

A I N° - 206828.0004/01-0
AUTUADO - MERCADÓCULOS COMÉRCIO DE ÓCULOS LTDA.
AUTUANTE - LUIZ CARVALHO DA SILVA
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 04. 12. 2002

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0428-04/02

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infração comprovada. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Constatando-se, em exercício aberto, diferenças tanto de entradas como de saídas através de levantamento quantitativo, estando as mercadorias ainda fisicamente em estoque, é devido o pagamento do imposto pelo sujeito passivo, na condição de responsável solidário, por ser detentor de mercadorias recebidas de terceiros desacompanhas de documentação fiscal (diferença de entradas), bem como do imposto de sua responsabilidade direta relativo à omissão de saídas. Infração parcialmente comprovada. Refeito o cálculo do imposto. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 29/03/2001, exige o pagamento de ICMS no valor de R\$28.328,53, mais multas de 60% e de 70%, relativamente às seguintes infrações:

1. Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária, relativamente a aquisições efetuadas em outras unidades da Federação, cujas notas fiscais foram identificadas através de registros do CFAMT – R\$538,42;
2. Saídas de mercadorias tributáveis sem notas fiscais, detectadas em levantamento quantitativo de estoques por espécie, levadas em conta por ser o valor de maior expressão entre entradas e saídas constatadas omitidas – R\$24.783,56, e
3. Falta de recolhimento do imposto por responsabilidade solidária face a constatação de aquisições de mercadorias sem notas fiscais, detectadas em levantamento quantitativo de estoques por espécie, ainda existentes fisicamente em estoque - R\$3.006,55.

O autuado impugna tempestivamente o lançamento (fl. 42) e, inicialmente, reconhece a infração 1, recolhendo o valor exigido conforme DAE que junta à defesa (fl. 54). Antes, interpôs pedido de nulidade do lançamento por entender que o Termo de Início de Fiscalização não foi solenizado, de acordo com a exigência do CTN - artigo 196, do COTEB – artigo 126, § 1º, II, e do RPAF/99 – artigo 28, I. Invoca o Acórdão JJF 1287/99 e alega que o referido Termo, além de lavrado, deve conter a assinatura do contribuinte. Quanto ao levantamento quantitativo de estoques, alega que lhe é

inaplicável pois, sendo optante pelo *Simbahia*, está desobrigado de escriturar as suas entradas, citando e transcrevendo a legislação pertinente. Alega também que a exigência do imposto, com a utilização da alíquota de 17%, equipara o contribuinte optante pelo *Simbahia* a contribuinte normal. Aduz que tal exigência só é possível se a inexatidão das declarações que prestar ao fisco motivarem o desenquadramento do regime. Assim não ocorrendo, o imposto deve ser apurado adotando o regime simplificado. Alega ainda que, devido ao regime pelo qual é optante, a multa cabível é de 50% e não de 70% como proposto no Auto de Infração e que o lançamento ofende à sistemática compensatória do imposto, caso a cobrança fosse lícita, por não considerar os créditos fiscais correspondentes às aquisições, invocando o artigo 155, § 2º, I, da Constituição Federal.

Continuando, invoca o Acórdão 2675/00 do CONSEF e, em relação à infração 3, argumenta que não está obrigado a escriturar as notas fiscais de aquisição e, sendo as mercadorias adquiridas em outras Unidades da Federação, o imposto não pertence ao Estado da Bahia. Conclui requerendo o julgamento pela nulidade ou, se adentrado no mérito: a) homologação do recolhimento efetuado; b) a improcedência das infrações 2 e 3 e, c) se não acolhida a tese esposada na defesa, revisão fiscal para atendimento ao princípio da não cumulatividade.

O autuante presta informação fiscal (fl. 57) rebatendo a arguição de nulidade, esclarecendo que, em 31.12.2000 foi sancionada a Lei 7753, que alterou o artigo 127, § 1º, III, “a”, do COTEB, Lei 3956/81, tornando dispensável a lavratura do Termo de Início de Fiscalização, quando emitido o Termo de Intimação para a apresentação de livros e documentos, cuja exigência foi atendida. Ressalta que esta alteração foi inserida no RPAF/99, em seu artigo 28, II.

Quanto à infração 2, reconhece descabida a tipificação de falta de escrituração, face a dispensa do cumprimento de tal obrigação tributária acessória, referente aos livros fiscais, concedida aos contribuinte optantes pelo *Simbahia*, ressaltando que a condição do autuado não o dispensa de manter escrituração contábil (artigo 11 do Código Comercial Brasileiro). Ressalta também que a irregularidade na tipificação não descaracteriza a infração, que foi descrita de forma clara e precisa, invocando e transcrevendo o artigo 19, do RPAF/99. Diz ainda que não foi ofendido o regime tributário simplificado pois a legislação prevê a cobrança do imposto sem o referido tratamento, neste caso. Relativamente à alegação de ofensa à sistemática compensatória do imposto diz que o levantamento foi pautado nas determinações da Portaria 445/98, que não distingue os contribuintes, de acordo com o regime de apuração pelo qual optaram.

Quanto à infração 3, diz que o autuado esqueceu que o artigo 408-O, I e II, do RICMS/97, definem a base de cálculo de forma clara, em função da situação tributária da mercadoria.

O autuante, em atendimento a solicitação do CONSEF, retifica os levantamentos, reduzindo o valor do débito relativo à infração 2 para R\$19.754,32 (fl. 64), para cumprimento da Orientação Normativa nº 01/2002. Retifica o valor do lançamento para R\$23.299,29.

O autuado, regularmente intimado (fl. 69) não se manifesta.

VOTO

Inicialmente afasto a preliminar de nulidade suscitada, face a falta de lavratura do Termo de Início de Fiscalização. O procedimento fiscal teve início através de Termo de Intimação, conforme consta do PAF (fl. 7) e, este procedimento, ao teor do artigo 28, II, do RPAF/99, dispensa a lavratura do Termo de Início de Fiscalização.

Relativamente a falta de escrituração das notas fiscais, embora tal citação tenha sido feita na acusação, e o autuado esteja dispensado de cumprir com tal obrigação tributária acessória, o fato não motiva a nulidade do lançamento uma vez que a infração está suficientemente caracterizada e o autuado entendeu do que estava sendo acusado, inclusive contestando o levantamento quantitativo sobre diversos aspectos.

Quanto a alegação de inaplicabilidade do levantamento quantitativo de estoques, por ser optante pelo regime simplificado de apuração – *Simbahia*, tal condição não exige o contribuinte de ser submetido aos roteiros de auditoria fiscal adotados pela SEFAZ para verificação da regularidade das declarações prestadas na apuração e recolhimento do imposto. No presente caso, ficou comprovado que o autuado descumpria a legislação, efetuando saídas sem a emissão de notas fiscais, eximindo-se do pagamento do tributo sobre as referidas operações, sujeitando-o ao pagamento do ICMS pelo regime normal de apuração e não com os benefícios do regime simplificado. Portanto, a exigência é lícita.

Ainda, para esse caso, a legislação deixa à opção da autoridade fiscal, o desenquadramento ou não do contribuinte do regime simplificado de apuração, decisão esta que, se não tomada, não impede a cobrança do imposto que deixou de ser recolhido, sobre saídas omitidas, pelo regime normal de apuração. Quanto à multa de 50%, somente deve ser aplicável para os recolhimentos mensais, quando não efetuados espontaneamente, e não sobre o imposto cobrado por omissão de saídas.

Quanto ao não atendimento da sistemática compensatória, tal falha foi suprida quando o autuante retificou o valor da infração 2, para adequação à Orientação Normativa 01/2002 que, no meu entendimento, mereceu a acolhida do autuado quando, regularmente intimado para se manifestar sobre o mesmo, silenciou-se. Dessa forma, também foi atendido o pedido para realização de diligência para tal fim, feito pelo autuado, na defesa.

Referente à infração 3, a responsabilidade tributária é atribuída ao autuado por força do disposto no artigo 39, I, do RICMS/97.

O meu voto é pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do lançamento, no valor de R\$23.299,29, conforme demonstrativo à folha 69.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206828.0004/01-0**, lavrado contra **MERCADÓCULOS COMÉRCIO DE ÓCULOS LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$23.299,29**, sendo R\$538,42, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 50%, prevista nos artigos 61, I, “b”, da Lei nº 4.825/89 (redação vigente à época), e 42, I, “b” item 1, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, mais o valor de R\$22.760,87, acrescido da multa de 70%, prevista no inciso III, do artigo 42, da Lei 7014/96, e demais acréscimos legais, homologando-se os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de novembro de 2002

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO - PRESIDENTE

ANSELMO LEITE BRUM - RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR