

A. I. N° - 298942.0005/03-0
AUTUADO - A A MAIA
AUTUANTE - HELDER RODRIGUES DE OLIVEIRA
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET - 28.05.03

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0181/01-03

EMENTA: ICMS. 1. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDA DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias apuradas mediante levantamento quantitativo de estoques constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. Previsão legal para exigência do imposto pelo regime normal de apuração a partir de 01/11/00. Adequação as normas da Lei nº 8.534/02, para fim de preservação do princípio da não cumulatividade do imposto. Refeitos os cálculos com base nos critérios previstos para tal situação, foi reduzido o valor do débito. Infração parcialmente subsistente. **2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS EFETUADAS POR MICROEMPRESA COMERCIAL VAREJISTA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO.** De acordo com a legislação da época, a microempresa comercial varejista, ao adquirir mercadorias em outras unidades da Federação, deveria efetuar o pagamento do ICMS por antecipação até o dia 10 do mês subsequente ao da sua entrada no estabelecimento. Infração caracterizada. Rejeitadas as preliminares de nulidade argüidas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 13/03/03, exige imposto no valor total de R\$ 28.728,39, pelos seguintes motivos:

- 1) falta de recolhimento do ICMS relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, nos exercícios de 2000 e 2001, no valor total de R\$21.515,32;
- 2) deixou de efetuar o recolhimento do ICMS devido por antecipação, na condição de Microempresa Comercial Varejista, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, nos períodos de abril/98, maio/98, setembro/98, novembro/98 e dezembro/98, no valor total de R\$1.158,36;

- 3) falta de recolhimento do ICMS relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entradas de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis, no exercício de 2002, no valor total de R\$6.054,71.

O autuado, às fls. 229 a 231, através de seu representante legalmente constituído, apresentou defesa requerendo, inicialmente, a nulidade do Auto de Infração, por entender ter havido flagrante desrespeito ao tratamento jurídico diferenciado a ser dispensado às microempresas e às empresas de pequeno porte, tendo em vista a aplicação de alíquota de ICMS em 17% sobre pretensas omissões de entradas e saídas de mercadorias, quando o autuado é optante do SimBahia.

Alegou haver no processo os seguintes vícios formais: 1) ter sido intimada pessoa que não é contribuinte, nem mesmo representante legal da empresa, para apresentação de livros e documentos; 2) deficiente fornecimento da informação sobre valores atinentes à redução da multa, dificultando o entendimento e acesso a tais benefícios e a não juntada aos autos, das cópias das notas fiscais de saídas utilizadas na apuração, mediante levantamento quantitativo de estoques, causando o cerceamento de defesa.

No mérito, argumentou que as infrações 01 e 03 restaram prejudicadas pela não juntada, no processo, das notas fiscais de saídas, dificultando o acesso do impugnante a tais informações, que levariam a identificação dos produtos descritos em confronto com a identificação de produtos levantados pelo fiscal, para efeito de contagem numérica. Acrescentou que a conferência pretendida visava detectar confusões normais realizadas no preenchimento das notas fiscais, pelos funcionários que identificam uma expressiva quantidade de itens generalizando muito o nome do produto ou especificando demais, causando a impressão de ser produtos diferentes, quando, na verdade, se trata de mesmo produto.

Quanto ao segundo item da autuação, entendeu que embora se trate de fato gerador anterior a criação do regime do SimBahia, deveria aplicar a retroatividade da lei mais benéfica.

Requeru, ao final, a improcedência da ação fiscal, ou retificação do valor corado para que o mesmo seja ajustado a cobrança do imposto no método de apuração simplificado, observando o disposto no art. 386-A e 387-A, do RICMS/97, inclusive em relação aos valores apurados na infração 02, considerando a retroatividade da lei tributária mais benigna. Requeru, ainda, a reconferência das notas fiscais de saídas.

O autuante, à fl. 235, informou ser infundada a alegação de nulidade por cerceamento de defesa, já que o contribuinte possui todas as vias originais dos documentos fiscais, dos quais foi feito o levantamento e, para conferir o valor apurado bastaria verificar sua documentação que foi devolvida, bem como, foram devolvidos todos os livros e documentos arrecadados durante a ação fiscal.

Esclareceu que o contribuinte perdeu a adoção do tratamento tributário previsto no regime simplificado de apuração – SimBahia, conforme disposto nos arts. 408-P e 408-S, do RICMS/97.

