pode obter com seus próprios meios poderia tentar aumentar sua produção com tal esforço. Recursos utilizados pelo poder público com algumas repartições que servem para quase nada ou para nos atrapalhar poderiam servir para alguma coisa útil.

Date Created

27/10/2014