

Autuações equivocadas do Fisco estadual tornam contribuinte inimigo



Raul Haidar
advogado tributarista

Há muitas situações em que o contribuinte do ICMS sofre autos de infração

com fundamentação equivocada, que se transformam em cobranças injustas. Ainda que o autuado consiga derrubar o lançamento ele já terá sofrido prejuízos com o custeio da defesa, mesmo que seja na esfera administrativa.

Em alguns casos verifica-se com clareza a presença de abuso do agente fiscal, quando adota uma interpretação subjetiva e fora da realidade. Como os agentes fazendários são profissionais de nível superior muito bem treinados, não é razoável admitir que erros elementares sejam considerados apenas subjetivismo. Ao que tudo indica, nessas situações há fortes indícios da prática do crime de excesso de exação, previsto no §1º do artigo 316 do Código Penal com pena de reclusão, de 3 a 8 anos, e multa:

“se o funcionário exige tributo ou contribuição social que sabe ou deveria saber indevido, ou, quando devido, emprega na cobrança meio vexatório ou gravoso, que a lei não autoriza.”

Com a aplicação dos recursos da informática, a verificação dos atos praticados pelo contribuinte tornaram-se relativamente simples. Mas não pode o servidor público deixar de considerar no seu trabalho a verdade material dos fatos examinados.

Cabe ao Fisco provar a veracidade do que alega para sustentar os lançamentos, especialmente quando são aplicadas multas e mais ainda quando pretende enquadrar o fato em suposto crime contra a ordem tributária. Se num primeiro momento pode estar configurado o crime de excesso de exação, também existe a possibilidade da presença do crime de calúnia contra o contribuinte.

Já tivemos oportunidade de encontrar diversas situações em que, com base em informações obtidas pelo Fisco, os agentes fiscais não atentaram para a realidade dos fatos e praticaram excesso de exação.

Em certa ocasião, de posse de dados fornecidos por uma administradora de cartões de crédito, o Fisco



compareceu a um varejista no ramo de queijos, bebidas diversas, azeites, embutidos e outros produtos de alimentação e resolveu cobrar imposto pela alíquota de 25%, aplicável a bebidas alcoólicas.

Todavia, através de perícia contábil extrajudicial o contribuinte comprovou que as bebidas representavam menos de 10% do seu faturamento e que havia muitos casos de produtos com isenção e substituição tributária. Com isso o Tribunal de Impostos e Taxas declarou a nulidade do auto de infração.

Durante mais de dois anos, tempo que transcorreu entre o auto de infração e o julgamento final do TIT, o contribuinte teve que conviver com a possibilidade de sofrer grave prejuízo e mesmo responder a acusação criminal, preocupação que não era justa ante os fatos.

Tudo isso decorreu simplesmente do fato de ter o agente fiscal realizado trabalho simplista, sem a exatidão que se exige nessa tarefa. No seu levantamento, não teve o cuidado de aplicar corretamente às mercadorias comercializadas as respectivas alíquotas.

Em outra oportunidade, também com o uso de informações de cartões de crédito, foi lavrado um grande auto de infração contra um estabelecimento de posto de combustível, sob a alegação de falta de pagamento do ICMS.

Ocorre que o ICMS incidente sobre combustíveis sujeita-se ao regime de substituição tributária, sendo recolhido por antecipação pelas refinarias. As próprias notas fiscais emitidas pelas distribuidoras (atacadistas) dos combustíveis assinala, por força de determinação legal, que o imposto incidente nessas operações deve ser recolhido na origem. Registre-se que o imposto é calculado pelo valor de venda a varejo, ou seja, aquilo que poderia ser exigido do varejista já foi tributado anteriormente por outrem.

No caso dos estabelecimentos varejistas de combustíveis é fácil entender a razão da substituição tributária. Afinal, o número de refinarias é pequeno, enquanto seria praticamente impossível ao Fisco verificar o correto pagamento do tributo nos milhares de postos que se espalham pelas cidades e estradas.

Por outro lado, não é razoável supor que as vendas através de cartão de crédito pudessem referir-se em sua maior parte a mercadorias não atingidas pela substituição. Em determinado caso um fiscal teria afirmado ao contribuinte que os lançamentos baseados em cartões de crédito deveriam ser admitidos, pois havia no local uma “loja de conveniência”, podendo as operações ser relativas a mercadorias nela adquiridas.

Ora, nenhum auto de infração pode ser lavrado sem que haja certeza absoluta sobre o que compõe a base do seu lançamento. Quando o servidor afirma que o lançamento pode referir-se a uma ou outra mercadoria e estas estejam sujeitas a tratamentos tributários diversos, não se permite a presunção de que deva ser adotado o lançamento mais oneroso.

A jurisprudência registra precedentes que afastam essa forma de lançamento. Vejamos:

"Processo Fiscal – Não pode ser instaurado com base em mera presunção. Segurança concedida." (TFR, Agr. MSeg.65.941, "Resenha Tributária" nº 8)



"Qualquer lançamento ou multa, com fundamento apenas em dúvida ou suspeição é nulo, pois não se pode presumir a fraude que, necessariamente, deverá ser demonstrada" (TFR, AC 24.955, DOU, 9/5/69).

"Não merece acolhimento o sistema de levantamento fiscal com ânimo em elementos aprioristicamente fixados pela fiscalização." (TAC-SP-AC 57146-RT 357/394).

"Para efeitos legais não se admite como débito fiscal o apurado por simples dedução." (idem, acórdão 50.527, D.O. União de 11.7.69, seção IV).

"O levantamento não é processo exato ou matemático, mas aproximativo, de presumidas sonegações. Assim, uma diferença irrisória, tolerável, pode ser desprezada pelo Fisco..." (TIT, 1ª. Câmara, Proc. SF-48.216/68, decisão de 15/4/69).

"Incabível, por meio de levantamento fiscal, exigir-se multa por falta de emissão de documento fiscal." (TIT, 2ª. Câmara, Proc. DRT-5 nº 5.330/69, decisão de 9/3/1970)

O Fisco deve observar com mais atenção o artigo 112 do Código Tributário Nacional, que mandar interpretar as leis da maneira mais favorável ao contribuinte acusado de ilícito. Agindo de forma diversa, transforma o contribuinte em inimigo, o que não é bom para ninguém.

Date Created

21/11/2016