Quanto à arguição de nulidade por vício formal alegada na defesa, o autuante informou que todas as informações foram repassadas ao contribuinte. No tocante à redução da multa, todas as informações foram repassadas ao contribuinte e quanto a pessoa intimada, esta foi a única presente no estabelecimento, inclusive, tendo repassado a intimação ao contribuinte que apresentou os livros fiscais para fiscalização.

VOTO

Na presente ação fiscal foi exigido ICMS, tendo sido apontadas as seguintes irregularidades:

- a) falta de recolhimento do ICMS relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, nos exercícios de 2000, 2001 e 2002 (infrações 01 e 03);
- b) falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação, na condição de Microempresa Comercial Varejista, nos períodos de abril/98, maio/98, setembro/98, novembro/98 e dezembro/98.

Rejeito as preliminares de nulidades, vez que está evidenciado nos autos do processo que o contribuinte foi cientificado do início do procedimento de fiscalização, não só pela intimação com a entrega dos livros e documentos fiscais que deram ensejo a lavratura do presente lançamento tributário, mas, principalmente, pelo fato de constar à fl. 02 do processo que foi lavrado Termo de Início de Fiscalização, com a observação no referido documento de que tal termo consta lavrado à fl. 27 verso do livro Registro de Ocorrências. No tocante a alegação de cerceamento de defesa por não constar nos autos os valores atinentes à redução da multa, tenho a esclarecer que no próprio corpo do Auto de Infração no campo “Total do débito (valor histórico)” constam as informações de que o débito exigido está sujeito a correção monetária, acréscimos e multa. Também a informação de que o valor apontado no demonstrativo de débito esta sujeito a alterações a serem calculadas pela repartição fazendária no ato do pagamento. Por fim, a arguição de que o autuante não teria anexado ao processo as cópias das notas fiscais de saídas e que tal fato teria dificultado a impugnação do lançamento, também não tem sentido, vez que todos os elementos que serviram de base para a realização dos roteiros de fiscalização, no caso em questão, a auditoria dos estoques, se encontram em poder do próprio contribuinte, já que são livros e documentos fiscais a ele pertencentes. Assim, não vislumbro nos autos nenhum dos elementos previstos no art. 18, IV, do RPAF/99, que pudessem dar causa a nulidade pretendida pelo impugnante.

Quanto à solicitação de reconferência das notas fiscais de saída, entendo descabida, haja vista que o autuado não trouxe ao processo nenhum elemento de divergência que justificasse a solicitação de diligência para atendimento a tal pleito. Já quanto a não imposição da multa, vale observar que esta Junta de Julgamento não tem competência para dispensar multa por infração a obrigação principal.

As infrações 01 e 03, dizem respeito à realização de Auditoria dos Estoques, tendo sido detectado que o sujeito passivo estava realizando operações sujeitas a tributação do ICMS, sem a emissão da documentação exigível, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques, nos exercícios de 2000, 2001 e 2002. O fato de se tratar de contribuinte inscrito na condição de Empresa de Pequeno Porte – SimBahia, em nada altera o lançamento tributário quanto a exigência do imposto pelo regime normal de apuração, em relação às omissões apuradas, vez que o art. 408-L, inciso V, do RICMS/97, foi modificado mediante alteração 20, (Decreto nº 7.867/00) efeitos a partir de 01/11/00, passando a ter a seguinte redação:

Art. 408-L. Perderá o direito à adoção do tratamento tributário previsto no regime de apuração do ICMS (Simbahia) a empresa:

V - que incorrer na prática de infrações que tratam os incisos III, IV e a alínea “c” do inciso V, do artigo 915, a critério do Inspetor Fazendário.

Para confirmar o lançamento tributário, o autuante anexou todos os papéis de trabalho demonstrando as diferenças de quantidades dos produtos que tiveram suas saídas omitidas. Foram considerados os créditos fiscais com base na Orientação Normativa 001/2002, em todos os exercícios fiscalizados e, no exercício de 2000, o valor do imposto de R\$R\$8.802,78 referente denuncia espontânea nº 60850507.

Como as datas das ocorrências dos fatos se deram em 31/12/00, 31/12/01 e 31/12/02, correto o posicionamento do autuante ao adotar os critérios para apuração do imposto, considerando a alteração do art. 408-L, V, do RICMS/97, mediante Decreto nº 7.867/00, com vigência a partir de 01/11/00. O autuante apurou o valor do crédito fiscal, em atendimento a Orientação Normativa 001/2002, entretanto, com o advento da Lei nº 8.534/02, de 13/12/02, que alterou o art. 19 da Lei nº 7.357/98, há de prevalecer a orientação da lei.

Por esta nova redação, o imposto apurado em razão de omissão de saída de mercadorias, deve ser tomado como base os critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos. E os créditos fiscais devem ser apurados utilizando-se o percentual de 8% *sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito do imposto, em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos fiscais*, a não ser que o contribuinte comprove a existência de créditos superiores ao acima indicado (§§ 1º e 2º do art 19 da citada Lei). Assim, considerando que a lei, ora vigente, determina que o crédito fiscal seja de 8% sobre as omissões de saídas, o débito apontado nos itens 01 e 03, do Auto de Infração passa a ser o abaixo demonstrado:

vencimento	débito ICMS (17%)	crédito fiscal (8%)	Denúncia espontânea 60850507	ICMS devido
09/01/01	16.379,96	7.708,21	8.802,78	(-131,03)
09/01/02	23.951,88	11.271,47		12.680,41
09/01/03	8.693,53	4.091,07		4.602,46
TOTAL	49025,37	23.070,75	8.802,78	17.282,87

Com base no que foi acima demonstrado, inexistente diferença de imposto a ser exigido em relação ao exercício de 2000 ao tempo em que foram reduzidos os valores apontados nos exercícios de 2001 e 2002.

No tocante ao item 02 do Auto de Infração a exigência do imposto, que se refere à falta de antecipação tributária nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, na condição de Microempresa Comercial Varejista, vejo que o impugnante reconhece tacitamente a infração imputada, no entanto, requer que seja aplicada retroativamente a adoção do método de apuração do valor do imposto devido pelo regime simplificado - SimBahia, época em que inexistia tal previsão legal, já que a lei que regula tal disposição teve seus efeitos a partir de 01/01/99 (Lei nº 7.357/98).

Com relação a tal alegação, tenho a observar que em se tratando de tributo devido não há previsão legal para a exigência do imposto com base em disposição ainda não existente no mundo jurídico, haja vista o que determina o art. 144, § 1º do CTN, que estabelece o seguinte:

Art. 144. O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.

§ 1º. Aplica-se ao lançamento a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação, tenha instituído novos critérios de apuração ou processo de fiscalização, ampliado os poderes de investigação das autoridades administrativas, ou outorgado ao crédito maiores garantias ou privilégios, exceto, neste último caso, para o efeito de atribuir responsabilidade tributária a terceiros.

Assim, os documentos fiscais anexados ao processo, vias/Fisco, são elementos inquestionáveis da realização das operações, tendo como destinatário das mercadorias descritas nos referidos documentos, o contribuinte autuado. No período de 1998, em que o sujeito passivo se encontrava inscrito na condição de microempresa, o RICMS/97, no seu art. 397, à época da ocorrência dos fatos, estabelecia a obrigatoriedade pela antecipação do pagamento do imposto, nos termos dos incisos I do art. 125, adotando-se como base de cálculo a prevista no art. 61, II, “b”, item 1, do citado Regulamento. Concluo pela exigência do imposto, no valor de R\$1.158,36.

Desta forma, o valor a ser exigido na presente ação fiscal é o abaixo relacionado:

Itens da autuação - vencimento	Valor do débito
Infração 01 - 09/01/02	12.680,41
Infração 02 – 09/05/98	90,86
Infração 02 – 09/06/98	211,68
Infração 02 – 09/10/98	32,71
Infração 02 – 09/12/98	382,89
Infração 02 – 09/01/99	440,22
Infração 03 – 09/01/03	4602,46
Total do débito	18.441,23

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, para exigir o imposto no valor de R\$18.441,23.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298942.0005/03-0, lavrado contra A A MAIA, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 18.441,23**, sendo R\$ 1.158,36 atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, II, ‘d’, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos moratórios, e R\$ 17.282,87 acrescido da multa de 70% prevista no inciso III, do mesmo artigo e lei acima citados, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de maio de 2003.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE-RELATORA

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA