

**A. I. Nº** - 108883.0006/03-5  
**AUTUADO** - INVEST COMÉRCIO DE MÓVEIS E ELETRODOMÉSTICOS LTDA.  
**AUTUANTE** - PAULO JOSÉ ARAPONGA DORIA  
**ORIGEM** - INFAZ BONOCÔ  
**INTERNET** - 20.04.04

## 1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF Nº 0123/01-04

**EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DOS ESTOQUES. a) OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO.** A diferença das quantidades de saídas de mercadorias, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. Contribuinte inscrito na condição de regime normal de apuração. Infração não elidida. **b) SIMBAHIA. MICROEMPRESA. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO.** À época da ocorrência dos fatos o contribuinte se encontrava inscrito na condição de Microempresa-SimBahia e não havia, no período em exame, previsão legal para exigência do imposto pelo regime normal de apuração. Refeitos os cálculos adequando-o ao que determina a legislação tributária, com base nos critérios previstos no art. 408-L, V, do RICMS/97. Reduzido o valor do débito. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 26/06/03 exige imposto no valor total de R\$ 13.223,47, por 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 1998 e 1999.

O autuado, às fls. 49 a 60, apresentou defesa alegando que no levantamento quantitativo realizado foram examinados apenas 10 (dez) itens (armário, beliche, berço, cama, cômoda, estante, mesa, rack, guarda-roupa, e fogão), no entanto, como comercializa com muito mais itens a auditoria deveria ser abrangente a todos os itens, sob pena de ficar constatada a inconsistência do citado levantamento.

Argumentou que das mercadorias arroladas no levantamento realizado constata-se que houve entrada de 594 itens, saídas com nota fiscal de 170 itens, estoque final de 82 itens e omissão de saídas de 342 itens. Do total das saídas das mercadorias 66,79% representam saídas sem nota

fiscal. Assim, se tal situação fosse verdadeira estaria o autuado diante de um passivo fictício, uma vez que na ótica do autuante 66,79% das saídas das mercadorias foram realizadas sem documentação fiscal, e o agente fiscal não fez nenhuma menção de passivo fictício, fato que legitima a improcedência do lançamento.

Asseverou ser inconsistente o lançamento tributário, vez que os fatos que levaram ao autuante efetuar o lançamento, ao seu ver, está sedimentado nas operações de saídas sem nota fiscal e, em consequência, sem o lançamento em sua escrita. Tal irregularidade seria tarefa do agente efetuar o lançamento de penalidades formais por descumprimento de obrigações acessórias.

Protestou ainda em relação a base de cálculo por entender a autuação gerou um imposto extorsivo, ferindo o princípio do não confisco. Citou o art. 150, IV da CF/88.

Teceu comentários sobre “o confisco” dizendo que se confrontado os valores reais das notas fiscais de saídas com os valores agregados referente a substituição tributária e a pauta, que serviram de base de cálculo para a autuação, ficaria verificado que o imposto cobrado é astronômico em se tratando de empresa de pequeno porte.

Fez comentários sobre os princípios da capacidade contributiva, citando o § 1º do art. 145 da CF/88 e definições quanto a doutrina dos princípios.

Protestou ainda em relação a aplicação da multa dizendo que o governo já reconheceu e reduziu multas de alguns seguimentos econômicos. A doutrina e a jurisprudência já se pronunciaram sobre a exigência de multas exacerbadas, confiscatória, atingindo até a 100% do tributo, transformando seu caráter punitivo em tributo arrecadatório, comprometendo, inclusive, o princípio da capacidade contributiva do contribuinte. Transcreveu decisões de julgados do STF e TRF, a respeito de multas.

Concluiu dizendo que dentro das garantias asseguradas aos contribuintes está o direito de exigir o comportamento leal dos representantes do fisco, com expressa renúncia de pretensões e atividades vexatórias e que isto decorre do princípio da boa fé nas relações tributárias: é o que preleciona o mestre tributarista Ruy Barbosa Nogueira, em sua obra Teoria do Lançamento Tributário e requereu que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

O autuante, às fls. 64 a 66, informou que a escolha dos itens para a elaboração do levantamento deu-se pela sua representatividade em relação ao total do estoque por serem mercadorias de maior valor comercial e que o fato de não terem sido incluídas outras mercadorias não invalidam as diferenças apuradas.

Discordou o autuante quanto ao fato de que haveria caracterização de passivo fictício, já que o passivo fictício é uma “presunção” de omissão de saídas e na realização de levantamento quantitativo dos estoques foram englobadas todas irregularidades porventura existentes, tendo sido constatada a “real” omissão de saídas pela falta de emissão da documentação fiscal.

Quanto à argumentação de confisco, esclareceu o autuante de que o lançamento foi feito nos estritos limites da legislação baiana e embasado no que preceitua o RICMS/97, além do que sobre as omissões encontradas foi aplicada a alíquota prevista em lei, não havendo o que se falar em confisco.

No tocante a capacidade contributiva alegada pelo defendente, o autuante esclareceu que sendo o ICMS um tributo indireto a carga tributária é suportada pelo consumidor final e não pelo contribuinte de direito, que atua apenas como um mero repassador do imposto para os cofres do Erário. Observou que no exercício de 1998 a empresa estava inscrita na condição de contribuinte regime normal de apuração, passando a integrar o SimBahia no exercício de 1999. Obedecendo a Orientação Normativa 01/2002, foi deduzido do valor do imposto devido a título de crédito fiscal pelas entradas nesse período, conforme demonstrativos às fls. 36 e 37.

Em relação a multa aplicada, esclareceu que as citadas doutrinas não cabem no caso em lide, já que está em conformidade com a lei e, sendo o lançamento “ato administrativo vinculado” descabe ao autuante arbítrio para quantuação da multa, restando apenas impor aquela legalmente prevista.

Esclareceu que a defesa tem intuito meramente protelatório, já que não contesta o trabalho efetuado, também não falou no fulcro da questão: A saída de mercadorias sem emissão da documentação fiscal, objeto da autuação. Não houve contestação quanto ao levantamento efetuado, o que representa, por si só, uma concordância com os quantitativos apresentados, já que não apresentou nenhum elemento novo, nem provas documentais para elidir o procedimento fiscal.

Opinou pela manutenção da autuação.

Esta Junta de Julgamento Fiscal, deliberou, em pauta suplementar que o processo fosse encaminhado a INFAZ BONOCÔ, solicitando que aquela Repartição Fazendária designasse Auditor Fiscal, para elaborar demonstrativo, considerando para o cálculo do ajuste, tanto a receita declarada pelo sujeito passivo, quanto à receita omitida que foi apurada mediante Auditoria dos Estoques. Em seguida, fosse ajustada a cobrança do imposto ao método de apuração simplificado – SIMBAHIA, observando o disposto no art. 387-A do RICMS/97, indicando o valor devido em 31/12/99, e, em seguida, a Repartição Fazendária deveria intimar o contribuinte, comunicando-lhe do prazo de 10 (dez) dias, devendo, no ato da intimação, lhe ser entregue cópia do resultado da diligência acima requerida e demais documentos produzidos pelo diligente.

Foi atendida a solicitação da diligência, reduzindo o valor do débito do mês de dezembro de 1999 para R\$ 125,00.

## VOTO

Na presente ação fiscal foi exigido ICMS, tendo sido apontada 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 1998 e 1999.

O fato de o autuado alegar que só foram escolhidos 10 (dez) itens das diversas mercadorias que comercializa, observo que esta situação encontra-se legalmente prevista nos roteiros de fiscalização (manual de Fiscalização – AUDI – 207), não caracterizando qualquer inobservância ao princípio da capacidade contributiva do não confisco.

A inclusão de outras mercadorias no levantamento, se identificado diferença por omissão de saídas só majoraria o valor do débito.

Quanto a exigência de multa, esta tem cunho punitivo e somente é aplicada quando lavrado Auto de Infração, ou seja, quando o imposto é cobrado através de lançamento de ofício. A lei do ICMS escalona percentuais de multa conforme a gravidade da irregularidade constatada. No presente caso, a mesma está prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96, em relação ao exercício de 1998 (regime normal de apuração) e art. 42, I, “b”, da citada lei, quanto ao exercício de 1999, por estar o contribuinte, neste período, sujeito ao regime simplificado de apuração – SimBahia.

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, não sendo contestada as diferenças de quantidades de mercadorias identificadas no levantamento.

O sujeito passivo no exercício de 1998 estava inscrito na condição de contribuinte com regime normal de tributação e, tendo sido identificada diferença por omissão de saídas de mercadorias, na realização do roteiro de fiscalização através da Auditoria dos Estoques. As quantidades omitidas não foram objeto de questionamento, o que evidencia um reconhecimento tácito da infração. Do resultado das omissões identificadas, no citado exercício, o autuante apurou como base de cálculo o valor de R\$23.548,06, que aplicando a alíquota de 17% corresponde ao imposto devido de R\$4.003,17, (multa de 70%, art. 42, III, da Lei nº 7.014/96).

Em relação ao exercício de 1999, o sujeito passivo passou a ser enquadrado na condição de Microempresa – SimBahia, com regime simplificado de apuração. Também não houve questionamento quanto ao mérito da acusação fiscal, o que se entende como reconhecimento tácito do impugnante em relação às diferenças de quantidades de mercadorias omitidas e identificadas mediante os levantamentos quantitativos dos estoques apresentados, ou seja, sem a emissão do documento fiscal e, conseqüentemente, sem o recolhimento do imposto devido. No entanto, o autuante ao apurar o valor do imposto devido deixou de observar que até 31/10/00, a legislação não previa a exigência do imposto pelo regime normal de apuração, para os contribuintes inscritos como SimBahia, nos casos de serem identificadas omissões de saídas de mercadorias através de Auditoria dos Estoques, do “Caixa”, do Passivo “Fictício”, de Compras não contabilizadas. Tal dispositivo regulamentar só passou a vigor a partir de 01/11/00, com a alteração 20 (Decreto nº 7.867/00) que modificou o art. 408-L, inciso V, do RICMS/97, incluindo na redação do inciso V do art. 408-L a perda ao direito à adoção do tratamento tributário previsto no regime de apuração - SimBahia a empresa que incorrer na prática de infrações tipificadas nos incisos III, IV e alínea “c” do inciso V, do art. 915.

Em diligência solicitada por esta Junta de Julgamento Fiscal, o autuante adequando ao que determina as disposições regulamentares, informou que o contribuinte se encontrava inscrito na condição de Microempresa – SimBahia. Efetuou o ajuste para determinação do imposto devido, segundo disposto no art. 386-A, apontando uma diferença de imposto, no mês de dezembro de 1999, no valor de R\$ 125,00.

Foi dada ciência ao autuado, com a entrega do resultado da diligência e comunicado-lhe do prazo de 10 dias, no entanto, não consta manifestação do sujeito passivo.

Diante de todo o acima exposto, mantido o valor exigido em 31/12/98, de R\$ 4.003,17 e reduzido o valor lançado em 31/12/99, para R\$ 125,00, totalizando o imposto a ser exigido, na presente autuação, a quantia de R\$ 4.128,17.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

## 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 108883.0006/03-5, lavrado contra **INVEST COMÉRCIO DE MÓVEIS E ELETRODOMÉSTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 4.128,17**, atualizado

monetariamente, acrescido das multas de 50% sobre R\$ 125,00 e 70% sobre R\$ 4.003,17, previstas no art. 42, I, “b” e III, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de abril de 2003.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE-RELATORA

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA