

A. I. Nº - 147794.0006-01-3
AUTUADO - SR COMÉRCIO DO VESTUÁRIO LTDA
AUTUANTES - GISLENE GUSMÃO LIMA
ORIGEM - INFAZ IGUATEMI
INTERNET - 27.05.04

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0178/01-04

EMENTA: ICMS. 1. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infração não elidida. **b)** DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES ACUSADOS NO EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL - ECF E AS VENDAS DECLARADAS PELO SUJEITO PASSIVO. Fato provado. Refeito os cálculos para adequação aos critérios do Simbahia. **c)** LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Entretanto, como os fatos geradores ocorreram entre junho de 1999 a dezembro de 2000 e sendo o contribuinte enquadrado no regime do SIMBAHIA, como empresa de pequeno porte, o imposto apurado no exercício de 1999 deve ser calculado com base na alíquota prevista no art. 387-A do RICMS/97, conforme previsão legal vigente na época. Para o exercício de 2000, foram considerados os créditos fiscais pelas aquisições das mercadorias saídas do estabelecimento, uma vez que, o tratamento dado (apuração do imposto pelo regime normal) assegura ao contribuinte o direito de compensação dos mesmos, para preservar a legalidade da exigência fiscal. Infração caracterizada, porém valor do imposto a menos do que aquele apurado. Não acatada as arguições de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 17/09/01, reclama ICMS no valor de R\$110.985,4 acrescido das multas de 50% e 70%, em decorrência:

1. Deixou de recolher o imposto, nos prazos regulamentares e na condição de empresa de pequeno porte, apurado pelo próprio contribuinte (junho e agosto de 2001) - R\$3.937,04;
2. Omissão de saídas de mercadorias em face de divergência entre o acumulado no ECF e o lançado (exercícios de 1999 e 2000) - R\$734,42;
3. Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis, apurado mediante levantamento fiscal (junho de 1999 a dezembro de 2000) - R\$106.313,78.

O autuado (fls. 207/210), por advogado legalmente habilitado, impugnou o lançamento fiscal afirmando, inicialmente, que a autuante havia determinado ao seu alvedrio os preços médios das saídas de mercadorias, pois utilizou aqueles de dezembro de 2000, os quais estão muito acima dos constantes da tabela de preços para as efetivas vendas ao consumidor. Que não foram observadas as determinações do art. 60 e 937 do RICMS/97.

Ademais, como é empresa de pequeno porte, enquadrada no regime do SimBahia, a alíquota aplicada não poderia ser de 17%, conforme disposições contidas no art. 7º, II da Lei nº 7.358/98, alterada pelas Leis nº 7.504/99 e 7.556/99. Em sendo assim, e somente para argumentar, se devido o imposto a alíquota seria de 4% e não de 17%.

E se tais argumentos não fossem o bastante, ainda existia o benefício adicional para manutenção e geração de empregados, de que trata o art. 8º, da referida lei acima mencionada.

Em face do exposto, requereu revisão do lançamento.

A autuante (fl. 228) contra argumentou as razões defensivas, expondo:

1. O preço médio foi calculado conforme determinações do art. 60, II, “a”, 1 do RICMS/97, ou seja, foram considerados os preços médios das saídas, praticados pelo contribuinte no último mês em que as mercadorias foram comercializadas;
2. A alíquota atendeu as disposições do art. 406-A, III do Regulamento. Do exame das notas fiscais de aquisições acostadas às fls. 14, 23 e seguintes, ficou comprovado que o autuado omitiu informações à SEFAZ, haja vista que do total de suas aquisições só declarou, em média, 60% das mesmas. Somente após contato com alguns dos seus fornecedores, conseguiu uma aproximação dos valores reais de suas aquisições. Tal procedimento é motivo da exclusão do autuado do regime do SimBahia e, o imposto devido exigido conforme os critérios do art. 406-A, III do RICMS/97.

Ratificou a autuação.

Este CONSEF enviou o PAF à autuante para que procedesse revisão do trabalho fiscal, adotando os critérios estabelecidos na Orientação Normativa nº 01/2002, do Comitê Tributário (fl. 230).

A autuante não atendeu ao solicitado (fl. 231), entendendo que a Orientação Normativa nº 01/2002 só começou a vigorar a partir de 01/07/02. Como o Auto de Infração foi lavrado em 17/09/01 e o período fiscalizado se referiu de 01/01/99 a 31/12/00, a determinação daquela Portaria não poderia ser aplicada. Observou, ainda, que utilizou para elaboração dos seus trabalhos a legislação vigente à época e que o RICMS/97 não prevê, como instrumento de trabalho, “a exploração da mediunidade que porventura um auditor possa ter”, nem sendo possível, no momento, utilizar-se de legislação futura.

Por derradeiro, informou que encaminhou ao setor competente da Inspeção informações básicas para a exclusão do autuado o regime do SimBahia.

Diante da situação, esta JJF baixou os autos em diligência à ASTEC/CONSEF (fl. 234) para que diligente fiscal elaborasse o trabalho não realizado pela autuante. Ainda foi observado:

1. Conforme afirmando pela própria autuante, o levantamento quantitativo dos estoques abrangeu o período de junho de 1999 a dezembro de 2000. Como se tratavam de exercícios findos diversos, que os desmembrassem, objetivando sanar qualquer distorção que, porventura, o procedimento da fiscalização tivesse causado.
2. Deveria ser, também, apensados ao PAF os documentos fiscais de saídas, objeto do cálculo do

preço médio unitário das mercadorias, nos dois exercícios.

Foi solicitado, ainda, que o revisor emitisse opinativo técnico quanto ao seguinte questionamento: se a diferença exigida na infração 2 não estaria contida na infração 3?

O diligente fiscal, através do Parecer ASTEC nº 0010/02, não realizou o ajuste solicitado, entendendo que pelo art. 18, § 1º do RPAF/99 e entendimento unânime deste Colegiado, fugia de sua competência o realizar.

Quanto ao desmembramento do levantamento dos estoques também não o fez, por entender que tecnicamente não estava incorreto eleger um período superior a um exercício para ser objeto de uma auditoria de estoques, vez que o essencial era que o período considerado tivesse um marco inicial e um marco final para servir de parâmetro. Neste contexto e analisando o caso em questão, entendeu correto o trabalho da fiscalização, não havendo qualquer distorção, uma vez que como a empresa começou suas atividades em junho de 1999, com estoque “zero”, sendo considerados os estoques finais de dezembro de 2000.

Quanto aos preços médios unitários, afirmou que não entendeu o porquê da fiscalização ter utilizado somente parte do mês de dezembro de 2000 como período de referência para os cálculos ao invés de utilizar-se deste mês de forma integral. Além do mais, procedeu de forma genérica, correlacionando cupons fiscais com as respectivas mercadorias (foram utilizados “blocos” de cupons fiscais, como exemplo: do cupom fiscal nº “x” até o cupom fiscal nº “y”). Assim, arrecadou os cupons e notas fiscais referentes ao mês de dezembro de 2000 e, após diversos contatos com a empresa autuada para correlacionar os códigos nos cupons fiscais existentes com o levantamento fiscal, recalculou os preços médios unitários. Apresentou novo demonstrativo de débito diminuindo o valor originalmente apurado.

Quanto ao último pedido, parecer técnico sobre a correlação da infração 2 e 3, entendia não haver dúvidas a respeito, vez que na infração 2 se cobra o imposto sobre saídas de mercadorias que embora não estivessem lançadas no livro Registro de Saídas, foram registradas no ECF. Quanto a infração 3, as saídas não foram registradas em qualquer lugar. Portanto, as duas infrações tinham objetos distintos, não se confundindo uma com a outra (fls. 235/247).

Autuado e autuante foram chamados a tomar conhecimento da diligência realizada, porém não se manifestaram (fls. 272/274).

Mais uma vez esta JJF baixou os autos em diligência (fl. 277) para que o Sr. Inspetor Fazendário da Inspetoria do Iguatemi designasse a autuante ou fiscal estranho ao feito para tomar as seguintes providências:

1. Intimasse o autuado para apresentar o livro Registro de Inventário onde estivessem consignados os estoques do ano de 1999;
2. Após tal providência separasse os dois exercícios, refazendo o levantamento fiscal. Para o ano de 1999 observasse as disposições contidas no art. 387-A, do RICMS/97. Para aquele de 2000, sendo detecta diferença de imposto, o calcular com base nas disposições contidas na Lei nº 7.357/98, ou seja, calculasse o crédito fiscal com o percentual de 8% sobre as saídas detectadas.

O autuado apresentou procuração de novos advogados constituídos (fls. 280/283).

Fiscal estranho ao feito designado pela administração da Inspetoria do Iguatemi informou e concluiu (fls. 285/286):

1. O autuado não possuía livro Registro de Inventário no ano de 1999, pois não obrigado a possuí-lo. Deste modo, não existia a possibilidade de separar no levantamento fiscal os dois exercícios, que tecnicamente estava correto;
2. Que o livro Registro de Inventário somente começou a ser escriturado a partir de 31/12/00;
3. No tocante ao crédito fiscal, abateu do valor base de cálculo apresentada pelo revisor da ASTEC o crédito de 8%, apresentando novo valor de imposto a ser cobrado.

Como o autuado mudou de advogado, este abandonou todas as considerações e demonstrações já realizadas nos autos, e passou a impugnar o Auto de Infração como originalmente lavrado (fls. 323/340).

Como preliminar a nulidade da ação fiscal apontou:

1. Que a fiscalização utilizou-se de critérios puramente discricionários para fixar o preço das mercadorias, ditas saídas sem emissão de documento fiscal, impossibilitando que se confrontassem as razões que o levou a chegar ao valor apurado. Deste modo, de forma arbitrária, não levou em consideração aspectos básicos da atividade econômica da empresa, tais como: liquidações, necessidades de diminuição do preço de determinados produtos conforme a estação do ano, etc.
2. Que houve distorção do preço médio, vez que foi levado em consideração aquele praticado em dezembro de 2001, conforme demonstrado na planilha de cálculo e não o possível preço vigente à época em que realmente foram realizadas as suas vendas. Este procedimento contrariava frontalmente o art. 18, IV do RPAF/99, posto que o ICMS é imposto de regime de apuração mensal. Entendeu que uma composição séria do preço médio deveria levar em consideração alguns indicadores econômicos, tais como a utilização do método da atribuição de média para todo e qualquer número apurado. Exemplificou: com a quantidade de um produto vendido em cada ano calendário, deveria ser o mesmo dividido pelo número de meses em que a empresa atuou no mercado, encontrando a média do produto vendido. Através do preço atual do produto, deveria ser descontada inflação do período para cada mês do ano calendário, encontrando desta forma o real preço da mercadoria.
3. Também estava sendo exigido tanto no Auto de Infração como nas diligências posteriores, atualizações monetárias dos valores apurados, com a recusa de auferir o preço médio na forma que havia indicado como correta, o que se constituía um “verdadeiro exercício de atividade bancária”, pois, no caso, atualização monetária sobre atualização monetária, o que desaguava na falta de motivação do ato administrativo, com o conseqüente cerceamento do seu direito de defesa.
4. O Auto de Infração não obedeceu à ordem legal de demonstrar o débito tributário, discriminando a base de cálculo e as parcelas do tributo, por período, bem como seus acréscimos e multas aplicadas, não prestando como demonstração a planilha apresentada, intitulada “Demonstrativo de Débito”.
5. Que houve desrespeito ao princípio da legalidade. Trazendo à lide a disposição do art. 316, § 1º do Código Penal, afirmou que a autuante cometeu crime de exação por exigir do contribuinte cobrança indevida e vexatória.
6. Que houve prevaricação, pois em momento algum a fiscalização buscou a verdade material, colhendo do impugnante as razões para as divergências existentes em sua escrita. Entendeu que

a gente fiscal, antes da lavratura do Auto de Infração, tinha por obrigação de realizar diligência fiscal a fim de apurar a verdade material dos fatos e a efetiva infração à legislação tributária. Do modo que foi realizada, a fiscalização não obedeceu aos ditames legais.

No mérito, entendeu insubsistente a infração 1, uma vez que não foi observado o que dispõe o art. 2º, § 1º, da Lei nº 7.357/98, ou seja, da receita bruta mensal será deduzido o percentual de 20% das entradas de mercadorias e serviços tomados pelo estabelecimento. Na autuação foi simplesmente tomada receita sem efetivar as devidas deduções. E, somente para efeito de argumentação, se as deduções foram realizadas, as mesmas não foram demonstradas.

Quanto a infração 2, ressaltou que como empresa enquadrada no SimBahia não tem obrigação de escriturar o livro Registro de Saídas. Além do mais, recolhe o imposto através de sua receita bruta ajustada, não havendo pertinência quanto ao cálculo individualizado, por mercadoria, do imposto. E, na hipótese da existência da diferença, deveria ser o mesmo aferido com base na alíquota do respectivo regime e com a multa aplicada às empresas no regime simplificado enquadradas, ou seja, de cunho acessório. Afora tais considerações, e apenas feitas por argumentação, não se podia apurar qualquer irregularidade no exercício de 1999, pois não existia o livro Registro de Inventário, já que desobrigado a escriturá-lo.

Por fim e com base no princípio da eventualidade, requereu o benefício contido no art. 915, § 4º, do RICMS/97.

Em relação à infração 3, disse que havia uma impossibilidade lógica de se realizar o levantamento dos estoques em face de inexistência do livro Registro de Inventário do exercício de 1999. Quanto à multa entendeu que, se aplicada, seria aquela indicada no art. 42, I, “b”, 3, da Lei nº 7.014/96.

E que, de forma indubitosa, se acaso fosse levada a efeito, deveriam ser observados todos os benefícios inerentes ao regime do SimBahia, como exemplo as determinações do art. 8º da Lei nº 7.357/98.

Requereu, por fim, a nulidade da ação fiscal e, caso não lograsse êxito, diligência fiscal, a juntada de todos os meios de prova admissíveis e a improcedência da autuação.

O Supervisor da Inspeção do Iguatemi manifestou-se (fl. 345), entendendo que o parecer da ASTEC/CONSEF não merecia qualquer retoque.

Ressaltou que o envelope que seria o anexo 3 e citado pelo revisor da ASTEC (fl. 303) e que deveria conter cupons e notas fiscais de dezembro de 2000 saiu do CONSEF/Coordenação Administrativa, em 11/6/2003, para a Central de Malotes contendo esta informação. No entanto ao chegar, em 12/6/2003, à Inspeção do Iguatemi já não continha mais a observação do anexo. Se houve extravio, disse, este ocorreu na Central de Malotes.

Pela terceira vez esta JJF baixou os autos em diligência (fl. 358), para que fiscal estranho ao feito separasse os dois exercícios, refazendo o levantamento fiscal, da seguinte forma:

1. Intimasse o autuado à apresentar uma relação dos seus estoques do exercício findo de 1999 já que, como por ele próprio afirmou, não o possuía por não estar obrigado. Em caso de não ser fornecida a citada relação, considerar como inexistente o estoque final do exercício de 1999 e inicial do exercício de 2000, das mercadorias levantadas.
2. Observar as disposições contidas no art. 387-A, do RICMS/97 para o exercício de 1999.
3. Para aquele de 2000, sendo detectada diferença de imposto, o calcular com base nas disposições

contidas na Lei nº 7.357/98, ou seja, calculasse o crédito fiscal com o percentual de 8% sobre as saídas detectadas.

Diligente Fiscal, através do PARECER ASTEC nº 279/2003 (fls. 360/362), informou, inicialmente, que por três vezes intimou o contribuinte a apresentar o inventário de suas mercadorias no final do exercício de 1999, não logrando êxito. Assim, acatou a orientação da JJF, quando considerou o estoque final do exercício de 1999 como sendo 0, assim como o estoque inicial de 2000.

Passou em seguida a demonstrar, como realizou todas as etapas do levantamento fiscal para os dois exercícios, ou seja, 1999 e 2000, os desmembrando.

Como conclusão dos trabalhos realizados, apurou o ICMS para o ano de 1999 no valor de R\$9.488,59, e para 2000 no valor de R\$6.063,58, totalizando ICMS devido de R\$15.552,17.

Manifestando-se sobre o parecer emitido pela ASTEC/CONSEF (fls. 379/385), o impugnante afirmou que com este ficou demonstrado o flagrante desrespeito à legislação e a atitude abusiva por parte do Agente do Estado quando da autuação, uma vez que aquele apontou o não recolhimento do ICMS (exercícios de 1999 e 2000), em um total de R\$15.552,17 e o apurado pela fiscalização foi da ordem de R\$106.313,78.

Diante desta situação, estando o parecer corroborando o quanto aduzido pela sua manifestação ao anterior parecer da ASTEC, o Auto de Infração era nulo de pleno direito, posto que para sua lavratura não foram observadas as normas que regem o Procedimento Administrativo Fiscal Estadual, fato facilmente comprovado pela absurda diferença entre as apurações constantes do Auto e do parecer.

Quanto as infrações 1 e 2, reiterava o seu pleito pela improcedência das mesmas, com fulcro no art 2º, do RPAF, que transcreveu.

Em relação à infração 1, frisou que a mesma não tinha qualquer base legal. E, mesmo na suposição da sua existência, houve desatenção às formalidades e respeito às garantias estabelecidas em lei. Neste sentido discorreu como deve ser calculado o imposto com base nas determinações da lei nº 7.357/98. Após esta dissertação, requereu sua anulação e se acaso assim não fosse, que perícia contábil, através da ASTEC, se realizasse.

Quanto a infração 2, frisou absolutamente impossível de apurar, posto que desatendia a toda a legislação do SimBahia. Transcrevendo as determinações do art. 116, do RICMS/97, afirmou que a escrituração de livro Registro de Saídas somente influencia, para efeito de apuração do imposto, os contribuintes sujeitos ao regime normal. Ressaltou que os contribuintes sujeitos ao regime do SimBahia devem recolher o imposto calculado com base na receita bruta ajustada (art. 2º, da lei nº 7.357/98), não havendo pertinência quanto ao cálculo individualizado, por mercadoria. Assim, não teria havido qualquer prejuízo ao recolhimento global do imposto, e na sua suposição, este deveria ser aferido com base na alíquota do respectivo regime.

Em seguida, impugnou a multa aplicada, entendendo que a mesma não poderia se aplicada pois não incorreu na prática de atos fraudulentos. E, admitindo a possibilidade desta infração, afirmou que a multa deveria ser a indicada no art. 42, I, 3, da Lei nº 7.014/96. Além do mais, disse, houve apenas uma mera falha de escrituração com a conseqüente omissão involuntária da saída de mercadorias, ou seja, o descumprimento de uma obrigação acessória e que no exercício de 1999, não se poderia cogitar da omissão de saídas de mercadorias, pois não existia livro de Registro de Inventário, em face da inexistência de disposição legal neste sentido. Requereu que sobre esta multa o benefício contido art. 915, § 4º, do Regulamento.

Por fim requereu a declaração de improcedência da infração 1 e 2 e, porventura, não sendo este o entendimento deste Colegiado, que fosse designada diligência da ASTEC onde deverá ser apurado o valor, se devido, nos moldes do parecer exarado em relação à infração 3.

A autuante manifestou-se (fl. 387) ratificando todo o procedimento fiscal, o qual, afirmou, foi totalmente embasado na legislação e normas complementares vigentes à época da autuação.

Frisou, em seguida, que se não ficar atenta, iria chegar a uma situação em que a Fazenda Pública Estadual estaria a dever ao autuado por seu procedimento fiscal.

VOTO

As preliminares apresentadas pelo impugnante, quando mudou de representante legal, quanto à nulidade da ação fiscal, não possuem o condão de descaracterizar a ação fiscal. Neste sentido as aprecio e as rejeito.

Quanto ao fato da fiscalização ter se utilizado de critérios puramente discricionários para fixar o preço das mercadorias, não levando em consideração aspectos da atividade econômica da empresa, tais como, liquidações, necessidades de diminuição do preço de determinados produtos conforme a estação do ano, etc, não tem pertinência tal argumento. A norma tributária do Estado da Bahia, através do seu Regulamento (Dec. nº 6.284/97), no seu art. 60, II, 1 determina a forma de cálculo do preço médio unitário das mercadorias. Estas determinações foram seguidas pela autuante e, se alguma distorção neste cálculo existiu, este Colegiado sanou. Ademais, o preço médio apurado, ao contrário do que afirmou o impugnante, não foi aquele praticado em dezembro de 2001 e sim de dezembro de 2000, conforme demonstrado na planilha de cálculo levada a efeito pelo autuante e aos autos apensada à fl. 18.

Em relação ao entendimento que o procedimento realizado contrariava frontalmente o art. 18, IV do RPAF/99, posto que o ICMS é imposto de regime de apuração mensal, devendo ser levado em consideração alguns indicadores econômicos, tais como a utilização do método da atribuição de média para todo e qualquer número apurado, tal regra foge as determinações legais. Volto a frisar, o preço médio unitário, embora com algumas distorções sanadas por este Colegiado e que adiante comento, seguiram a norma legal. E, quanto à manifestação sobre o parecer emitido pela ASTEC/CONSEF, quando o revisor apresentou valor de imposto bem inferior ao autuado, não existiu à época da autuação qualquer desrespeito à legislação. Erros podem ser corrigidos, conforme determinação do § 1º, do art. 18, do RPAF/99, o que foi feito. Desta forma, não se pode falar em crime de exação nem prevaricação.

Não procede a alegação de que sobre o preço médio incidiu atualização monetária sobre atualização monetária. Neste momento, comungo com o entendimento do primeiro diligente fiscal quanto à forma da fiscalização realizar um levantamento quantitativo de estoques. Tecnicamente não está incorreto se eleger um período superior a um exercício para ser objeto de uma auditoria de estoques, desde que haja um marco inicial e final para servir de parâmetro. Neste particular, o RPAF/99 (Dec nº 7.629/99) no seu art. 39, § 2º textualmente determina: *Na lavratura do Auto de Infração, não sendo possível discriminar o débito por períodos mensais, considerar-se-á o tributo devido no último mês do período fiscalizado*. Portanto, ao indicar como marco final o dia 31/12/000, a autuante trouxe todas as omissões de saídas detectadas para esta data, devendo ser apurado o preço médio unitário de cada mercadoria, como feito, neste mês e conforme determina a norma tributária. Assim, o ato administrativo teve motivação e não houve qualquer cerceamento do direito de defesa da empresa autuada. Entretanto, no presente caso, era necessário se observar que o autuado encontrava-se

enquadrado no regime do Simbahia e a norma tributária, inerente a este regime, sofreu modificações, não sendo igual nos períodos fiscalizados. A busca em apresentar o levantamento fiscal dentro da norma legal foi incessantemente feita por este Colegiado.

O Auto de Infração obedeceu às determinações do art. 39 do RPAF/99, nos seus incisos I a X e § 1º, 2º e 3º, não tendo qualquer consistência o argumento de defesa.

De igual maneira, não houve desrespeito ao princípio da legalidade. O fisco não tem, como entendeu o autuado obrigação de fazer diligências antes da lavratura do Auto de Infração. Ele tem sim, de auditar o estabelecimento do contribuinte e para isto, o contribuinte é obrigado a fornecer todos os documentos e elementos necessários à realização da fiscalização.

Adentrando no mérito do lançamento fiscal, o item 1 trata da cobrança do imposto que foi apurado pelo próprio contribuinte e não recolhido no prazo regulamentar, nos meses de junho e agosto de 2001. A autuante para embasar a irregularidade, trouxe aos autos cópias de DAE's com o imposto não recolhido. Além do mais, realizou um demonstrativo, apurando a receita bruta ajustada, com todos os benefícios a que tinha direito o contribuinte, e o percentual a ser aplicado sobre este valor para cálculo do imposto. Desta forma, os argumentos de defesa não possuem sustentação, não havendo qualquer sentido o seu requerimento de diligência para apuração dos fatos. Para desconstituí-lo, bastaria que o impugnante trouxesse aos autos e recolhimento do imposto nos referidos meses. Não o fazendo, mantenho a cobrança do imposto no valor de R\$3.937,04.

O lançamento, em seu item 2, visa à cobrança do imposto apurado em face de divergência entre os valores acumulados no ECF, e os valores lançados no livro Registro de Saídas.

Nesta infração a autuante verificou que o total das vendas líquidas através do ECF, e das notas fiscais de vendas emitidas em alguns meses foi superior ao lançado no livro Registro de Saídas. Observo, como inicial, que o contribuinte, por estar enquadrado no SimBahia, não tem obrigação de escriturar tal livro, fato este contestado pelo impugnante. Entretanto se assim age, tal livro pode servir de subsídio para a auditoria. E isto foi o que aconteceu. Entendo no presente caso, que o contribuinte, no cálculo para apuração do imposto devido mês a mês, na condição de empresa de pequeno porte e para cálculo de sua receita bruta ajustada, tomou como base o total que lançou neste livro. Tanto isto é verdade que existe diferença de imposto para mais e para menos ao se apurar o imposto efetivamente devido das vendas efetuadas através do ECF e notas fiscais. Ressalto que a diferença a maior exigida na ação fiscal não foi por escrituração a mais do livro Registro de Saídas e sim por emissão de documentos fiscais em valor superior a que deu origem ao cálculo do imposto devido naquele mês. No caso, a autuação se baseou nos lançamentos efetuados no referido livro, pois ele foi tomado como parâmetro para cálculo da diferença do imposto que deixou de ser pago. Observo, inclusive, que a autuante ao elaborar o valor devido mês a mês, deduziu os valores recolhidos a mais das diferenças apontadas.

Quanto ao argumento de que não se poderia realizar o levantamento fiscal por mercadoria e a não existência do livro Registro de Inventário no ano de 1999, estes fatos aqui nada acrescentam. O levantamento foi feito pelas receitas do estabelecimento, receita estas ingressa por vendas registradas.

Também houve impugnação quanto à forma de cálculo do imposto, pelo fato do contribuinte encontra-se enquadrado no regime do Simbahia. A este respeito faço um esclarecimento que serve, de igual maneira, para o item 3, que será abordado posteriormente.

A Lei nº 7.357/98, que instituiu o Regime Simplificado de Apuração do Imposto – SIMBAHIA, e na

redação vigente ao fato gerador apurado, em seu art. 19, 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 arts. 15, 16, 17 e 18. O caso em análise enquadrava-se no art. 15, V da citada Lei, ou seja, houve a ocorrência da prática de uma infração de natureza grave já que ficou provado o não oferecimento à tributação de receitas auferidas. Porém este mesmo inciso determinava que as infrações consideradas graves eram aquelas indicadas em regulamento, ou seja, no RICMS/97. Desta forma, é necessário que se observe as determinações do art. 408-L, V do RICMS/97 vigente à época, que transcrevo.

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

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

Este inciso sofreu modificação pela Alteração nº 20 - Decreto nº 7.867, de 01/11/00 publicado no DOE de 02/11/00, que inseriu as infrações especificadas no inciso III do art. 915 do Regulamento e pela Alteração nº 21 - Decreto nº 7.886/00, de 29/12/00, DOE de 30 e 31/12/00 que acrescentou a irregularidade contida na alínea “a” do inciso V do art. 915 do RICMS/97.

Portanto, a norma tributária até outubro de 2000 não previa a perda do direito do contribuinte de sua situação em recolher o imposto conforme previsto no SimBahia, na condição de empresa de pequeno porte. Assim, para o exercício de 1999, o imposto deve ser calculado com base no percentual da faixa em que se encontrava o contribuinte, ou seja, 2,5%, conforme indicado pelo último revisor fiscal (fl. 363) e que ora apresento e a multa a ser aplicada é aquela determinada no art. 42, I, “b”, 3, da Lei nº 7.014/96 que é de 50%, pois o autuado, à época, estava enquadrado como empresa de pequeno porte com método específico e legal de apuração do imposto.

CÁLCULO DO IMPOSTO CONFORME FL. 10 DOS AUTOS E PARA O EXERCÍCIO DE 1999

$R\$2.679,47 \times 2,5\% = R\$66,91.$

Quanto ao exercício de 2000, como a norma já havia sofrido modificação, é correta a apuração do imposto pelo regime normal, ou seja, com aplicação da alíquota de 17% 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 (Lei nº 8.534/02, de 13/12/02, que alterou o art. 19 da Lei nº 7.357/98). Assim, considerando o valor apurado pela fiscalização (fl. 11) com o batimento do crédito fiscal de 8%, o valor do imposto cobrado passa para R\$147,66, conforme a seguir calculado.

CÁLCULO DO IMPOSTO CONFORME FL. 11 DOS AUTOS E PARA O EXERCÍCIO DE 2000

$R\$1.640,64 \times 17\% = R\$278,91 - R\$131,25 (8\%) = R\$147,66.$

O item 3 trata da cobrança do imposto por omissões de saídas de mercadorias tributáveis sem emissão de documentos fiscal, apurado através da auditoria de levantamento quantitativo por espécies de mercadorias. O período autuado compreendeu de junho 1999 a dezembro de 2000.

Registro nesta oportunidade que as infrações 2 (referente ao exercício de 2000) e 3 não se confundem, embora ambas tratem de omissões de saídas de mercadorias tributáveis. Na infração 2 as omissões foram de vendas que embora registradas no ECF não foram oferecidas à tributação. No caso presente, as vendas não foram regularizadas em qualquer lugar, ou seja, nem através do ECF nem por notas

fiscais. Desta forma, possuem objetos distintos. Observo, para melhor compreensão, que as vendas cujo imposto foi cobrado no item 2 estão inclusas neste item como saídas regulares, já que todas as vendas realizadas pelo ECF foram computadas.

O autuado como razões de mérito trouxe dois argumentos que entendeu desconstituiriam a ação fiscal:

1. ao serem utilizados os preços médios unitários das saídas do mês de dezembro de 2000, apresentou preços irreais, muito acima dos constantes da tabela de preços para as efetivas vendas ao consumidor. Entendeu que não foram observadas as determinações do art. 60 e 937 do RICMS/97.
2. como é empresa de pequeno porte, enquadrada no regime do SimBahia, a alíquota aplicada não poderia ser de 17%, conforme disposições contidas no art. 7º, II da Lei nº 7.358/98, alterada pelas Leis nº 7.504/99 e 7.556/99.
3. não foi observado o benefício adicional para manutenção e geração de empregados, do que trata o art. 8º, da referida lei acima mencionada.
4. que havia uma impossibilidade lógica de se realizar o levantamento dos estoques em face de inexistência do livro Registro de Inventário do exercício de 1999.

Como explanado quanto me pronunciei a respeito das arguições de nulidade e do item 2 do presente lançamento, embora tecnicamente não seja incorreto realizar o levantamento fiscal da forma que foi feita, ou seja, abrangendo mais de um exercício, no presente caso, existia uma incompatibilidade com a norma tributária, vez que o autuado é empresa de pequeno porte enquadrado no Simbahia.

Diante das ponderações da defesa e do que determina a legislação tributária, esta JJF, insistentemente, solicitou que ele fosse adequado à norma tributária vigente à época dos fatos geradores. Após quatro diligências fiscais, a solicitação foi cumprida. O último revisor separou os dois exercícios, calculando o preço médio unitário das mercadorias em conformidade com o art. 60, II, do RICMS/97. Para o exercício de 1999 calculou o imposto sobre as omissões de saídas apuradas em conformidade com as determinações do art. 387-A, ou seja, com alíquota de 2,5% e com o benefício do incentivo adicional para manutenção e a geração de empregos, ao teor do art. 388-A do já citado Regulamento. Para o exercício de 2000, aplicou as regras que prevaleciam à época, ou seja, para apuração do imposto a alíquota é de 17% com abatimento como crédito fiscal de 8% sobre o valor das omissões de saídas.

Quanto ao fato da empresa estar legalmente desobrigada a possuir o Livro Registro de Inventário no exercício de 1999, observo que foi solicitado que ela apresentasse uma relação indicando os seus estoques, inicial e final, daquele exercício, vez que impossível uma empresa não possuir controle dos seus estoques. O impugnante não a forneceu, alegando, sistematicamente, que não possuía livro de inventário. Diante desta posição tomada pelo impugnante, o procedimento do fisco estadual somente pode ser um, ou seja, considerar inexistente estes estoques do ano de 1999, e não, como entendeu a defesa, deixar de auditar a empresa já que desobrigada a possuir livro de inventário.

Diante do exposto, acato a revisão efetuada pelo diligente fiscal através do Parecer ASTEC/CONSEF nº 279/2003 para cobrar o ICMS apurado neste item no valor de R\$15.552,17, observando que a multa para o exercício de 1999 é aquela indicada no art. 42, I, “b”, 3, da Lei nº 7.014/96, ou seja de 50%.

Voto pela procedência parcial do Auto de Infração, conforme demonstrativo a seguir.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO

CÓDIGO DÉBITO	DATA OCORRÊNCIA	DATA VENCIMENTO	IMPOSTO	MULTA (%)
INFRAÇÃO 1				
10	30/6/01	9/7/01	2.381,11	50
10	31/8/01	9/9/01	1.555,93	50
TOTAL			3.937,04	
INFRAÇÃO 2				
10	31/12/99	9/1/00	66,91	50
10	31/12/00	9/1/01	147,66	70
TOTAL			214,57	
INFRAÇÃO 3				
10	31/12/99	9/1/00	9.488,59	50
10	31/12/00	9/1/01	6.063,58	70
TOTAL			15.552,17	
TOTAL AI			19.703,78	

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 **147794.0006-01-3**, lavrado contra **SR COMÉRCIO DO VESTUÁRIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$19.703,78**, acrescido das multas 50% sobre o valor de R\$13.492,54 e 70% sobre o valor de R\$6.211,24, previstas, respectivamente, no art. 42, II, “a” e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10.10.00.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de maio de 2004.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATORA

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR