

PROCESSO - A.I. Nº 276473.0603/02-6
RECORRENTE - MOBILIE MÓVEIS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0068-02/3
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET - 02.05.03

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0191-11/03

EMENTA: ICMS. SIMBAHIA. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Em observância ao princípio de não cumulatividade do imposto, foi considerado o crédito fiscal na forma prevista na Instrução Normativa nº 01/02. Exigência parcialmente subsistente. **b)** ENTRADA DE MERCADORIA, EM ESTOQUE, SEM REGISTROS FISCAIS. Tratando-se de levantamento quantitativo em estoque aberto, a constatação de mercadorias em estoque desacompanhadas de documentação fiscal, atribui-se ao detentor a condição de responsável solidário pelo pagamento do imposto. Exigência subsistente. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Mantida a Decisão Recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto tempestivamente pelo sujeito passivo, inconformado com o julgamento da 1ª Instância que decidiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração, mediante o Acórdão nº 0068-02/03.

A acusação fiscal aponta o valor de R\$3.686,53 de imposto devido em razão da falta de recolhimento do ICMS referente a operações de saídas de mercadorias efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, cuja base de cálculo no valor de R\$15.489,02, e ICMS de R\$2.633,13 e também pela constatação de mercadorias em estoque desacompanhadas da respectiva documentação fiscal, atribuindo-se ao detentor a condição de responsável solidário pelo pagamento do imposto no valor de R\$1.053,40, sendo ambas as infrações apuradas por levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, em exercício aberto, relativo ao período de 01.01.2002 a 03/04/02, conforme documentos às fls. 9 a 33 dos autos.

O autuado, no prazo regulamentar apresentou defesa, às fls. 62 a 91, argüiu preliminares de nulidade do Auto de Infração, sob o fundamento de falta de prova da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, alegando que o lançamento foi feito por presunção e que nem a base de cálculo e nem a matéria tributável podiam ser fixados aleatoriamente pela lei, nem deixados ao arbítrio da Administração Fazendária. Argüiu que a atividade administrativa é vinculada citando o art. 37 caput da CF/88.

Também diz que é reprovável por lei o método de levantamento de crédito tributário por estimativa fiscal. Alega que o art. 145 § 1º combinado com o art. 150, IV, todos da CF/88 impedem que sejam feitas estimativas fiscais impostas unilateralmente no interesse do fisco, sem

processo contraditório pleno com avaliação contraditória do contribuinte, e invoca ainda os artigos 5§ inciso LV da CF e o art. 148 do CTN.

Assevera que está enquadrado no Simbahia, que assegura um tratamento tributário simplificado e diferenciado da empresa comum, e que não houve razão para que fosse tratado como empresa comum, por que não houve causa para perda do tratamento de empresa de pequeno porte, regime que está enquadrado desde o início de sua atividade. Suscita outra preliminar, alegando que o Auto de Infração foi lavrado fora do estabelecimento autuado e que tal procedimento teria violado o Princípio da Legalidade e cita o art. 10 do Decreto Federal nº 70235/72.

Alega ainda falta de Termo de Início de Fiscalização e diz que é uma formalidade essencial que não foi observada.

Argúi que falta competência ao agente fiscal por que a auditoria só pode ser efetuada por quem está habilitado pelo Conselho Regional de Contabilidade.

Argue exorbitância da multa e cita doutrina e jurisprudência.

Alega falta de lavratura dos termos necessários no livro de Ocorrências

Afirma que tramita no Tribunal de Justiça da Bahia processo judicial para a manutenção no regime simplificado – SimBahia.

Discorre sobre outras questões como desvio de finalidade, multa confiscatória, ineficácia do ato administrativo, inadequação parcial do Auto de Infração, escrita irregular e enriquecimento sem causa. Conclui a impugnação pedindo a apreciação das preliminares e ainda que a Secretaria da Fazenda não se abstenha de expedir certidões negativas caso o autuado requeira, enquanto o lançamento do crédito tributário desta lide não for definitivo.

O autuante à fl. 93 esclareceu como apurou as omissões de saídas na realização do levantamento quantitativo de estoques em exercício aberto. Disse que foram cumpridas todas as formalidades exigidas do início ao fim da fiscalização, sendo as multas e acréscimos de mora aplicados de acordo com o RICMS/BA. Afirmou que a empresa no momento da autuação já estava desenquadrada do regime SimBahia, e reiterou todo o procedimento fiscal.

O processo foi diligenciado na fase instrutória do processo, para que se adequasse o lançamento à Instrução Normativa nº 01/2002 para concessão de créditos, tendo em vista que na data da autuação a empresa estava no regime Simbahia, e na INFAZ de origem fiscal estranho ao feito elaborou demonstrativo dos valores dos créditos a serem deduzidos da autuação, indicando o débito corrigido no valor de R\$2.383,76.

A Decisão do julgamento na 1ª Instância, rechaçou as nulidades suscitadas fundamentadamente, e observou que o autuado não adentrou ao mérito. Considerou que não procedia a alegação da falta de Termo de Início de Fiscalização nem de Termo de Intimação indicados as fls. 2 e 3 dos autos. No mérito considerou que a infração 1, em face do contribuinte ser inscrito no Simbahia foi observada a Instrução Normativa que determina a concessão dos créditos e reduzido o valor do débito para R\$1,330,36. E quanto à infração 2, entendeu ser subsistente integralmente sob o argumento de que a exigência decorria de responsabilidade solidária ao teor do que determina o inciso V do art. 39 do RICMS/BA, e concluiu o voto pela Procedência Parcial do Auto de Infração.

Intimado da Decisão da 2ª JF o sujeito passivo apresentou Recurso Administrativo onde argüiu inexistência de objeto do Auto de Infração sob o fundamento de que foi deferido a seu favor liminar com efeito suspensivo no Recurso Voluntário de agravo de instrumento contra a Decisão do juízo da Comarca de Teixeira de Freitas, em face da exclusão do SimBahia anulando-se os

lançamentos dos créditos em razão da perda dos seus objetos. E alega que todos os Autos de Infração tributados com o percentual de 17% devem ser baixados da conta corrente do sujeito passivo por que deve ser aplicado o sistema do regime SimBahia por se tratar de empresa de pequeno porte.

No mérito, alega que o Auto de Infração em questão seria Nulo por que entende que lhe falta uma das condições essenciais para a sua validade jurídica. Diz que injustamente foi excluído de Ofício do referido regime, tendo sido arbitrado com o percentual de 17% como se fosse empresa de tributação comum.

Elabora um demonstrativo da sua receita bruta no período de 2000 de junho a dezembro e de 2001 de janeiro a agosto para demonstrar que não teria atingido o teto, para a sua exclusão do SimBahia.

Alega que necessita de ter os seus direitos assegurados, citando o artigo 5º da CF, discorre sobre princípios constitucionais, elenca as hipóteses de impedimento para enquadramento no sistema de Microempresa e ou empresa de pequeno porte e transcreve os artigos 15, 20, 21 e 22 que tratam da exclusão do regime Simbahia. Invoca o Acórdão JJF nº 2277/00 que julgou insubsistente Auto de Infração que tratava de matéria idêntica a Decisão recorrida, alegando que faz juntada como prova emprestada.

Argúi vício no lançamento e diz que não pode prosperar o crédito tributário. Prossegue fazendo citação doutrinária referente excesso de poder e desvio de finalidade. Argúi ainda o Princípio do contraditório e cita diversos artigos do texto constitucional.

Diz que a multa é exorbitante e cita doutrina e julgados do STF. Discorre sobre outros princípios (segurança jurídica, tipicidade, capacidade econômica). Ao final requer o acolhimento do Recurso Voluntário e solicita que a Fazenda não se abstenha de expedir certidões negativas até o julgamento definitivo da lide.

A PROFAZ exarou Parecer onde considerou que o Recurso Voluntário não trazia argumento jurídico capaz de modificar o Acórdão recorrido. Observou que o lançamento resultou da falta de recolhimento de imposto em razão de operações de saídas sem pagamento de imposto e da constatação em estoque de mercadorias desacompanhadas de notas fiscais, apuradas por meio de levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, e as infrações apontadas pelo autuante estavam comprovadas não tendo o recorrente apresentado qualquer prova documental que contrariasse os números apurados no lançamento. Citou o art. 142 do RPAF/99 e opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Verifico que no presente Recurso Voluntário o sujeito passivo não suscitou as nulidades que elencou na peça de impugnação, o que leva à conclusão que acolheu a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal que acertadamente as rechaçou de forma fundamentada. Mas, levanta no Recurso Voluntário uma preliminar sob o argumento de inexistência de objeto do Auto de Infração em face de ter sido deferida uma liminar a seu favor que deu efeito suspensivo em Recurso de agravo de instrumento. Aqui, também não logra êxito o recorrente ao alegar a existência de uma ação em curso, onde já obteve liminar a seu favor, no Tribunal de Justiça, em razão da exclusão de Ofício do regime SimBahia, porquanto a concessão de liminar tem efeito suspensivo de exigibilidade do crédito tributário, mas não impede a constituição regular do crédito ao teor do art. 151, Inciso IV do CTN.

Quanto ao mérito, vejo que o recorrente sequer apresentou qualquer demonstrativo capaz de contrapor os levantamentos elaborados na peça acusatória às fls. 9 a 59 dos autos. Trata-se de levantamento quantitativo de estoques, em exercício aberto, onde está demonstrado com a Declaração de Estoque, os levantamentos de entradas e de saídas, e as infrações apuradas estão adequadas à Portaria nº 445/98.

De outro modo, no exame do mérito, também não tem razão o recorrente porque a Lei nº 7357/98 que instituiu o Regime Simplificado de Apuração do Imposto – SimBahia, em seu art. 19, observando o que dispõe a Lei Estadual nº 7014/96 determina que o imposto será exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, quando se constatar quaisquer das situações previstas nos seus artigos 15, 16, 17 e 18. O caso deste processo, em que se apurou levantamento quantitativo de estoques se enquadra na hipótese em que a prática da infração está tipificada no art. 42, inciso III punida com a multa de 70%. E como determina a legislação tributária, deve ser aplicada alíquota de 17% sobre a base de cálculo apurada decorrente da omissão encontrada. Mas em razão do contribuinte não ter se creditado do imposto por ocasião das aquisições das mercadorias que foram objeto do levantamento, não poderia deixar de assegurar a compensação dos créditos fiscais como determina a Orientação Normativa nº 01 de 10 de julho de 2002, do Comitê Tributário para pautar de legalidade o crédito tributário, pois estaria atendendo ao princípio da não cumulatividade do ICMS, que tem sede no texto constitucional.

Ressalte-se ainda que a Lei nº 8534/02 de 13/12/02, no seu artigo 9º, inciso V alterou a redação do art. 19 da Lei nº 7357/98, acima referido. Estabeleceu que o imposto deve ser exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos. E prevê a utilização do crédito apurado com um percentual de 8% sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito do imposto, em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos fiscais, e ressalva que se o contribuinte comprovar a existência de crédito fiscal superior ao apurado no cálculo fica assegurada a utilização do referido crédito no cálculo do imposto a recolher (§ § 1º e 2º do art. 19 da Lei nº 7357/98).

Quanto ao argumento do recorrente de que no mérito, o Auto de Infração em questão seria Nulo por que entende que faltam uma das condições essenciais para a sua validade jurídica e quanto a alegação de que foi excluído de Ofício do regime SimBahia, também esses argumentos não encontram guarida diante dos dispositivos regulamentares que tratam das situações que ensejam o desenquadramento e a exclusão de contribuinte no regime em questão.

O artigo 404-A preconiza que a exclusão do regime simplificado de apuração do imposto ou a alteração do enquadramento no referido regime será feito mediante comunicação pelo sujeito ou de ofício. Logo, o texto legal previu a hipótese do desenquadramento de ofício, de contribuinte do regime Simbahia pela autoridade fazendária. E no art. 406, inciso V elencou entre as hipóteses em que a exclusão se dá de ofício, quando o contribuinte cometer qualquer das irregularidades previstas no art. 408-L. que traz no inciso V a hipótese de perda do direito à adoção do tratamento tributário previsto no regime simplificado de apuração do ICMS, a empresa que incorrer na prática de infrações previstas nos incisos III, IV e as alíneas “a” e “c” do inciso V do art. 915, a critério do Inspetor Fazendário. A infração apontada no lançamento *sub examine*, está prevista no art. 42, III da Lei nº 7014/96, repetido no art. 915, inciso III do RICMS (Decreto nº 6284/97).

Concluo com base nos levantamentos e demonstrativos elaborados na peça exordial, e com a adequação do débito à Instrução Normativa nº 01/2002, e que, não tendo o recorrente apresentado qualquer demonstrativo ou elemento que pudesse contrapor os levantamentos que respaldam as infrações objeto da lide, a Decisão recorrida deve ser mantida.

Ressalto ainda que está correto o procedimento de não se corrigir os créditos relativos a infração 2, porque a obrigação do recorrente recolher o imposto, resulta do fato de ter sido encontrado em estoque mercadoria desacompanhada de nota fiscal, na contagem do estoque, e a responsabilidade solidária está prevista no artigo 39, inciso V do RICMS/97, que preconiza que qualquer pessoa física ou jurídica, em relação às mercadorias que detiver para comercialização, industrialização ou simples entrega desacompanhada de documentação fiscal exigível será considerado responsável solidário pelo pagamento do imposto e acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito, logo, neste caso não há compensação de crédito.

Por todo o exposto, e em consonância com o Parecer da PROFAZ, que ressaltou a aplicação do artigo 142 do RPAF/99 que preconiza que 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. Assim, é que não tendo o recorrente trazido aos autos qualquer elemento capaz de contrapor aos apontados na acusação fiscal, outro não poderá ser o deslinde senão o de que a ação fiscal subsiste em parte, em face do julgamento da 1ª Instância ter feito as devidas correções, vez que o recorrente na sua extensa peça recursal utilizando argumentos meta jurídicos, fazendo incursões em diversos institutos de que cuidam o Direito Administrativo, além de vagas citações doutrinárias, se esquivou de adentrar ao mérito.

Neste sentido, entendo que o NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário se impõe, e a Decisão combatida não comporta nenhum reparo. É o meu voto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 276473.0603/02-6, lavrado contra **MOBILIE MÓVEIS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.383,76**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala de Sessões do CONSEF, 24 de abril de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

IVONE DE OLIVEIRA MARTINS – RELATORA

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PROFAZ